

INCLUYE ACCESO
A LA VISUALIZACIÓN
ONLINE DEL FONDO
COMPLETO DE
LA REVISTA

VELS PRAVIDEET PRO

Revista

Enero 2023

51

Penal



tirant
lo blanch

Revista Penal

Número 51

Sumario

Obituario:

- Mireille Delmas Marty y las Ciencias penales de nuestro tiempo, por *Luis Arroyo Zapatero* 5

Doctrina:

- Cuestiones controvertidas en torno a la diligencia de captación y grabación de las comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos. Determinación del concepto de encuentro, por *Andrés Francisco Álvarez Medialdea* 9
- Ucrania y la doble moral de Occidente, por *Kai Ambos* 33
- El condenado imputable afectado por un trastorno mental grave, por *Viviana Caruso Fontán* 49
- La responsabilidad penal del político corrupto. Contradicciones de la solución española a partir de las indicaciones de la Supreme Court of Justice de los Estados Unidos, por *Giorgio Dario Maria Cerina* 72
- Entre la siembra y el regado de la semilla terrorista: una aproximación a la influencia de la propaganda terrorista en internet, por *Débora de Souza de Almeida* 113
- La imposición y mantenimiento de condiciones ilegales y otras formas delictivas en las relaciones laborales como herramienta de protección de colectivos vulnerables por el Derecho penal, por *Javier García Amez* 129
- ¿Deben castigarse el enaltecimiento del franquismo y otro tipo de conductas «afines»? los intentos frustrados del legislador y una vía de escape (la administrativo-sancionadora), por *José León Alapont* 145
- La mujer como delincuente: aproximación a la delincuencia femenina a través de un estudio jurisprudencial, por *Sandra López de Zubiría Díaz* 165
- Frentes abiertos en la protección de los derechos de los presos, por *Francisco Javier Matia Portilla* 177
- La regulación italiana del blanqueo de capitales. Perfiles generales y propuestas de reforma, por *Alessandro Melchionda* 191
- La eliminación del abuso sexual por consentimiento inválido de víctima mayor de dieciséis y menor de dieciocho años tras la L.O. de garantía integral de la libertad sexual, por *Miguel Ángel Morales Hernández* 207
- Reflexiones sobre el delito de aborto en México y la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por *Alberto Enrique Nava Garcés* 231
- El enfoque de género en el Derecho Penal español. Superando las críticas de un Derecho Penal de autor y paternalista, por *Ana I. Pérez Machío* 242

- Sistemas penales comparados:** Sumisión química (Chemical submission) 263

Bibliografía:

- Simón Castellano, Pere y Abadías Selma, Alfredo (Coords.). “Cuestiones penales a debate”. Barcelona, J.M. Bosch Editor (Colección “Penalcrim”), 2021, 495 págs., por *Cristian Morlans Prados* 321
- VIII Congreso internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero, Miguel Abel Souto, José Manuel Lorenzo Salgado y Nielson Sánchez Stewart (coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, 980 páginas, por *Yago González Quinzán* 325
- “Los delitos de enaltecimiento del terrorismo y de humillación de las víctimas”, de José León Alapont (Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, 202 págs.), por *Lucas G. Menéndez Conca* 328

* Los primeros 25 números de la Revista Penal están recogidos en el repositorio institucional científico de la Universidad de Huelva Arias Montano: <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/11778>



Universidad
de Huelva



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



UCLM
UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA



UNIVERSIDAD
PABLO DE OLAVIDE



Arias Montano
Repositorio Institucional
de la Universidad de Huelva

tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, y Pablo Olavide de Sevilla

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jcferrreolive@gmail.com

Secretarios de redacción

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide
Miguel Bustos Rubio. Universidad Internacional de La Rioja

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	José Luis González Cussac. Univ. Valencia
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Carlos Martínez- Buján Pérez, Univ. A Coruña
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Alessandro Melchionda. Univ. Trento
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Norberto de la Mata Barranco, Univ. País Vasco	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg	Teresa Pizarro Beza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P. Fletcher. Univ. Columbia	José Ramón Serrano Piedecasas. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Juan Luis Gómez Colomer. Univ. Jaume I ^o	John Vervaele. Univ. Utrecht
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío	

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Carmen González Vaz (Universidad Europea de Madrid), José León Alapont (Universidad de Valencia), Pablo Galain Palermo (Universidad Nacional Andrés Bello de Chile), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Christoph Hollmann (Alemania)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Campo Elías Muñoz Arango (Panamá)
Alexis Couto de Brito y Jenifer Moraes (Brasil)	Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Jiajia Yu (China)	Blanka Julita Stefańska (Polonia)
Paula Andrea Ramírez Barbosa (Colombia)	Baris Erman (Turquía)
Angie A. Arce Acuña (Costa Rica)	Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Elena Núñez Castaño (España)	Pablo Galain Palermo y Ana María Guzmán (Uruguay)
Marco Edgardo Florio (Italia)	Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)
Manuel Vidaurri Aréchiga (México)	

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>



La responsabilidad penal del político corrupto. Contradicciones de la solución española a partir de las indicaciones de la Supreme Court of Justice de los Estados Unidos

Giorgio Dario Maria Cerina

Revista Penal, n.º 51 - Enero 2023

Ficha técnica

Autor: Giorgio Dario Maria Cerina

Adscripción institucional: Profesor Ayudante Doctor de Derecho Penal, Universidad de Extremadura

Title: Criminal law and corrupted politicians. Contradictions of the Spanish solution through the jurisprudence of the Supreme Court of Justice of the United States

Sumario: I. Corrupción política: ¿de qué estamos hablando?; II. Acotando el objeto de estudio: los aspectos problemáticos de la corrupción política; III. Lobbying y financiación de partidos políticos como libertades constitucionalmente tuteladas: el caso de Estados Unidos de América; IV. Brevísimas notas político-criminales sobre la solución alemana; V. ¿Y en España? Una aproximación político-criminal “catch-all”; VI. La inviabilidad de interpretaciones restrictivas... del lado de la demanda; VII. A modo de conclusión: algunas ideas de *lege ferenda*.; VIII. Bibliografía.

Summary: I. Political corruption: what are we talking about?; II. Delimiting the object of study: the problematic aspects of political corruption; III. Lobbying and financing of political parties as constitutionally protected liberties: the case of the United States of America; IV. Very brief political-criminal notes on the German solution; V. And in Spain? A “catch-all” political-criminal approach; SAW. The infeasibility of restrictive interpretations... on the demand side; VII. By way of conclusion: some ideas of *lege ferenda*.; VIII. Bibliography.

Resumen: La sanción penal de la corrupción política es asunto ciertamente complejo. Si se entiende corrupción como soborno, se torna difícil distinguir con claridad el intercambio democrático de favores políticos o la búsqueda de votos o de financiación electoral a cambio de actos políticos de lo que son comportamientos penalmente relevantes. La Corte Suprema de los Estados Unidos ha tratado de trazar una separación, generando un encendido debate doctrinal alrededor de la misma. En España, en cambio, la aproximación «atrapatodos» del legislador sugiere que el problema no ha sido objeto de reflexión. La consecuencia ha sido una construcción jurisprudencial de un tipo de corrupción política que se caracteriza por la dureza con la que jueces y tribunales han tratado el asunto. El resultado genera problemas desde el punto de vista del principio de proporcionalidad que demandan una intervención legislativa: el derecho comparado (Alemania, pero también Italia) marcan una senda que puede ser explorada también en España.

Palabras clave: corrupción política; cohecho; intercambio de favores políticos; *quid pro quo*; financiación de la política; lobbying.

Abstract: To configure a criminal sanction of political corruption is not easy. If we agree that bribery is corruption, it becomes difficult to distinguish, on one side, the political logroll, the seek for votes or campaign finance in exchange for political acts and, on the other, criminal behaviors. The criteria adopted by the Supreme Court of Justice of the United States of America with this regard has been long debated by scholars. In Spain, the legislative catch-all approach to criminal bribery seems to be the result a lack of reflection on the issue. Notwithstanding, Spanish Courts have created an autonomous concept of political bribery built on a broad interpretation of existing criminal anti-bribery law. The

lack of proportionality of the resulting bribery statute, demands an urgent reaction from the legislative branch that could take into account the solutions given by German or Italian criminal code.

Key words: political corruption; bribery; political logroll; quid pro quo; campaign finance; lobbying.

Rec.: 15-11-2022 **Fav.:** 28-11-2022

I. CORRUPCIÓN POLÍTICA: ¿DE QUÉ ESTAMOS HABLANDO?

Cuando se habla de corrupción, lo normal es que el primer esfuerzo del hablante se dirija a aclarar de qué está hablando.

A pesar de lo «curioso» que resulta que un tema tan recurrente y cuya simple traída a colación suscita emociones tan «fuertes» en la opinión pública, siga precisando de sustanciales aclaraciones conceptuales, lo cierto es que, en esos esfuerzos aclaratorios, no es infrecuente que la componente semántica (qué significa corrupción) se profile partiendo de la vertiente valorativa (la corrupción es, ante todo, «algo malo»)¹. Y, siguiendo semejante procedimiento lógico, una vez aclarado qué se entiende por corrupción, ya parece perder relevancia la cuestión relativa a la compatibilidad del objeto del discurso con el ordenamiento moral². Como ya tuve manera de aclarar en otro lugar³, si, antes incluso de saber qué es la corrupción, presuponemos que se

trata de «algo malo» (y, a veces, al final, esto es lo único que sabemos), agotado el esfuerzo definitorio, poco más queda por decir respecto de su «maldad». Y, de hecho, parece apuntar inequívocamente en esta dirección la propia raíz etimológica de la palabra⁴.

Las cosas cambian un poco cuando, descompuesta la corrupción en unidades jurídicamente analizables, ya no es suficiente conformarse con el halo cuasi-mágico de «maldad» con el que se ha envuelto la palabra: cuando la discusión se entabla en un lenguaje jurídico-penal y hay que aterrizar la volátil «maldad» en la angosta pista del bien jurídico, el hablante ya tiene que preguntarse «por qué es mala» la clase de corrupción que está analizando. Y aquí empiezan problemas insospechados que dejan incrédulo a cualquier lego en la disciplina: a menudo, el discurso termina retorciéndose sobre sí mismo y, de repente, aquello que se había definido a partir de su incontestable «maldad», ya no parece ser tan «malo»⁵.

1 Véase, por ejemplo, GAMBETTA, D.: «Corruption: an analytical method», en KOTIN, S. y SAJÓ, A. (EDTS.): *Political corruption in transition: a skeptic's handbook*, CEU Press, New York, 2002, pág. 33 quien recuerda que «First, "corruption" refers to the degradation of agents' ethical sense, to their lack of moral integrity or even to their depravity».

2 Repárese en que la contrariedad al ordenamiento moral no excluye discusiones acerca de los efectos (buenos o malos) de la corrupción v.gr. en ámbito económico. De hecho, especialmente en este ámbito, a mi modo de ver, la intensidad del debate probablemente se deba a la necesidad de verificar la (más o menos) escandalosa y contraintuitiva contradicción entre enfoques ético-morales y enfoques (más o menos) utilitaristas.

3 Se perdona la remisión de CERINA, G. D. M.: *La insoportable levedad del concepto de corrupción*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, *passim*.

4 Véase, por ejemplo, RIQUELME PORTILLA, E.: *El cohecho del parlamentario*, Aranzadi, 2019, pág. 51 quien recuerda que «todas las acepciones de la palabra 'corrupción' tienen en común el carácter destructor que produce sobre aquello a lo que se refiere». O, si se prefiere, echando un vistazo al DRAE, basta reparar en algunas definiciones propuestas («deterioro de valores, usos o costumbres», «diarrea, descomposición»...). Sobre la circularidad del razonamiento habitual, véase GREEN, S. P.: «What's wrong with bribery», en DUFF, R. A.; GREEN, S. P. (EDS.): *Defining crimes: essays on the criminal law's special part*, Oxford University Press, 2005, pág. 144.

5 En la doctrina jurídico-penal, abundan los estudios relacionados con la corrupción definida ampliamente que, después de largos y apasionantes recorridos dogmáticos y/o político-criminales, concluyen abogando para la despenalización de todos o parte de los comportamientos considerados *de iure condito* tan malos como para despertar el interés del legislador penal. Es ciertamente imposible mencionar aquí todos los estudios que se enmarcan en esta discusión. Por ello, disculpándome de antemano, me limito a señalar dos brillantes y muy sugerentes análisis ya clásicos en la doctrina española sobre el delito de cohecho: VIZUETA FERNÁNDEZ, J.: *Delitos contra la administración pública: estudio crítico del delito de cohecho*, Comares, Granada, 2003; DE LA MATA BARRANCO, N. J.: *La respuesta a la corrupción pública. Tratamiento penal de la conducta de los particulares que contribuyen a ella*, Comares, Granada, 2004 e *Idem*: «El bien jurídico protegido en el delito de cohecho», en *Revista de derecho penal y criminología*, 2ª época, n. 17, 2006, págs. 81 a 112. En la literatura norteamericana, véase MILLS, D. y WEISBERG, R.: «Corrupting the harm requirement in white collar crime», en *Stanford Law Review*, 2008, vol. 60, n. 5, págs. 1371 y sgts. quienes observan (pág. 1378) que no obstante exista una «vast academic literature on the subject (...) any review of this scholarship must acknowledge that it is very difficult to (...) measure the alleged harm of what positive law calls corruption».

Mutatis mutandis, éste parece el desarrollo de la mayoría de los discursos en materia de corrupción política: si, en cualquier conversación informal, se trae a colación el tema, aun sin saber muy bien de qué se está hablando, todos coinciden en asumir semblantes más o menos condescendiente hacia quien se plantea su análisis en una óptica político-criminal: en el discurso difuso por lo menos en la mediterránea Europa italo-española, la corrupción política parece ser percibida como La Corrupción con mayúsculas. Empero, al medirse con la literatura especializada (o echando un vistazo al derecho comparado) se comprueba que la cuestión inherente al merecimiento de sanción de esta vertiente de la corrupción, en el mejor de los casos, está repleta de matices y *distinguo* que redimensionan rápidamente aquella «maldad» originariamente intuitiva.

Par dar cuenta de la problemática procurando evitar idas y vueltas en el terreno valorativo, propongo proceder de la siguiente manera: aunque, por lo menos *a priori*, parezca un ejercicio poco plausible, tratemos de aislar las dos vertientes (semántica y valorativa) e intentemos describir el *fenómeno* prescindiendo de sus connotaciones ético-morales⁶.

Empezamos entonces por decir que, en las páginas siguientes, utilizaremos la palabra corrupción en su sentido estricto como equivalente a soborno: entenderemos la corrupción como un intercambio (*do ut des* o, como veremos, *quid pro quo*) de utilidades entre dos sujetos, asumiendo que uno de los dos (el *intraneus*) pone en cima de la mesa como objeto del sinalagma una actuación (o un conjunto de actuaciones) que solo puede realizar en el marco de una función que desempeña en tanto en cuanto ocupa una posición cualificada (típicamente, en una empresa o administración pública)⁷. Se trataría en suma de la intromisión (que se sustancia en el otorgamiento de un beneficio) de una persona ajena a la relación cualificante (*extraneus*) en el proceso de toma de decisión del sujeto que desempeña la función específica.

Si, aunque sea a modo de acuerdo provisional entre lector y autor, nos conformamos con esta descripción, es relativamente sencillo explicar los adjetivos que, con la finalidad de acotar determinadas características

del acuerdo, suelen acompañar la palabra corrupción. Algunos van relacionados con el tipo de actuación a intercambiarse por el *intraneus*: la corrupción es entonces «propia» toda vez que el acto es contrario a los deberes que le incumben al *intraneus* en tanto que ocupa la posición cualificada, mientras que, en los demás casos, se declina como «impropia»; cuando se habla de corrupción de facilitación o en consideración a la función, se subraya que, más que un único acto individualizado, lo que parece estar encima de la mesa como objeto de intercambio, es un conjunto de actos no especificados. El sintagma corrupción también puede adjetivarse con la finalidad de especificar la concreta posición del *intraneus* (y, por ende, del acto o conjunto de actos intercambiados): corrupción pública se refiere a aquellos acuerdos celebrados por un servidor público que comercia con actos propios de la función pública que desempeña; hablar de corrupción privada, en cambio, implica apuntar a intercambios que se realizan al margen de la intervención de un sujeto público; por su parte, la corrupción política (que es la que ahora interesa) supone la intervención de un «político» que comercia con un acto propio de su función «política»; al opuesto, la corrupción «administrativa» apunta hacia sujetos públicos que desempeñan funciones públicas administrativas (podríamos decir, «no políticas»).

Así delimitada la cuestión desde un punto de vista empírico, podemos pasar a la parte valorativa, desplazando la atención a la «maldad» del intercambio⁸: dejando a un lado perspectivas de análisis más criminológicas, intentemos interrogarnos sobre el desvalor asociado a la vertiente «política» del problema corrupción, tratando de proporcionar algunas coordenadas para, *de iure condito*, valorar la respuesta que el ordenamiento jurídico-penal conmina y, en su caso, sugerir modificaciones *de iure condendo*.

De hecho, aunque sea de forma intuitiva, no parece difícil aceptar que, en algunos subtipos de corrupción, según cambie el adjetivo que asociemos a la palabra, cambia también el grado de contrariedad a los bienes jurídicos que entendemos vulnerados por el comportamiento corrupto o directamente cambian los propios bienes jurídicos afectados⁹. Puesta la cuestión en estos

6 La «plausibilidad» de la operación, parecerá más clara al mirar la reflexión de DANLEY, J.: «Toward a theory of bribery», en *Business & Professional Ethic Journal*, 1983, págs. 29 y sgts. Véanse también las consideraciones de HELLMAN, D.: «A theory of bribery», en *Cardozo Law Review*, vol. 38, n. 6, pág. 1953.

7 Sobre las razones (sin dudas, débiles) que es posible esgrimir para proponer un común entendimiento de la palabra «corrupción» como cohecho o soborno, se remite a CERINA, G. D. M.: *La insoportable...cit., passim*.

8 Como se ha observado, «Bribery requires an agreement to exchange value from one domain for value of another, but does not determine how spheres of value should be delineated, nor requires that at such a boundary crossing is wrong» (HELLMAN, D.: «A theory...», cit., pág. 1953).

9 Dicho con otras palabras, aun suponiendo que, con independencia del adjetivo, cuando hablamos de corrupción, lo que está en juego, es una patología del proceso de toma de decisiones, los motivos por los que el ordenamiento la repele/debería repelerla (y, por lo tanto, cómo y con qué intensidad lo hace/debería hacerlo), se antojan sensiblemente diferentes de acuerdo con el tipo de corrupción al que

términos, una cosa es hablar de corrupción propia, otra distinta es referirnos a la corrupción impropia; y la diferencia resulta relativamente evidente también si nos fijamos en la dicotomía corrupción pública/corrupción privada. Y, de hecho, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, la reacción es distinta tanto por lo que respecta al binomio corrupción propia/impropia, como respecto de la contraposición corrupción pública/privada.

Ciertamente más complicada se presenta, en cambio, la cuestión inherente a la dicotomía corrupción política/corrupción administrativa. Siendo ambas subcategorías de la que hemos llamado corrupción pública, las soluciones propuestas por el derecho comparado, las reflexiones de la doctrina y las resoluciones jurisprudenciales sugieren que las (posibles) diferencias asociadas a cada una de estas vertientes se sitúan al centro de un debate cuyo desenlace no parece en absoluto obvio¹⁰: ¿Merece el «político» que intercambia actos propios de su cargo por beneficios el mismo reproche que merece cualquier funcionario público (no «político») que hace lo mismo? Y, antes todavía: ¿Merece algún reproche? Y, si es que sí, ¿Bajo qué condiciones?

II. ACOTANDO EL OBJETO DE ESTUDIO: LOS ASPECTOS PROBLEMÁTICOS DE LA CORRUPCIÓN POLÍTICA

Cuando hablamos de sujetos públicos (o, si se prefiere, que desempeñan una función relacionada con el Estado), si tomamos al pie de la letra la idea de que intercambiar actos del cargo con beneficios de cualquier naturaleza es actividad gravemente perjudicial¹¹ vetada por el ordenamiento jurídico, vivir en un sistema democrático se torna complicado. No me parece que hagan falta refinados debates para observar intuitivamente que el «juego democrático» al que estamos acostumbrados se desarrolla a lo largo de constantes intercambios¹². Algunos ejemplos:

1. El político A promete al ciudadano B que, a cambio de su voto (beneficio), votará a favor de/propondrá una determinada iniciativa parlamentaria (acto del cargo).
2. El Diputado A, a lo largo de la legislatura, vota a favor o en contra de numerosas iniciativas, no porque las considere dictadas en el interés general ni porque así manda la disciplina de su partido ni porque le intimiden pactos antitransfuguismo. Lo hace porque espera que su actuación (actos del cargo) será recompensada con un cargo en el Gobierno o, más sencillamente, con un «puesto de salida» en las próximas listas electorales que le asegurarán una más que digna remuneración económica (ventaja).
3. El Diputado A decide cambiar de bando político (por ejemplo, votar a favor de una moción de censura en contra del Gobierno que había apoyado hasta ahora) porque sabe que el nuevo Gobierno le agradecerá su cambio (acto del cargo) con un Ministerio (ventaja).
4. La fundación del partido político X recibe un donativo «no finalista» de la empresa A. La empresa, consciente de que no puede condicionar el donativo a ninguna finalidad concreta, entiende que el partido político, a cambio de la donación, se prodigará para favorecer los sus intereses¹³. De hecho, de conformidad con la (futura pero incipiente) ley sobre grupos de intereses, una vez que el partido ha ganado las elecciones y ha designado a los miembros del gobierno, mantiene con ellos diferentes reuniones para tratar de convencerles de que defiendan a sus intereses, no ya con un acto concreto, sino con carácter general.

La cuestión es menos banal de lo que parece¹⁴. Y la dificultad crece en la medida en la que aparece el factor «dinero»: que un pago en metálico a cambio de un voto sea reprochable, todavía no implica que deba considerarse penalmente relevante; que la financiación de un partido político sea irregular de acuerdo con la Ley

nos referimos. De ahí que las distinciones avanzadas en vía fenomenológica, más todavía que en una óptica criminológica, parecen tener cierta trascendencia toda vez que nos interrogamos acerca de la posible respuesta del ordenamiento jurídico-penal.

10 Como recuerdan MILLS, D. Y WEISBERG, R.: «Corrupting...», cit., págs. 1378 a 1379, «*denunciations of political corruption have always been matched by agnosticism about the provable harm of corruption or even guarded praise for its potential benefits*».

11 Como recuerda la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción del año 2003, se trata de una práctica que «socava la democracia y el estado de derecho, da pie a violaciones de derechos humanos, distorsiona los mercados, menoscaba la calidad de vida y permite el florecimiento de la delincuencia organizada, el terrorismo y otras amenazas en la seguridad humana».

12 Repárese en la afirmación de acuerdo con la cual, de forma algo... «rough», «*the essence of all competitive politics is bribery of the electorate by the politicians*» (así literalmente, DAHL, R. H., *A Preface to Democratic Theory*, University of Chicago Press, Chicago, 1959, pág. 59).

13 Como se ha observado, sin querer discutir que «el cohecho es un delito muy grave», queda por contestar a qué es lo que diferencia una contribución dineraria a una campaña electoral de un soborno (STRAUSS, D. A.: «What is the goal of Campaign Finance Reform», en *Chicago Unbound*, 1995, págs. 146).

14 De hecho, véase LIPPERT-RASMUSSEN, K.: «Vote buying and election promises: should democrats care about the difference?» en *Journal of Political Philosophy*, enero 2010 que directamente cuestiona la preocupación democrática inherente a la compra de votos.

Orgánica 8/2007, de 4 de julio, de Financiación de los Partidos Políticos e incluso de acuerdo con el art. 304 bis del Código penal, no implica que la misma haya de considerarse un soborno para efectos de los artículos 419 y sgts. del mismo texto. Y, de hecho, ¿qué diferencia hay entre un cargo (que implica diversas prebendas económicamente evaluables), un voto (que, asegurando la elección, implica el mantenimiento o la obtención de un sueldo nada desdeñable) y dinero sonante? Una vez que se ha considerado penalmente relevante el soborno que se sustancia en prestaciones sexuales (a cambio de actos del cargo) ¿cómo puede razonablemente defenderse que un «voto» no es una remuneración «de cualquier clase» para efectos de aplicación del delito de cohecho?¹⁵

Ciertamente, así planteada, la *querelle* extralimita este trabajo: habría que abordar cuestiones de filosofía política y teoría de la democracia cuya profundidad mal se concilia con el espacio del que ahora se dispone. Más modestamente, en las páginas siguientes, nos limitaremos a «alimentar» la reflexión, proponiendo una breve referencia a algunos casos problemáticos resueltos por la jurisprudencia norteamericana (el «reino» de la financiación privada de la política), preguntándonos cómo se resolverían los mimos en España, vigente el actual texto punitivo y si, a la luz de lo que observemos, sería deseable sugerir alguna modificación del actual texto legal.

III. LOBBYING Y FINANCIACIÓN DE PARTIDOS POLÍTICOS COMO LIBERTADES CONSTITUCIONALMENTE TUTELADAS: EL CASO DE ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

En los Estados Unidos, la cuestión inherente a la diferencia entre intercambio corrupto y representación de intereses democráticamente planteados al político ha sido objeto de diversas resoluciones jurisprudenciales. Un reciente y muy sugerente estudio¹⁶ ha abordado la cuestión aislando tres elementos que se han utilizado como deslinde entre «juego democrático» y «corrupción» (*bribery*) y que conciernen a:

1. la relación entre ventaja otorgada y acto del cargo;
2. la noción de acto del cargo;
3. la noción de ventaja.

Como advertencia preliminar, conviene señalar la escasa relevancia que, para nuestros efectos, merecen las calificaciones jurídicas correspondientes a los numerosos tipos penales que, tanto a nivel estatal como federal, serían *prima facie* susceptibles de ser aplicados a los supuestos que analizaremos: como telegráficamente observaremos, la Corte Suprema ha avalado interpretaciones que (por lo menos en parte) superponen el espectro aplicativo de los tipos delictivos¹⁷, de tal manera que, lo que ahora interesa, más que el aspecto técnico-jurídico, es la reflexión subyacente que plantea una y otra vez el problema del deslinde entre el *everyday business* del político y la corrupción (entendida como soborno).

1. El «*explicit quid pro quo*» como elemento diferenciador entre juego democrático y corrupción

Resumiendo y simplificando los hechos, en el año 1984, en *West Virginia*, estaba vigente cierta normativa que limitaba el ejercicio de la medicina por parte de médicos foráneos: éstos solo podían trabajar en ese Estado con carácter provisional mientras se preparaban para superar el examen que les habría permitido obtener la licencia estatal. El Sr. Robert McCormick, a la sazón, diputado de la *House of Delegates* del Estado, primero, apoyó una ampliación del programa que permitía ejercer con carácter provisional a médicos que se preparaban para el examen estatal aunque ya lo hubiesen suspendido en ediciones anteriores y, en un segundo momento, en el año 1985, se prestó a avalar una norma con apoyo en la cual todo médico que había ejercido la medicina provisionalmente a lo largo de 5 años en el Estado, obtendría una licencia permanente.

Resultó probado que el Sr. McCormick recibió diversos pagos en dinero de la asociación que defendía los intereses de los médicos afectados y que previamente había contratado a un lobista que había tenido diver-

15 Frente a quien defiende que el desvalor del soborno estriba en el enriquecimiento propio o ajeno medido en euros, debe responderse enérgicamente que «*the issue is not money as such but the potential private capture of the power of the state*» (así ISSACHAROFF, S.: «On political corruption», en *The Harvard Law Review Association*, n. 1, noviembre 2010, pág. 130). A quien sugiriera que el problema está en la financiación privada de la política, también podría replicarse que una donación de 25 euros no suele verse con suspicacia, sino como una señal positiva de participación política (véase ROWBOTTOM, J.: «Corruption, transparency, and reputation: the role of publicity in regulating political donations», en *The Cambridge Law Journal*, vol. 75, n. 2, 2016, pág. 401). Sobre el hecho de que, *de lege lata*, en España, haya de considerarse típico para efecto de configuración del delito de cohecho todo beneficio incluso no económicamente evaluable, véase, entre muchos, OLAIZOLA NOGALES, I.: *La financiación...* cit., pág. 75.

16 La referencia va a la extremadamente sugerente monografía de UBIALI, C.: *Attività politica e corruzione*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2020, págs. 40 y sgts.

17 En la doctrina norteamericana, véase LOWENSTEIN, D. H.: «When is campaign contribution a Bribe?» en KLEINING, J. (ED.): *Private and public corruption*, Rowman & Littlefield, 2004, págs. 131 quien observa que es la propia normativa anticorrupción que es confusa, siendo la confusión no algo casual, sino fruto de la dificultad de la separación entre legítima financiación de la política y corrupción.

sos contactos con el diputado¹⁸. De hecho, antes de las elecciones de 1984, el Sr. McCormick había manifestado al cabildero que «su campaña era cara, que habría pagado sumas considerables de su propio bolsillo y que no había oído nada de los médicos». El Sr. Vandergrift (el lobista) contestó que habría contactado con los médicos para «ver qué se podía hacer»: al final, consiguió recaudar y enviar varios sobres con dinero; el último pago fue recibido por el legislador dos semanas después de que hablara en favor de la ley y de que la misma se aprobara. Como nota final, el legislador no señaló como contribuciones de campañas y ni siquiera como ingresos para la declaración de la renta las sumas recibidas¹⁹, partes de las cuales le fueron entregadas personalmente por el Sr. Vandergrift y por el Dr. Ernesto Manuel, un portavoz de los médicos.

Llegados a este punto, lo ideal sería que el lector español se parara un momento y pensara: ¿qué habría pasado en España (tanto fuera como dentro de los tribunales)? Hecha la reflexión, pasemos ahora a ver qué pasó en los órganos judiciales estadounidenses.

El proceso de primera instancia por extorsión²⁰ resultó en una condena. El jurado que halló culpable al Sr. McCormick fue instruido para que interpretara que la extorsión no subsiste toda vez que la contribución se otorga «voluntary», en el entendido de que no puede considerarse voluntaria una contribución realizada a cambio de un beneficio. Además, se aclaró que, «para encontrar a McCormick culpable de extorsión», era preciso que, «más allá de toda duda razonable», los jurados quedaran convencidos de que «el pago» se había realizado «with the expectation that such payment

would influence Mr. McCormick's official conduct» y con el conocimiento del receptor de que se realizaba «with the expectation by virtue of the office he held».

La Corte de Apelación mantuvo la condena²¹, defendiendo que la extorsión no precisa de un *quid pro quo*²², ya que, para que el hecho resulte típico, el funcionario público receptor del dinero extorsionado no tiene por qué dar absolutamente nada a cambio del mismo. Otro detalle importante puesto de manifiesto por la Corte de Apelación fue que, fuera de los casos de financiación lícita de campañas electorales, los electos han de estar sometidos a los mismos estándares que los funcionarios públicos no electos.

La Corte Suprema le dio la vuelta a la sentencia: para que pueda hablarse de corrupción (*rectius*: extorsión), dijo la Corte, sería preciso que la conducta del público oficial resulte controlada por el pacto²³, pero, sobre todo, que «conviction of an elected official under the Act requires, under all circumstances, proof of a quid pro quo, i.e., a promise of official action or inaction in exchange for any payment or property received»²⁴.

Como ya hemos apuntado y como volveremos a hacer en seguida, en la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de corrupción, más que las observaciones relacionadas con la interpretación de la normativa vigente, resultan llamativos aquellos *obiter dicta* relacionados con la compatibilidad de la interpretación de los preceptos con la propia esencia del sistema «político-democrático»: interpretaciones ciertamente muy «libres» han sustancialmente implicado cierto solapamiento de distintos tipos penales (*bribery, illegal gratuity, wire fraud, mail fraud, extortion...*) cuya dif-

18 *McCormick v. United States*, 500 U.S. 257 (1991).

19 Sobre la (ir)relevancia penal de la conducta, se remite a WEISSMAN, E. A.: «*McCormick v. United States: The Quid Pro Quo Requirement in Hobbs Act Extortion Under Color of Official Right*», EN *CATHOLIC UNIVERSITY LAW REVIEW*, VOL. 43, N. 2, 1993, PÁGS. 439 Y SGTS., EN PARTICULAR, NOTA 34.

20 Con referencia al conocido como Hobbs Act (18. U.S.C. § - 1951 (*Interference with commerce by threats or violence*) que considera «illegal» «in any way or degree» el hecho de «Whoever in any manner obstructs, delays, or affects commerce or the movement of commerce by robbery or extortion or attempts, conspires, or threatens physical violence to a person or property in furtherance of a plan to do anything in violation of this statute shall be fined or imprisoned up to twenty years, or both». El término «extortion», implica «the obtaining of property from another, with his consent, induced by wrongful use» no solo de la fuerza, violencia o miedo, sino también «under color of official right». Como se ha observado, la interpretación jurisprudencial ha llegado sustancialmente a cancelar el requisito (que en nuestro ordenamiento sería) característico de la extorsión («inducement») de tal forma que, en la práctica, la extorsión *under color of official right* se parece mucho a la *bribery*. Véase UBIALI, C.: *Attività...* págs. 27 a 28. Sobre el Hobbs Act, véase también WEISSMAN, E. A.: «*McCormick...*», cit., págs. 443 y sgts.

21 *United States v. McCormick*, 896 F.2d 66 (4th Cic. 1990).

22 Sobre la evolución histórica del planteamiento de la Corte Suprema en relación con estos requisitos, véase GOLD, I. B.: «Explicit, express and everything in between: the quid pro quo requirement for bribery and Hobbs Act prosecutions in the 2000s», en *Washington University Journal of Law and Politics*, 2011, vol 36, n. 1, págs. 264 y sgts.

23 literalmente: «Only when an official asserts that his official conduct will be controlled by the terms of the promise or undertaking».

24 Página 500 U. S. 267. En la doctrina norteamericana, se ha dicho que la idea de corrupción como *quid pro quo* descansa sobre tres elementos: «(1) a conveyance of value from an individual to a politician, (2) a conveyance of value from a politician to an individual, and (3) a bargain linking the two» (así GILBERT, M. Y BARNES, B.: «The coordination fallacy», en *Florida State University Law Review*, vol. 43, n. 2, 2016, pág. 401). Véase también LOWENSTEIN, D. H.: «Campaign Contributions and Corruption: Comments on Strauss and Cain», en *University of Chicago Legal Forum*, 1995, págs. 172 a 173. Sobre las distintas posibilidades de entender el *quid pro quo* véase KANG, M. S.: «The brave new world of party campaign finance law», en *Cornell Law Review*, n. 3, 2016, págs. 537 y sgts.

erenciación ha perdido relevancia²⁵. Al contrario, nótese que toda vez que la Corte Suprema pone en duda o directamente descarta la compatibilidad de una interpretación de la normativa vigente con los principios o el funcionamiento democrático del Estado, indirectamente está también enviando un mensaje al legislador, advirtiendo que una ley que avale la interpretación descartada, podría resultar inconstitucional²⁶.

Leamos entonces con cierta atención la interesante observación con apoyo en la cual la Corte recalca que, a fin de cuentas,

Serving constituents and supporting legislation that will benefit the district and individuals and groups therein is the everyday business of a legislator. It is also true that campaigns must be run and financed. Money is constantly being solicited on behalf of candidates, who run on platforms and who claim support on the basis of their views and what they intend to do or have done. Whatever ethical considerations and appearances may indicate, to hold that legislators commit the federal crime of extortion when they act for the benefit of constituents or support legislation furthering the interests of some of their constituents, shortly before or after campaign contributions are solicited and received from those beneficiaries, is an unrealistic assessment of what Congress could have meant by making it a crime to obtain property from another, with his consent, "under color of official right." To hold otherwise would open to prosecution not only conduct that has long been thought to be well within the law, but also conduct that, in a very real sense, is unavoidable so long as election campaigns are financed by private contributions or expenditures, as they have been from the beginning of the Nation. It would require statutory language more explicit²⁷ than the Hobbs Act contains to justify a contrary conclusion²⁸.

Con todo, sigue la Corte, no es imposible que un electo cometa extorsión, incluso si lo que se extorsiona son contribuciones lícitas a la campaña electoral. Apar-

te de los supuestos de fuerza, violencia o miedo, el pago resulta igualmente ilícito si se realiza «a cambio de una promesa explícita» de realizar o no realizar un concreto acto oficial. En dicha situación, dice la Corte, el público oficial manifiesta que su conducta será controlada por los términos de la promesa. La conclusión es que, se diga como se diga (*payoff, quid pro quo*), el intercambio deviene prohibido toda vez que el público oficial explícitamente demanda un pago a cambio de la promesa de realizar o no realizar un acto oficial²⁹.

Ahora bien, apenas un año después, la Corte Suprema se encontró con otro caso de pretendida *extortion*: esta vez, el Sr. Evans, miembro del *legislative brunch*³⁰ (el *Board of Commissioners del DeKalb County* en el Estado de Georgia), era abordado por un agente encubierto del *Federal Bureau of Investigation (FBI)*³¹ que, en el marco de la «*Operation Vespine*»³², «disfrazado» de promotor inmobiliario, iniciaba una serie de conversaciones con el político. A lo largo de encuentros que, por lo general, se grabaron, el *undercover* solicitó una recalificación urbanística (podríamos llamarla así) y el legislador, a cambio de su «ayuda»³³, aceptó y terminó recibiendo ciertas sumas de dinero.

Condenado en primera instancia y en apelación, el Sr. Evans se presentó ante la Corte Suprema y, como fácilmente se intuye, uno de los argumentos que esgrimió fue que, al tratarse de contribuciones para la campaña electoral, faltaba la prueba de que se hubiera producido un *explicit quid pro quo*. La Corte Suprema esta vez confirmó la condena omitiendo toda referencia a la campaña electoral y contestando que «*the offense is completed when the public official receives payment in return of his agreement to perform specific official acts*», aclarando que «*fulfillment of the quid pro quo is not an element of the offense*»³⁴, siendo suficiente un pago indebido a sabiendas de que se realiza a cambio de un acto oficial: «*the Government*», sigue la Corte, «*need only show that a public official has obtained a*

25 Véanse las consideraciones de UBIALI, C.: *Attività*...cit., pág. 29 que siguen a un análisis de la jurisprudencia que soporta la afirmación.

26 HELLMAN, D.: «A theory...», cit., págs. 1949 a 1950.

27 Page 500 U. S. 273.

28 Page 500 U. S. 274.

29 Y todo lector mínimamente familiarizado con esta temática ya intuye que la cuestión se juega en el «explícitamente»: dados los hechos que implicaron a McCormick, decir que el intercambio no ha sido lo suficientemente explícito equivale a apuntar hacia un estándar probatorio ciertamente exigente.

30 Me ha parecido llamativo que la misión del *Board* se describa en su página web asumiendo como finalidad «*to improve the quality of life for the stakeholders*» (véase <https://www.dekalbcountyga.gov/board-commissioners/board-commissioners>).

31 Sr. Clifford Cormany, Jr.

32 Según recuerda la Corte de Apelación del 11º circuito (*United States v. Evans*, 910 F.2d 790, 793 (11th Cir. 1990)), se trata de una operación que tuvo lugar en el área de Atlanta, especialmente en el sector de las recalificaciones urbanísticas.

33 Dice la Corte: «*The jury found that petitioner accepted the cash knowing that it was intended to ensure that he would vote in favor of the rezoning application and that he would try to persuade his fellow commissioners to do likewise*».

34 Por cierto, en esta sentencia, la Corte Suprema, resolviendo discrepancias de tribunales inferiores, confirma que, fuera de los supuestos de intimidación, la extorsión no es excluyente respecto de la corrupción.

payment to which he was not entitled, knowing that the payment was made in return for official acts».

Puestos ante la tarea de acotar el significado de ambas sentencias, excluido el *overruling*³⁵, los órganos judiciales inferiores, o bien han aplicado directamente el estándar probatorio recogido en la primera o bien han llegado a la conclusión de que, en el caso *McCormick*, la Corte Suprema se refiere a contribuciones electorales, mientras que, en el caso *Evans*, puesto que ninguna referencia se hace en la opinión mayoritaria a la financiación de campañas, se asienta un estándar distinto para supuestos que se producen fuera de las campañas electorales³⁶. Dos ideas de corrupción distintas según que la cuestión atañe o menos a campañas electorales.

En resumen, para ser considerada corrupción, la financiación de la política ha de ir sometida a otras reglas, mucho más estrictas y que limitan la aplicación del derecho penal a supuestos particularmente... «explícitos»³⁷ en los que se intercambian beneficios concretos y determinados con actos del cargo.

Como se ha observado, la exigencia de un *explicit quid pro quo* apunta a la idea de un «adecuado balance entre respetar legítimas actividades de búsqueda de financiación y mantener la efectividad del» delito de corrupción³⁸. Si no se trazara esta línea divisora, se añade, el *prosecutor* tendría el «descontrolado» poder de perseguir cualquier público oficial simplemente por aceptar una contribución a su campaña, sabiendo que la donación ha sido realizada con la expectativa de actuación en beneficio del contribuyente. Esto además, crearía «el peligro de que, en una atmósfera política

cargada, los *prosecutors* utilicen su discrecionalidad en una forma partidista»³⁹.

Con independencia de la opinión del lector y de cierta presencia de argumentos parecidos sobre todo en el debate político contemporáneo, esta diferenciación parece haber seguido empleándose hasta hoy en día⁴⁰.

2. El acto del cargo del político: recomendaciones, influencias y organización de eventos

Aparte de la mencionada restricción que consagra cierta diferencia de trato para los «políticos en campaña electoral», la Corte Suprema de los Estados Unidos ha ido dibujando una peculiar interpretación de los tipos penales también por lo que respecta a la interpretación de los términos del intercambio. A partir de *McDonnell v. United States*⁴¹, la Corte ha ido acotando qué debe entenderse por «*official act*» para efecto de conformar el tipo penal de corrupción. Veamos brevemente los términos de la cuestión.

Según los hechos probados, a cambio de ventajas de diversa naturaleza correspondidas a lo largo de años (del valor de 175.000 dólares aproximadamente⁴²), el Gobernador del Estado de Virginia (Sr. McDonnell), había «ayudado» a una empresa privada (*Star Scientific*) en la obtención de la autorización a la comercialización de un suplemento vitamínico (*Anatabloc*): la empresa deseaba que las universidades públicas realizaran estudios sobre el principio activo y, para «echar una mano», el Gobernador había organizado encuentros entre los responsables de la empresa y públicos oficiales del Estado, había hecho de anfitrión en

35 Es sustancialmente la propia Corte que lo excluye al afirmar que «*The instruction satisfies the quid pro quo requirement of McCormick v. United States*».

36 Véase también HELLMAN, D.: «A theory...», cit., pág. 1951, nota 15. Puede matizarse que la Corte de Apelación del 11º circuito, en cambio, ha defendido que ambas sentencias se refieren a contextos electorales y que, en cuanto a contribuciones electorales, debe diferenciarse entre acuerdo «explícito» y «expreso». Mientras que lo primero (*McCormick*) es necesario para que pueda hablarse de corrupción, lo segundo (*Evans*) no lo sería (véase *United States v. Siegelman*, 561 F.3d 1215 (11th Cir 2009)). Sobre este punto, véase también la nota 37.

37 Para esta interpretación y sus matices en la aplicación por parte de la jurisprudencia menor, véase GOLD, I. B.: «Explicit...», cit., págs. 271 y sgts. Puede mencionarse la interpretación diferente proporcionada por la Corte de Apelación del Sexto Circuito que llegó a afirmar que, en el caso *Evans*, la Corte Suprema vino a clarificar que «explicit» no equivale a «express» (basándose en la concurrent opinion del Juez Kennedy). Esta última interpretación también ha sido defendida por la Corte de Apelación del undécimo Circuito que, a diferencia de la anterior, sin embargo, ha llegado a descartar diferenciaciones entre campañas electorales y pagos fuera de las mismas (el caso *Siegelman* es analizado por GOLD, I. B.: «Explicit...», cit., págs. 279 y sgts.).

38 GOLD, I. B.: «Explicit...», cit., págs. 284 a 285.

39 GOLD, I. B.: «Explicit...», cit., págs. 285.

40 Véase GOLD, I. B.: «Explicit...», cit., págs. 52 y sgts.; UBIALI, C.: *Attività...* cit., págs. 45 y sgts. de cuya selección parecen especialmente interesantes *United States v. Carpenter*, 961, F2d 824 (9th Cir. 1992) en que la Corte de apelación instruye al jurado para que tenga en cuenta incluso pruebas circunstanciales para establecer si «*there was a meeting of the minds on a quid pro quo*», entendiéndose que la «*explicitness*» existe «*so long as the terms of the quid pro quo are clear and unambiguous*»; *United States v. Menendez* en la que la Corte señala que el *quid pro quo* es «explícito» no tanto por la forma en la que se cierra el acuerdo, sino por el «*degree to which the payor and the payee were aware of its terms*», no siendo prueba suficiente la «*close temporal relationship*».

41 *McDonnell vs United States*, 136 S. Ct. 2355 (2016).

42 Lo que incluía bienes de lujos. Para una sarcástica reconstrucción, se remite a <https://www.youtube.com/watch?v=-AboF-6edqU&t=170s>.

otros tantos organizados en la Mansión del Gobernador y había contactado con otros funcionarios del Gobierno en relación con los estudios de investigación.

La Corte se preguntó si este tipo de comportamientos podía subsumirse en la definición de «acto oficial» proporcionada por el 18 U.S.C. § 201 (a)(3) —*Bribery of public officials and witness*⁴³— de acuerdo con el cual

«the term “official act” means any decision or action on any question, matter, cause, suit, proceeding or controversy, which may at any time be pending, or which may by law be brought before any public official, in such official’s official capacity, or in such official’s place of trust or profit».

Pues bien, argumentando que *«to qualify as an “official act” the public official must make a decision or take an action on that question or matter, or agree to do so»*, la Corte Suprema concluye que *«setting up a meeting, talking to another official, or organizing an event—without more—does not fit that definition of “official act”»*. Como siempre, resulta interesante el *obiter dictum* en el que la Corte advierte que una interpretación expansiva del término «official act», *«would raise significant constitutional concerns»*. En efecto, al contrario de lo que pretende la acusación, según los jueces, al público oficial que, al igual que hizo el Sr. McDonnell, interactúa y escucha a sus electores y se hace eco de sus necesidades y peticiones, casi habría que aplaudirle⁴⁴. Como dice la Corte,

...conscientious public officials arrange meetings for constituents, contact other officials on their behalf, and include them in events all the time. The basic compact underlying representative government assumes that public

officials will hear from their constituents and act appropriately on their concerns—whether it is the union official worried about a plant closing or the homeowners who wonder why it took five days to restore power to their neighborhood after a storm. The Government’s position could cast a pall of potential prosecution over these relationships if the union had given a campaign contribution in the past or the homeowners invited the official to join them on their annual outing to the ballgame. Officials might wonder whether they could respond to even the most commonplace requests for assistance, and citizens with legitimate concerns might shrink from participating in democratic discourse.

De ahí que, sigue la Corte, una expansión «*breath-taking*» de la normativa anticorrupción terminaría afectando la interacción de los funcionarios con los ciudadanos a los que sirven y, por lo tanto, dañaría su capacidad de desempeñar su función en un régimen democrático. Según la *Supreme Court of Justice*, para que se pueda hablar de corrupción en sentido penalmente relevante, el acto del cargo que se intercambia tiene que estar suficientemente determinado (no puede ser algo «tan nebuloso como el desarrollo económico» del Estado) y, si se trata de una decisión sobre algo, el objeto de la misma tiene que ser «*properly defined*». Resultan, por lo tanto, atípicas las conductas del imputado («*arrange meetings for constituents, contact other officials on their behalf, and include them in events all the time*») que, lejos de aparecer como delincuente, se ha comportado como un «*conscientious public official*».

La aplicación del estándar de la Sentencia *McDonnell* ha implicado que la jurisprudencia menor haya excluido la relevancia penal de

43 Delito que comete *«Whoever— (1) directly or indirectly, corruptly gives, offers or promises anything of value to any public official or person who has been selected to be a public official, or offers or promises any public official or any person who has been selected to be a public official to give anything of value to any other person or entity, with intent— (A) to influence any official act; or (B) to influence such public official or person who has been selected to be a public official to commit or aid in committing, or collude in, or allow, any fraud, or make opportunity for the commission of any fraud, on the United States; or (C) to induce such public official or such person who has been selected to be a public official to do or omit to do any act in violation of the lawful duty of such official or person; (2) being a public official or person selected to be a public official, directly or indirectly, corruptly demands, seeks, receives, accepts, or agrees to receive or accept anything of value personally or for any other person or entity, in return for: (A) being influenced in the performance of any official act; (B) being influenced to commit or aid in committing, or to collude in, or allow, any fraud, or make opportunity for the commission of any fraud, on the United States; or (C) being induced to do or omit to do any act in violation of the official duty of such official or person; (3) directly or indirectly, corruptly gives, offers, or promises anything of value to any person, or offers or promises such person to give anything of value to any other person or entity, with intent to influence the testimony under oath or affirmation of such first-mentioned person as a witness upon a trial, hearing, or other proceeding, before any court, any committee of either House or both Houses of Congress, or any agency, commission, or officer authorized by the laws of the United States to hear evidence or take testimony, or with intent to influence such person to absent himself therefrom; (4) directly or indirectly, corruptly demands, seeks, receives, accepts, or agrees to receive or accept anything of value personally or for any other person or entity in return for being influenced in testimony under oath or affirmation as a witness upon any such trial, hearing, or other proceeding, or in return for absenting himself therefrom; shall be fined under this title or not more than three times the monetary equivalent of the thing of value, whichever is greater, or imprisoned for not more than fifteen years, or both, and may be disqualified from holding any office of honor, trust, or profit under the United States».*

44 Cosa distinta es que el propio *Chief Justice Roberts* haya dejado constancia de lo «desagradable» de lo acontecido. Sobre el argumento, en doctrina, véanse HELLMAN, D.: «A theory...», cit., págs. 1948 y sgts.; ROWBOTTOM, J.: «Corruption...», cit., págs. 401 a 402 con una breve comparación con la jurisprudencia inglesa.

1. cartas públicas mediante la cual un político se posiciona en contra de la construcción de una clínica cuya construcción habría dañado los intereses de empresarios⁴⁵;
2. discutir con un cabildero los términos de un acto legislativo⁴⁶;
3. mantener encuentros con oficiales del ejército o con autoridades de Estado extranjeros para promover la adquisición de material de unas determinadas empresas (que habían financiado al legislador)⁴⁷;
4. el aprovechamiento de contactos para conseguir (recomendación) que alguien (un financiador) sea nombrado embajador (mediante v.gr. la concertación de reuniones con miembros de la Oficina ejecutiva del Presidente)⁴⁸.

3. La ventaja política

En el juego de la política, mucho se decide mediante compromisos y favores recíprocos. En los términos en los que hemos querido aquí plantear el discurso, sin embargo, el intercambio de ventajas «políticas» (por ejemplo, votos a cambio de votos, cargos a cambio de votos etc.), de alguna manera, se presta a ser, por lo menos, acercado a la idea de corrupción. Es más, pensándolo bien, no es descabellado considerar que, toda vez que un diputado perteneciente a un partido vota en un determinado sentido a cambio de su re-inclusión en una lista electoral, está realmente intercambiando un voto a cambio de una ventaja incluso económicamente evaluable (en el entendido, claro está, de que el escaño equivale a un sueldo).

Puesta la cuestión en estos términos, en Estados Unidos, tanto la doctrina como la jurisprudencia se han enfrentado una vez más al problema de la *actio finium regundorum* entre el «normal» desempeño de una labor política y la corrupción, esta vez visto desde el ángulo (diríamos nosotros) de la corrupción activa, es decir, de la posible (ir)relevancia penal del ofrecimiento de determinadas ventajas a cambio de la consecución de actos del cargo.

Por lo que respecta a la jurisprudencia, destaca sin dudas el caso resuelto por la Corte de apelación del

séptimo circuito en el que se enjuiciaba a Rod Blagojevich, a la sazón, Gobernador del Estado de Illinois⁴⁹, el mismo que Barak Obama representaba en el Senado antes de ser elegido Presidente. Precisamente después de la elección de Obama, el Gobernador, puesto ante la tesitura de nombrar al sucesor del ex-senador y ahora Presidente, piensa en alguien (Sra. Valerie Jarret) que entiende sería (políticamente) del agrado del Sr. Presidente. Naturalmente, decide plantear el nombramiento como un favor que merece una recompensa, de tal forma que, a cambio, pide ocupar un cargo en el Gabinete del Presidente al término de su mandato como Gobernador, para utilizarlo como herramienta de persuasión para obtener un contrato (con un muy buen salario) en una fundación o para conseguir una donación de 10 millones para una fundación que él mismo habría controlado⁵⁰.

En primera instancia, esos hechos le valieron a Blagojevich una condena por tentativa de extorsión⁵¹. Llegado el caso a la Corte de Apelación, la misma se detiene en el intento de acuerdo con Obama para el nombramiento de Valerie Jarret cuya subsunción en el tipo de extorsión parece problemática. En primer lugar, razona la Corte, en primera instancia, se debería haber instruido al jurado para que tuviera en cuenta (y diferenciara) lo que el Gobernador había pedido: no todo acto del cargo intercambiado por una ventaja tiene por qué tener la misma consideración para efectos penales. De hecho, según la Corte, una cosa es pedir, a cambio de un nombramiento (de una senadora), un cargo público (otro nombramiento, esta vez en el Gabinete del Presidente); otra distinta es pedir un empleo en una empresa privada⁵².

Dicho ello, la Corte distingue el caso (que conocemos) *McCormick* del que ahora hay que examinar: en el primero, «se describe un delito como *quid pro quo*: un público oficial realiza un acto oficial (o promete hacerlo) a cambio de un beneficio privado, como dinero». Al contrario, un intercambio de favores políticos («*political logroll*») como el que ahora se examina

is the swap of one official act for another. Representative A agrees with Representative B to vote for milk price supports, if B agrees to vote for tighter controls on air po-

45 *United States v. Silver*, 864 F.3d 102 (2nd Cir. 2017), citada por UBIALI, C.: *Attività...cit.*, págs. 61 a 62.

46 *United States v. Silver*, 864 F.3d 102 (2nd Cir. 2017), citada por UBIALI, C.: *Attività...cit.*, págs. 61 a 62.

47 *United States v. Jefferson*, 289 F. Supp. 3D 717 (E.D. Va. 2017), citada por UBIALI, C.: *Attività...cit.*, págs. 62 a 63.

48 *United States v. Fattah*, 914 F.3d 112 (3d Cir. 2019), citada por UBIALI, C.: *Attività...cit.*, págs. 63 a 64.

49 *United States v. Blagojevich*, 794 F.3d 729 (7th Cir. 2015), citada por UBIALI, C.: *Attività...cit.*, págs. 65 y sgts.

50 Ante la negativa recibida, el Gobernador se dirige entonces hacia los Republicanos (que suportaban la candidatura de Jesse Jackson, Jr.) y les ofrece el nombramiento a cambio de 1,5 millones de dólares como «financiación electoral». Nótese que la propia Corte pone entre comillas lo de «*campaign contribution*» al observar que el Gobernador estaba en su segundo mandato y ya había anunciado que no habría buscado un tercero.

51 Nótese que esa era solo una de las acusaciones y que el objeto del proceso concernía a muchos más hechos.

52 Véase, sobre esta cuestión, HELLMAN, D.: «A theory...», cit., pág. 1952.

Illution. A President appoints C as an ambassador, which Senator D asked the President to do, in exchange for D's promise to vote to confirm E as a member of the National Labor Relations Board.

Hecha la diferenciación, (ya estamos acostumbrados a ello) la Corte advierte que

Governance would hardly be possible without these accommodations, which allow each public official to achieve more of his principal objective while surrendering something about which he cares less, but the other politician cares more strongly.

La advertencia anticipa el resultado. De hecho, siguen los magistrados, en Estados Unidos, la persecución penal de un intercambio político de favores no tiene precedentes⁵³: «*It would be more than a little surprising to Members of Congress if the judiciary found in the Hobbs Act, or the mail fraud statute, a rule making everyday politics criminal*».

Solo en segundo lugar, la Corte observa que considerar que hay corrupción o extorsión en el «*political logroll*» es además contrario a la legislación vigente: en el caso de la extorsión, haría falta que el extorsionado diera algo «transferible», ya que el *Statute* habla de «*property*» (y, evidentemente, un cargo en el Gabinete del Presidente no es «*property*» del Presidente)⁵⁴; la corrupción (*bribery*) requiere que se actúe *corruptly*, lo que es incompatible con compensaciones por el trabajo realizado (y, nombrar a un Senador/a, es parte del trabajo del Gobernador)⁵⁵; tampoco parece «*plausible*» hablar de fraude, haciendo pivotar el reproche en la mentira del Gobernador (que, en lugar que nombrar al más apto/a para el cargo, habría ocultado las verdaderas razones del nombramiento).

El *prosecutor* objeta que este caso es especial porque Blagojevich ha pedido algo para sí mismo. La Corte responde listando una serie de casos parecidos (no judicializados) y alegando que sustancialmente «así funcionan las cosas» de todos los días en política. Si el *prosecutor* tuviera razón, observa la Corte, tanto Eisenhower⁵⁶ como Obama⁵⁷ deberían haber ido a la cárcel, cosa que nadie parece haber reclamado (argumentando en el carácter delictivo del «*political logroll*»). No obstante, más que el argumento histórico y del «así van las cosas», lo interesante es el siguiente razonamiento que merece ser transcrito:

Put to one side for a moment the fact that a position in the Cabinet carries a salary. Suppose that Blagojevich had asked, instead, that Sen. Obama commit himself to supporting a program to build new bridges and highways in Illinois as soon as he became President. Many politicians believe that public-works projects promote their re-election. If the prosecutor is right that a public job counts as a private benefit, then the benefit to a politician from improved chances of election to a paying job such as Governor—or a better prospect of a lucrative career as a lobbyist after leaving office—also would be a private benefit, and we would be back to the proposition that all logrolling is criminal. Even a politician who asks another politician for favors only because he sincerely believes that these favors assist his constituents could be condemned as a felon, because grateful constituents make their gratitude known by votes or post-office employment.

Lo que la Corte parece sugerir es que, a fin de cuentas, decir que un político profesional ha decidido algo basándose al 100% en el interés general y 0% en su interés personal (por ejemplo, sin pensar en su reelección que, entre otras cosas, le supondrá un salario nada desdeñable; o en la posibilidad de conseguir un nom-

53 En palabras de los magistrados, «*A proposal to appoint a particular person to one office (say, the Cabinet) in exchange for someone else's promise to appoint a different person to a different office (say, the Senate), is a common exercise in logrolling. We asked the prosecutor at oral argument if, before this case, logrolling had been the basis of a criminal conviction in the history of the United States. Counsel was unaware of any earlier conviction for an exchange of political favors. Our own research did not turn one up.*»

54 En palabras de la Corte de Apelación, «*The Court restricted "property" to what one owner can transfer to another. By that standard a job in the Cabinet (or any other public job) is not "property" from the employer's perspective. It is not owned by the person with appointing power, and it cannot be deeded over. The position may be filled by different people, but the position itself is not a transferrable property interest. A position is "held" or "occupied" but not "obtained."*»

55 Literalmente, dice la Corte, «*would not be plausible to describe a political trade of favors as an offer or attempt to bribe the other side. What is more, § 666(c) provides that the section as a whole does not apply "to bona fide salary, wages, fees, or other compensation paid, or expenses paid or reimbursed, in the usual course of business."* Compensation for a job by someone other than a ghost worker is a «*bona fide salary*»—and, as we've pointed out, the «*usual course of business*» in politics includes logrolling».

56 La referencia de la Corte va al discutido nombramiento de Earl Warren como Chief Justice.

57 La Corte observa que el propio Secretario de Estado del gobierno Obama, antes de acceder al cargo, era Senador. De ello podría deducirse que ha sido nombrado (por lo menos en parte) debido a su buen hacer como Senador «*and it wouldn't surprise us if this happened at least in part because he had performed a political service for the President*». Y lo mismo ocurre con los embajadores cuya mayoría procede del parlamento.

bramamiento que le supondrá más prestigio y/o sueldo...) es difícilmente creíble⁵⁸. Y si eso es así, si decimos que Blagojevich es un criminal-corrupción (limitadamente a este hecho), corruptor y corruptos son todos los políticos y la diferencia entre política y corrupción termina anulándose.

En la doctrina norteamericana, se ha intentado construir teóricamente una diferenciación entre ventajas constitutivas de corrupción penalmente relevante (si intercambiadas con actos del cargo) y beneficios con sustanciales al juego político y, por lo tanto, cuyo intercambio con actos oficiales no parece jurídicamente prohibido. La clave estribaría en diferenciar las esferas de valores de las que proceden el acto intercambiado y la ventaja recibida: toda vez que ambos pertenezcan a la misma esfera de valor, en el lenguaje común, no solemos hablar de corrupción; las cosas cambian si lo que se intercambia son actos y ventajas procedentes de esferas de valor diferentes. El ejemplo utilizado es el siguiente: imaginemos que los padres pidan a sus hijos que limpien el patio a cambio de dinero. Si la familia considerara «limpiar el patio» como un deber perteneciente a la esfera de valores familiares, dar dinero a cambio de ello, significaría «corromper» (y probablemente, en alguna familia, así se llamaría). Si, en cambio, la limpieza del patio no se concibiera como deber inherente a la pertenencia al núcleo familiar, el dinero probablemente no se llamaría «soborno», sino que representaría sin más una remuneración⁵⁹.

Aplicando el criterio al problema que nos ocupa, el intercambio de un acto *político* con una ventaja de naturaleza *política*, no debería considerarse corrupción (por lo menos, a efectos penales). Viceversa, sí sería reprochable la realización de un acto político a cambio de una ventaja no política (como el dinero)⁶⁰. Entonces, si, a cambio de un acto político, se proporciona un voto,

un nombramiento en un cargo público, una recomendación política, o cualquier otro acto político (*logrolling*), puesto que la ventaja «es del mismo tipo del acto oficial por la que se intercambia», no hay corrupción punible⁶¹. Al contrario, cuando lo que se intercambia es dinero «que puede ser utilizado por el público oficial para hacer lo que quiera», un reloj Rolex, visitas a clubs de golf etc., el supuesto devendría punible, puesto que la ventaja pertenece una esfera de valores... no políticos⁶². La diferenciación explicaría la decisión (sobre la que nos hemos detenido) del caso Blagojevich: «*an agreement to appoint Jarret to the Senate in exchange for a position in the President's Cabinet would be an exchange of one political act for another*»⁶³; al contrario, «*an agreement to appoint Jarret to the Senate for a private sector job (...) would be an agreement to exchange a political act for something of value outside politics*»⁶⁴ y resultaría penalmente sancionable. Y lo anterior, con independencia de que el primer caso se considere éticamente aceptable⁶⁵: como es sabido, no todo lo no-ético ha de terminar en el Código penal y, máxime en política, existen comportamientos cuyo reproche se delega a mecanismos no jurídicos, sino precisamente... políticos⁶⁶. Dicho ello, determinar qué actos/beneficios pertenecen a la esfera de lo político sería una cuestión «empírica» que variaría de acuerdo con el sentir social relacionado con la idea de democracia y estaría ligado a un determinado contexto histórico-social: la línea que separa las diversas esferas de valores es configurada por el ordenamiento jurídico, por el sentir social, etc. En definitiva, la corrupción se convierte en un concepto «derivado» cuyos límites pueden conformarse solo a partir de una interpretación constitucional de la teoría de la democracia, anclada al *hic et nunc*⁶⁷.

Ahora bien, la construcción teórica también se ha utilizado para explicar por qué no sería corrupción la

58 Como se ha observado, a fin de cuentas, «cuando un representante adopta una postura sobre un asunto que le ayudará a ser reelegido, esa elección parece basada sobre la ganancia personal que se sustancia en el mantenimiento del cargo» (Cain, B. E.: «Moralism and Realism in Campaign Finance Reform», en *University of Chicago Legal Forum*, 1995, pág. 115).

59 Véase HELLMAN, D.: «A theory...», cit., pág. 1980.

60 Véase HELLMAN, D.: «A theory...», cit., págs. 1971 a 1972.

61 Véase HELLMAN, D.: «A theory...», cit., pág. 1972.

62 Véase HELLMAN, D.: «A theory...», cit., pág. 1972.

63 Véase HELLMAN, D.: «A theory...», cit., pág. 1973.

64 Véase HELLMAN, D.: «A theory...», cit., págs. 1973 a 1974.

65 Véase HELLMAN, D.: «A theory...», cit., págs. 1975 a 1976 quien plantea el ejemplo del *prosecutor* que promete una rebaja de sanción a cambio de un testimonio. El caso, aparte de deslindar lo éticamente correcto de lo penalmente correcto, pone el problema de cierta incertidumbre que rodea al criterio propuesto: en efecto, como reconoce la propia autora, podría decirse que tanto la pena como el testimonio atañen a la esfera de valores del derecho penal; pero también podría argumentarse que prestar un testimonio diciendo la verdad, atañen no tanto al sistema penal sino al sistema de valores de todo ciudadano. No obstante, según la autora, el hecho de que el criterio admita zonas grises y abiertas al debate no lo invalida.

66 Véase, entre muchos, BUSTOS GIBBERT, R.: «Corrupción política: un análisis desde la teoría y la realidad constitucional», en *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 25, 2010, págs. 69 y sgts.

67 Véase HELLMAN, D.: «Defining Corruption and Constitutionalizing Democracy», en *Michigan Law Review*, 2013, V. 111, n. 8, págs. 1389 y sgts.

financiación de los partidos políticos o de los candidatos: en la medida en la que se configure la financiación como acto de participación política del electorado (igual o parecido al voto), parece que no existiría duda en considerar lícito el intercambio financiación/actuación del político electo (siempre, claro está, que la primera se realice en el marco de los límites legales). Si, en cambio, se defendiera que «financiar» no tiene nada que ver con «votar», las cosas podrían cambiar y el hecho del empresario X que condiciona expresamente su financiación a un acto concreto del legislador (*quid pro quo*) podría resultar penalmente relevante⁶⁸.

4. Corrupción y financiación de la política

En la Jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, la diferencia entre la financiación de la política y el intercambio corrupto ha sido tratada, generalmente, al hilo de dudas sobre la constitucionalidad de los límites planteados en vía legislativa a la posibilidad de financiar la política⁶⁹.

4.1. *Buckley v. Valeo*: libertad de expresión y prevención de la corrupción

Según la célebre *Buckley v. Valeo*⁷⁰, contribuir a las campañas, es derecho tutelado por la primera enmienda⁷¹. La consecuencia de esta «constitucionalización» del derecho a financiar entendido como corolario de la libertad de expresión, naturalmente, implica que,

restringir las posibilidades de financiación, equivale a restringir la libertad de expresión⁷²: argumenta la Corte que, «virtualmente toda forma de comunicar ideas en los medios de comunicación de masa de hoy en día implica gastar dinero» y «la creciente dependencia del electorado de la televisión, radio y otros medios de comunicación de masas para noticias e información ha convertido a estos caros modelos de comunicación en indispensables instrumentos de un discurso político efectivo»: luego, menos dinero, menos comunicación y, menos comunicación, menos información, lo que termina mermando el democrático ejercicio del derecho al voto.

Dicho ello, la Corte diferencia entre «*expenditures*» y «*contributions*». Antes de resumir brevemente el fallo, simplificando un poco, podemos recordar que, en Estados Unidos, la financiación de la política se articula a través de distintos mecanismos, entre los que se hallan «*independent expenditures*» y «*contributions*»⁷³: la diferencia estriba en que, mientras que la «*contribution*» representa una financiación (como probablemente la entenderíamos nosotros) hecha directa o indirectamente⁷⁴ al candidato (o partido) para que sea el candidato (o partido) quien, directa o indirectamente, decida cómo gastarla (en el respeto de la legislación vigente), por *independent expenditure* se entiende la financiación de una comunicación expresamente favorable o desfavorable a un candidato que se realiza al margen del candidato mismo⁷⁵. Dicho en otras pal-

68 Véase HELLMAN, D.: «A theory...», cit., págs. 1990.

69 Parte de la doctrina norteamericana ha hablado de «desmantelamiento» de la legislación sobre financiación de campañas (KANG, M. S.: «The brave...», cit., pág. 532).

70 *Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1 (1976). Para un eficaz y conciso resumen de la postura de la Corte en el tema que ahora nos interesa, véanse KANG, M. S.: «The brave...», cit., págs. 537 a 538; BRIFFAULT, R.: «On dejudicializing American campaign finance law», en *Georgia State University Law Review*, vol. 27, n. 4, 2011, págs. 896 y sgts.

71 Como dicen los jueces, «*The Act's contribution and expenditure limitations operate in an area of the most fundamental First Amendment activities. Discussion of public issues and debate on the qualifications of candidates are integral to the operation of the system of government established by our Constitution. The First Amendment affords the broadest protection to such political expression in order "to assure [the] unfettered interchange of ideas for the bringing about of political and social changes desired by the people."*».

72 «*A restriction on the amount of money a person or group can spend on political communication during a campaign necessarily reduces the quantity of expression by restricting the number of issues discussed, the depth of their exploration, and the size of the audience reached*». En la doctrina, véase CAIN, B. E.: «Moralism...», cit., págs. 126 y sgts.

73 Como se ha observado, la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de constitucionalidad de la legislación relacionada con la financiación de la política ha pivotado por más 30 años sobre esta diferenciación (BRIFFAULT, R.: «On dejudicializing...», cit., pág. 898). Véase también KANG, M. S.: «The brave...», cit., págs. 540 y sgts. y la jurisprudencia ahí mencionada que parece insistir sobre una definición de corrupción que va más allá del estricto *quid pro quo*. Según el autor, el «abrupto» cambio de jurisprudencia (hacia una idea restrictiva de corrupción) se produjo cuando los jueces John Roberts y Samuel Alito sustituyeron a William Rehnquist y Sandra Day O'Connor. Expresión de este cambio de orientación sería, en primer lugar, la sentencia *Citizens United* que comentaremos brevemente que supuso un *overruling* de *Austin v. Michigan Chamber of Commerce*.

74 Utilizando, por ejemplo, un *committee* constituido para sostener u oponerse a un candidato concreto o una medida concreta o un grupo de candidatos o medidas en una misma elección (*primarily formed committee*), o para suportar u oponerse a candidatos y/o medidas a lo largo de múltiples elecciones (*general purpose recipient committee*).

75 De acuerdo con el *Subtitle B* del *Bipartisan Campaign Reform Act (sec. 211)*, «*independent expenditure*» puede definirse como «*an expenditure by a person expressly advocating the election or defeat of a clearly identified candidate, and that is not made in concert or cooperation with or at the request or suggestion of such candidate, the candidate's authorized political committee, or their agents, or a po-*

abras, «*contributions refers to money given to a campaign, while an expenditure refers to other money spent to influence elections*»⁷⁶.

Pues bien, según la Corte, la «*contribution*» es tan solo una forma de expresar generalmente un apoyo a un candidato, apoyo que no varía según la cantidad de la financiación⁷⁷. Al contrario, las *expenditures* sirven para posibilitar el propio debate político⁷⁸. Así las cosas, establecer, en vía legislativa, limitaciones a las *contributions* puede ser una herramienta útil para luchar contra la «apariencia de influencias impropias» y para salvaguardar la «integridad del proceso electoral sin impactar directamente sobre los derechos de los ciudadanos individuales y de los candidatos de participar en el debate y discusión política»⁷⁹. Distinto es el caso de las *expenditures*: aquí, dice la Corte, la limitación implica una «sustancial y directa restricción a las habilidades de candidatos y ciudadanos, y asociaciones» de expresar opiniones políticas protegidas por la primera enmienda que resulta intolerable⁸⁰. Una vez más la cuestión parece pivotar sobre la cercanía al *quid pro quo*⁸¹.

4.2. El bipartisan Campaign Reform Act de 2002: la prevención de la corrupción política mediante el control de la financiación de la política

Con todo, al legislador norteamericano no se le escapaba que, sobre todo si acercada al mundo del *lobby*, la financiación (incluso de *independent expenditures*) podría incrementar el peligro de que parezca que los políticos actúan de forma «corrupta». De la misma manera, después del escándalo *Watergate*, la intuición a lo largo de la cual parece moverse el legislador es que, cuanto más dinero circule alrededor de los políticos, más (apariencia de) corrupción⁸². De ahí que, en el año 2002, mediante el *Bipartisan Campaign Reform Act* (en adelante, BCRA)⁸³, se trató de abordar el problema del *soft money* (fondos correspondidos lícitamente pero al margen de la regulación en materia de financiación de campañas con la finalidad de influenciar elecciones) y de la *issue advocacy* (comunicación política que tiene la finalidad de centrar la atención del electorado no sobre un candidato sino sobre un tema concreto, contrapuesta a la *express advocacy* que claramente apoya o critica a un candidato)⁸⁴. Respecto de la «comunicación electoral» (*electioneering communications*) entendida como la que se distribuye en los sesenta días previos a las elecciones generales o treinta días antes de unas

litical party committee or its agents». Sobre la diferenciación entre *coordinated expenditures* y *independent political expenditures*, se remite a GILBERT, M. Y BARNES, B.: «The coordination...», cit., págs. 406 y sgts.

76 GILBERT, M. Y BARNES, B.: «The coordination...», cit., pág. 403.

77 *A contribution serves as a general expression of support for the candidate and his views, but does not communicate the underlying basis for the support. The quantity of communication by the contributor does not increase perceptibly with the size of his contribution, since the expression rests solely on the undifferentiated, symbolic act of contributing. At most, the size of the contribution provides a very rough index of the intensity of the contributor's support for the candidate.* La idea ha sido, sin embargo, objeto de críticas en la doctrina (véase, por ejemplo, BRIFFAULT, R.: «On dejudicializing...», cit., pág. 899).

78 Véase HELLMAN, D.: «A theory...», cit., pág. 1987; KANG, M. S.: «The brave...», cit., pág. 538.

79 Pág. 424 U. S. 23-38.

80 La doctrina ha considerado constitucionalmente razonable la diferenciación. Véase ISSACHAROFF, S.: «On political...», cit., pág. 140 y la bibliografía ahí mencionada. No obstante, véanse las consideraciones críticas de BRIFFAULT, R.: «On dejudicializing...», pág. 900.

81 ISSACHAROFF, S.: «On political...», cit., págs. 123 y sgts. quien subraya que la opción contraria (que argumenta a partir del peligro de influencias indebidas y de la diferencia entre votar y financiar (*wealth-based distortions of politics*) aparece minoritaria. Véase también BRIFFAULT, R.: «On dejudicializing...», cit., pág. 898 quien observa que el único argumento que habría podido avalar la constitucionalidad de un límite a las *expenditures* era la «*potential inequality*» relacionada con la «*ability of the wealthy to have more influence over the election debate than others*».

82 ISSACHAROFF, S.: «On political...», cit., págs. 118 y sgts.

83 El texto puede consultarse en la web <https://www.congress.gov/bill/107th-congress/house-bill/2356>. La norma es conocida también como *McCain-Feingold Act* y se aprobó en el Congreso en año 2002 con 198 votos a favor procedentes del partido demócrata y 41 del republicano (aunque 176 republicanos y 12 demócratas votaron en contra). En el Senado, contó con 60 votos a favor (48 demócratas, 11 republicanos y un independiente) y 40 en contra (38 republicanos). El Presidente George W. Bush, antes de promulgar la ley, afirmó que «*This legislation is the culmination of more than 6 years of debate among a vast array of legislators, citizens, and groups. Accordingly, it does not represent the full ideals of any one point of view. But it does represent progress in this often-contentious area of public policy debate. Taken as a whole, this bill improves the current system of financing for Federal campaigns, and therefore I have signed it into law*». Para una breve reconstrucción de la normativa, véase ISSACHAROFF, S.: «On political...», págs. 135 y sgts.. Sobre el contexto político de su aprobación, véase BRIFFAULT, R.: «On dejudicializing...», cit., pág. 926.

84 Véase BRIFFAULT, R.: «On dejudicializing...», cit., págs. 906 y sgts.

elecciones primarias⁸⁵, se introducía la prohibición de que empresas y sindicatos la financiaran (sec. 203). En materia de financiación de campañas, se confirmaba la línea del *Federal Election Campaign Act* de 1971 a la hora de limitar no solo el monto con el que se podía financiar a un candidato o comité electoral (*base limit*), sino también la suma global que podía emplearse globalmente por un único financiador en una campaña electoral (el límite establecido concernía a las sumas utilizadas a lo largo de dos años), incluso si destinada a financiar a diversos candidatos (*aggregate limit*)⁸⁶.

4.3. *Citizens United v Federal Election Commission: la noción estricta de corrupción que puede servir para limitar la financiación de la política entendida como libertad de expresión*

Pues bien, la primera norma (prohibición relacionada con las *electioneering communications*) impactó contra la intención de una organización sin ánimo de lucro llamada *Citizens United* que deseaba poner al aire una película-documental muy crítica con Hilary Clinton (titulada *Hilary: The Movie*) justo antes de las primarias del partido Demócrata del mes de enero de 2008. Así las cosas, siguiendo el procedimiento establecido por la sección 403 («*judicial review*») del propio *Bipartisan Act*, la ONG se dirigió primero a la *United States District Court of Columbia* y después (en apelación) a la *Supreme Court of the United States* para obtener la declaración de inconstitucionalidad de la norma.

La sentencia llegó en el año 2010⁸⁷ y sustancialmente declaró inconstitucional la prohibición relacionada con las *electioneering communications* por resultar incompatible con la primera enmienda⁸⁸. La Corte admitió que «*if elected officials succumb to improper influences from independent expenditures; if they surrender their best judgment; and if they put expediency before principle, then surely there is cause for concern*» y, por lo tanto, comprendía⁸⁹ el intento del Congreso dirigido a «*dispel either the appearance or the reality of these influences*». No obstante, advirtió desde el principio que cualquier limitación «*must comply with the First Amendment*» y que, en la ponderación entre límites que eviten la apariencia de corrupción y libertad de expresión, debe tenerse en la debida cuenta que «*it is our law and our tradition that more speech, not less, is the governing rule*»⁹⁰. Así las cosas, «*an outright ban on corporate political speech during the critical preelection period is not a permissible remedy*» y poner límites a la financiación es algo desproporcionado; por ello, según la Corte, «*here Congress has created categorical bans on speech that are asymmetrical to preventing quid pro quo corruption*».

Resulta interesante observar como la *Supreme Court* no descarta la relevancia de la prevención de la corrupción como razón para poner límites a la financiación, pero lo hace rechazando una noción amplia del término⁹¹, insistiendo en la idea de *quid pro quo*. Así entendida la corrupción, el riesgo de que las *expenditures* incrementen la apariencia de corrupción, según la Corte,

85 The term 'electioneering communication' means any broadcast, cable, or satellite communication which—“(I) refers to a clearly identified candidate for Federal office; “(II) is made within“(aa) 60 days before a general, special, or runoff election for the office sought by the candidate; or “(bb) 30 days before a primary or preference election, or a convention or caucus of a political party that has authority to nominate a candidate, for the office sought by the candidate; and “(III) in the case of a communication which refers to a candidate for an office other than President or Vice President, is targeted to the relevant electorate.

86 Sobre esta última limitación, véase GILBERT, M.: «Contributions and corruption: restoring aggregate limits in the States», en *Democracy by the people*, 2018, pág. 328 y sgts. El autor subraya cómo este límite agregado servía como salvaguarda (*backstop*) de la limitación individual (pág 330).

87 *Citizens United v. Federal Election Comm'n*, 130 S. Ct. 876 (2010). Sobre el alcance de esta sentencia, véase UBIALI, C.: *Attività...*, cit., págs. 79 y sgts.; MAROTO CALATAYUD, M.: *Corrupción y financiación de partidos políticos. Un análisis político criminal*, Tesis doctoral realizada en el marco del programa de doctorado «Los derechos humanos y el Sistema Penal», Universidad de Castilla-La Mancha, junio de 2012, págs. 243 y sgts.; HELLMAN, D.: «A theory...», cit., págs. 1983; GILBERT, M. Y BARNES, B.: «The coordination...», cit., págs. 399 y sgts., en particular, por lo que respecta a la diferenciación entre *coordinated* e *independent expenditures*. Sobre la jurisprudencia de la Corte sobre la materia precedente, véase BRIFFAULT, R.: «On dejudicializing...», págs. 892 a 895 quien habla de «*tree decades of doctrinal zigzag*».

88 Se ha observado que se ha tratado de la sustancial desregulación de las «*independent electioneering*» que la Corte ha dejado «*free of source restrictions on corporations*» (KANG, M. S.: «The brave...», cit., pág. 535).

89 Literalmente afirma que «*We have to give weight*».

90 Como ha observado parte de la doctrina norteamericana es ciertamente curiosa la asociación entre libertad de expresión y personas jurídicas (véase ISSACHAROFF, S.: «On political...», págs. 130 y sgts.).

91 Como afirma la Corte, «*Reliance on a “generic favoritism or influence theory...is at odds with standard First Amendment analyses because it is unbounded and susceptible to no limiting principle*».

resultaría demasiado remoto como para justificar una restricción de una libertad constitucional⁹².

4.4. *McCutcheon v Federal Election Commission: si financiar es como votar, para limitar la libertad de financiar, no es suficiente una genérica referencia a la prevención de la corrupción*

Esta tendencia a restringir el conjunto de actos de financiación de la política que pueden calificarse como corrupción (o que resultan claramente generadores de una apariencia de corrupción) se refuerza unos años más tardes con la sentencia *McCutcheon v. Federal Election Commission*⁹³. Aquí se discutía de la legitimidad de la otra norma citada anteriormente que contemplaba límites no a la financiación de cada candidato (*base limit*), sino a la financiación global de una persona a distintos candidatos o comités (*aggregate limit*). En efecto, el Sr. McCutcheon, hombre de negocios de Alabama, había ya contribuido a la campaña de 16 candidatos, pero encontraba en la nueva norma una limitación anticonstitucional que le impedía financiar la de otros 12 más allá de los 123.200 dólares (que era en aquel entonces el límite).

Investida de la cuestión, la Corte inmediatamente señala las implicaciones que la restricción tiene de cara a la primera enmienda: financiar la política es aquí entendido claramente como una forma de «*exercise of an individual's right to participate in the electoral process through both political expression and political association*». Es lo mismo que contarle a un periódico a cuántos candidatos se desea apoyar. Y, en palabras de la Corte, «*the whole point of the First Amendment is to protect individual speech that the majority might prefer to restrict, or that legislators or judges might not view as useful to the democratic process*». Y, la única razón viable para restringir el derecho a financiar (corolario de la libertad de expresión aquí muy cercano al derecho al voto) es la de prevenir la corrupción o la apariencia de corrupción. Pero, una vez más, si se limita la idea de corrupción al *quid pro quo*⁹⁴, establecer un límite agre-

gado no parece del todo consecuente. El razonamiento es el siguiente.

En primer lugar, debe admitirse que es posible «gastar ingentes sumas de dinero en conexión con unas elecciones» sin querer con ello «controlar el ejercicio de los deberes oficiales de un público oficial», sino para ejercer una influencia general sobre (posibles) futuros electos. Pero, una cosa es la corrupción penalmente relevante con apoyo en la cual se puede limitar la financiación que ha de implicar (*quid pro quo*) un intercambio de un acto (determinado) y un beneficio; otra distinta es la genérica capacidad de influencia o acceso a públicos oficiales electos que puede llegar a acumular quien gasta mucho dinero para financiar la política. Así las cosas,

Spending large sums of money in connection with elections, but not in connection with an effort to control the exercise of an officeholder's official duties, does not give rise to quid pro quo corruption. Nor does the possibility that an individual who spends large sums may garner "influence over or access to" elected officials or political parties.

Y, puesto que la línea entre una concepción estricta (*quid pro quo*) y una amplia («*general influence*») de corrupción no puede traspasarse (recuérdese: el único motivo válido para restringir la posibilidad de financiación es la *quid pro quo corruption*), a la Corte, no le queda sino optar por proteger los derechos consagrados en la primera enmienda, poniéndose al lado del «*political speech*» y declarar inconstitucional la limitación⁹⁵.

Por último, frente al argumento de acuerdo con el cual el límite agregado servía como salvaguarda del *base limit* (que podría por ejemplo haberse rodeado mediante transferencia de financiación entre distintos comités) la Corte contesta que el *base limit* es una medida preventiva (es decir, que sirve para evitar no ya corrupción, sino un peligro de corrupción)⁹⁶, y una medida preventiva que busca prevenir la infracción de otra media preventiva es fruto de un «*profilaxis-upon-pro-*

92 Literalmente: «*The fact that speakers may have influence over or access to elected officials does not mean that these officials are corrupt: "Favoritism and influence are not...avoidable in representative politics. It is in the nature of an elected representative to favor certain policies, and, by necessary corollary, to favor the voters and contributors who support those policies. It is well understood that a substantial and legitimate reason, if not the only reason, to cast a vote for, or to make a contribution to, one candidate over another is that the candidate will respond by producing those political outcomes the supporter favors. Democracy is premised on responsiveness" McConnell, 540 U. S., at 297 (opinion of Kennedy, J.)*». En la doctrina, véase ISSACHAROFF, S.: «On political...», cit., págs. 125 y sgts.

93 *McCutcheon v. Federal Election Commission*, 134 St. Ct. 1434 (2014). Para un análisis de esta sentencia, se remite a GILBERT, M.: «Contributions...», cit., págs. 328 a 343.

94 Literalmente: «*This Court has identified only one legitimate governmental interest for restricting campaign finances: preventing corruption or the appearance of corruption (...). Moreover, the only type of corruption that Congress may target is quid pro quo corruption*».

95 Literalmente: «*The line between quid pro quo corruption and general influence may seem vague at times, but the distinction must be respected in order to safeguard basic First Amendment rights. In addition, "[i]n drawing that line, the First Amendment requires us to err on the side of protecting political speech rather than suppressing it*».

96 Véase también LOWENSTEIN, D. H.: «Campaign...», cit., pág. 179 quien habla de un sistema indirecto de prevención la corrupción.

phylaxis approach) (pretende evitar el peligro de un peligro, podríamos decir nosotros), lo que obliga a un escrutinio de constitucionalidad más severo⁹⁷: la norma, en efecto, no lo supera, ya que, entre otras cosas, según la Corte, existen otros remedios menos invasivos para el derecho fundamental protegido para conseguir el mismo resultado⁹⁸.

4.5. *Federal Election Commission v Ted Cruz For Senate et al.: proporcionalidad entre prevención de la corrupción de la corrupción y libertad de financiación*

Un último golpe a la idea del *Bipartisan Campaign Reform Act* de prevenir la corrupción limitando la financiación de la política se ha materializado hace apenas unos meses (decisión del 16 de mayo de 2022) con la Sentencia *Federal Election Commission v. Ted Cruz For Senate et al.*⁹⁹. Objeto de la contienda es aquí otra limitación impuesta por el BCRA y que concernía el pago de los préstamos que los candidatos otorgaban a

su propia campaña para financiarla: de acuerdo con la sección 304, la financiación postelectoral sólo podía contribuir por un máximo de 250.000 dólares al reembolso del dinero que el candidato había invertido en su propia campaña¹⁰⁰. Como a lo largo del juicio argumentaría el Gobierno, la *ratio* de la limitación parecía poderse relacionar con la prevención de la corrupción¹⁰¹, ya que el otorgamiento de una financiación como la que la norma prohibía presenta la peculiaridad de implicar un traspaso de dinero desde los bolsillos del financiador a los del beneficiario que ya no es un potencial «poderoso» funcionario público sino que, cuando recibe la donación, es ya un electo que puede hacer favores en el ejercicio de su cargo¹⁰².

Ahora bien, simplificando un poco, en el año 2018, el (ahora) senador por Tejas Ted Cruz decide prestar a su propia campaña 260.000 dólares, esto es, 10.000 por encima del límite, exceso que, finalmente, no le fue devuelto. El Senador consiguió así el pretexto para formalizar su protesta, argumentando la contradicción de

97 Precisamente sobre esta consideración pivota la discrepancia de GILBERT, M.: «Contributions...», págs. 321 a 322 para quien las dos medidas tienen diferentes finalidades: el *base limit* busca limitar la importancia de los votos «comprados»; el *aggregate limit*, el número de votos «comprados» y además (pág. 340) apunta a limitar el *spillover effect* (sustancialmente aventajar a un político financiando aliados).

98 Como la prohibición de transferencias de fondos de un candidato a otro y, sobre todo, el deber de publicidad conexas con la financiación

99 *Federal Election Commission v. Ted Cruz For Senate et al.* 596 U.S. ____ (2022). Los argumentos presentados por las partes pueden escucharse en el enlace <https://www.youtube.com/watch?v=aYni7zfWkjs&t=132s>.

100 «Limits repayment of a candidate's personal loans incurred in connection with his or her campaign to \$250,000 from contributions made to the candidate or any authorized committee of the candidate after the election». Obsérvese que, de acuerdo con las instrucciones promulgadas por la *Federal Election Commission*, podían utilizarse remanentes de los fondos para la financiación de la campaña para pagar las deudas por encima de los 250.000 dólares sólo si el pago se realiza en un plazo de veinte días después de las elecciones, plazo que el Senador dejó voluntariamente expirar.

101 Sobre la autofinanciación de las campañas electorales, véase también OVTCHINNIKOV, A. V. y VALTA, P.: «Self-funding of Political Campaigns», en *HEC Paris Research Paper No FIN-2016-1165*, disponible en <https://ssrn.com/abstract=2804474> o <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2804474> citado también por la FEC como argumento a favor del mantenimiento del límite ante la Corte y discutido por los jueces en un ejercicio al que aquí estamos menos acostumbrados. De acuerdo con la investigación empírica de los autores, los congresistas norteamericanos que auto-financian su campaña electoral mediante préstamos resultan más proclives a «vender» favores políticos a portadores de intereses para demostrar su habilidad de recaudación y para recuperar las deudas acumuladas en campañas anteriores. En palabras de los autores, «*self-funders, self-lenders in particular, vote differently in Congress because they face financial and / or reputational pressure to "sell" political favors to special interests to demonstrate their fundraising skills and to retire campaign debt accumulated in prior campaigns*». El hallazgo más relevante para efectos del debate que se produjo ante la Corte fue probablemente relacionado con el hecho de que la introducción del límite de 250.000 \$ por parte del BCRA habría redundado en una mayor independencia de los congresistas de la contribución de los grupos de intereses.

102 El argumento es utilizado no solo por el Gobierno, sino también por la *dissenting opinion*. Los jueces discrepantes observan que «*Serious dangers of actual and apparent quid pro quo corruption attend the transactions Section 304 regulates—again, the use of post-election contributions to repay a candidate's personal loans. Consider a simple comparison. When a campaign uses a donation to fund routine electoral activities (including speech), the money marginally aids the candidate's electoral odds, but in no way adds to his personal wealth. By contrast, when a campaign uses a donation to repay the candidate's loan, every dollar given goes straight into the candidate's pocket. With each such contribution, his assets increase; he can now buy a car or make tuition payments or join a country club—all with his donors' dollars. So contributions going to loan repayment have exceptional value to the candidate—which his donors of course realize. And when the contributions occur after the election, their corrupting potential further increases*». Así las cosas, «*post-election donors can be confident their money will enrich a candidate personally. And those donors have of course learned which candidate won. When they give money to repay the victor's loan, they know—not merely hope—he will be in a position to perform official favors. The recipe for quid pro quo corruption is thus in place: a donation to enhance the candidate's own wealth (the quid), made when he has become able to use the power of public office to the donor's advantage (the quo). The heightened threat of corruption—and, even more, of its appearance—is self-evident (except, it seems, to observers allergic to all campaign finance regulation)*».

la norma con la primera enmienda¹⁰³. Después de un juicio de primera instancia (en el que la *Federal District Court* dio la razón al Senador), la cuestión se eleva a la Corte Suprema que se encuentra una vez más frente a la necesidad de aclarar si se trata de una razonable restricción del derecho a la libertad de expresión o no.

De nuevo la cuestión se plantea en términos de prevención de la corrupción o de apariencia de corrupción, entendida como *quid pro quo*, que, según la Corte Suprema, constituye el único motivo legítimo para restringir el ejercicio del derecho amparado por la primera enmienda. Y de hecho, el Gobierno argumenta que «*the contributions at issue raise a heightened risk of corruption because of the use to which they are put: repaying a candidate's personal loans*» y además subraya que, en el contexto postelectoral, el contribuyente sabe con certidumbre (ya no solo «espera») que la persona que está financiando «*will be in a position to do him some good*».

Empero, como ya había hecho en *McCutcheon*, la Corte contesta dando una auténtica lección (diríamos quizás nosotros) sobre proporcionalidad e intervención mínima: dicen los jueces que las limitaciones existentes en la legislación que impiden donaciones privadas dirigidas a un único candidato superiores a 2.900 dólares (*base limits*), junto con las estrictas obligaciones de publicidad (*disclosure*) parecen directamente dirigidas a evitar el riesgo de corrupción; el ulterior límite relacionado con las contribuciones postelectorales, por lo tanto, parece responder a la costumbre del legislador de sumar herramientas preventivas a herramientas preventivas («*anticircumvention measures*»¹⁰⁴), utilizando un «*prophylaxis-upon-prophylaxis approach*» que genera prohibiciones que restringen derechos a cambio de un «*marginal corruption deterrence*» difícilmente apreciable. Y, sigue la Corte, si el Gobierno desea defender la restricción de la libertad de expresión «*as necessary to prevent an anticipated harm*», tiene que hacer algo más que «postular la existencia de una enfermedad que precisa ser curada»; lo que sería necesario, según la Corte, sería apuntar a «*record evidence or legislative findings demonstrating the need to address a special problem*», ya que un derecho constitucional no puede limitarse basándose en «conjeturas». En su juicio de proporcionalidad, la Corte objeta que el Gobierno ha sido «*unable to identify a single case of quid pro quo corruption in this context*», ni siquiera en aquellos Estados que no han incorporado a su legislación un límite

a las contribuciones postelectorales relacionadas con préstamos. Y, para limitar la primera enmienda, no son suficientes «*media reports*» o «anécdotas» que, en un plano «meramente hipotético», refieran de la posibilidad de que «individuos que contribuyen después de unas elecciones para ayudar al candidato repagando su deuda obtengan una mayor influencia o un mayor acceso al candidato». Una vez más, recuerda la Corte, «*that is not the type of quid pro quo corruption*» que podría justificar una restricción de la primera enmienda, sino tan solo una genérica referencia a «la apariencia de meras influencias o accesos» al político. Y (citando a la mencionada sentencia *McCutcheon*)

As we have explained, influence and access “embody a central feature of democracy—that constituents support candidates who share their beliefs and interests, and candidates who are elected can be expected to be responsive to those concerns.”

Citando su propia jurisprudencia, los *Justices* recuerdan que la línea entre corrupción (*quid pro quo*) y el ejercicio de una influencia general sobre el *official*, aunque compleja, ha de ser mantenida toda vez que, lo que está en juego, es el derecho amparado por la primera enmienda y que, en caso de dudas, se debe optar por defender la libertad de expresión. Y la Corte se toma la diferenciación muy en serio: de hecho, cuando el Gobierno esgrime un sondeo de opinión conducido en el mes de abril del año 2020 en el que se había preguntado a 1000 ciudadanos adultos acerca de la probabilidad de que individuos que donaran dinero a la campaña de un candidato federal, después de unas elecciones, esperaran a cambio un favor y el 81% de los encuestados había contestado «*very likely*» o «*likely*», la Corte, entre otras cosas, objeta que no se definió el término «favor político», dejando «*unclear*» una «*critical issue*», ya que el encuestado bien podría haber entendido que se preguntaba por «intercambios directos de dinero por actos del cargo» o por la obtención de un simple aumento de la influencia o acceso al político gracias a la financiación. Y, recuerda la Corte, en el primer caso («*direct exchange of money for official acts*»), «*Congress may regulate*», mientras que, en el segundo (aumento de «*influence and access*»), «*Congress may not*».

Finalmente, merece la pena incluir una breve referencia a una cuestión de actualidad en el debate contemporáneo español puesta aquí, sin embargo, con

103 La FEC no solo observó que, en este caso, el límite se había superado en «solo» 10.000 dólares, sino que además el Senador Cruz había dejado expirar el plazo de 20 días dentro del cual habría podido utilizar financiación obtenida para campañas electorales (incluso ya asignados a la de las elecciones de 2024). Sobre este particular, puede resultar interesante escuchar el diálogo entre los jueces Sonia Sotomayor y Stephen Breyer (que se sumaron a la *dissenting opinion* del Juez Kagan) y el abogado de la FEC disponibles en <https://www.youtube.com/watch?v=wXRkOFoZnY>.

104 Véase GILBERT, M.: «Contributions...», cit., pág. 331 quien, sin embargo, defiende su utilidad.

tonos ciertamente menos exacerbados y más matizados. El argumento esgrimido por el Gobierno puede resumirse de la siguiente manera: cuando se habla de prevención de la corrupción de legisladores ¿quién mejor que el Congreso está capacitado para decidir qué medidas adoptar? Así las cosas, se hace observar a la Corte que, tratándose de tema controvertido («*to the extent the matter is otherwise in doubt*»), debería tener cierta deferencia («*deference*») para con el «*legislative judgment*», deferencia que ha de apoyarse, en parte por el «*respeto*» para el Congreso (definido como «*a coordinate branch of government*») y, en segundo lugar, considerando que, en la materia de que se trata, el legislativo parece «*far better equipped*» que el poder judicial¹⁰⁵. La Corte liquida rápidamente la objeción: la «*deferencia*» podría justificarse si el Congreso se hubiera tomado la molestia de fundamentar sus decisiones «*on vast amounts of data*»; además, en este caso concreto, cualquier «*deferencia*» hacia la regulación propuesta por el legislativo resulta «*especially inappropriate*», teniendo en cuenta tentaciones poco democráticas que podría tener el Congreso de utilizar el argumento de la prevención de la corrupción para amparar («*insulate*») a los que ya son legisladores de la efectiva competición democrática¹⁰⁶. Para concluir, la Corte Suprema recuerda su rol de decisor acerca de la constitucionalidad de una particular elección legislativa, para lo que es necesario un «*independent judicial judgment*» que, en el caso *de quo*, concierne nada menos que a la creciente preocupación de que las limitaciones a la financiación dañen el proceso electoral «*by preventing challengers from mounting effective campaigns against incumbent office-holders*», protegiendo así a los que ya han sido electos frente a la amenaza que representan para ellos nuevos candidatos-competidores. Como ya

hemos visto, la limitación habría sido constitucionalmente admisible solo si el Gobierno hubiera demostrado que la norma enjuiciada perseguía un «*permissible anticorruption goal*». Según la opinión mayoritaria, esto no ha sucedido y lo que ha quedado sobre la mesa es un precepto que tiene como único objetivo limitar la cantidad de dinero en la política, objetivo que, con la primera enmienda en la mano, resulta «*impermissible*».

4.6. Breve recapitulación

Terminado este muy telegráfico recorrido y volviendo al punto desde el cual lo hemos emprendido, es interesante observar cómo, la intuición con apoyo en la cual el intercambio acto político/acto político no puede rubricarse como corrupción penalmente relevante, parece encontrar acomodo en la interpretación de la Corte que ha ido restringiendo la noción de corrupción conforme se iba acercando al acto político por excelencia: el voto¹⁰⁷. Más allá de las contundentes y, en mi opinión, (por lo menos parcialmente) fundadas críticas que la jurisprudencia de la Corte ha suscitado no solo en la doctrina americana sino también en la nuestra¹⁰⁸, lo que interesa ahora es que, si, para un político, pedir el voto a cambio de la promesa de realizar algo en el ejercicio de sus funciones (o como recompensa de lo ya realizado) es consustancial a la idea de democracia, si financiar a un partido es lo mismo que votarlo, tampoco puede hablarse de corrupción cuando lo que se intercambia es financiación a cambio de una determinada acción política.

Naturalmente, sin ánimo de adentrarnos en la *querelle*, es frecuente la observación con apoyo en la cual, mientras que el voto reparte de forma equitativa la capacidad de influencia y de participación en el autogo-

105 El argumento de que la regulación de la financiación de campañas es cosa del legislador y no de los jueces, ya había sido defendido por BRIFFAULT, R.: «On dejudicializing...», cit., págs. 891 y sgts. y 912 y sgts. La discusión suena muy cercana a nuestra «arena» política: puesto que la «Constitución no proporciona a la Corte directrices claras» (por ejemplo, sobre qué ha de entenderse por corrupción), «la Corte está haciendo juicios políticos».

106 Literalmente: «*But as explained, the evidence here is scant, and Congress's judgment is hardly based on "vast amounts of data". Moreover, deference to Congress would be especially inappropriate where, as here, the legislative act may have been an effort to "insulate" legislators from effective electoral challenge.*».

107 Véase Hellman, D.: «A theory...», cit., págs. 1983 y sgts.

108 En particular, sobre la sentencia *Citizens United* véase, MAROTO CALATAYUD, M.: *Corrupción...*, cit., págs. 248; DWORKIN, R.: «A devastating decision», en *The New Yorker* 25 de febrero de 2010; ID: *Justicia para erizos*, Fondo de Cultura económica, 2014, págs. 397 y 421 en donde se habla de un perjuicio para la democracia. BRIFFAULT, R.: «On dejudicializing...», cit., págs. 887 y sgts.; KANG, M. S.: «The brave...», cit., *passim*. Más matizada la postura de ISSACHAROFF, S.: «On political...», págs. 133 y sgts. Sobre *McCutcheon*, véase GILBERT, M.: «Contributions...», cit., 2018, págs. 328 a 343 cuyas críticas son claramente extensibles a *Ted Cruz for Senate et alt.*. El propio presidente Obama, después de *Citizens United*, había llegado a comentar: «*With all due deference to separation of powers, last week, the Supreme Court reversed a century of law to open the floodgates for special interests—including foreign corporations—to spend without limit in our elections. Well I don't think American elections should be bankrolled by America's most powerful interests, or worse, by foreign entities. They should be decided by the American people, and that's why I'd urge Democrats and Republicans to pass a bill that corrects some of these problems*» (<https://legaltimes.typepad.com/blt/2010/01/obama-supreme-court-opened-the-floodgates-for-special-interests.html>).

bierno de los ciudadanos¹⁰⁹, lo mismo no puede decirse de la financiación¹¹⁰. Y, en España, al igual que la incipiente legislación sobre grupos de interés, el *corpus* normativo inherente a la financiación de la política (incluyendo LOREG y LOFPP) está llamado a enfrentarse precisamente a las asimetrías que pudieran generarse.

IV. BREVÍSIMAS NOTAS POLÍTICO-CRIMINALES SOBRE LA SOLUCIÓN ALEMANA

Más que el análisis de cuestiones dogmáticas o una exhaustiva recapitulación del debate doctrinal, parece suficiente ahora observar una superficial similitud entre los resultados a los que ha llegado la jurisprudencia norteamericana y la solución a la corrupción política del StGB.

Con cierto esquematismo relacionado con el poco espacio que nos queda, puede decirse que, lo que más ha llamado la atención de la doctrina española, ha sido la inclusión en el StGB de un tipo penal autónomo de corrupción política¹¹¹ cuyas principales peculiaridades podrían resumirse de la siguiente manera:

1. Una disciplina peculiar para el mandatario electo. El sujeto activo de corrupción pasiva es aquí

definido como «miembro de un órgano representativo, de carácter federal o regional». La limitación al «mandatario» y a su trabajo en órganos representativos parece encontrar confirmación en la mención expresa de «los miembros de 1. de un organismo representativo de una corporación local, 2. de un gremio elegido por votación directa y general perteneciente a una unidad administrativa formada para un área territorial de un *Land* o bien una corporación local, 3. de la Asamblea Federal, 4. del Parlamento Europeo, 5. de una asamblea parlamentaria de una organización internacional y 6. de un órgano legislativo perteneciente a un país extranjero»¹¹².

2. En política, la corrupción implica *quid pro quo*. A diferencia de lo que acontece para los funcionarios-administrativos, cuando hablamos de políticos alemanes, resulta punible la sola corrupción por un acto del cargo, quedando excluida la corrupción de facilitación, y no hay rastro de diferenciación entre corrupción propia impropia. Eso sí, las penas aquí previstas resultan más elevadas de las que la disciplina común contempla para el caso de corrupción impropia/de facilitación.

109 Ciertamente, se ha objetado que la idea de que todos los ciudadanos tienen igual influencia cuando votan, contrasta con la realidad de sistemas electorales en los que... no todos los votos valen lo mismo (véase CAIN, B.: «Moralism...», cit., pág. 135). A esta objeción, podría, en mi opinión, replicarse que las «razones» de la desigual distribución de la influencia no son irrelevantes: si puede discutirse acerca de aquellas que subyacen al sistema electoral, ciertamente menos opinable es que, en el otro caso (financiación) lo que subyace a la diferencia es ni más ni menos que el dinero. En este último sentido me parece que puede leerse la contribución de BRIFFAULT, R.: «On dejudicializing...», cit., pág. 890 y 913 y sgts. quien, sin embargo, añade que un planteamiento centrado en la lucha contra la corrupción es cosa distinta respecto de uno centrado en la «limitación de la habilidad de los ricos de desplegar su ventaja financiera en la arena política».

110 Véase DWORNIK, R.: *Justicia...* cit., pág. 397 quien observa que «la imposición de límites razonables a los gastos de los candidatos en las campañas políticas no coarta la libertad positiva. Al contrario, la realza, porque contribuye a brindar a todos los ciudadanos algo como mínimo más cercano al autogobierno de lo que puede hacerlo la política forrada de dinero y dominada por candidatos y partidarios ricos». Véase también *Ibidem*: pág. 417 en donde el autor denuncia que «complacer a los grandes donantes» se convierte en una «razón» poco «honorable, para desatender lo que el público quiere», ya que «lo que esos donantes quieren suele ser muy diferente de lo que necesita el público».

111 El § 108e dispone que el «miembro de un órgano representativo, de carácter federal o regional» que «exija, acepte que le prometan o acepte una ventaja injustificada, para sí mismo o para un tercero, como contraprestación para realizar u omitir una acción por orden o por instrucción en el desempeño de su mandato, será castigado con pena de prisión de uno a diez años, en los casos menos graves, con pena de prisión de seis meses a cinco años». Las mismas penas se contemplan para quien lleva a cabo las especulares conductas activas. La norma aclara que pueden ser sujetos activos de corrupción pasiva «los miembros de 1. de un organismo representativo de una corporación local, 2. de un gremio elegido por votación directa y general perteneciente a una unidad administrativa formada para un área territorial de un *Land* o bien una corporación local, 3. de la Asamblea Federal, 4. del Parlamento Europeo, 5. de una asamblea parlamentaria de una organización internacional y 6. de un órgano legislativo perteneciente a un país extranjero. (4) No se considerará que existe una ventaja injustificada si la aceptación de la ventaja se encuentra en consonancia con las disposiciones relevantes en relación con la condición jurídica de miembro. No se considera una ventaja injustificada: 1. un mandato político o una función política, así como 2. una donación admisible según la Ley de partidos o la legislación correspondiente. (5) Junto a la imposición de una pena privativa de libertad de por lo menos seis meses, el Tribunal podrá privar al condenado del derecho a ser elegido para un cargo público, y de su derecho a elegir y votar en asuntos públicos».

112 Véase UBIALI, C.: *Attività...* cit., págs. 112 y sgts; y, en la doctrina española, MANSO PORTO, T.: «Corrupción y “compraventa” del voto de los diputados y demás mandatarios políticos a la luz del Derecho penal español y alemán», en PUENTE ABA, L. M. (DIR.): *Doctrina y análisis de casos. La intervención penal en supuestos de fraude y corrupción*, Bosch, 2015, págs. 381 y sgts.; CANO PAÑOS, M.: «Corrupción en tiempos de COVID19. Un análisis de derecho comparado a partir del denominado «Maskenaffäre» en Alemania», en *Cuadernos de Política Criminal*, 2021, págs. 135 a 170; CANO PAÑOS, M.: «La financiación ilegal de partidos políticos en Alemania. Elementos de interés para la actual regulación española», en *Cuadernos de Política Criminal*, 2019, págs. 205 a 247.

3. La irrelevancia penal del *political logroll*. Son penalmente irrelevantes todas las ventajas que el ordenamiento jurídico extrapenal considera lícitas. En particular, se excluye explícitamente la financiación de partidos políticos (en consonancia con la disciplina vigente) y (por lo menos, en parte) el intercambio de favores políticos, al no considerarse como ventaja injustificada «un mandato político o una función política».

A diferencia de los Estados Unidos, no obstante, Alemania es parte de la Convención de Derecho Penal contra la Corrupción del Consejo de Europa¹¹³ que, en su artículo 4, formula la obligación de tipificar como delito la corrupción activa y pasiva de los «miembros de asambleas públicas nacionales». El tenor literal de los preceptos internacionales deja pocas dudas respecto

de la necesidad de que los tipos penales internos que tengan como sujetos activos de corrupción pasiva (o destinatarios de corrupción activa) a los «miembros de cualquier asamblea pública nacional que ejerza poderes legislativos o administrativos» tengan el mismo alcance que los que sancionan a la corrupción del funcionario público nacional¹¹⁴. Así las cosas, como parece lógico, la norma alemana ha sido objetivo de las recomendaciones del GRECO que, una y otra vez, ha venido subrayando la necesidad de que Alemania «ensanchara» el ámbito de aplicación de la corrupción del mandatario¹¹⁵ cuya disciplina penal, por otra parte, ha sido repetidamente modificada con la finalidad de aumentar el espectro de conductas en ella subsumibles y satisfacer así la pretensión internacional¹¹⁶. Sin ánimo de analizar en profundidad todos los informes del

113 Para el texto en español, se remite al instrumento de ratificación publicado en el BOE n. 182 de 28 de julio de 2010, páginas 6570 a 65812 que, en este momento, puede consultarse en el enlace https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-12135.

114 El artículo 4 remite literalmente a los artículos 2 y 3 respectivamente rubricados «corrupción activa» y «corrupción pasiva» de «agentes públicos nacionales». El texto de la norma es el siguiente: «Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, conforme a su derecho interno, los actos a que se refieren los artículos 2 y 3 cuando este implícitamente alguna persona que sea miembro de cualquier asamblea pública nacional que ejerza poderes legislativos o administrativos».

115 Véase los puntos 37 y sgts. y, sobre todo, 107 del informe relativo al *Third Evaluation Round* (4 de diciembre de 2009, accesible en este momento en la web <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016806c635f>) en el que el GRECO observaba que «*The incrimination of bribery of members of domestic assemblies under section 108e CC is very narrow*» y recomendaba «*to substantially broaden the incrimination of active and passive bribery of assembly members under section 108e of the Criminal Code, to bring it in line with Article 4 of the Criminal Law Convention on Corruption (ETS 173)*». En el mismo sentido iba la recomendación 15 reformulada en el informe de cumplimiento (*compliance report*) de 9 de diciembre de 2011 (en este momento, accesible en la web <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016806c6365>). En el *Interim Compliance Report* de 19 de octubre de 2012, las autoridades alemanas (puntos 8 y 9) alegaban distintas propuestas en tramitación para la modificación de la norma a lo que el GRECO contestaba urgiendo a las autoridades «*to step up their efforts to amend national legislation*» (punto 9). En el *Second Interim Compliance Report* de 18 de octubre de 2013 (actualmente accesible en la web <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016806c6392>) el GRECO «*notes that the situation remains largely the same as it was at the time of the adoption of the Compliance Report and once again urges the authorities to step up their efforts to amend national legislation in line with recommendations*» (punto 11). En el tercer *Interim Compliance Report* de 10 de octubre de 2014 (en este momento, accesible en la web <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016806c6395>) se tomaba nota de la reforma del artículo del StGB (21 de febrero de 2014) que confiere a la sección 108e un aspecto parecido al actual (sobre las diferencias respecto del anterior texto, véanse los puntos 13 y sgts. del informe citado) y el Greco termina considerando la recomendación como suficientemente implementada, aun notando que la norma condiciona la punibilidad a que el soborno se corresponda «para realizar u omitir una acción por orden o por instrucción en el desempeño de su mandato», lo que podría dar lugar a interpretaciones restrictivas del precepto no alineadas a la obligación convencional. Ciertamente ilustrativa parece la respuesta de las autoridades alemanas que subrayan que el «receptor del soborno no puede defenderse alegando que su acto en el ejercicio del mandato no ha sido motivado por la ventaja, y que ha sido en línea con sus (ocultas) convicciones internas, o que no pretendía actuar de la manera pactada. Para que el comportamiento resulte típico, es suficiente que el receptor del soborno se comporte en un modo que, a ojos de un observador objetivo, indique que está listo para subordinarse a los intereses del pagador del soborno i.e. actuar como ha sido instruido y no de acuerdo con su conciencia» (véase punto 16 del informe *in fine*).

116 Téngase en cuenta que, antes de la reforma del año 2014, la norma rezaba: «Quien lleve a cabo una actividad dirigida a comprar o vender un voto para una elección o votación en el Parlamento Europeo o bien en un órgano representativo federal, de los estados federados, entidades municipales o mancomunidades, será sancionado con una pena privativa de libertad de hasta cinco años o con una pena de multa. (2) Junto a la imposición de una pena privativa de libertad de por lo menos seis meses por la comisión del delito contenido en el apartado 1, el Tribunal podrá privar al condenado del derecho a ser elegido para un cargo público, y de su derecho a elegir y votar en asuntos públicos». Sobre esta norma, aparte del Greco, se habían pronunciado también los evaluadores que actuaban en el marco del mecanismo de seguimiento de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción. Sin ánimo de entrar ahora en el detalle de las recomendaciones formuladas, puede remitirse al informe sobre el «Estado de la Aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción» publicado por la Oficina contra la Droga y el Delito de las Naciones Unidas, en su segunda edición del año 2017 (y que, en este momento, se encuentra disponible en la web <https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2018/V1704682s.pdf>). En la página pág. 11, se subrayaba que el hecho de que el delito se aplique «únicamente en los casos en que el beneficio tiene el propósito

GRECO, como España también es miembro de la misma Convención (y del propio GRECO), puede apuntarse ahora que, incluso antes de la última reforma realizada, el órgano del Consejo de Europa ha considerado satisfactoria la disciplina alemana de la corrupción del mandatario: y, en efecto, no sobra observar que ni el Convenio del Consejo de Europa ni ningún otro, parece obligar a España a tipificar como delito el cohecho de facilitación; en el mismo sentido, a diferencia de lo que sucede con el Código penal español, el Convenio del Consejo de Europa tan sólo obliga a los Estados miembros a tipificar como delito la propuesta, ofrecimiento u otorgamiento de cualquier ventaja *indebida*, lo que naturalmente, parece dejar cierto espacio para la configuración de aquello que se considera «debido».

V. ¿Y EN ESPAÑA? UNA APROXIMACIÓN POLÍTICO-CRIMINAL «CATCH-ALL»

Es suficiente una lectura superficial de los artículos 419 y sgts. del Código penal español para percibir la aproximación «atrapa-todos» del legislador¹¹⁷: el intercambio de beneficios a cambio de actos del cargo ha de ser *siempre* delito. Simplificando un poco, es delito de cohecho la retribución «de cualquier clase» otorgada, prometida u ofrecida por un particular y/o solicitada, recibida, admitida por un funcionario público a cambio de la realización de un acto del cargo conforme o contrario a los deberes del *intraeus* o como recompensa del ya realizado. De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 422 (en combinación con el art. 424), es delito también la corrupción de facilitación.

Sin entrar ahora en detalle, puede añadirse que ni el Código penal de 1995 ni la reforma de 2010 (ni mucho menos, las posteriores) han supuesto una revolución político-criminal en la sanción de la corrupción. Aun así, la aproximación del legislador al cohecho puede caracterizarse ahora con las siguientes anotaciones, sintomáticas de una idea precisa del protagonismo del derecho penal en la «lucha» contra la corrupción. A saber:

1. por lo menos desde el año 1995, en España, se han considerado delictivas todas las vertientes

de corrupción: activa, pasiva, antecedente, subsiguiente, propia, impropia y de facilitación (o en consideración a la función).

2. el legislador penal español históricamente ha equiparado la conclusión del *pactum sceleris* con los intentos frustrados de sellarlo: se sanciona por igual entregar/recibir o prometer/aceptar la promesa (es decir el acuerdo entre corrupto y corruptor), por un lado, y ofrecer beneficios o solicitarlos, con independencia de que el receptor acepte ofrecimiento o solicitud, por otro.
3. En el mismo sentido, el modelo político-criminal adoptado por el legislador español, en contraposición a otros preferidos por legislaciones de nuestro entorno, puede configurarse como «corrupción absorbente», en el sentido de que no contempla expresamente supuestos en los que el *extraneus* es víctima de la presión que ejerce sobre él el funcionario público (y, por lo tanto, es impune)¹¹⁸: en España, el corruptor es sancionado de la misma manera que el corrupto en todos los supuestos.
4. La última obligada anotación concierne a un entendimiento extremadamente amplio del concepto de funcionario público (sujeto activo de cohecho pasivo y destinatario de la conducta de cohecho activo): el Código penal español no solo ha contado tradicionalmente con una definición propia de funcionario público «a efectos penales» muy amplia, sino que, desde el texto de 1870, ha procurado aclarar que, cuando se habla de cohecho, no hay diferenciación posible que valga: es suficiente participar de cualquier manera «en el ejercicio de la función pública» para que el intercambio resulte relevante.

Por si fuera necesario, la tendencia *catch-all* ha sido refrendada por las últimas reformas que han interesado al capítulo V del título XIX del texto punitivo: para lo que a hora interesa, sea suficiente anotar:

1. cierta progresiva equiparación penológica (sustentada con razones de simplificación probatoria) de distintos supuestos de corrupción, caracterizados por un desvalor claramente diferente (la refe-

de inducir al miembro del parlamento a actuar en su mandato parlamentario de tal manera que un asunto que esté examinando o haya de examinar el parlamento se decida de una determinada forma», parece insuficiente de cara al cumplimiento de la obligación consignada en el tratado, ya que «no abarca al parecer los casos en que el soborno tiene el propósito de lograr que el parlamentario actúe o se abstenga de actuar de otras formas que puedan implicar el ejercicio de los deberes de su mandato o que no entrañen un voto parlamentario, por ejemplo, durante el examen acerca de si una cuestión debe plantearse en el parlamento o en comisiones parlamentarias».

117 La sensación es bastante difusa en la doctrina. Entre muchos, puede ahora remitirse a GÓMEZ RIVERO, C.: «Derecho penal y corrupción: acerca de los límites de lo injusto y lo permitido», en *Estudios penales y Criminológicos*, 2017, págs. 269 quien afirma que, cuando se trata de corrupción, «el legislador, lejos de dar muestras de la renuncia a la pena (...) manifiesta una clara tendencia a incriminar prácticamente todos los comportamientos desviados como expresión de una suerte de tolerancia cero contra la corrupción».

118 Perdónese la remisión a CERINA, G. D. M.: «¿Prevenir es mejor que curar? Técnica legislativa y política criminal italiana y española en el camino hacia una sanción penal ejemplar y total de la corrupción pública», en RODRÍGUEZ GARCÍA, N. Y RODRÍGUEZ LÓPEZ, F. (EDS.): *Compliance y justicia colaborativa en la prevención la corrupción*, Tirant Lo Blanch, 2020, págs. 171 y sgts.

rencia va, en particular, al cohecho antecedente y subsiguiente).

2. Una tendencia a seguir ensanchando el abanico de sujetos activos de corrupción pasiva que no se ha acompañado con diferenciaciones penológicas¹¹⁹ y que se ha materializado en intervenciones puntuales (y desafortunadas) sobre el artículo 423¹²⁰, aparte de las reformas relacionadas con la sanción de la corrupción de funcionarios (incluyendo a políticos) de otros países u organizaciones internacionales.
3. Cierta insistencia en el adelantamiento de la intervención del derecho penal: aparte del tradicional delito de tráfico de influencias, la modificación del artículo 445 del Código por obra de la Ley Orgánica 1/2015 impone considerar penalmente relevantes no solo la conspiración, sino también la provocación y la proposición para realizar cohecho (más allá de solicitar/ofrecer).

En España, en suma, es constitutivo de delito el intercambio de «cualquier» acto del cargo, frente a «cualquier clase» de «retribución» correspondida por «cualquier» particular a «cualquier» funcionario público e incluso lo es corresponder/admitir beneficios, de alguna manera, relacionados con el ejercicio del cargo.

Ciertamente, junto con parte de la doctrina española, podría decirse que, con carácter general, la sensación que transmite la construcción político criminal es la de un protagonismo de esta rama del ordenamiento en la *fight against corruption* que no solo aleja cualquier planteamiento fragmentario anclado a la idea de *ultima ratio*, sino que además, más que sobre la afectación de bienes jurídicos, parece hacer pivotar el reproche sobre la estigmatización sociocultural de cualquier contacto entre público y privado, en un intento (malogrado, por cierto) de utilizar al Código penal como correctivo frente a cualquier tipo de sospecha de «maladministración» clientelar¹²¹.

Así las cosas, no sorprende la nula selectividad del entramado penal que parece diseñado para impedir al juez español realizar distinciones que hemos visto presentes en otros ordenamientos más sensibles al problema de la corrupción política. Veamos la cuestión un poco más de cerca.

1. Apuntes sobre la imposibilidad de diferenciar al «político» de *lege lata*

Acótese como se quiera la categoría de funcionarios públicos que engloba a los «políticos» (cuestión que no resulta baladí), resulta difícilmente disputable la voluntad del legislador de someter a todos sus integrantes al mismo régimen penal aplicable a cualquier otro empleado público (entendido aquí en sentido jurídico-administrativo). Más allá de los «miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo» expresamente mencionados por el artículo 24.1. del Código penal, está fuera de discusión que el apartado 2 de la norma de parte general apunta a toda persona que participa del ejercicio de una función pública en virtud de una elección democrática o del nombramiento (directo o indirecto) realizado por el democráticamente electo.

Así las cosas, parece incontrovertible que¹²², *de lege lata*, incluso sin el artículo 423, toda persona que desempeña una función pública en virtud de una legitimación democrática, sea la misma directa o indirecta, debe considerarse incluida en el abanico de los posibles sujetos activos del delito de cohecho pasivo, con independencia de que desempeñe una función «administrativa» o «legislativa»¹²³: al igual que en Italia, en España, «el legislador penal no se refiere a la ‘Administración pública’ en el sentido de la doctrina del Derecho constitucional y del Derecho administrativo» que «como es notorio (...) mueve del principio de sepa-

119 Sin que se haya considerado, por ejemplo, distinguir el tratamiento del «*pubblico ufficiale*» del que se reserva al «*incaricato di un pubblico servizio*» diferenciación esta última acogida por el Código penal italiano (arts. 357 y 358) que tradicionalmente diferencia (también en el cohecho) el tratamiento de las dos figuras (véase art. 320 del Código penal italiano que recoge una reducción de un tercio de la pena en el caso de que el sujeto público implicado sea un encargado de un público servicio y no un público oficial). Nótese además que, en Italia, el legislador ha previsto un tipo penal autónomo de corrupción en actos judiciales (art. 319-ter): de todo lo anterior, puede colegirse cierta preocupación para parametrizar la respuesta penal, reflejando el diferente desvalor de la corrupción en relación con el tipo de función pública ejercida. Esta preocupación, en España, está absolutamente ausente.

120 Perdónese la remisión a lo que yo mismo observé en CERINA, G. D. M.: «Problemas de técnica legislativa en la tipificación del delito de cohecho en el Código penal español», en *Revista General de Derecho Penal*, n. 33, 2020, págs. 40 y sgts.

121 En la doctrina italiana, la idea es representada de forma especialmente plástica por CINGARI, F.: «Sull'ennesima riforma del sistema penale anticorruzione», en *La legislazione penale*, 2019, pág. 2. Sobre las dos distintas ideas de corrupción, aparte de la conocida bibliografía sustancialmente italiana, véase también ISSACHAROFF, S.: «On political...», cit., págs. 122 y 127 y sgts.

122 Véase JAVATO MARTÍN, A. M.: *El delito de atentado. Modelos legislativos. Estudio histórico dogmático y de derecho comparado*, Comares, Granada, 2005, pág. 234 y sgts., con amplias referencias bibliográficas.

123 Recuérdese además cuanto dicho respecto del artículo 4 de la Convención penal sobre corrupción del Consejo de Europa. En doctrina, entre muchos, véase, OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, E.: «El delito de prevaricación de los funcionarios públicos», en *Diario La Ley*, 1996 (consultado en versión electrónica).

ración de poderes (...). En la dicción del Código penal, en cambio, 'Administración pública' como objeto de tutela, indica la entera actividad funcional del Estado y de los otros entes públicos»¹²⁴.

Cosa distinta es que se enfoque la cuestión colocando al intérprete en el momento de la campaña electoral previa a las elecciones: aquí, teniendo en la mente el artículo 24 del Código penal¹²⁵, el «político» parece to-

davía no poderse llamar «funcionario», ni de hecho¹²⁶ ni de derecho¹²⁷.

Para empezar la siguiente reflexión, podríamos partir de esta observación, no sin antes apuntar que aquí también la volatilidad de la vetusta disciplina del Código penal (la referencia va, en particular, al artículo 24) y de la LOREG podría arrojar dudas¹²⁸ (en las que ahora no podemos profundizar¹²⁹): baste señalar que, en una

124 Así, literalmente, PAGLIARO A. Y PARODI GIUSINO, M.: «*Principi di Diritto penale. Parte Speciale. Vol. I: Delitti contro la pubblica amministrazione*», Giuffrè, Milano, 2008, pág. 5. En la doctrina española, es muy claro a este respecto COLOMER BEA, D.: «La tutela penal de las funciones públicas y los delitos de desobediencia», en *Revista General de Derecho Penal*, n. 35, 2021, págs. 3 a 4. En la doctrina italiana, la cuestión ha sido abordada por: BENUSI, C.: *Diritto penale della pubblica amministrazione*, CEDAM, Padova, 2016, pág. 2; FIANDACA, G. Y MUSCO, E.: *Diritto penale, parte speciale*, Zanichelli, Bologna, 2012 (incluye *addenda* sobre la reforma de 2012), pág. 156. En sentido crítico (pero en una óptica *de iure condendo*), véase UBIALI, C.: «In tema di corruzione del parlamentare (note a margini del caso Berlusconi-De Gregorio)», en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2018, vol. 61, n. 4, págs. 2299 y 2309 a 2311; BRICOLA, F.: «Tutela penale della pubblica amministrazione e principi costituzionali», en *Studi in onore di Francesco Santoro-Passarelli*, Jovene, Napoli, 1972, vol VI, págs. 128 a 129 (para argumentos en contra de la crítica puede también remitirse a FIANDACA, G. Y MUSCO, E.: *Diritto...*: cit.: pág. 157).

125 El matiz es necesario, ya que el artículo 135 de la LOREG define como funcionario público, amén de «los que tengan esta consideración según el Código penal», también a «a quienes desempeñan alguna función pública relacionada con las elecciones, y en particular los Presidentes y Vocales de las Juntas Electorales, Vocales e Interventores de las Mesas Electorales y los correspondientes suplentes».

126 Cuando se ha preguntado acerca de la posibilidad de calificar penalmente como funcionario público al funcionario de hecho, la doctrina se ha referido a quienes ejercen funciones públicas sin los requisitos legales. Sobre la cuestión, se remite a ROCA AGAPITO, L.: «Concepto de autoridad y de funcionario público a efectos penales», en *Revista Derecho y Proceso Penal*, 2013, págs. 173 y sgts. y a GARCÍA ARROYO, C.: *Los delitos de cohecho antecedente*, Thomson Reuters, 2021, págs. 280 y sgts.

127 Aunque, en la jurisprudencia, es posible encontrar casos en los que el Tribunal Supremo ha llegado a insinuar que es punible el hecho de alguien que pacta una retribución antes de ser funcionario y ejecuta lo pactado una vez adquirida la condición de funcionario (véase STS 361/1998, de 16 de marzo, Ponente Enrique Bacigalupo Zapater (ECLI:ES:TS:1998:1743) que argumenta que «es irrelevante que el acuerdo por el que percibía dichas retribuciones fuera anterior a su incorporación como funcionario al Consejo Asesor, pues a partir de su incorporación los hechos son contrarios al deber aunque la entrega contra retribución hubiera sido pactada con anterioridad». Aunque la sentencia puede parecer ambigua, en el supuesto *de quo*, no se trató tanto de considerar irrelevante la ausencia de la cualidad de funcionario en el momento del pacto, sino de una lectura (algo torticera) de la norma que se apoya en su (defectuosa) literalidad: las conductas típicas de cohecho pasivo antecedente son «solicitar», «recibir» y «aceptar la promesa». Tratándose de un tipo mixto alternativo, es evidente que, quien solicita y luego recibe, no comete dos delitos, sino uno solo y la segunda conducta típica se convierte en un *post-factum* no punible. Pues bien, los jueces, en este caso, toman nota de que, en el cohecho de facilitación, la conducta típica se describe con el verbo «admitir», de tal manera que, en un ejercicio de fraccionamiento de la normativa vigente, califican la «recepción» (que se produce una vez que el sujeto ha adquirido la condición de funcionario público) no como *post-factum* no punible de un delito de cohecho antecedente (no punible por faltar la cualificación subjetiva), sino como un delito autónomo de cohecho de facilitación. El supuesto contrario (en el que el acusado recibe dádivas una vez que ha dejado de ostentar la condición de funcionario público) también ha sido considerado por la jurisprudencia que, igualmente, ha optado por afirmar que «es indiferente que el funcionario que comete el delito de cohecho deje de ostentar tal condición pública mientras el particular sigue entregando la dádiva, cuando esta se obtiene en función de tal carácter público» (STS 217/2015, de 26 de enero, Ponente Excmo Sr. D. Julián Artemio Sánchez Melgar, ECLI:ES:TS:2015:217). Distinto es el supuesto en el que un electo (ya proclamado por la junta electoral) pueda considerarse funcionario público para efectos de aplicación del delito de cohecho: la solución positiva puede hallarse en la STS 1952/2000, de 19 de diciembre, Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Martín Pallín (ECLI:ES:TS:2000:9367). Ciertamente es que la sentencia se ocupaba de un supuesto en el que un concejal electo acepta un soborno a cambio de comprometer su voto en el pleno de investidura. Afirman los magistrados 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 por lo que pacta con el otro acusado la abstención, para que saliera beneficiada la lista que a éste le interesaba». En doctrina, se ha puesto en duda que pueda decirse que el electo que no ha tomado posesión del cargo esté ejerciendo funciones públicas (véase, entre otros, QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: *Derecho penal español. Parte especial*, Tirant Lo Blanch, 2015, págs. 1117 y sgts.). Para la solución negativa (criticando además la misma sentencia citada), véase VIZUETA FERNÁNDEZ, J.: «Tratamiento penal del transfuguismo político retribuido (comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2000)», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2004, págs. 336 a 337.

128 Por ejemplo, sobre la imposibilidad de calificar como funcionario público a tenor del artículo 24 del Código penal a los candidatos. O sobre la relación entre el artículo 423 del Código penal y el artículo 131 LOREG.

129 Sobre la problemática relación entre la LOREG y el Código penal, véase MUÑOZ CUESTA, J. Y MARTÍ CRUCHAGA, V.: «Delitos electorales», en *Diario La Ley*, n. 6687, de 12/03/2018, pág. 3 (texto consultado en versión digital); MAZA MARTÍN, J. M.: *Delincuencia electoral y responsabilidad penal de los partidos políticos*, 2017, (Tesis Doctoral disponible en este momento en el enlace web <https://repositorio.uam>).

campaña electoral, también concurren auténticos «funcionarios públicos» (para efectos penales) ansiosos de reelección o de que, como resultado de la misma, se puedan repetir nombramientos (del reelegido competente)¹³⁰.

Dicho eso, conviene adelantar que, cualquier esperanza de encontrar en la regulación penal de la LOREG fórmulas que, de alguna manera, avalen una diferencia de tratamiento del político en campaña electoral que ofrezca actos del cargo a cambio de votos, está destinada a frustrarse.

2. Breves anotaciones sobre delito de cohecho electoral tipificado por el artículo 146.1 a) de la LOREG

De acuerdo con el artículo 1 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral, toda vez que se trata de elecciones de Diputados y Senadores a Cortes generales, de miembros de las Corporaciones locales o de las asambleas de las Comunidades Autónomas y de los diputados al Parlamento Europeo, para la sanción penal de la corrupción, entra en escena el artículo 146 del texto legal que dispone que

1. Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años o multa de doce a veinticuatro meses:

a) Quienes por medio de recompensa, dádivas, remuneraciones o promesas de las mismas, soliciten directa o indirectamente el voto de algún elector, o le induzcan a la abstención.

b) Quienes con violencia o intimidación presionen sobre los electores para que no usen de su derecho, lo ejerciten contra su voluntad o descubran el secreto de voto.

c) Quienes impidan o dificulten injustificadamente la entrada, salida o permanencia de los electores, candidatos, apoderados, interventores y notarios en los lugares en los que se realicen actos del procedimiento electoral.

2. Los funcionarios públicos que usen de sus competencias para algunos de los fines señalados en este artículo incurrirán en las penas señaladas en el número anterior y, además, en la inhabilitación especial para empleo o cargo público de uno a tres años.

Aquí naturalmente nos interesa el supuesto considerado por la letra a) del apartado 1; el tenor literal de la norma deja claras algunas cosas: se trata de un delito común; la conducta típica consiste en solicitar (siendo su objeto material «el voto de algún elector») o inducir (a la abstención) y se trata de un tipo mixto alternativo; el medio empleado ha de ser una «recompensa, dádiva, remuneración» que, se entiende, puede ser efectivamente correspondida o simplemente prometida¹³¹; de la misma manera, el delito se consume con independencia de que la promesa se lleve a efecto¹³²; tanto solicitud como inducción son típicas incluso si se realizan «indirectamente»¹³³.

2.1. Una interpretación restrictiva es posible: más concusión electoral que corrupción

Ciertamente, a la luz de la redacción de la norma (sobre todo si comparada con los artículos 419 y sgts.) y de su ubicación sistemática, el precepto es susceptible de ser interpretado de forma restrictiva. Aquí la conducta típica no se describe solo con el verbo «solicitar», sino también con «inducir». Además, mientras que, en el delito de cohecho, al igual que el funcionario que acepta ofrecimiento o promesa, el solicitado que accede a la solicitud es punible como autor de cohecho activo (con las mismas penas de quien solicita), el silencio de la LOREG refuerza la idea de que el «inducido» es aquí víctima¹³⁴: como afirma de modo prácticamente unánime la doctrina, el bien jurídico no guarda relación alguna ni con la imparcialidad ni con el correc-

es/handle/10486/680327. Aunque la misma ya ha sido publicada, no cuento en este momento con la disponibilidad del ejemplar), págs. 55 y sgts.

130 Véanse las SsTS 120/2021, de 11 de febrero, Ponente Excm. Sra. Susana Polo García (ECLI:ES:TS:2021:353); 485/2006, de 28 de abril, Ponente Excmo. Sr. José Manuel Maza Martín, (ECLI:ES:TS:2006:2613).

131 Para algunas referencias a la historia de la norma, véase MORILLAS CUEVA, L.: «Delito...», cit., pág. 752.

132 Véase, en este sentido, la STS 485/2006, de 28 de abril, ya citada que aclara que tampoco resultaría relevante el hecho de que quien promete sea *ab origine* incapaz de cumplir la promesa.

133 El Tribunal Supremo (SsTS 731/2012, de 25 de septiembre, Ponente Excmo. Sr. Luciano Varela Castro, ECLI:ES:TS:2012:6685; 120/2021, de 11 de febrero ya citada) ha aclarado que «la autoría del delito se realiza tanto por quien se dirige personalmente al requerido como por quien lo hace a través de otro. Y ello porque cuando el mensaje se transmite a medio de un nuncio, el emisor no es éste, sino quien se lo confía para hacerlo llegar al destinatario. Y, en el caso de que la oferta exija plurales contribuciones a favor del requerido, serán sujetos activos todos los que con tal contribución hacen posible el riesgo de torcimiento de la voluntad del elector sobornado, porque todos ellos son solicitantes del sentido de su voto (...) El mensaje de contratación ha de tener su origen precisamente en quienes, desde sus respectivas responsabilidades, podían cumplir la promesa y estaban interesados en la contraprestación de ésta».

134 En este sentido, es muy clara la STS 485/2006, de 28 de abril ya citada, que califica al inducido como «sujeto pasivo del delito». Véase también SAP de Cáceres 38/2017, de 23 de febrero, Ponente Illma. Sra. Dña María Félix Tena Aragón (ECLI:ES:APCC:2017:122) y (si bien relacionada con el delito electoral tipificado por el artículo 149 LOREG), SAN 21/2021, de 28 de octubre, Ponente Excm. Sra. María Fernanda García Pérez (ECLI:ES:AN:2021:4424). Sobre la naturaleza supraindividual o individual del bien jurídico protegido por el delito de cohecho, permítase la remisión a CERINA, G. D. M.: *El bien...cit.*, págs. 213 y sgts. y 394 y sgts.

to funcionamiento de la Administración pública, sino que se identifica más bien con la libertad de voto¹³⁵. Poniendo en valor este dato, podría decirse que, en el delito electoral, para realizar la conducta típica, es necesario algo más que «pedir»¹³⁶ y también la referencia a «solicitar» implica «requerir o instar»¹³⁷. De hecho, para que el bien jurídico (libertad de elección a la hora de votar) pueda efectivamente decirse conculcado, es precisa una conducta que, de alguna manera, afecte a la determinación del sujeto destinatario de la acción (cosa que, en cambio, en el delito de cohecho, no es necesaria). Si se me pasa la expresión, así configurado el tipo, en lugar que corrupción electoral, podría decirse que estamos frente a una concusión electoral¹³⁸. De la misma manera, a diferencia de lo que acontece en la disciplina «común» (arts. 419 y sgts. del Código penal), la tipicidad del cohecho electoral está supeditada a que la iniciativa parta de quien soborna al votante, siendo el supuesto contrario (en el que es quien vota quien ofre-

ce) atípico por indicación expresa del legislador (manteniendo una configuración pluripersonal del delito¹³⁹).

A diferencia del cohecho, la LOREG no contempla ninguna modalidad «de facilitación», de tal forma que parece razonable exigir que la «dádiva» (o recompensa) y el voto (o la abstención) hayan de resultar *explícitamente intercambiados*, lo que implica que ambos tendrán que ser suficientemente determinados (*quid pro quo*): para poner un ejemplo, no debería considerarse típico el supuesto en el que se solicita apoyo (no explícitamente el voto) a cambio de genéricas promesas de que se favorecerá (sin concretar cómo) a uno o varios electores¹⁴⁰.

Respecto del *political logroll*, sin necesidad de incommodar a la adecuación social o al riesgo permitido¹⁴¹, haciendo hincapié en que aquí no es típica la retribución o recompensa «de cualquier clase» (como sí lo es en el cohecho tipificado con arreglo a los artículos 419, 420, 421¹⁴² y 424), podría mantenerse una interpretación restrictiva del término «dádiva» (que es el

135 El preámbulo de la LOREG parece sugerente, ya que empieza aclarando que «La presente Ley Orgánica del Régimen Electoral General pretende lograr un marco estable para que las decisiones políticas en las que se refleja el derecho de sufragio se realicen en plena libertad. Este es, sin duda, el objetivo esencial en el que se debe enmarcar toda Ley Electoral de una democracia». En cambio, deben rechazarse las referencias jurisprudenciales a la «pureza y transparencia del proceso electoral» o a la «corrección y objetividad de la consulta electoral» (véase STS 120/2021, de 11 de febrero, ya citada): ambas resultan genéricas y los adjetivos denotan una preocupante tendencia de la jurisprudencia a refugiarse en fórmulas moralísticas que nada aportan a la concreción del bien jurídico. Más aceptable parece, en cambio, la referencia a la «libertad para elegir los cargos públicos y la igualdad de todos para acceder a los mismos» que la jurisprudencia a veces no contrapone, sino yuxtapone a los anteriores (véase la misma STS 120/2021 ya citada). Sobre la tendencia de a condensar (a veces en la misma resolución) planteamientos poco compatibles entre sí a la hora de reconstruir la objetividad jurídica del delito de cohecho, véase CERINA, G. D. M.: *El bien...cit.*, págs. 179 y sgts. Se comparte, en suma, la postura de CRUZ BLANCA, M. J.: «La corrupción pública en la actividad electoral. Delitos que integran la corrupción pública electoral versus delitos cometidos por particulares contra la actividad pública electoral», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 20-23, 2018, págs. 8 y sgts. y no la de MAZA MARTÍN, J. M.: *Delincuencia...cit.*, pág. 135 quien habla de «corrección y pureza del proceso electoral».

136 Baste una remisión al denso debate doctrinal que, en Italia, ha interesado la diferenciación entre solicitud e inducción. Entre muchos, véase DOLCINI, E.: «La legge 190/2012. Contesto, linee di intervento, spunti critici», en *Diritto penale contemporaneo*, 2013, 3, págs. 167 y sgts.; FIORELLA, A. y MASSI, S.: *Opportunismo del privato e malaffare nella pubblica amministrazione. Un dibattito sulle figure del concusso, dell'indotto punibile e del corruttore*, Giappichelli, Torino, 2016, *passim*; LEOTTA, C. D.: «La corruzione», en ROMANO, B. Y MIRANDOLA, A.: *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, UTET, Torino, 2020, págs. 196 y sgts. (consultado en su versión ebook).

137 Así MORILLAS CUEVAS, L.: «Delito...», cit., pág. 753.

138 El propio Tribunal Supremo (véase la ya citada STS 120/2021) afirma que «se trata de una figura híbrida entre el cohecho y las coacciones».

139 Obsérvese que, si, como la doctrina española mayoritaria, se mantiene una estructura autónoma de la corrupción activa y pasiva, no consigo ver qué argumentos podrían esgrimirse para defender la atipicidad del supuesto considerado, teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 424 del Código penal. Sobre la cuestión, se remite a MAZA MARTÍN, J. M.: *Delincuencia...cit.*, pág. 138 quien parece tener una opinión distinta.

140 Quizás pueda leerse en este sentido la solución del ATSJ Castilla-La Mancha de 2 de noviembre de 1999 (ARP 1999/5369) en el que la sospecha de delito electoral tipificado con arreglo al artículo 146.1 a) se levanta en relación con una carta suscrita que el Alcalde del municipio de Pozuelo de Calatrava y candidato del Partido Popular a las elecciones municipales y autonómicas dirige a los vecinos.

141 Sobre estas cuestiones, se remite a las observaciones de MORILLAS CUEVA, L.: «Delito...», cit., págs. 759 y sgts. El autor se muestra crítico de cara a la validez de los argumentos que soportan la operatividad de una cláusula de «adecuación social» (como causa de atipicidad o de justificación), que, en su opinión, tiene «efectos perturbadores en el ámbito punitivo, incluidas las infracciones electorales, en especial las referidas en este epígrafe» (*Ibidem*, pág. 761), y parece mostrar cierta preferencia hacia planteamientos teóricos que han hecho hincapié en el «riesgo jurídicamente relevante» en el marco de una «interpretación restrictiva orientada al bien jurídico que evitaría la invocación indiferenciada a la adecuación social». Menciona la utilidad de la referencia a la adecuación social con la finalidad de excluir la relevancia de pequeños regalos de escaso valor, MAZA MARTÍN, J. M.: *Delincuencia...cit.*, pág. 138.

142 Por lo que respecta al artículo 421, la misma puede considerarse implícitamente referenciada por el legislador que introduce dádiva, favor o retribución con el artículo «la» en clara alusión a los artículos anteriores.

objeto de la recompensa o de la remuneración) limitando la relevancia penal a aquellas solicitudes o inducciones que utilicen como medios «cosas» económicamente evaluables directamente, esto es, dinero¹⁴³. Desde un punto de vista político-criminal, como hemos visto, la interpretación encajaría con cierta restricción del ámbito típico que excluya (por lo menos en parte) del ámbito de lo penalmente relevante a conductas que parecen francamente parte del *everyday business* del político que aspira a la elección.

Por último, a pesar de la innecesaria y desafortunada utilización de la palabra «recompensa» (la misma que se utiliza en el artículo 421 del Código penal que tipifica el cohecho subsiguiente), también podría recomendarse una interpretación restrictiva que excluya la relevancia penal del cohecho electoral subsiguiente: la configuración del bien jurídico¹⁴⁴ parece francamente incompatible con la sanción de esta vertiente del cohecho y la utilización de los verbos que describen la acción típica (solicitar e inducir) sugiere excluir del ámbito de lo penalmente relevante a supuestos en los que el votante ya ha votado¹⁴⁵: ¿cómo se puede inducir a alguien para que haga algo si ya lo ha hecho?

2.2. La interpretación jurisprudencial va por otro camino

Ahora bien, como se ha dicho, la literalidad del artículo 146.1 a) parece sugerir una exégesis más estricta

que lo distingue de los artículos del Código penal que tipifican el delito de cohecho. Empero, la pacífica interpretación jurisprudencial parece discurrir por otros derroteros: la inducción no ha de ser ni directa ni eficaz; no hace falta que el votante cambie de idea¹⁴⁶ ni tan siquiera que efectivamente vote (con lo cual la inducción se convierte en solicitud y no viceversa)¹⁴⁷; la ventaja no ha de ser dinero sonante (puede ser la construcción de un puente que, de alguna manera, beneficie al votante¹⁴⁸); ni tampoco es preciso el destinatario directo sea el votante¹⁴⁹ o que la promesa efectivamente se cumpla¹⁵⁰.

La jurisprudencia española se ha ocupado de este delito en distintas ocasiones: en su mayoría, se ha tratado de supuestos en los que, a cambio del voto para una candidatura, se ofrecían puestos de trabajo público (incluyendo la consecución, mantenimiento o subida de sueldo o preferencia en el acceso a planes de empleo público)¹⁵¹. Los jueces no han dudado en considerar típico el ofrecimiento, remarcando que

«lo relevante es que un elector (algún elector, dice el precepto penal especial) ve cómo es solicitado para que emita el voto en determinado sentido, coincida o no con su voluntad, influyendo espuriamente en ésta, con recompensa, dádiva o remuneración, que, con la solicitud de voto, se efectúa, bien a favor del mismo elector, bien de cualquier otra persona, si esa remuneración, recompensa o dádiva puede influir, forzándola, en la voluntad del titular del derecho de

143 De hecho, antes de la reforma de 2010 (que ha introducido «retribución de cualquier clase»), la jurisprudencia y la doctrina habían defendido interpretaciones restrictivas (véase, por ejemplo, VALEJE ALVAREZ, I.: «El transfuguismo bajo una perspectiva penal», en COLLANTES, J. L. (DIR.): *Temas actuales del Derecho penal. Desafíos del Derecho Penal Contemporáneo*, Trujillo (Perú), 2004, págs. 633 a 635). Sobre el cambio que ha supuesto la reforma de 2010, véase, por ejemplo, STS 507/2020 de 14 octubre, Ponente Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre (ECLI:ES:TS:2020:3191) y, en la doctrina, OLAIZOLA NOGALES, I.: *La financiación...cit.*, págs. 72 a 73.

144 Salvo, claro está, que se insista sobre reconstrucciones etéreas que apunten hacia la «pureza» del proceso electoral.

145 No parece poderse compartir la solución empleada por la SAP Huelva 88/2018, de 2 de marzo, Ponente Illmo. Sr. D. Luis García-Valdecasas y García-Valdecasas (ECLI:ES:APH:2018:145) en la que se excluye la tipicidad del supuesto analizado haciendo hincapié en que la ventaja que se ofrecía a cambio del voto, ya existía antes de que el vecino votara. A mi parecer, aun sin querer discutir el desenlace absolutorio de la vicisitud jurisprudencial, a falta de una tipificación expresa del delito de concusión, tanto en el cohecho común como en el delito electoral, el «beneficio» abarca no solo cualquier mejora de la situación de partida sino también la evitación de un empeoramiento de la misma.

146 Véase STS 731/2012, de 25 de septiembre, ya citada, donde se afirma la relevancia típica de la solicitud de voto «coincida o no con su voluntad».

147 STS 731/2012, de 25 de septiembre, ya citada. Sobre la cuestión, véase también CRUZ BLANCA, M. J.: «La corrupción pública...», cit., pág. 32.

148 Analizaremos brevemente el supuesto en seguida. Para la referencia jurisprudencial, se remite a la nota 154.

149 Véanse las ya citadas SsTS 120/2021, de 11 de febrero; 731/2012, de 25 de septiembre. De distinta opinión CRUZ BLANCA, M. J.: «La corrupción pública...», cit., pág. 33 quien, sin embargo, defiende que, a tenor de lo afirmado por la jurisprudencia, «es preciso que el autor efectúe el requerimiento personalmente».

150 STS 485/2006, de 28 de abril ya citada, según la cual es suficiente que tenga «visos de realidad, desde el punto de vista de quien la recibe y para el que ha de servir de motivo espurio en la motivación del sentido de su voto, al margen incluso de su cumplimiento posterior».

151 Así, en el caso analizado por la STS 120/2021, de 11 de febrero, ya citada, se prometía una preferencia en el acceso a los planes de empleo a cambio del voto; la STS 731/2012, de 25 de septiembre, ya citada, se ocupa de un supuesto en el que se ofrecían puestos de trabajo en el Ayuntamiento; en los casos considerados por la SAP de Cáceres 38/2017, de 23 de febrero y por la STS 485/2006, de 28 de abril, ya citadas, con un esquema más parecido a la concusión, se condicionaba el mantenimiento de determinados puestos de trabajo a la expresión de un voto en el sentido favorable al proponente.

voto) y que «el delito imputado se consuma por el mero hecho de la solicitud. Sea o no atendida por el destinatario de la bastarda influencia. Incluso vote o no el titular de ese derecho»¹⁵².

Cuando algún recurrente se ha atrevido a poner en duda que el mantenimiento o la consecución de un puesto de trabajo público se pudiera configurar como «dádiva», a diferencia de sus colegas americanos, los jueces españoles han sido especialmente tajantes a la hora de desechar la objeción: así, se ha contestado que se trata de un argumento «próximo al sarcasmo cuando se piensa en la cifra de personas que no disfrutaban de una relación laboral retribuida» añadiéndose que «pensar que para los mismos obtener un contrato que la instaure no es una recompensa o una remuneración, incluso dádiva, es irritante»¹⁵³.

Extremadamente llamativo el hecho acontecido en un municipio de la provincia de Orense¹⁵⁴ en el que lo que se ofreció a una vecina a cambio de su voto fue la construcción de un puente¹⁵⁵. Es interesante mencionar el argumento que utiliza la Audiencia para mantener la condena conminada en primera instancia y contrastarlo que el que utilizaba la Corte Suprema de los Estados Unidos que, como hemos visto más arriba, también ha mencionado la construcción de puentes: pues bien, a este lado del Atlántico, el problema que detectan los magistrados es que el puente «beneficiaba únicamente a fincas pertenecientes a la destinataria del dinero ofrecido, y por ello, suponía una ventaja o beneficio en interés particular por no tratarse de una obra pública, lo que configura el tipo delictivo establecido en el artículo 146.1 a)».

Sin ánimo de proponer aquí un análisis exhaustivo de la (en verdad escasa) aplicación jurisprudencial de la norma, más que la discusión técnico-dogmática, interesa ahora plantear algunas dudas relacionadas con la coherencia del planteamiento político criminal inspirador del precepto (así como aplicado por los tribunales): ¿qué clase de ordenamiento jurídico tipifica como delito (punible con pena de prisión) el hecho de ofrecer a un vecino un puesto de trabajo en un pequeño ayun-

tamiento a cambio de su voto y deja impune al Presidente del Gobierno que ofrece un Ministerio a cambio del apoyo en la votación de investidura? ¿Cómo puede defenderse seriamente que se sancione al Alcalde de un pueblo que pide el voto a cambio del mantenimiento de un trabajo como Conserje de un Centro educativo municipal¹⁵⁶ y no al Presidente del Gobierno que ofrece un Ministerio a un diputado? y ¿cómo puede ser delito prometer la construcción de un puente que aventaja a un único vecino de un pequeño municipio y no la asignación a una determinada Comunidad Autónoma en el reparto de los presupuestos generales del Estado de multibillonarias ventajas e inversiones a cambio del voto favorable de los diputados nacionalistas que representan los intereses «solo» de aquella Comunidad Autónoma?

3. Explicit quid pro quo vs. cohecho de facilitación

Recordando cuanto dicho respecto de los *distinguo* que realiza la Corte Suprema en los Estados Unidos (y, *mutatis mutandis*, asumidos por el legislador alemán), puede añadirse que la tipificación del cohecho de facilitación y de las formas unilaterales de conato de pacto (solicitud y ofrecimiento) frustran *ab origine* cualquier intento de limitar la relevancia penal a aquellos supuestos de *explicit quid pro quo*. La *generic influence* que la Corte Suprema de los Estados Unidos expulsa de la idea de corrupción penalmente relevante cuando se trata de política, en España, asume relevancia penal a través de la referencia a las «dádivas o regalos (...) correspondidos *en consideración a la función*» del actual artículo 422 del Código penal¹⁵⁷. Y si todavía existiera alguna duda acerca de la intención político-criminal del legislador, el delito de tráfico de influencias tipificado por los artículos 428 y sgts. muy probablemente la disiparía.

3.1. El cohecho de facilitación: una norma no-limits

Con la tipificación del cohecho en consideración a la función se pretende castigar «la creación de un «clima

152 STS 731/2012, de 25 de septiembre, ya citada.

153 STS 731/2012, de 25 de septiembre, ya citada.

154 SAP Ourense, de 30 de septiembre de 1997, Ponente Illmo. Sr. D. Jesús Francisco Cristín Pérez (ARP 1997/1622).

155 Aunque, frente a la negativa de la vecina, en un segundo intento, se añadieron al «paquete» 30.000 pesetas como «garantía de que se realizaría el puente, siempre que [la vecina] votase a favor del PP».

156 Es el caso considerado por la STS 485/2006, de 28 de abril ya citada que confirma la condena de Alcalde y una Concejala que sustancialmente dijeron al Conserje que, si quería conservar su puesto de trabajo, tenía que votar por su candidatura.

157 Como se ha observado, se trata de una figura tradicional del ordenamiento jurídico penal español en el que, podemos decir, ha sido delito desde siempre (BLANCO CORDERO, I.: «Regalos y corrupción: sobre la punibilidad de las invitaciones a empleados públicos para asistir a espectáculos y otros eventos», en *La Ley Penal*, n. 113, pág. 4 (consultado en versión electrónica). Sobre el cohecho de facilitación, entre otros, puede remitirse a VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F.: «Admisión de regalos y corrupción pública. consideraciones políticocriminales sobre el llamado «cohecho de facilitación (art. 422 cp)», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª época, n. 6, 2011, págs. 151 y sgts.

de corrupción» que se confunde en ocasiones con (...) «dar grasa» o «engrasamiento»¹⁵⁸. Se trata de sancionar penalmente supuesto en los que «se espera una decisión favorable, algún comportamiento especial del empleado o la obtención de alguna ventaja desleal, pero no se tiene en mente un acto concreto del cargo»¹⁵⁹.

La presencia en el Código de este delito es el síntoma más evidente de la intención *catch-all* del legislador: el actual artículo 422 sirve como una cláusula de cierre¹⁶⁰ que parece indicar al intérprete que, si el contacto entre funcionario público y particular adornado con algún tipo de beneficio correspondido desde el segundo al primero no puede subsumirse en los artículos anteriores (419, 420 o 421, en combinación con el artículo 424), seguramente podrá reprocharse de acuerdo con el artículo 422 (en combinación con el artículo 424). Por lo que ahora nos interesa, el alivio probatorio¹⁶¹ que la norma supone para la acusación, se coloca a las antípodas del *quid pro quo* esgrimido una y otra vez por la *Supreme Court of Justice* que, recuérdese, se quiere *explicit*. Si, en Estados Unidos, podríamos decir que la «creación de un ambiente cercano» al político es parte del *everyday business* del *conscientious public officials*, en España, el Código penal parece haber sido equipado con una norma *ad hoc* para hacerle frente.

Ciertamente, la doctrina española (y no solo española), cuando no ha sugerido directamente la incompatibilidad del precepto con los principios de lesividad¹⁶² e

intervención mínima¹⁶³, ha tratado de elaborar criterios que permitieran comprimir su espectro de aplicación: por lo que ahora nos interesa, se ha hecho hincapié en que sería deseable que «en consideración a la función» se leyera de forma próxima a «a cambio del ejercicio futuro de la función», lo que apuntaría hacia una especie particular de *quid pro quo*¹⁶⁴; también se ha sugerido que se compruebe cierta relación entre la competencia del receptor de la dádiva y los intereses de quienes las otorgan.

La jurisprudencia, por su parte, ha avalado interpretaciones sustancialmente extensivas de la norma. En las resoluciones judiciales, puede observarse una más bien escasa atención al papel del bien jurídico que se ha plasmado en pronunciamientos que, a veces, al lado de afirmaciones en línea con los planteamientos de la doctrina más atenta (imparcialidad, correcto funcionamiento de la Administración¹⁶⁵), siguen utilizando conceptos propios de otras épocas y, en cualquier caso, que vacían cualquier función crítica (o interpretativo-restrictiva) y que terminan fagocitando en la inutilidad más absoluta cualquier referencia a todo tipo de bien jurídico dotado de alguna capacidad selectiva: me refiero a las alusiones a «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»¹⁶⁶, al «prestigio de la Administración», a la «rectitud» de la función pública, a la «probidad» de

158 Así BLANCO CORDERO, I.: «Regalos...», cit., pág. 2.

159 Así BLANCO CORDERO, I.: «Regalos...», cit., pág. 2.

160 Así BLANCO CORDERO, I.: «Regalos...», cit., pág. 4. Véase también VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F.: «Admisión...», cit., pág. 154 quien habla de tipo «residual». DE LA MATA BARRANCO, N.: «El bien jurídico protegido en el delito de cohecho», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 17, 2006, p. 137, quien observa que «estamos más allá que ante un juicio moral de reproche».

161 Que la finalidad de la norma sea esa, es opinión también de VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F.: «Admisión...», cit., pág. 176.

162 Como se ha afirmado, la conducta típica no atenta contra el principio de imparcialidad «por cuanto la entrega de dádivas a un funcionario por desempeñar correctamente sus funciones no se condicionan a la adopción de un acto determinado o determinable ni a ninguna otra circunstancia». RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito...cit.*, pág. 274. Véase también POLAINO NAVARRETE, M.: «Cohecho», en COBO DEL ROSAL, M. (DIR.): *Curso de Derecho Penal Español. Parte Especial*, vol. II., Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 377. Con todo, si ese fuera el bien jurídico protegido, la idoneidad de la acción típica para afectarlo debería comprobarse. En este sentido puede leerse la referencia a la «teoría cualitativa de la dádiva» de acuerdo con la cual «la tipicidad del instrumento del cohecho no se fía a su naturaleza o valor, sino a su idoneidad para asegurarle al particular una concreta actuación u omisión del funcionario» (así, entre otros, VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F.: «Admisión...», cit., págs. 162 a 163).

163 En este sentido, se ha observado que la inclusión de este supuesto en el Código penal, «responde a criterios éticos o morales o bien a juicios propios de un derecho penal de autor que deberían permanecer (...) ajenos al Código penal» (así RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito...cit.*, pág. 274). Véase también OLAIZOLA NOGALES, I.: *La financiación ilegal de los partidos políticos: un foco de corrupción*, Tirant Lo Blanch, 2015, pág. 51.

164 Véase, por ejemplo, la postura de VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F.: «Admisión...», cit., pág. 175.

165 Sin embargo, es loable la interpretación (restrictiva) teleológica realizada por el ATS 6026/2011 de 31 de enero de 2011, Ponente Excmo. Sr. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar (ECLI:ES:TS:2011:6026A). Sobre una sugerente clasificación de las diferentes propuestas jurisprudenciales, se remite a VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F.: «Admisión...», cit., págs. 158 a 159.

166 STS 361/1998, de 16 de marzo, ya citada que añade que «es evidente que esta imagen se ve seriamente afectada si tales funciones son retribuidas por los particulares que se benefician de ellas, pues en tal caso se genera una *impresión* de venta de las mismas, que pone en duda la seriedad del ejercicio de la función pública» (cursivas mías). En términos parecidos véase STS 362/2008, de 13 de junio, Ponente Excmo. Sr. Manuel Marchena Gómez (ECLI:ES:TS:2008:3976); ATS 6026/2011, de 31 de enero, ya citado.

sus funcionarios, a quienes «hay que mantener a salvo de cualquier injusta sospecha de actuación venal»¹⁶⁷. Y, cuando ello no ha parecido suficiente, no se ha reparado en adoptar la fórmula del peligro abstracto como llave maestra para eliminar cualquier tipo de interpretación teleológica restrictiva¹⁶⁸, abrazando precisamente aquel *prophylaxis-upon-prophylaxis approach* que la *Supreme Court* proscribió al legislador (ahí, incluso extrapenal).

Pero, lo que ahora interesa es señalar que ha sido claramente decepcionante el desarrollo jurisprudencial de la «conexión causal entre la entrega de» la «dádiva o regalo y el oficio del público funcionario»¹⁶⁹: en jurisprudencia, se ha entendido que «en consideración a la función» ha de interpretarse «en el sentido de que la razón o motivo del regalo ofrecido o 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 aquella»¹⁷⁰.

En el mismo sentido, tampoco parece haber cuajado la idea de tratar de concretar la «conexión causal» entre dádiva y cargo, requiriendo, por lo menos, alguna relación entre los intereses de quien paga y la competencia de quien recibe: enfrentando directamente a la cuestión¹⁷¹, el Tribunal Supremo ha considerado que exigir que el regalo se entregue en atención a la futura obtención de actos de competencia del funcionario, es más que requerir que los regalos se hagan «en consideración a la función» y, decir lo contrario, sería como cancelar en vía interpretativa la diferencia entre el cohecho de facilitación y los demás supuestos de cohecho; al contrario, debe estimarse existente la relación de causalidad entre la función y el regalo, toda vez que se demuestra que, sin aquélla, no habría habido éste¹⁷², de tal manera que, si, en razón de su función, puede esperarse del funcionario que influya en otros que sí son competentes para satisfacer los intereses de los donantes, y si los regalos tienen su causa en esta posibilidad de influir, puede darse por probada la causalidad¹⁷³ y considerarse lesionado el bien jurídico protegido¹⁷⁴.

167 Véase, entre muchas, las SsTS 507/2020 ya citada; 1618/2005, de 22 de diciembre, Ponente Excmo. Sr. D. Diego Antonio Ramos Gancedo (ECLI:ES:TS:2005:7967).

168 SsTS 361/1998, de 16 de marzo; 362/2008, de 13 de junio, ya citadas.

169 Para subsumir una conducta en el delito hoy tipificado de acuerdo con el artículo 422 del Código penal, la jurisprudencia, aparte del ejercicio de funciones públicas (por parte del sujeto activo de cohecho pasivo o del destinatario de la conducta de cohecho activo), ha venido exigiendo la prueba de una «aceptación de dádivas y regalos» y de «una conexión causal entre la entrega de la dádiva o regalo y el oficio del público funcionario». La fórmula se repite una y otra vez. Entre muchas, véanse las SsTS 362/2008, de 13 de junio ya citada; 478/2010, de 17 de mayo, Ponente Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz (ECLI:ES:TS:2010:2180); ATS 6026/2011, de 31 de enero ya citado.

170 Así las SsTS 30/1994, de 21 de enero, Ponente Excmo. Sr. D. Cándido Conde Pumpido (ECLI:ES:TS:1994:142); 14/2015, de 26 de enero, Ponente Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar (ECLI:ES:TS:2015:217). En doctrina, véase GIMBERNAT ORDEIG, E.: «El endiabrado cohecho impropio», en *Diario el Mundo*, 5 de julio de 2010 (al que, en este momento, puede accederse en el enlace web https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1043319).

171 El expresidente de la Comunidad Autónoma de Valencia, D. Francisco Camps fue objeto de atenciones por parte de ciertos empresarios que habían resultado adjudicatarios de distintos contratos con la administración autonómica y que mantenían indudables intereses en seguir siéndolo. El Tribunal de Instancia consideró que los hechos no eran subsumibles en el delito de cohecho en consideración a la función, argumentando que no existía indicio alguno que demostrara que dichos regalos encontraran su causa en un concreto acto ya realizado o a realizarse por parte del beneficiario. En síntesis, la Sala concluyó que, para poderse apreciar una relación causal, es necesario que los actos hacia los cuales los *extranei* puedan tener interés, sean de competencia del funcionario que recibe los regalos (ATSJ de la Comunidad Valenciana 60/2009 de 1 de agosto, Ponente: Ilmo. Sr. D. José Francisco Ceres Montes, ECLI:ES:TSJCV:2009:55A). Para un resumen de la vicisitud y de los pronunciamientos jurisprudenciales, véase GIMBERNAT ORDEIG, E., «El endiabrado...», cit. La Sentencia que pone fin a la vicisitud es la STS 478/2010, de 17 de mayo, ya citada.

172 En palabras del Tribunal Supremo, «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 condición y poder que el cargo público desempeñado le otorga le ha sido ofrecida 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 aquél, lo que es cualitativamente distinto que el ofrecimiento que tiene como finalidad la realización de un acto propio del cargo, que precisa al menos la definición del contenido del acto que se pretende, lo que da lugar a los cohechos propiamente dichos» (STS 478/2010, de 17 de mayo ya citada).

173 Dice el Tribunal Supremo que «De lo anterior tampoco se desprende que deba seguirse “una valoración automática o genérica de la concurrencia de dicha relación de causalidad” (...). En efecto, nuestra Jurisprudencia, ha exigido como elemento del cohecho pasivo impropio una conexión causal entre la entrega de la dádiva o regalo y la función pública de la autoridad o funcionario, de forma que la única explicación plausible del regalo o dádiva sea la condición de tal del sujeto. De esta forma deben descartarse desde luego aquellas consideraciones que no sean las propias de la función en el sentido expresado más arriba. Pero no debe excluirse del nexo causal la función que se integra dentro del círculo de influencia que puede desplegar potencialmente el titular de aquélla por razón de la misma, es decir, la integración en un órgano de gobierno donde existen múltiples funciones y competencias interrelacionadas o interdependientes que están

Respecto de la negativa a leer el cohecho de facilitación como un *quid pro quo sui generis*, la jurisprudencia ha utilizado también una interpretación literal del término dádiva que no solo ha prescindido de la nota de que, en el artículo 422, la misma no se califica «de cualquier clase», sino que, al contrario, ha instrumentalizado el barroquismo del legislador que, a veces, parece usar las palabras al azar: así, se ha dicho que «la utilización del término dádiva, añadido al vocablo regalo, es bien elocuente del deseo legislativo de despejar cualquier duda acerca de la innecesariedad de un significado retributivo por actos concretos, que inspire la entrega del presente con el que se quiere obsequias al funcionario receptor»¹⁷⁵ (olvidando, por cierto, que el término dádiva también se utiliza en los demás supuestos de cohecho en los que sí se requiere un *do ut des*).

Ahora, como quedó evidente para la *Law Commission* de Inglaterra y Gales¹⁷⁶, una cosa es prohibir (incluso penalmente) a un juez cualquier recepción de obsequio, regalo o dádiva; distinto es pretender otorgar a la prohibición un alcance general, máxime en un contexto cultural en el que no es infrecuente que se homenajee a determinados funcionarios públicos con elevado papel social con inocuos presentes en agradecimiento a los servicios prestados a la comunidad: es así cómo la doctrina (e incluso la jurisprudencia), para limitar el espectro aplicativo de una norma *no-limits*, suelen traer a colación la adecuación social, con todo lo que ello acarrea en término de incertidumbre¹⁷⁷. Empero, no conviene que nos entretengamos demasiado sobre este punto, porque me parece evidente que, cuando de políticos se trata, pensar que puede haber entregas de ventajas (sobre todo materiales) «que se mueven dentro del marco de los órdenes ético-sociales de la vida social, establecidos a través de la historia»¹⁷⁸ (es decir

hic et nunc) es planteamiento que, en la España en la que vivimos, solo puede mantener alguien que no salga mucho de casa.

Como resultado de semejante proceder, la aplicación del artículo 422 (y de su predecesor numerado, antes de 2010, 426) a políticos de alto rango ha sido relativamente frecuente¹⁷⁹, toda vez que es precisamente en esos casos en los que resulta más complejo individualizar el concreto acto del cargo comercializado. Sin ánimo de extraer ahora conclusiones, parece indudable que, lo que aquí (en España) se ha criminalizado, es precisamente lo que allí (en Estados Unidos) se ha considerado como una normal interacción de un político que busca apoyos entre sus electores; en ambos casos, parece que hay acuerdo a la hora de diferenciar el beneficio que se otorga a un funcionario público para obtener un acto específico del que se entrega para conseguir una *generic influence* o un acceso privilegiado al político: lo que cambia es la relevancia penal de este segundo supuesto (que, en un caso, es democracia y, en el otro, es un cáncer muy grave que afecta a la misma y que, por eso mismo, ha de ser extirpado).

Como nota final, merece quizás la pena dejar constancia de la problemática solución penológica del legislador español que desentona con el planteamiento político-criminal avalado por la jurisprudencia: sin entrar ahora en detalles, incluso cualquier persona que no acostumbre a discusiones inherentes al principio de proporcionalidad, probablemente quedaría sorprendida al observar que, para sancionar al Presidente de un Gobierno autonómico que recibe dádivas o regalos ante la perspectiva de que despliegue su poderosa influencia sobre sus subordinados a favor del adinerado empresario obsequiante, la sanción ha de comprenderse en un abanico que va desde seis meses a un año de prisión y

sujetas evidentemente al rango y posición en el propio órgano de las autoridades o funcionarios sujetos pasivos de la dádiva o regalo» (STS 478/2010, de 17 de mayo ya citada).

174 En palabras del Tribunal Supremo, «No podemos olvidar cuál es el bien jurídico protegido por el delito de cohecho en general, que no es otro que preservar la apariencia de imparcialidad, neutralidad y sujeción a la ley en el ejercicio de la función, es decir, que objetivamente no sea susceptible de reproche el modo o forma de ejercer las funciones públicas con arreglo a la norma cultural vigente en una sociedad regida por las reglas del estado de derecho» (STS 478/2010, de 17 de mayo ya citada).

175 STS 14/2015, de 26 de enero, ya citada; en el mismo sentido, SsTS 507/2020, de 14 de octubre; 362/2008, de 13 de junio, ya citadas.

176 Perdónese la remisión a CERINA, G. D. M.: *La insoportable...cit.*, págs. 160 y sgts.

177 La propia jurisprudencia ha reconocido que «No es tarea fácil la delimitación del alcance de este precepto 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, obliga 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. Está fuera de dudas que este análisis sugiere el empleo de fórmulas concretas, adaptadas a cada supuesto de hecho, huyendo de la rigidez de fórmulas generales» (STS 14/2015, de 26 de enero, ya citada. Nótese que se niega la operatividad de la adecuación social).

178 WELZEL, H.: *Derecho Penal. Parte General*. Roque Depalma Editor, Buenos Aires, 1956, pág. 63. Para la aplicación de la fórmula del autor alemán a supuestos de corrupción, véase GÓMEZ RIVERO, C.: «Derecho penal...», cit., págs. 270 y sgts.

179 Entre otras, puede mencionarse ahora la STS 14/2015, de 26 de enero ya citada en la que se condenaba el ex Presidente de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares por haber conseguido que un hotelero le entregara 3.000 euros mensuales simulando un contrato de trabajo para su mujer.

suspensión de empleo y cargo público desde uno a tres años. Si el regalo, en cambio, se dirige al funcionario subordinado a cambio de un único acto de su cargo, la sanción que este recibe va de un mínimo de dos años de prisión, multa de doce meses, inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio de sufragio pasivo de 5 años (si el acto realizado no es contrario a sus deberes), hasta un máximo de seis años de prisión, veinticuatro meses de multa, inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo de doce años, sin perjuicio de la pena correspondiente al acto realizado, omitido o retrasado en razón de la retribución o promesa, si fuera constitutivo de delito (si el acto es además contrario a sus deberes).

3.2. Cuando el cohecho de facilitación se convierte en cohecho propio y la prueba de un *explicit quid pro quo* es «ociosa» incluso en el cohecho antecedente

La contradicción que acabamos de señalar no siempre ha pasado desapercibida a la jurisprudencia española que, sin embargo, la ha corregido sin preocuparse demasiado por la violencia que ejercía sobre el pobre principio de legalidad.

El supuesto se produjo en el marco de la conocida operación Malaya. Entre otras muchas cosas (penalmente relevantes), ocurrió que, en el ayuntamiento de Marbella, se produjo una moción de censura motivada esencialmente por desavenencias personales en virtud de la cual Concejales que estaban en el Gobierno pasaban a la oposición. Con la finalidad de que el nuevo Gobierno pudiera seguir «contando con ellos» (con sus votos en los plenos), se les obsequiaba con dádivas de forma periódica. Según la Audiencia Provincial, la puesta «en nómina» de determinados concejales no se realizaba a cambio de concretos actos, sino «a cambio de resolver favorablemente todas aquellas cuestiones sujetas a su competencia urbanística», favoreciendo los intereses de quien les retribuían. Pues bien el Tribunal Supremo¹⁸⁰ considera que, una vez que «se crea la disposición del cohechado a actuar en favor de los intereses del cohechante» si luego «se decide o resuelve conforme a ellos», estamos fuera del ámbito de aplicación del cohecho de facilitación y entramos en el espectro aplicativo del cohecho propio o impropio (según la naturaleza del acto finalmente realizado). Habiéndose

probado las retribuciones y habiéndose producido el voto del político, «la exigencia de una vinculación definida y concretada precisamente en cada caso es ociosa» (*sic!*).

Desde un punto de vista técnico-jurídico, la idea de los magistrados no tiene en cuenta que el delito de cohecho se consuma en el momento en el que se solicita, ofrece, promete, admite... y no en el momento en el que se abona la dádiva, ni mucho menos en el momento en el que se realiza el acto del cargo. Así que, el hecho de que, finalmente, se haya realizado un acto del cargo en ejecución de lo pactado, ni siquiera vigente el Código penal anterior a la reforma de 2010, es suficiente para afirmar la existencia de un cohecho antecedente si no queda además probado que la ejecución del acto concreto y determinado era parte del propio pacto (o solicitud u ofrecimiento). Con el código penal en la mano, a diferencia de lo que defienden los magistrados, la comprobación del *quid pro quo* no es ociosa: en España, su ausencia implica una conspicua reducción de pena.

Y que sea justo esta (discutible) opción político criminal del legislador lo que se les atraganta a los magistrados queda patente en la propia sentencia que se comenta cuando se afirma que

no es aceptable que cuando el medio comisivo está constituido por una trama delictiva como la presente donde se entrega una “pluralidad” de dádivas a los concejales y funcionarios “ a lo largo de un dilatado periodo de tiempo”, “en cuantías económicas muy elevadas para obtener la satisfacción de sus intereses urbanísticos que dependen de las autorizaciones que deben realizar aquellos funcionarios públicos”, lo aplicable sea la versión atenuada del tipo penal cuando es evidente que el injusto es más grave que el constituido por un acto injusto aislado por muy vinculada que esté la prestación a la contraprestación.

Lo único que cabe añadir (aunque, a estas alturas, quizás sea innecesario) es que, una cosa es hacer hincapié en la necesaria relevancia de las repercusiones político-criminales que entraña una u otra lectura dogmática del ordenamiento jurídico; otra muy distinta es atribuir directamente la política criminal a los jueces del Tribunal Supremo, más allá de legalidad vigente¹⁸¹: como se ha observado, «los límites de lo dogmáticamente admisible se traspasan (...) cuando se elige una solución por razones políticocriminales —por muy

180 SsTS 508/2015, de 27 de julio, Ponente Excmo. Sr. Juan Saavedra Ruiz (ECLI:ES:TS:2015:3699); 185/2016, de 4 de marzo, Ponente Excmo. Sr. D. Joaquín Giménez García (ECLI:ES:TS:2016:1229).

181 No sabría decirlo mejor que Roxin quien afirma que: «Sin embargo, eso no significa que la política criminal dogmática y la legislativa tengan las mismas competencias; dicha hipótesis equipararía al juez con el legislador e infringiría el principio de división de poderes y de legalidad. Por el contrario, la dogmática (incluyendo la sistemática de la teoría general del delito) tiene que ejercer política criminal en el marco de la ley, es decir dentro de los límites de la interpretación. Por ello choca en la interpretación del Derecho vigente con (...) dos barreras (...): no puede sustituir las concepciones y finalidades del legislador por las suyas, y tampoco puede, allí donde en la Parte general

loables que sean— para eludir una finalidad legislativa que se considera equivocada»¹⁸². El hecho de que el legislador haya decidido sancionar menos al cohecho de facilitación, de ninguna manera autoriza a «migrar» supuestos en los que no se ha pactado (ni se ha intentado pactar) una remuneración de actos determinados a la más grave disciplina del cohecho antecedente.

VI. LA INVIABILIDAD DE INTERPRETACIONES RESTRICTIVAS...DEL LADO DE LA DEMANDA

Quien buscara restringir el ámbito aplicativo del cohecho actuando en vía interpretativa sobre el lado de la demanda del *extraneus*, chocará irremediablemente con la idea de «retribución de cualquier clase» que, no hay dudas, incluye todo tipo de beneficio material o inmaterial, tangible o intangible correspondido directa o indirectamente al funcionario público. Excluir el «*political logroll*» de la ecuación es posible solo en el resbaladizo terreno de la adecuación social.

Ciertamente, podría decirse que la retribución «de cualquier clase» no se menciona en el supuesto de cohecho de facilitación y, de todas formas, ha de ser una «retribución» (*quid pro quo*). También podría defenderse que, por lo menos del lado pasivo, el cohecho de facilitación requiere la «admisión» del beneficio, no bastando la mera solicitud del mismo ni la simple aceptación de una promesa. Pero las dos observaciones solo servirían para restringir un poco el ámbito aplicativo del cohecho de facilitación, sin ninguna correlación con la naturaleza «política» ni del acto intercambiado

ni de la ventaja facilitada ni de la función del sujeto activo de corrupción pasiva¹⁸³.

Mayor impacto podría tener cierta interpretación del artículo 424 que, una tanto polémicamente, propuse ya en mi tesis doctoral¹⁸⁴: si, en lugar que «cualquier persona», el cohecho activo solo puede cometerlo un «particular» (así dice el artículo 424 CPE), quedaría excluido de lo penalmente relevante el supuesto en el que un funcionario público soborna a otro funcionario público utilizando como moneda de cambio un acto de su cargo. A esta propuesta, se ha replicado que, a fin de cuentas, cuando ofrece un soborno, el funcionario público actúa fuera del ámbito de su función, esto es, actúa «como particular»¹⁸⁵. A esta observación podría contestarse de distintas formas: oponiendo argumentos sistemáticos, se podría llamar la atención sobre el hecho de que, cuando el Código penal dice «particular», «funcionario» o «cualquier persona», no está diciendo lo mismo y defender lo contrario se acerca mucho a la analogía *in malam partem*¹⁸⁶; en el mismo sentido, como veremos en seguida, la aplicación de la jurisprudencia de la agravante del artículo 22 7ª al servidor público autor de corrupción activa (art. 424) parece incompatible con la idea de que, cuando soborna, el funcionario público no es funcionario público sino particular¹⁸⁷.

Pero ahora dejemos a un lado la discrepancia sobre la técnica legislativa (que no sobre el resultado absurdo que produce la interpretación que indico como más respetuosa del principio de estricta legalidad). Tanto si tomamos como válida mi propuesta (es irrelevante penalmente el soborno de un funcionario para con otro funcionario) como si nos convence más la respuesta (el

rige el límite del tenor literal del principio de legalidad, procurar imponer el fin de la ley en contra de un tenor literal opuesto a ello» (ROXIN, C.: *Derecho penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Civitas, Madrid, 1997, pág. 225).

182 ROXIN, C.: *Derecho penal...*cit., pág. 226.

183 Además, la jurisprudencia se ha pronunciado en sentido contrario: en la STS 362/2008, de 13 de junio, ya citada, se admitió como dádiva típica para efectos de configuración de un delito de cohecho de facilitación el otorgamiento de prestaciones sexuales (aunque, en ese caso, se trataba de prostitutas que prestaban sus servicios a Guardias Civiles). Respecto de la «admisión», si bien es cierto que requiere una *traditio* (cosa que no es precisa en los demás supuestos de cohecho), no lo es menos que la entrega de la dádiva es normalmente lo que queda probado incluso en los supuestos de cohecho antecedente o subsiguiente.

184 Tesis doctoral no publicada titulada *La lucha contra la corrupción en el siglo XXI: el papel del derecho penal. Estudio crítico del delito de cohecho en Italia y en España*, Universidad de Salamanca, 2010. En el mismo sentido, se ha pronunciado BLANCO CORDERO, I.: «Armonización en la UE de los delitos de corrupción. El caso de España», en DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.; PÉREZ MACHIO, A. I.; UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J. I. (DIRS.): *Armonización penal en Europa*, Instituto Vasco de Administración Pública, 2013, pág. 169.

185 Véase DE LA MATA BARRANCO, N. J.: *Derecho penal europeo y legislación española: las reformas del Código penal (Actualizado a la reforma penal de 2015)*, Tirant Lo Blanch, 2015, págs. 194 a 195. Naturalmente, no es este el momento adecuado para discutir a fondo las opciones sugeridas por el prof. De la Mata. Tan solo puedo ahora apuntar que, si se toma en serio al legislador, el hecho de que se diga «particular» debería entenderse equivalente a decir que no se quiere sancionar al «funcionario público».

186 Si, cuando el funcionario soborna, actúa como particular porque actúa fuera de su ámbito competencial, lo mismo habría de decirse toda vez que el mismo, por ejemplo, influye en otro prevaleciéndose de su relación personal. Pero entonces ¿cómo explicar la presencia en el Código del artículo 428 junto al artículo 429?

187 De hecho, véase VÁZQUEZ-PORTOMÉNE SEIJAS, F.: «La circunstancia agravante del prevalimiento del carácter público del culpable (art. 22.7ª CP) en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, n. 6, 2001, pág. 5 y sgts. (consultado en versión electrónica) quien certifica que la necesaria presencia de la cualidad personal de funcionario público para apreciar la concurrencia de la agravante (según el autor, la jurisprudencia sería especialmente proclive a su apreciación cuando se trata de empleados públicos en sentido administrativo).

funcionario, cuando soborna, actúa como particular) el supuesto de intercambio de favores políticos (*logroll*) deviene difícilmente punible. ¿Cómo puede sostenerse que el nombramiento de un cargo en el Gabinete del Presidente o de un senador (para retomar el supuesto a Blagojevich) es un acto que el funcionario realiza «como particular»?

Aun así, si cuanto dicho a propósito de la posible (y deseable) interpretación restrictiva del cohecho de facilitación parece «demasiado poco» para poder esbozar un trato diferencial para la corrupción política, aquí la interpretación propuesta restringiría demasiado: no solo perdería relevancia penal el supuesto de *political logroll*, sino también el caso en el que un funcionario de carrera intercambia una promoción (vía comisión de servicios o libre designación) con un acto propio de su cargo, incluso si el mismo resultara contrario a sus deberes.

1. Cuando el *political logroll* es más grave que la corrupción administrativa

A diferencia de lo que sucede en los Estados Unidos, la jurisprudencia española ha juzgado con cierta dureza el intercambio de favores políticos. La cuestión ha llegado a conocimiento de los tribunales en casos de transfuguismo retribuido.

El caso-tipo puede ser el siguiente¹⁸⁸: un político (normalmente en un Ayuntamiento) se dirige a un colega que milita en las bancadas de la oposición y, a cambio de un cargo en el equipo de gobierno o de un puesto de trabajo público (a veces, junto con dinero sonante), pide al opositor que vote (en un asunto concreto o en varios) a su favor.

Pues bien, los jueces tienden a calificar el hecho como cohecho antecedente propio (el supuesto más

grave), descartando que el cohecho de facilitación¹⁸⁹ así como el impropio¹⁹⁰. La doctrina naturalmente critica la interpretación jurisprudencial, argumentando con razón su contradicción flagrante con el principio de legalidad¹⁹¹.

Pero lo curioso es que recientemente el endurecimiento de la sanción ha ido incluso más allá: mientras que, a la hora de enfrentarse a Blagojevich, la Corte de Apelación había afirmado que nombrar un senador era el trabajo del Gobernador (así como nombrar a alguien en el Gabinete del Presidente es el trabajo del Presidente) y que no puede ser «corrupta» la retribución dirigida a un político que hace su trabajo, la jurisprudencia española ha llegado a considerar que, si un político ofrece un cargo (a cambio del voto), no solo comete el más grave delito de cohecho (propio antecedente), sino que se le puede aplicar la agravante del artículo 22.7.ª del Código penal. Veamos brevemente el razonamiento: en nuestro ordenamiento jurídico, la simetría de las conductas de cohecho activo y cohecho pasivo permite cierto intercambio de roles en los supuestos de *political logroll*: si un alcalde pide a un concejal que, a cambio de un cargo público, vote de una determinada manera, podría decirse que:

1. el alcalde comete cohecho activo, ya que ofrece una ventaja (nombramiento cargo público) a cambio de un acto del cargo (voto), pero también que
2. el alcalde comete cohecho pasivo, ya que solicita una ventaja (voto) a cambio de un acto del cargo (nombramiento de un cargo público)¹⁹².

Pues bien, la jurisprudencia ha ido optando por la primera configuración (alcalde autor de cohecho activo). Empero (que es lo que aquí interesa) si, a cambio del voto, se ofrecían a la vez dinero y empleos públicos, el Tribunal ha considerado que el ofrecer empleos públi-

188 SsTS 1952/2000, de 19 de diciembre, Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Martín Pallín; 1125/2007, de 12 de diciembre, Ponente Excmo. Sr. Siro Francisco García Pérez (ECLI:ES:TS:2007:8991); 472/2011, de 19 de mayo, ponente Excmo. Sr. D. Joaquín Giménez García (ECLI:ES:TS:2011:3657); STJ Madrid 192/2021, de 8 de junio, Ponente Ilma Sra. Dña María Ángeles Barreiro Avellaneda (ECLI:ES:TS:JM:2021:6178).

189 La jurisprudencia ha llegado a ignorar por completo el *quid pro quo* que diferencia el cohecho en consideración a la función del cohecho antecedente. De hecho, cuando las defensas argumentan que se trata en realidad de un cohecho de facilitación, los magistrados han contestado 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» que hoy es el artículo 422, «que contempla la posibilidad de consumir el cohecho por medio de un acto de donación o liberalidad» (así literalmente, STS 1952/2000 ya citada).

190 Aquí los argumentos utilizados son esencialmente dos: de acuerdo con el primero, cambiarse de bando político a cambio de un soborno supone traicionar al electorado y es, por lo tanto, contrario a los deberes del electo (así, por ejemplo, la STS 1952/2020 ya citada); de acuerdo con una segunda interpretación (más extensiva aún) comprometer un voto a cambio de dinero, «con independencia de cuál pudiera ser el sentido del voto y su adecuación o no a las directrices de su partido político» es «a no dudar un acto injusto» (STS 472/2011, de 19 de mayo, ya citada; pues verse también el caso analizado por la STS 1125/2007, de 12 de diciembre, ya citada).

191 VALENE ÁLVAREZ, I.: «El transfuguismo bajo una perspectiva penal», en COLLANTES, J. L. (DIR.): *Temas actuales del Derecho penal. Desafíos del Derecho Penal Contemporáneo*, Trujillo (Perú), 2004, págs. 615 y sgts.; VIZUETA FERNÁNDEZ, J.: «Tratamiento penal del transfuguismo político retribuido (comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2000)», en *Revista de Derecho penal y criminología*, 2004, n. 14, págs. 333 a 357.

192 Nótese que la diferente reconstrucción no es una cuestión penalmente neutral.

cos es peor que referirse solo al dinero y que, quien lo hace, merece una sanción más grave por haberse prevalido de su carácter público (art. 22.7ª)¹⁹³.

VII. A MODO DE CONCLUSIÓN: ALGUNAS IDEAS DE LEGE FERENDA

Tanto en Estados Unidos como en Alemania, parece no haber pasado desapercibido el problema que supone la sanción penal del cohecho del político. Al otro lado del Atlántico, la jurisprudencia ha tratado de dibujar un tipo penal *ad hoc* con límites más definidos, sobre todo a la hora de diferenciar la legítima búsqueda de consensos (y financiación) de la ilegítima recepción de sobornos. La crítica a la que parece haberse expuesto semejante planteamiento ha sido empero dirigida esencialmente hacia la creación de un derecho penal más *light* para los más poderosos (tanto los políticos que reciben como los particulares que dan) y a un entendimiento de la democracia que avala las asimetrías que implica tener más dinero. En Alemania, junto con la solución penológica (una pena para la corrupción impropia del mandatario mucho mayor de la que se prevé para la correspondiente hipótesis administrativa), el diseño de un tipo penal relativamente amplio, parece haber apaciguado las críticas del GRECO.

En España, en cambio, *de lege lata*, las elecciones político-criminales del legislador denotan cierta falta de reflexión sobre el punto.

El Estatuto penal anticorrupción español, en efecto, se presenta como un sistema «atrápatodos» que parece buscar no dejar margen para zonas (esto es, intercambios) en las que el derecho penal se abstiene de intervenir. Las mallas de la red penal, en suma, son muy estrechas: la idea de fondo es eliminar cualquier espacio de impunidad¹⁹⁴, siguiendo un esquema anti-clientela (más que anticorrupción)¹⁹⁵ que apunta hacia la penalización de la sospecha inherente a todo contacto entre privado y público y que tiene como resultado un sistema penal que, a la vez que se ocupa de situaciones muy

graves, indudablemente alarmantes y «especialmente desagradables», termina aplicándose a supuestos bagatelares cuya única nota reprochable parece hallarse en el beneficio (incluso político) conseguido por un servidor público¹⁹⁶. Se trata de una aproximación no fragmentaria y, por lo tanto, impropia de la que debería ser la *ultima ratio* del ordenamiento jurídico que inquieta, sobre todo, por su falta de proporcionalidad.

De hecho, partiendo de las críticas a la solución norteamericana, podría decirse que aquí (en España) el Código penal no admite privilegios y trata al poderoso político exactamente cómo al último de los funcionarios. Empero, así argumentando, se dice solo una verdad a medias: como hemos visto, es precisamente en el ámbito político (sobre todo, en la cúspide de la pirámide) donde se torna problemática la prueba *beyond any reasonable doubt* del *quid pro quo*. La respuesta del ordenamiento jurídico español es el cohecho en consideración a la función y, por ende, ¡una pena de prisión de seis meses a un año! Y, si nos trasladamos a las campañas electorales, la nula selectividad del artículo 146.1 a) LOREG iguala el tratamiento del Alcalde de un diminuto pueblo que promete puentecillos a cambio de votos, al que le corresponde al Presidente de una Comunidad Autónoma que extorsiona empleos ficticios para familiares. Y, en toda esta apoteosis punitiva, no hay rastros de resoluciones judiciales que se ocupen de la concesión de ministerios a diputados o a miembros de partidos políticos con la finalidad de conseguir votos que soporten al gobierno o de indultos o (lo que es peor) reformas del Código penal a cambio de un voto favorable a la ley de presupuestos (cuya prueba *beyond any reasonable doubt* está en el telediario de todos los días). Y no tanto porque sean atípicas: el atrapa-todo artículo 422 ciertamente podría traerse a colación porque es prácticamente incompatible con la idea de atipicidad. *De lege lata*, la búsqueda dogmática de la razón que justifica la impunidad (llámese riesgo permitido, adecuación social, o ejercicio legítimo de un

193 En este sentido, la STS 1125/2007, de 12 de diciembre, Ponente Excmo. Sr. Siro Francisco García Pérez (ECLI:ES:TS:2007:8991). Véase también, STJ Madrid 192/2021, de 8 de junio, Ponente Ilma Sr. Dña María Ángeles Barreiro Avellaneda (ECLI:ES:TSJM:2021:6178) aunque aquí la agravación parece apoyarse en otros argumentos.

194 En la jurisprudencia española, véase, en este sentido, la STS 552/2015, de 23 de septiembre, Ponente, Excmo. Perfecto Agustín Andrés Ibañez (ECLI:ES:TS:2015:4123) que, suscribiendo la condena por cohecho de facilitación en un caso en que no había sido posible probar un cohecho propio (refiriéndose al antiguo artículo 426 antes de la intervención reformadora de 2010), afirma que «lo cierto es que el precepto del art. 426 Código penal no deja margen al juego de esas reglas de flexibilización tantas veces invocadas: no hay dádiva o regalo ofrecidos en atención al cargo o función desprovista de carácter típico».

195 Sobre problemática diferenciación de ambos conceptos, véase VILLORIA MENDIETA, M.: *La corrupción política*, Síntesis, Madrid, 2006, págs. 69 a 71.

196 Es el problema que señala la doctrina italiana frente al nuevo tipo de cohecho de facilitación. Como veremos en seguida, no obstante, en España, el cohecho de facilitación, desde un punto de vista penológico, parece pensado solo para supuestos menores (lo que denota, una vez más, la falta de reflexión del legislador que no ha previsto que uno de los reinos de aplicación de este supuesto, *de lege lata*, es precisamente la política a sus más altos niveles: es precisamente ahí en donde se torna más difícil demostrar el *quid pro quo*).

cargo) no solo es altamente discutible¹⁹⁷, sino que oculta el problema político-criminal que se sitúa a monte de la misma: ¿es corrupción o democracia? Si optamos por la segunda alternativa: ¿por qué entonces el alcalde que promete un puente a una vecina de un pequeñísimo pueblo es un corruptor? Y si nos decantamos por la primera: ¿Por qué la Fiscalía del Tribunal Supremo no se moviliza a diario al recibir constantes noticias (*criminis*) del telediaro que anuncia deplorables intercambios entre gobiernos y partidos que defienden intereses particulares? ¿Dónde está el límite?

El somero análisis realizado en este trabajo no es suficiente para plantear definitivas y categóricas soluciones, ni siquiera si limitadas al derecho penal: está un juego la propia idea de Estado, de Democracia y de Derecho¹⁹⁸. Pero es que probablemente la respuesta a las preguntas (también aquí) planteadas no sea tarea encomendable al (solo estudioso del) Derecho penal¹⁹⁹. Como se ha observado «el Derecho penal, a la vista de su función específica, ciertamente no tiende, en primer lugar, a disciplinar las reglas del juego político ni a delinear modelos organizadores ni a señalar valores

sustanciales (...): tiende, más bien, a prevenir acciones consideradas dañosas para la sociedad que se mueve en el cuadro de la Constitución»²⁰⁰.

Así las cosas, parece fundamental la ayuda de la legislación extrapenal que está llamada a señalar los intercambios que no sólo han de resultar lícitos, sino que incluso resultan inherentes a la propia idea de democracia (*lobbying* y financiación de partidos políticos son solo dos ejemplos posibles) y a qué condiciones²⁰¹. En nuestro sistema de *civil law*, el Derecho penal seguramente debe tomar nota de ello. Así, en mi opinión, en primer lugar, sería deseable que el legislador penal resolviera explícitamente el posible contraste entre intercambios (o, más en general, beneficios correspondidos a funcionarios públicos) penalmente sancionables e intercambios que el ordenamiento jurídico considera lícitos, desplazando al más flexible terreno extrapenal la complejidad de la cuestión democrática²⁰². Siguiendo ejemplos procedentes del Derecho comparado²⁰³ y de los principales instrumentos jurídicos internacionales en la materia²⁰⁴, me parece sin duda deseable que, en el cohecho impropio y de facilitación (arts. 420, 422 y

197 Se remite al brillante estudio ya citado en este trabajo de GÓMEZ RIVERO, C.: «Derecho penal...», cit., *passim* pero, sobre todo, págs. 293 y sgts. Además, parece poderse parafrasear a DANLEY, J.: «Toward...», cit., págs. 31 y sgts. y plantear a los que defienden la utilización de la adecuación social en materia de corrupción el desafío que supone el supuesto de cohecho transnacional o internacional.

198 Como se ha afirmado, las consideraciones en torno a la necesidad de configurar de una vez por todas cuándo y cómo es abstractamente legítimo incidir en un proceso legislativo o sobre una decisión «política» son «interrogantes cruciales en época de crisis de la democracia representativa, de fuerte diferenciación de los intereses colectivos en una sociedad cada vez más compleja, en la que el límite público/privado tiene a empañarse. Dichas dinámicas, en efecto, terminan por exaltar el rol de los así llamados grupos de presión o de los portadores de intereses privados; de tal manera que el punto de equilibrio razonable no puede ser encontrado en una criminalización total» (en estos términos, MONGILLO, V.: «La legge 'spazzacorrotti': ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione», en *Diritto penale contemporaneo*, 2019, pág. 298 cuya opinión se comparte a pacto de entender que la fijación de estos «límites» le compete en exclusiva al legislador).

199 Véanse las sugerentes consideraciones de GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: «Política y delito», en *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, 2019, pág. 43.

200 Así literalmente FIANDACA, G.: «Il 'bene giuridico' come problema teorico e come criterio di politica criminale», en *Rivista italiana di Diritto e Procedura penale*, 1982, pág. 59.

201 Véase ISSACHAROFF, S.: «On political...», cit., *passim* quien, una vez puesto el acento sobre la necesidad de poner en el punto de mira la corrupción clientelar (como opuesto a la *quid pro quo corruption*), vista como acaparamiento de las decisiones públicas por parte de intereses particulares diversos de los generales, aboga por remedios que pivotan sobre incentivos extrapenales que incidan en la recaudación de la financiación por parte de los políticos que la necesitan.

202 A este respecto, no me convencen aquellas posturas que deducen la inaplicabilidad de la disciplina de cohecho (y/o del tráfico de influencias) a los parlamentarios (o, si se prefiere, la inoperatividad del deber de no tolerar influencias externas que se sustenten en una dádiva, presente u ofrecimiento) de la imposibilidad de distinguir entre sobornos reprochables e influencias, dádivas o presentes, *de iure condito*, legítimos (v.gr. financiación de los partidos políticos) o bien políticamente aceptables (la referencia va a los así llamados, grupos de presión, de interés o que realizan actividad de *lobbying*).

203 El artículo 318 del Código penal italiano se apresura a especificar que no toda dádiva, presente, ofrecimiento o promesa relacionada con la realización de un acto del cargo (o por el ejercicio de la función) ha de considerarse penalmente relevante, sino que requiere expresamente que la misma se reciba (o se acepte su promesa) «indebidamente», es decir, fuera de los supuestos en los que la misma está permitida. Sobre esta cuestión, se remite, entre muchos, a: COMPAGNA, F.: «La corruzione del parlamentare: un archetipo costituzionalmente improprio», en *Diritto penale contemporaneo*, 2016, pág. 13; LEOTTA, C. D.: «La corruzione», cit.: págs. 233 a 235. Para la necesidad de que «la relación entre la posición de deber y la ventaja sea indebida», véase, con carácter general, también KINDHÄUSER, U.: «Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán», en *Política Criminal*, 2007, n. 3, págs. 6 y sgts.; PAGLIARO, A. Y PARODI GIUSINO, M.: *Principi...* cit.: pág. 216.

204 Así, por ejemplo, el artículo 15 de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, los artículos 2 y 3 del Convenio penal sobre la corrupción del Consejo de Europa. No, en cambio, la Directiva UE 2017/1731 sobre la lucha contra el fraude que afecta

424)²⁰⁵, en el tráfico de influencias y en el delito electoral del artículo 146.1, se (re)introduzca una cláusula expresa que excluya de la relevancia penal los comportamientos expresamente declarados lícitos o que limite la aplicación de la norma a aquellos expresamente declarados ilícitos por la normativa extrapenal: un adverbio («indebidamente») podría ser suficiente²⁰⁶.

Dicho ello, si la regulación penal del *lobbying* y de la financiación de la política pueden encontrar cierto apoyo en la regulación extrapenal ya vigente o de próxima aprobación, quedaría pendiente la cuestión del «*political logroll*» y del cohecho de facilitación.

Respecto de la necesidad de excluir de la ecuación «política» al segundo, me limito a expresar ciertas dudas. Pero lo hago remitiendo a otros lugares²⁰⁷ en los que ya he dicho que, de acuerdo con la mayoría de la doctrina, es la entera idea de cohecho de facilitación que ha de ser replanteada: sustituir «en consideración a la función» con «para ejercer la función» (manteniendo la idea de *quid pro quo* si bien referida no a un acto concreto, sino a la entera función), exigir para la intervención del Derecho penal cierta repetición en el tiempo de la remuneración, excluir regalos o dádivas que, por su cantidad, resultan ciertamente inidóneos para incidir en el proceso de decisión del receptor etc. son algunas de las ideas más recurrentes que me parecen

deberse compartir para plantear una reforma del artículo 422 del Código penal español. Así reconfigurado el tipo penal, las razones para excluir de su espectro de aplicación a la política ya me parecen menos irrefutables: un empresario con intereses definidos (por ejemplo relacionados con la competencia de las comisiones de las que es miembro el beneficiario) que indebidamente concede mensualmente beneficios a un diputado sin pedirle a cambio la emisión de un voto concreto en un asunto concreto, sino con la esperanza genérica de que el legislador actúe fuera y dentro de la institución para favorecer sus intereses, no me parece que tenga un desvalor inferior (al contrario) al mismo supuesto en el que el mismo empresario, a cambio de una prebenda, pide un voto concreto en un asunto determinado al mismo diputado.

Más complejo me parece el asunto de la acotación de la «ventaja política» que, a cambio del acto político, podría permanecer penalmente irrelevante. Con carácter provisional (consciente de que el estudio precisa ser ampliado), la solución alemana (que, aparte de la ventaja que «se encuentra en consonancia con las disposiciones relevantes en relación a la condición jurídica de miembro» del órgano representativo, no considera ventaja injustificada «un mandato político o una función política») resulta ciertamente sugerente,

a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal que, sin embargo, a pesar de cierta imprecisión, parece centrarse tan solo en supuestos de cohecho propio, ya que se requiere que la actuación objeto del acuerdo «perjudique o pueda perjudicar los intereses financieros de la Unión». Para una crítica a la tipificación penal de la corrupción que prescindiera de la mención de la naturaleza «indebida» de la prestación del *extraneus*, véase KINDHÄUSER, U.: «Presupuestos...», cit.: pág. 7 quien aclara que «un tipo penal que criminaliza un comportamiento corruptivo debe, por tanto, considerar en su formulación la contrariedad de intereses de la vinculación del poder de decisión con la ventaja» (que, como aclara el autor, no debe confundirse con la naturaleza antijurídica ni de la decisión ni de la propia ventaja en sí).

205 *Nulla quaestio* en materia de corrupción propia: está fuera de discusión que, influir en alguien para que haga algo ilícito, con independencia de los parámetros a tenor de los cuales haya que determinarse dicha ilicitud, es merecedor de reproche por parte del ordenamiento y no puede considerarse ni avalado por la normativa vigente ni socialmente aceptado ni aceptable.

206 Ciertamente, podría objetarse que ya *de iure condito* es posible excluir la relevancia penal de la financiación «legal» de los partidos políticos, del *lobbying* ejercido legalmente o incluso del *political logroll*... la adecuación social, el riesgo permitido, el principio de insignificancia, la unidad del ordenamiento jurídico e incluso el artículo el art. 20 7ª podrían traerse a colación. Ahora bien, en primer lugar, sobre las dificultades que entraña la utilización de categorías como la adecuación social y la insignificancia (especialmente en supuestos de cohecho relacionados con la actividad «política»), se suscriben aquí las consideraciones de MORILLAS CUEVA, L.: «Delito...», cit., págs. 758 a 762: en mi opinión, detrás de la utilización de parámetros como la irrelevancia del riesgo o la adecuación social se oculta siempre el peligro de que el intérprete se sustituya al legislador que no debería abdicar de su tarea de acotar de la forma más clara posible los límites de lo penalmente relevante. De hecho, la cuestión relativa al carácter indebido de la contribución (o influencia) del político entronca con la elección (ni más ni menos) de un determinado funcionamiento del sistema democrático que ha de tomar expresamente el legislador. Que sean democráticamente viables distintas soluciones, lo demuestran los estudios comparados en materia de lobby (puede remitirse a la obra colectiva GIAVAZZI, S.; MONGILLO, V.; PETRILLO, P.G.: *Lobbying e traffico di influenze illecite. Regolamentazione amministrativa e tutela penale*, Giappichelli, Torino, 2019, y, en particular, a PETRILLO, P. L.: «Gruppi di pressione e processi decisionali. Modelli comparati di regolazione del lobbying», en la misma obra, págs. 41 y sgts.). Por ello, no me parece que puedan aquí trasladarse las consideraciones que, en materia de cohecho de facilitación realiza GÓMEZ RIVERO, C.: «Derecho penal...», cit., pág. 300 (favorable a la aplicación judicial de criterios interpretativos flexibles deducidos de (discutidos) principios generales del ordenamiento jurídico penal): en primer lugar, porque, a diferencia de lo que acontece con cuestiones como la idoneidad del regalo para alterar significativamente el proceso de toma de decisión (que es lo que analiza la autora), aquí, se trata ni más ni menos que de configurar una «*democratic theory*»: y, como se ha observado, decidir acerca del «rol del dinero» y de las influencias externas en la política «*addresses foundational questions about the form of our democracy*» cuya configuración, incluso la doctrina de los Estados Unidos, se propone dejar rigurosamente en manos del legislador (HELLMAN, D.: «Defining...», cit., págs. 1417 a 1418).

207 Perdónese la remisión a CERINA, G. D. M.: *El bien*...cit., pág. 357.

teniendo en cuenta que, a su posible adopción, no podría sobrevivir (sin un profundo maquillaje) el actual delito electoral del art. 146.1 a) de la LOREG (del que habría que eliminar el verbo «solicitar» convirtiéndolo así en concusión).

Frente a quien objetara que, así procediendo, se termina otorgando un trato de favor al poderoso político, aparte de recordar la solución alemana (creación de un tipo de corrupción política *ad hoc* que solo considera la comercialización del acto del cargo, pero con penas significativamente más elevadas que la «normal» corrupción impropia y de facilitación), podría traerse a colación el ejemplo italiano: ahí, el legislador ha configurado un tipo penal básico de cohecho que abarca al cohecho impropio y de facilitación y ha salido al paso de la cuestión que ahora se plantea proponiendo un espectro sancionador especialmente amplio (de tres a ocho años), lo que, por otra parte, ha encontrado las críticas casi unánimes de la doctrina²⁰⁸.

En cualquier caso, lo que es desde luego inaceptable es el asimétrico tratamiento del intercambio de favores políticos (cargos a cambio de votos) que la jurisprudencia española ha ido configurando sancionando con un notable rigor supuestos relativamente «menores» que han interesado (la mayoría de las veces) a alcaldes de pequeñas localidades o, como mucho, a Presidentes Autonómicos (en asuntos políticamente poco relevantes): si la única fórmula que la doctrina puede proponer para deslindar lo penalmente relevante de lo que es delito punible es la adecuación social o el riesgo permitido, a la vista está que la flexibilidad de estos criterios se ha terminado plasmando aquí en un Derecho penal que se interesa de lo irrelevante, dejando lo relevante para la (lamentablemente cada vez menor) indignación de los ciudadanos. Reclamar una toma de postura clara del legislador, no es solo cuestión dogmática (que pivota sobre principio de estricta legalidad que no debería derogarse tan alegremente en vía interpretativa), sino sobre todo políticocriminal.

Ciertamente, la ausencia, en este ámbito, de una respuesta de un legislador tan propenso a meter mano al Código penal, tiene probablemente mucho que ver con la conocida anécdota del zorro y el gallinero: como advierte la *Supreme Court of Justice*, los «legisladores» son precisamente aquellos gobernantes (o miembros

del poder legislativo) que deberían aclarar los límites de la relevancia penal de parte de su oficio: para ello, no es difícil imaginarse que se encuentran entre la espada (la sensibilidad ciudadana por ellos mismos fomentada) y la pared (su *everyday business*)²⁰⁹.

Como observación final y para restar algo de dramatismo a la cuestión inherente sobre todo a una posible retracción del espectro de lo penalmente relevante, es oportuno recordar que, en asuntos de corrupción política, en una democracia en salud, el derecho penal está llamado a desempeñar una función periférica... *de ultima ratio*. Si bien deben rechazarse con cierta contundencia ciertos intentos de reconfigurar ámbitos (malentendidos como) democráticos sustraídos a la vigencia del derecho (incluso penal), también debe, una vez más, reiterarse que pretender «moralizar» la política utilizando el derecho penal es tarea destinada al fracaso. Más prometedor parece el camino que aboga para un redescubrimiento de una responsabilidad política efectiva, basada en la transparencia de una información finalmente accesible²¹⁰: como se ha observado, en ese terreno, no existen tecnicismos probatorios y, más que la culpabilidad, es la inocencia que ha de ser demostrada más allá de toda duda razonable²¹¹; las reglas son mucho más exigentes que las que atañen al «control extrínseco y puntual, correctivo, penal» cuya sobrevaloración (por parte de los propios políticos) no es sino un truco para dejar «todo lo no prohibido» y condenado²¹² «en el apartado de lo moralmente irrelevante»²¹³. Por mucho que a alguno le duela reconocerlo, solo en ese terreno (el de la responsabilidad política) se puede ganar la *fight*.

Como, a fin de cuentas, se trata de democracia, convendría recordar que el camino inverso que pretende un protagonismo espurio del derecho penal parece haber hecho olvidar que «lo que va en contra de la política no es (sólo) la inmoralidad sino la mala política» y ha fomentado que se piense que «la ética política se agota en impedir la delincuencia de los políticos. Lo que llamamos corrupción no es más que un género de delitos ejercidos por un personaje público; no cometerlos no garantiza estar a la altura de una verdadera cultura política. La actual pérdida de credibilidad de los políticos corresponde menos a la corrupción que atenta contra las reglas de la moral privada que a la vetustez

208 Sobre esta cuestión, permótese la remisión a CERINA, G. D. M.: El bien...cit., págs. 106 y sgts.

209 Ciertamente sugerentes las consideraciones de BRIFFAULT, R.: «On dejudicializing...», págs. 925 a 926 quien sustancialmente observa que, cuando restringen su ámbito de actuación, los partidos políticos lo hacen por intereses relacionados con la propia contienda política (por ejemplo porque, así procediendo, consiguen debilitar a los partidos rivales).

210 Aunque deben tenerse presentes los límites de una lucha contra la corrupción que pretenda fundarse sobre la transparencia (véase ROWBOTTOM, J.: «Corruption...», págs. 407 y sgts).

211 Véase BUSTOS GISBERT, R.: «Corrupción...», cit., pág. 86.

212 Añadiría yo.

213 INNERARITY, D.: La política...cit., pág. 247.

de los usos políticos en unos escenarios que están determinados por tareas históricas nuevas. El problema no es la carencia de virtudes, sino el saber escaso, la pobre iniciativa e imaginación, la indecisión y la rutina, la falta de conciencia de las nuevas responsabilidades que llevan consigo los cambios sociales y políticos»²¹⁴.

VIII. Bibliografía

- BENUSSI, C.: *Diritto penale della pubblica amministrazione*, CEDAM, Padova, 2016
- BLANCO CORDERO, I.: «Regalos y corrupción: sobre la punibilidad de las invitaciones a empleados públicos para asistir a espectáculos y otros eventos», en *La Ley Penal*, n. 113.
- BLANCO CORDERO, I.: «Armonización en la UE de los delitos de corrupción. El caso de España», en DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.; PÉREZ MACHÍO, A. I.; UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J. I. (DIRS.): *Armonización penal en Europa*, Instituto Vasco de Administración Pública, 2013, pág. 152 a 204.
- BRIFFAULT, R.: «On dejudicializing American campaign finance law», en *Georgia State University Law Review*, vol. 27, n. 4, 2011, págs. 887 a 933.
- BRICOLA, F.: «Tutela penale della pubblica amministrazione e principi costituzionali», en *Studi in onore di Francesco Santoro-Passarelli*, Jovene, Napoli, 1972, vol VI, págs. 121 y 150.
- BUSTOS GISBERT, R.: «Corrupción política: un análisis desde la teoría y la realidad constitucional», en *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 25, 2010, págs. 69 a 109.
- CAIN, B. E.: «Moralism and Realism in Campaign Finance Reform», en *University of Chicago Legal Forum*, 1995, págs. 111 a 140.
- CANO PAÑOS, M.: «Corrupción en tiempos de COVID19. Un análisis de derecho comparado a partir del denominado «Maskenaffäre» en Alemania», en *Cuadernos de Política Criminal*, 2021, págs. 135 a 170
- CANO PAÑOS, M.: «La financiación ilegal de partidos políticos en Alemania. Elementos de interés para la actual regulación española», en *Cuadernos de Política Criminal*, 2019, págs. 205 a 247.
- CASTRO CUENCA, C. G.: *Corrupción y delitos contra la Administración Pública*, Universidad del Rosario, Bogotá, D.C., 2009.
- CERINA, G. D. M.: «¿Prevenir es mejor que curar? Técnica legislativa y política criminal italiana y española en el camino hacia una sanción penal ejemplar y total de la corrupción pública», en RODRÍGUEZ GARCÍA, N. Y RODRÍGUEZ LÓPEZ, F. (EDS.): *Compliance y justicia colaborativa en la prevención la corrupción*, Tirant Lo Blanch, 2020, págs. 171 y sgts.
- CERINA, G. D. M.: «Problemas de técnica legislativa en la tipificación del delito de cohecho en el Código penal español», en *Revista General de Derecho Penal*, n. 33, 2020.
- CERINA, G. D. M.: *El bien jurídico protegido en el delito de cohecho*, Tirant Lo Blanch, 2022.
- CERINA, G. D. M.: *La insoportable levedad del concepto de corrupción*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020.
- CHIBELLI, A.: «Al vaglio della Cassazione (per la prima volta) la figura della corruzione del parlamentare», en *Diritto Penale Contemporaneo*, 10/2017.
- CINGARI, F.: «Sull'ennesima riforma del sistema penale anticorruzione», en *La legislazione penale*, 2019, págs. 1 a 26.
- COLOMER BEA, D.: «La tutela penal de las funciones públicas y los delitos de desobediencia», en *Revista General de Derecho Penal*, n. 35, 2021
- COMPAGNA, F.: «La corruzione del parlamentare: un archetipo costituzionalmente improprio», en *Diritto penale contemporaneo*, 2016.
- CRUZ BLANCA, M. J.: «La corrupción pública en la actividad electoral. Delitos que integran la corrupción pública electoral versus delitos cometidos por particulares contra la actividad pública electoral», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 20-23, 2018.
- DAHL, R. H.: *A Preface to Democratic Theory*, University of Chicago Press, Chicago, 1959.
- DE LA MATA BARRANCO, N. J.: «El bien jurídico protegido en el delito de cohecho», en *Revista de derecho penal y criminología*, 2ª época, n. 17, 2006, págs. 81 a 112.
- DE LA MATA BARRANCO, N. J.: *La respuesta a la corrupción pública. Tratamiento penal de la conducta de los particulares que contribuyen a ella*, Comares, Granada, 2004.
- DE LA MATA BARRANCO, N. J.: *Derecho penal europeo y legislación española: las reformas del Código penal (Actualizado a l reforma penal de 2015)*, Tirant Lo Blanch, 2015.
- DOLCINI, E.: «La legge 190/2012. Contesto, linee di intervento, spunti critici», en *Diritto penale contemporaneo*, 2013, 3.

214 INNERARITY, D.: La política...cit., pág. 246.

- DANLEY, J.: «Toward a theory of bribery», en *Business & Professional Ethic Journal*, 1983, págs. 19 a 39.
- DWORKIN, R.: «A devastating decision», en *The New Yorker* 25 de febrero de 2010.
- DWORKIN, R.: *Justicia para erizos*, Fondo de Cultura económica, 2014.
- FIANDACA, G. Y MUSCO, E.: *Diritto penale, parte speciale*, Zanichelli, Bologna, 2012 (incluye *addenda* sobre la reforma de 2012).
- FIANDACA, G.: «Il ‘bene giuridico’ come problema teorico e come criterio di politica criminale», en *Rivista italiana di Diritto e Procedura penale*, 1982, págs. 42 a 81.
- FIGIELLA, A. Y MASSI, S.: *Opportunismo del privato e malaffare nella pubblica amministrazione. Un dibattito sulle figure del concusso, dell’indotto punibile e del corruttore*, Giappichelli, Torino, 2016.
- GAMBETTA, D.: «Corruption: an analytical method», en KOTIN, S. y SAJÓ, A. (EDTS.): *Political corruption in transition: a skeptic’s handbook*, CEU Press, New York, 2002.
- GARCÍA ARROYO, C.: *Los delitos de cohecho antecedente*, Thomson Reuters, 2021.
- GIAVAZZI, S.; MONGILLO, V.; PETRILLO, P.G.: *Lobbying e traffico di influenze illecite. Regolamentazione amministrativa e tutela penale*, Giappichelli, Torino, 2019.
- GILBERT, M.: «Contributions and corruption: restoring aggregate limits in the States», en *Democracy by the people*, 2018, págs. 328 a 343.
- GILBERT, M. Y BARNES, B.: «The coordination fallacy», en *Florida Stat University Law Review*, vol. 43, n. 2, 2016, págs. 399 a 426.
- GÓMEZ RIVERO, C.: «Derecho penal y corrupción: acerca de los límites de lo injusto y lo permitido», en *Estudios penales y Criminológicos*, 2017, págs. 249 a 306.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: «Política y delito», en *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, 2019, págs. 18 a 47.
- GOLD, I. B.: «Explicit, express and everything in between: the quid pro quo requirement for bribery and Hobbs Act prosecutions in the 2000s», en *Washington University Journal of Law and Politics*, 2011, vol. 36, n. 1, págs. 264 y sgts.
- GREEN, S. P.: «What’s wrong with bribery», en DUFF, R. A.; GREEN, S. P. (EDS.): *Defining crimes: essays on the criminal law’s special part*, Oxford University Press, 2005, pág. 143 a 167.
- HELLMAN, D.: «A theory of bribery», en *Cardozo Law Review*, vol. 38, n. 6, págs. 1947 a 1992.
- HELLMAN, D.: «Defining Corruption and Constitutionalizing Democracy», en *Michigan Law Review*, 2013, V. 111, n. 8, págs. 1384 a 1422.
- INNERARITY, D.: *La política en los tiempos de indignación*, Galaxia Gutenberg, 2015.
- ISSACHAROFF, S.: «On political corruption», en *The Harvard Law Review Association*, n. 1, noviembre 2010, págs. 118 a 142.
- JAVATO MARTÍN, A. M.: *El delito de atentado. Modelos legislativos. Estudio histórico dogmático y de derecho comparado*, Comares, Granada, 2005.
- KANG, M. S.: «The brave new world of party campaign finance law», en *Cornell Law Review*, n. 3, 2016, págs. 531 a 608.
- KINDHÄUSER, U.: «Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán», en *Política Criminal*, 2007, n. 3.
- LEOTTA, C. D.: «La corruzione», en ROMANO, B. Y MIRANDOLA, A.: *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, UTET, Torino, 2020, págs. 192 a 293 (consultado en su versión ebook).
- LIPPERT-RASMUSSEN, K.: «Vote buying and election promises: should democrats care about the difference?» en *Journal of Political Philosophy*, enero 2010.
- LOWENSTEIN, D. H.: «Campaign contributions and corruption: comments on Strauss and Cain», en *University of Chicago Legal Forum*, 1995, n. 1, págs. 163 a 192.
- LOWENSTEIN, D. H.: «When is campaign contribution a Bribe?» en KLEINIG, J. (ED.): *Private and public corruption*, Rowman & Littlefield, 2004, págs. 127 y sgts.
- MANSO PORTO, T.: «Corrupción y “compraventa” del voto de los diputados y demás mandatarios políticos a la luz del Derecho penal español y alemán», en PUENTE ABA, L. M. (DIR.): *Doctrina y análisis de casos. La intervención penal en supuestos de fraude y corrupción*, Bosch, 2015, págs. 381 y sgts.
- MAZA MARTÍN, J. M.: *Delincuencia electoral y responsabilidad penal de los partidos políticos, 2017*, (Tesis Doctoral disponible en este momento en el enlace web <https://repositorio.uam.es/handle/10486/680327>).
- MILLS, D. Y WEISBERG, R.: «Corrupting the harm requirement in white collar crime», en *Stanford Law Review*, 2008, vol. 60, n. 5, págs. 1371 y sgts.
- MONGILLO, V.: «La legge ‘spazzacorrotti’: ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell’anticorruzione», en *Diritto penale contemporaneo*, 2019.

- MORILLAS CUEVA, L.: «Delito de cohecho electoral», en *Liber amicorum: estudios jurídicos en homenaje al profesor doctor Juan María Terradillos Basoco*, Tirant Lo Blanch, 2018.
- MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal. Parte especial*. Tirant lo Blanch, 2022.
- MUÑOZ CUESTA, J. Y MARTÍ CRUCHAGA, V.: «Delitos electorales», en *Diario La Ley*, n. 6687, de 12/03/2018.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: «El delito de prevaricación de los funcionarios públicos», en *Diario La Ley*, 1996, consultado en versión electrónica.
- QVTCHINNIKOV, A. V. Y VALTA, P.: «Self-funding of Political Campaigns», en *HEC Paris Research Paper No FIN-2016-1165*
- PAGLIARO A. Y PARODI GIUSINO, M.: *Principi di Diritto penale. Parte Speciale. Vol. I: Delitti contro la pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 2008.
- POLAINO NAVARRETE, M., “Cohecho” en COBO DEL ROSAL, M. (DIR.), *Curso de Derecho Penal Español, Parte Especial, vol. II.*, Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 370 y sgts.
- QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: *Derecho penal español. Parte especial*, Tirant Lo Blanch, 2015.
- RIQUELME PORTILLA, E.: *El cohecho del parlamentario*, Aranzadi, 2019
- ROCA AGAPITO, L.: «Concepto de autoridad y de funcionario público a efectos penales», en *Revista Derecho y Proceso Penal*, 2013.
- RODRÍGUEZ PUERTA, M. J.: *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, Aranzadi, Pamplona, 1999.
- ROXIN, C.: *Derecho penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Civitas, Madrid, 1997.
- ROWBOTTOM, J.: «Corruption, transparency, and reputation: the role of publicity in regulating political donations», en *The Cambridge Law Journal*, vol. 75, n. 2, 2016, págs. 398 a 425.
- STRAUSS, D. A.: «What is the goal of Campaign Finance Reform», en *Chicago Unbound*, 1995, págs. 141 a 161.
- UBIALI, C.: «In tema di corruzione del parlamentare (note a margini del caso Berlusconi-De Gregorio)», en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2018, vol. 61, n. 4, págs. 2296 a 2324.
- UBIALI, C.: *Attività politica e corruzione*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2020.
- VALEIJE ÁLVAREZ, I.: «El transfuguismo bajo una perspectiva penal», en COLLANTES, J. L. (DIR.): *Temas actuales del Derecho penal. Desafíos del Derecho Penal Contemporáneo*, Trujillo (Perú), 2004, págs. 615 a 651.
- VILLORIA MENDIETA, M.: *La corrupción política*, Síntesis, Madrid, 2006.
- VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F.: «Admisión de regalos y corrupción pública. consideraciones políticocriminales sobre el llamado «cohecho de facilitación (art. 422 cp)», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª época, n. 6, 2011, págs. 151 y sgts.
- VIZUETA FERNÁNDEZ, J.: «Tratamiento penal del transfuguismo político retribuido (comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2000)», en *Revista de Derecho penal y criminología*, 2004, n. 14.
- VIZUETA FERNÁNDEZ, J.: *Delitos contra la administración pública: estudio crítico del delito de cohecho*, Comares, Granada, 2003.
- WEISSMAN, E. A.: «McCormick v. United States: the quid pro quo requirement in Hobbs Act Extortion under color of official right», en *Catholic University Law Review*, vol. 43, n. 2, 1993, págs. 439 y sgts.
- Welzel, H.: *Derecho Penal. Parte General*. Roque Depalma Editor, Buenos Aires, 1956.

1. REVISTA PENAL publica artículos que deben ser el resultado de una investigación científica original sobre temas relacionados con las ciencias penales en sentido amplio; ello incluye investigaciones sobre la parte general y la parte especial del Derecho Penal, el proceso penal, la política criminal y otros aspectos afines a estas disciplinas que preferentemente puedan ser extrapolables a otros países. Los artículos no deben haber sido publicados con anterioridad en otra revista.
2. Los trabajos deben enviarse por correo electrónico en formato Microsoft Word (o en su defecto, en formato *.txt) a la dirección: jcferreolive@gmail.com
3. La primera página del documento incluirá el título del trabajo en castellano y en inglés, el nombre completo del autor o los autores, su adscripción institucional y su correo electrónico, el sumario, un resumen analítico en castellano y en inglés (de unas 100 palabras aproximadamente) y palabras clave en castellano y en inglés (entre 2 y 5 palabras)
4. Los autores deberán elaborar las referencias bibliográficas conforme a las normas ISO 690.
5. Los trabajos se someterán a la evaluación de al menos dos árbitros externos siguiendo el sistema de evaluación doble ciego. Los autores recibirán información del eventual rechazo de sus trabajos, de las reformas requeridas para la aceptación definitiva o de dicha aceptación. Los originales aceptados se publicarán en el primer volumen con disponibilidad de páginas.
6. Es condición para la publicación que el autor o autores ceda(n) a la Revista, en exclusiva, los derechos de reproducción. Si se producen peticiones del autor o de terceros para reproducir o traducir artículos o partes de los mismos, la decisión corresponderá al Consejo de Redacción. Se deberá indicar que el artículo ha sido publicado previamente en el correspondiente número de Revista Penal.

Apuesta por Tirant Online, la base de datos jurídica de la editorial más prestigiosa de España.*




www.tirantonline.com


Suscríbete a nuestro servicio de base de datos jurídica y tendrás acceso a todos los documentos de Legislación, Doctrina, Jurisprudencia, Formularios, Esquemas, Consultas o Voces, y a muchas herramientas útiles para el jurista:

- * Biblioteca Virtual
- * Herramientas Salariales
- * Calculadoras de tasas y pensiones
- * Tirant TV
- * Personalización
- * Foros y Consultoría
- * Revistas Jurídicas
- * Gestión de despachos
- * Biblioteca GPS
- * Ayudas y subvenciones
- * Novedades

* Según ranking del CSIC

 96 369 17 28

 atencionalcliente@tirantonline.com

 96 369 41 51

 www.tirantonline.com