

Política sobre regalos y corrupción*

Gift policy and corruption

Jorge Francisco Malem Seña**

RESUMEN

Ofrecer regalos y propinas a los funcionarios públicos está prohibido. En este trabajo se examinan las razones subyacentes que justifican esta prohibición.

PALABRAS CLAVE

Regalos, Propinas, Soborno, Corrupción, Derecho Penal

ABSTRACT

Giving gifts to public officials is prohibited. In this work, the underlying reasons for this prohibition are discussed.

KEYWORDS

Gifts, Tips, Bribes, Corruption, Criminal Law

*Artículo de investigación

** Profesor jubilado de la Facultad de Derecho de la Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, España (jorge.malem@upf.edu). <https://orcid.org/0000-0002-7586-7384>.

SUMARIO

1. Introducción
2. Regalos, propinas y sobornos
3. Política sobre regalos. Prevención y represión
4. Conclusiones
5. Referencias bibliográficas

1. INTRODUCCIÓN

Ofrecer o dar un regalo y aceptar, recibir o rechazarlo ha sido común a lo largo del tiempo en muchas sociedades, incluso entre aquellas que mantienen grandes diferencias. En ese sentido, las prácticas sociales vinculadas al regalo no son solo actuales y realizadas únicamente en el mundo occidental, sino que son antiguas y se han llevado a cabo de distintas maneras a lo largo de todo el planeta. Por ello, se ha llegado a decir que la acción de regalar es universal.

Resulta evidente, por otra parte, que los regalos no se han hecho con significaciones, objetivos e intenciones similares en todos los tiempos y lugares. Cuáles son las ocasiones temporales, espaciales o sociales para dar o recibir un obsequio de un modo adecuado constituye una cuestión empírica que varía según las sociedades y épocas. Esto agrega un interés al análisis de lo que se ha llamado: la política sobre regalos.

De hecho, la entrega de regalos constituye una praxis colectiva que, según Syed Alatas, puede tener por objeto establecer buenas relaciones personales e institucionales, ser una muestra de prestigio personal, satisfacer determinadas exigencias motivadas por creencias religiosas o expresar comportamientos simbólicos¹. Se puede hacer un regalo por una multiplicidad de motivos, razones o fines.

En lo que sigue, formularé un concepto de regalo y mostraré sus semejanzas y diferencias con las propinas y otros beneficios para señalar, después, las razones para prohibir la entrega de regalos, propinas u otros beneficios a los funcionarios públicos y, en su caso, a determinados agentes privados.

Concepto de regalo

Un regalo es la dación de un bien a otra persona sin exigir nada a cambio. Y esto con independencia del valor de lo que se entrega. Una dádiva es lo que se da gratuitamente, una liberalidad; y, en ese sentido, no hay una diferencia conceptual entre un regalo y una dádiva². En lengua castellana, sin embargo, históricamente se utilizó el plural *dádivas* como sinónimo de sobornos³. No analizaré aquí esta última cuestión.

¹ Alatas, Syed, *Corruption: Its natures, Causes and Functions*, Avebury: Gower Pub. Ltd., 1990, p. 97.

² En España, el empleo, de forma alternativa, de los términos dádiva y regalo procede de la Ley Orgánica 9/1991, de 22 de marzo. Utilizaré ambas expresiones como sinónimos.

³ Andújar, Francisco, "Del regalo al soborno. A propósito de los regalos enviados por los virreyes de Indias a la Corte". En *Pasados y presente*. Estudios para el profesor Ricardo García Cárcel. (Coord.) Rosa.

En cualquier caso, más allá de la definición, hay que establecer unas primeras precisiones adicionales, aunque se reconozca que alguna de ellas tiene un carácter contextual⁴. En la mayoría de los supuestos, se piensa que se puede ofrecer, dar, recibir o rechazar un regalo; en cambio, se repudia la idea de que se pueda solicitar un regalo. Así, por ejemplo, el Código ético de la Oficina Antifrau de Catalunya establece que nunca solicitaremos ningún tipo de regalo ni beneficio por razón del trabajo que desarrollamos al servicio de la Oficina Antifraude de Cataluña⁵. En nuestros ámbitos culturales, pedir o exigir un obsequio puede ser un indicio de algo que se aleja de la institución del regalo y se acerca más bien al ofrecimiento de una especie de contrato, al pago de una contraprestación, a un soborno o una extorsión.

El acto de regalar es, además, voluntario e intencional. Es verdad que, en ocasiones, los regalos están impuestos por la costumbre; aun en esos casos, sigue siendo una práctica voluntaria en el sentido de que el donante, si quiere, lo puede evitar. Y es intencional porque se realiza con una determinada finalidad.

Asimismo, a través del regalo se suele reflejar, por lo general, una serie de sentimientos positivos: afecto, amistad, admiración, generosidad; no se regala a los enemigos⁶. Y, habitualmente, los regalos se ofrecen u otorgan de forma pública y abierta, sin ocultación. Una persona no siente vergüenza al regalar.

El acto genuino de regalar supone que se obsequia algo sin pedir nada a cambio. Esta es una exigencia constitutiva del concepto de regalo⁷. Si se esperara algo a cambio se estaría más bien en presencia de un contrato o de un soborno.

Y conviene no olvidar que se regala lo que es propio, no lo que es ajeno. Esta característica adquiere una relevancia especial en el caso de los funcionarios públicos respecto de los bienes del Estado. Salvo en determinados contextos precisos, está prohibido disponer, regalar o donar bienes estatales⁸.

Por otra parte, se regala un bien en nombre propio. Hay que distinguir entre quién hace el regalo y quién lo entrega, excepto que sea, naturalmente, la misma persona. En la práctica del regalo ha de quedar siempre claro quién es el donante y quién es el portador del regalo. Si esto no ocurre, deben saltar las alarmas, ya que puede suceder algo inadecuado, incorrecto o indebido. Y, por cierto, no todo regalo ha de tener un alto precio económico. Se puede regalar cosas de escaso o nulo valor dinerario, una flor silvestre o un poema, por ejemplo⁹.

⁴ Es posible que alguna de estas precisiones no se adecuen para describir las prácticas atinentes al regalo en determinadas sociedades o épocas, de ahí su carácter contextual. Se tomará como referencia los países de nuestro entorno cultural en la actualidad. María Alabrús Iglesias, José Luis Betrán Moya, Javier Burgos Rincón y otros. Universidad de Almería, 2020, p. 236.

⁵ Código ético de la Oficina Antifrau de Catalunya, 2021, p. 18.

⁶ El conocido ejemplo del "caballo de Troya" es mejor interpretarlo como un ardid o trampa que como un regalo genuino.

⁷ Esta es también la opinión de V. Tanzi. Véase, Tanzi, Vito, *Corruption around the World. Causes, Consequences, Scope and Cures*, IMF Working Paper, 1998, p. 9.

⁸ Por ejemplo, el Estado puede autorizar a un determinado organismo público donar el material informático en uso, pero desactualizado a otros organismos públicos como las prisiones o las escuelas donde asisten sectores carenciados. No prestaré atención a estos casos.

⁹ Ya a finales del siglo XIX se podía pensar "¿Qué quería decir hacerle un buen regalo a un pariente o a un amigo? Sobre todo, su valor no quedaba determinado por su precio; un regalo quedaba así diferenciado de un pago." Véase, Zelizer, Viviana A., *El significado social del dinero*, traducción: María Julia de Ruschi. FCE, 2011, p. 107.

Una práctica similar a la de regalar, aunque bien diferenciada en determinados ámbitos, es la de dar una propina¹⁰. Una propina es la dación voluntaria de una pequeña cantidad de dinero que se ofrece en reconocimiento a un buen servicio prestado y sin pedir nada a cambio. "Su propia etimología, del latín *propinare* (convidar a beber), sugiere la idea de un agasajo o de una expresión de gusto o gratificación, ligada a los placeres de la mesa. Su nombre, en francés *pourboire*, se acerca más a esa raíz etimológica"¹¹.

Actualmente, en la práctica de las propinas, tanto el donante como el receptor suelen tener la creencia de que no se trata de una práctica ilegal, irregular o incorrecta. Incluso en algunas profesiones suele complementar el salario del trabajador.¹²

Usualmente, las propinas se otorgan a personas de un bajo nivel salarial; o de una escala laboral inferior, suelen ser por un monto escaso o limitado; se ofrecen después de que el beneficiado preste algún servicio, sin que se pida nada a cambio. Que falte alguno de estos elementos puede ser un indicativo de que se está en presencia de un regalo o de un soborno.

Así, por ejemplo, se puede pensar en el *maître* de un restaurante, al que le damos una cantidad relativamente elevada de dinero en todas las ocasiones en las que cenamos en su establecimiento. El *maître* siempre nos concede una mesa en un sitio privilegiado del local, a pesar de que no tengamos reserva. En estas circunstancias, ¿Las daciones de dinero constituyen una auténtica propina? Probablemente, no. Como tampoco se trata de una propina si el beneficiario del bien o de la ventaja otorgada es un ministro de un gobierno. En este último caso se trataría, sin duda, de un soborno.

El soborno es uno de los casos típicos de corrupción¹³. En un soborno, el sobornador paga al sobornado para que éste le dé un tratamiento igual o superior al que corresponde. El acto de sobornar es similar al de contratar. Ambas partes están identificadas o son identificables y se benefician del acuerdo. Ambas son igualmente culpables en el *quid pro quo*.

En la extorsión, en cambio, el extorsionador le exige al extorsionado que le dé un tratamiento igual o mejor del que le corresponde, bajo la amenaza de infligirle un mal. La situación, en este supuesto, se asemeja a la de un asaltante. Hay quién se beneficia y quién es víctima.

Y aunque la distinción entre soborno y extorsión es clara desde un punto de vista conceptual, no sucede lo mismo desde una perspectiva empírica. Esto genera que en algunas legislaciones las sanciones sean similares en uno y en otro caso.

La cuestión ahora es establecer por qué, a pesar de ser prácticas extendidas, los regalos y las propinas preocupan si el receptor del obsequio o del beneficio, pecuniario o de otro tipo, es

¹⁰ Para ciertas personas, allá por 1911, "la propina era una burda corrupción del regalo, un soborno mercenario de un extraño para pagar un servicio personal, <la sonrisa del camarero o para evitar una mirada terrible>". Véase, Zelizer, Viviana A., *ob. cit.*, p. 124.

¹¹ Córdova, Efrén "La propina en su contexto sociojurídico". En *Revista Gaceta Laboral*, vol. 17, no. 1, 2011, p. 86.⁶ El conocido ejemplo del "caballo de Troya" es mejor interpretarlo como un ardid o trampa que como un regalo genuino.

¹² Hasta qué punto esta práctica puede ser considerada como una propina genuina es más que discutible. De hecho, en Argentina, por ejemplo, se dictó en 1945 un famoso laudo que proscribió la propina por ser una "forma irregular de pago que impide que el trabajador cuente con recursos fijos y exigibles". Véase, Córdova, Efrén, "La propina en su contexto sociojurídico". En *Revista Gaceta Laboral*, vol. 17, no. 1, 2011, p. 87. No me detendré en esta cuestión.

¹³ Para una definición de corrupción y la diferencia entre soborno y extorsión puede verse, Malem, Jorge, *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*, Barcelona: Gedisa, 2002, especialmente capítulo primero.

un funcionario público o, en determinadas circunstancias, un agente privado. Hay que preguntarse sobre cuál es la razón subyacente por la cual muchos sistemas jurídicos consideran un delito otorgar regalos y propinas a funcionarios públicos o, en ocasiones, a agentes privados y por qué los códigos de ética, tanto de organismos públicos como de empresas privadas, también los prohíben. El argumento principal parece ser que, a pesar de los esfuerzos definicionales, resulta difícil distinguir empíricamente entre regalos, propinas y sobornos, ya que estos pueden afectar la imparcialidad y objetividad que debe reinar en el servicio público y, bajo determinadas circunstancias, en el mercado.

2. REGALOS, PROPINAS Y SOBORNOS

No siempre se distinguió entre regalos y sobornos. Según John Noonan, la asimilación de la entrega y aceptación de regalos a la idea de soborno tuvo su correlato en el lenguaje. Los griegos no tenían una palabra para designar los sobornos, ya que todas las donaciones se veían como tales. Asumían que los regalos se realizaban entre donante y receptor, pensando en la correspondencia recíproca de favores pasados o futuros. Y no era necesario que estos favores se especificaran. Se entendía que los beneficiarios conocían quiénes eran los donantes y cuáles eran sus intereses. Los donantes, por su parte, sabían quiénes recibían el regalo, la deuda de gratitud que contraían y las posibles contraprestaciones recíprocas¹⁴.

No obstante, esta no es la única razón. Establecer jurídicamente que un regalo o una propina fungan como un soborno depende por completo de la voluntad del legislador. Hablando de los Estados Unidos, cuyo argumento puede extenderse fácilmente, el propio Noonan sostiene que "los regalos al cartero y cualquier otra propina a los funcionarios federales se clasifican como sobornos por el derecho. El derecho no es aquí particularmente arbitrario. Cualquier intento por aislar un conjunto de reciprocidades y estigmatizarlas como ilegales o inmorales son arbitrarias"¹⁵.

Ahora bien, la asimilación de un regalo a un soborno puede tener un fundamento diferente al lingüístico o, a su dependencia de una definición legislativa. Tal es la tesis basada en el agradecimiento y la reciprocidad, ya que ambas permeaban las nociones de regalo y de soborno.

En efecto, la aceptación o recepción de un regalo genera, normalmente, un sentimiento de agradecimiento en el beneficiado; de reconocimiento del agraciado hacia el donante. Por este motivo, quien ofrece el obsequio deja de ser indiferente para él agradecido y este último piensa que debe corresponder, de alguna manera, a la atención recibida. Estar agradecido supone la idea de reciprocidad, esto es, de devolver de un modo posible y aproximado el mismo trato que se ha recibido. De ahí que se menciona en unos versos vikingos:

¹⁴ Noonan, John, *Bribes*, Nueva York: MacMillan Pub. Co., 1984, pp. 687-689.

¹⁵ *Íbidem*, p. 688.

"Hay que ser un amigo
para su amigo
Y devolver regalo por regalo;

...

Pero un cobarde le teme a todos;
El avaro siempre teme a los regalos"¹⁶.

La similitud aproximada en el trato recíproco, conviene recordar, está presente en nuestro actuar cotidiano y no solo en los antiguos griegos. Esto implica, de algún modo, que el agradecido tiende a relacionarse de una manera diferente con la persona a la que agradece; es decir, la reciprocidad supone que el otro ya no es indiferente. Eso entraña una pérdida de imparcialidad y de objetividad. De ahí, se afirma, que la práctica del regalo sea incompatible con el ejercicio funcional y, en algunos supuestos, entre agentes privados.

Solo un ejemplo a título ilustrativo. Los médicos piensan que recetan los medicamentos por sus cualidades terapéuticas o científicas y que los regalos que reciben de la industria farmacéutica no influyen en sus hábitos de prescripción. Sin embargo, según el Grup d'Ètica de la Societat Catalana de Medicina Familiar i Comunitària, estudios internacionales muestran precisamente lo contrario. Las actividades promocionales de dicha industria "que los [influyen] con mayor intensidad son la donación de muestras gratuitas, la formación médica continuada pagada por la industria y la financiación de los viajes para conferencias y congresos"¹⁷.

Que los regalos influyen a los médicos, continúa dicho Grup d'Ètica, "lo demuestra que [los médicos] afirmemos implícitamente que con la gratificación de por medio es difícil evitar una obligación moral, que es precisamente la que busca la industria... Esto se demuestra en el hecho de que los médicos no quieren asistir a determinados actos promocionales, cuando por razones farmacológicas no acostumbran a prescribir este medicamento"¹⁸.

Además, las diferencias entre un soborno y un regalo se disipan si se piensa que, en general, ambas formas de actuar incentivan, inducen o sesgan al beneficiario a actuar de una manera que de otra forma no haría. Así, se sostiene que un regalo o un soborno pueden modificar las preferencias del regalado o sobornado, es decir, tienen la capacidad para cambiar sus respectivos estados mentales y, en consecuencia, hacer que lleven a cabo una acción según los deseos de aquel que regala o soborna.

Hay quien avanza un paso más y afirma que, si esto se asume, el que recibe un regalo y está agradecido queda causalmente determinado a realizar cualquier acción pertinente en beneficio del donante. Y esto, al margen de la importancia del monto o precio de lo entregado. Se sostiene que la aceptación de un regalo convierte al aceptante, si es un funcionario público o un agente privado en determinadas circunstancias, en una especie de potencial corrupto.

Por otra parte, las propinas suelen asociarse a los pagos de engrase o de facilitación. Estos se entienden de dos maneras distintas. En el primer sentido, se asume que las propinas, tam-

¹⁶ Versos de Hávamál. Dichos vikingos (42 y 48). Citados por Mauss, Marcel, *Ensayos sobre el don. Forma y función del intercambio en las sociedades arcaicas*, traducido por Julia Bucci. Katz Editores, 2009, pp. 68 y 69, respectivamente.

¹⁷ Grup d'Ètica de la Societat Catalana de Medicina Familiar i Comunitària (SCMFIC), "El código de buenas prácticas de Farmaindustria: ¡bienvenido sea...!, ¡aplíquese... y mejórese...!". En *Aten Primària*, vol. 34, no.5, 2004, p. 253.

¹⁸ *Ibidem*, p. 254.

bién llamadas, en este caso, pagos aceleradores, se dan para agilizar aquellos trámites burocráticos que de todas maneras el funcionario debe cumplimentar. Se paga al funcionario público, y en algunos casos a agentes privados, para que cumplan el mandato establecido por la ley. En algunos países, estos pagos son comunes en ciertos sectores de la Administración Pública como las aduanas, la expedición de documentos oficiales o la sanidad pública.

En el segundo sentido, las propinas a funcionarios públicos reciben el nombre de pagos de engrasamiento. En estos casos, quien paga trata de generar un clima, más o menos amplio y vago, para que en el futuro los beneficiarios de las propinas queden afectados por los deseos del donante. Con la entrega de las propinas no se exige nada específico a cambio, pero se pre-dispone a los beneficiarios para actuar a favor de quienes las entregan¹⁹.

Los sistemas jurídicos y los códigos de ética suelen prohibir la dación de propinas a los funcionarios públicos en ambos supuestos, aunque la doctrina no sea unánime en su justificación.

3. POLÍTICA SOBRE REGALOS. PREVENCIÓN Y REPRESIÓN

Se han establecido medidas de prevención y represión tanto de las acciones de ofrecer o dar un regalo como de aceptarlo. Y no solo cuando al menos uno de los intervinientes en esa actividad es un funcionario público, sino también cuando actúan agentes privados, en determinadas circunstancias.

A través de medidas preventivas se persigue desincentivar la práctica del regalo o de la propina. Se intenta que dichas acciones no formen parte de la cultura de la legalidad o de la cultura de la integridad del organismo estatal o de la empresa privada.

Una de las medidas utilizadas es vetar la práctica del regalo en los códigos de ética o códigos de conducta²⁰. La prohibición sobre la dación y aceptación de obsequios es prácticamente general y unánime en estos tipos de códigos actuales tanto empresariales como funcionariales.

En el ámbito jurídico penal, la figura del cohecho, propio e impropio, parece ejemplificar la lucha contra la práctica del regalo a funcionarios públicos y también, desde tiempos más recientes y dependiendo de cada sistema jurídico, entre agentes privados que operan en el mercado²¹.

Naturalmente, en estos ámbitos existen pocas excepciones. La primera hace referencia a la dación y aceptación de regalos por razones protocolarias. Hay ocasiones en que resulta difícil rechazar un regalo, ya sea por el cargo institucional que se ocupa, la función que se desarrolla o la personalidad del donante. En estos casos, suele exigirse que la persona que recibe la dádiva la ingrese de inmediato en los registros o dependencias que se establecen a tal fin, tanto en el

¹⁹ Para un análisis de estas cuestiones, véase: Blanco Isidoro, "Regalos y corrupción: sobre la punibilidad de las invitaciones a empleados públicos para asistir a espectáculos y otros eventos (1)". En *La Ley Penal*, no. 113, Sección Estudios, Marzo-Abril 2015.

²⁰ Un ejemplo de cómo un Código de ética empresarial prohíbe otorgar regalos y sus pormenorizadas excepciones es el de la empresa farmacéutica ROVI. Un ejemplo de Código ético de un organismo público es el ya citado de la *Oficina Antifrau de Catalunya*.

²¹ No es de mi interés aquí hacer un examen pormenorizado de las distintas tesis que se han suscitado en la dogmática jurídico-penal. Solo me limitaré a plantear algunas cuestiones generales y siempre con una misión ejemplificativa.

sector público como en el privado. No hacerlo debería comportar una falta disciplinaria grave, al margen de la responsabilidad penal, si cupiere.

La segunda excepción está determinada porque el ofrecimiento y la aceptación de un regalo son la consecuencia de los usos y costumbres que rigen en una determinada comunidad. Así, en algunos pueblos pequeños puede ser habitual que en ciertas festividades el cartero, que es un funcionario público, sea agasajado con algún obsequio o con invitaciones frugales a un bar por parte de los vecinos.

La tercera excepción se refiere al otorgamiento y recepción de los regalos de bagatela, es decir, de aquellos que tienen un escaso valor económico. Los códigos de ética suelen fijar cantidades por encima de las cuales está prohibido recibir cualquier obsequio o beneficio. En ese sentido, si los asistentes a un congreso científico o empresarial reciben una carpeta con información sobre el mismo y bolígrafos para escribir en ella, no habría incorrección alguna en aceptarlos.

4. CONCLUSIONES

Para concluir provisionalmente con el análisis de una política sobre regalos, propinas o beneficios y sus posibles vínculos con el soborno y la corrupción, convendría examinar tres cuestiones adicionales. La primera. Hay regalos que tienen un gran valor económico, o de otro tipo, para el beneficiario. ¿Ese valor es siempre relevante a los efectos de determinar la aceptabilidad de un regalo o para distinguirlo de un soborno? ¿Es suficiente el obsequio de uno o de varios trajes de una tienda de ropa para torcer la recta voluntad de un presidente de una comunidad autónoma; un bolso de una reconocida marca respecto de una alcaldesa de una ciudad española o un reloj de oro para un consejero de una comunidad? ¿Es aceptable la defensa aducida por parte de los acusados de recibir sobornos de que por regalos o beneficios económicamente poco relevantes nadie se corrompe? La respuesta a esta última pregunta es negativa. Más que en el importe o valor de lo regalado, hay que prestar atención a la idoneidad del obsequio para afectar la imparcialidad y objetividad de la actuación del funcionario público o, en determinados casos, de un agente privado²².

Por esa razón, en la lucha contra la corrupción, no parece del todo adecuado poner un límite económico para la lícita aceptación de un regalo, como establecen algunas legislaciones o códigos de ética y, de ese modo, distinguirlo de un hecho de soborno. Se puede imaginar el caso de un funcionario que, en su período de descanso durante la jornada laboral diaria, bebe un café en un bar invitado por el propietario, ya que ambos son aficionados del mismo club de fútbol. A pesar de lo irrisorio del precio del café, ¿atenderá dicho funcionario de igual forma al propietario del bar como a cualquier otro ciudadano si realiza un acto administrativo en su oficina? Pienso que no. Imponer un importe máximo para la aceptación de un regalo, una propina o un determinado beneficio se suele hacer más por razones pragmáticas o de eficiencia que por criterios conceptuales o de prevención. El importe máximo de un regalo para ser recibido

²² Hay que distinguir, naturalmente, entre el *importe*, el *precio de mercado* y el *valor de una cosa*. Utilizo estos conceptos sin mayores precisiones técnicas.

de un modo adecuado establecido por el código ético de la Oficina Antifrau de Catalunya, por ejemplo, es de 100 euros²³.

Sin embargo, distinguir entre regalos importantes y poco importantes desde el punto de vista económico es relevante en un sentido diferente respecto de las políticas de prevención e investigación de los casos de corrupción. Habitualmente, las agencias anticorrupción reciben numerosas denuncias de sobornos o extorsiones de bagatela. Impulsadas por el principio de legalidad, estas instituciones tienden a investigar y perseguir todos los casos por igual. Invierten los mismos recursos, materiales, humanos y temporales para analizar una propina insignificante que una cuestión que involucra a una empresa multinacional que ha sobornado a ministros del gobierno.

Es más, dado que los casos de corrupción de bagatela son más fáciles de resolver e incrementa los índices de éxito de la institución, se suele prestar una atención prioritaria y tal vez desmesurada a los asuntos menos importantes. Una buena agencia anticorrupción debe tener una política clara de priorización de análisis, investigación y persecución de los casos de corrupción donde los casos irrisorios puedan esperar. Carece de sentido, por ejemplo, movilizar la maquinaria represiva del Estado para perseguir la dación de propinas de unos escasos euros que se otorgan a los funcionarios públicos que mantienen limpias las lápidas en los cementerios. Sin embargo, esto está determinado por cuestiones pragmáticas o de eficiencia y no por razones conceptuales.

La segunda aclaración y vinculada solo parcialmente con la anterior. El apartado 3.6 del Código de Buen Gobierno de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado establece, por ejemplo, que:

"Se rechazará cualquier regalo, favor o servicio en condiciones ventajosas que vaya más allá de los usos habituales, sociales y de cortesía o préstamos u otras prestaciones económicas que puedan condicionar el desempeño de sus funciones, sin perjuicio de lo establecido en el Código Penal. En el caso de obsequios de mayor significación de carácter institucional, se incorporarán al patrimonio del Estado, en los términos previstos en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, de acuerdo con lo que se determine reglamentariamente"²⁴.

También el código ético de la Oficina Antifrau de Catalunya hace referencia a esta excepción. Establece que: "Únicamente podemos aceptar, en nombre de la Oficina, los regalos o beneficios que se ofrezcan en el marco de los usos de la cortesía interinstitucional. Se entiende por cortesía interinstitucional la consideración, atención o agradecimiento al papel o tarea desarrollada por la Oficina Antifraude proveniente de otras entidades públicas o privadas sin ánimo de lucro"²⁵.

En ambos códigos se hace referencia a la teoría de la adecuación social. Esto es, la aceptación de un regalo, una propina o un beneficio por parte de un funcionario público está

²³ Naturalmente, fijar este tipo de importe siempre es contextual y tiene un punto de arbitrariedad.

²⁴ Orden APU/516/2005, de 3 de marzo, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros, por el que se aprueba el Código de Buen Gobierno de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado, 18 de febrero de 2005.

²⁵ Código ético y de conducta del personal al servicio de la Oficina Antifraude de Catalunya, 2014.

permitida en la medida en la que responde a prácticas sociales asentadas y es, por lo general, de escaso valor. Como numerosas veces se ha puesto de manifiesto, las fórmulas empleadas, y otras similares, adolecen de una vaguedad excesiva que deja al intérprete grandes márgenes de discrecionalidad.

Es más, la cuestión no es la insignificancia económica o la adecuación social del regalo o del beneficio que se otorga o recibe, sino la capacidad que tiene para influir o sesgar la decisión del funcionario receptor. Esto es, para afectar el correcto, imparcial, neutral y objetivo desarrollo de la Administración Pública.

Hay que aclarar, no obstante, que la exigencia de que el regalo posea dicha capacidad no debe ser entendida como estrictamente causal, tal como sostiene el Greco, ya que si se aplica este requisito a rajatabla se producirán nichos de impunidad²⁶.

De igual modo, si se aplicara el eximente de responsabilidad total o parcial de manera automática para quien recibe un regalo dado los usos y costumbres sociales vigentes, se abrirán peligrosos espacios de impunidad jurídica y también moral²⁷.

Por esta y otras razones, los juristas suelen afirmar que en el caso del soborno se está en presencia de un delito de peligro abstracto y que no es necesario que el funcionario actúe en el ámbito de sus competencias como una contraprestación al regalo para cometerlo. Basta que el funcionario acepte el regalo, siendo "indiferente la idoneidad de la invitación para predisponer al empleado público"²⁸. Esto no se daría si se exigiera una vinculación causal radical entre lo dado y la acción funcional.

La tercera aclaración. Un funcionario no solo debe ser honesto y practicar los valores reconocidos por la ética pública, sino que, asimismo, debe parecerlo. Las apariencias son aquí importantes.

También a este aspecto hace referencia el código ético de la Oficina Antifrau de Catalunya al sostener que: "La aceptación de regalos o beneficios... puede afectar a la percepción pública de la integridad y la independencia de la Oficina y el personal a su servicio. Como personal al servicio de la Oficina, nunca tenemos que generar la impresión de que la Oficina o alguna de las personas a su servicio es influenciada impropia por alguna persona u organización"²⁹.

Aquí las apariencias juegan un papel importante en virtud del teorema de Thomas que sostiene que, si una situación se vive como real, sus consecuencias serán reales. Es decir, si la conducta de un funcionario se percibe como sesgada o corrupta porque han recibido una determinada gratificación, los ciudadanos lo tratarán como corrupto y las consecuencias de estas acciones serán idénticas tanto si ha sido efectivamente corrompido como si no lo ha

²⁶ Vázquez - Portemeñe, Fernando, "Admisión de regalos y corrupción pública. Consideraciones políticas criminales sobre el llamado <cohecho de facilitación> (art. 422 CP)". En *UNED. Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.a Época, no. 6, 2011, p. 153.

²⁷ Para un análisis jurídico penal de la teoría de la insignificancia y de la teoría sobre los usos y costumbres sociales puede verse, por todos, Gómez Rivero, Ma. Del Carmen, "Derecho Penal y corrupción: acerca de los límites de lo injusto y lo permitido". En *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 37, 2017, pp. 249-306.

²⁸ Blanco Isidoro, "Regalos y corrupción: sobre la punibilidad de las invitaciones a empleados públicos para asistir a espectáculos y otros eventos". En *La Ley Penal*, no. 113, Sección Estudios, Marzo-Abril 2015, p. 8.

²⁹ Código ético y de conducta del personal al servicio de la Oficina Antifraude de Catalunya, 2014.

sido aunque lo haya parecido. Y esta es una razón poderosa para prohibir a los funcionarios la aceptación o solicitud de regalos, propinas y beneficios.

Y aunque parezca ser que los regalos entre agentes particulares sea una práctica permitida que incluso se considera valiosa porque fomenta la amistad o el afecto, cuando se hace referencia a los funcionarios públicos todo ese bagaje positivo desaparece. Por todas estas razones, se prohíben los regalos a los funcionarios públicos y, en determinados contextos, también a ciertos agentes privados.

Además, se puede formular una razón adicional a favor de esa prohibición. Un regalo que intenta disfrazar un pago corrupto es más difícil de detectar en un sistema que admite regalos a funcionarios respecto de otro que no lo hace. Y si se permite que al funcionario se le pueda entregar dinero en efectivo en lugar de regalos, los problemas de detección de la corrupción serían mayores por la facilidad que implica para su ocultación³⁰. Esto supone un problema añadido si se sigue una política laxa sobre regalos en la administración pública.

De hecho, incluso entre quienes se comprometen en actos corruptos gustan de utilizar el término *regalo* para referirse al pago indebido. Experimentos realizados a través de juegos así lo muestran, ya que la expresión *regalo* es menos ofensiva y demandante que el término *soborno*. Este último se suele utilizar de un modo explícito si se quiere poner el acento en el *quid pro quo*³¹. En Japón, donde la práctica de regalar dinero está socialmente reglada, por ejemplo, los billetes deben ser nuevos y limpios

"Presentar el dinero como un regalo es tan efectivo que aparentemente sirve como evidencia legal para identificar sobornos: si el dinero se ofrece sin un sobre o está arrugado, sucio o usado, es más probable que la transferencia sea un soborno y no un regalo. De hecho, muchas veces los sobornos se disfrazan de regalos poniendo billetes nuevos en un sobre para dinero o usando los vales de regalo de las grandes tiendas adecuadamente presentados"³².

El uso indirecto del lenguaje que intenta disfrazar los sobornos como regalos resulta más habitual de lo que parece.

"Aun si el sobornador sabe que un agente es corrupto y que acepta sobornos, todavía tendrían incentivos para no expresar de una forma directa e indubitable que la dádiva que ofrece no constituye un acto de corrupción, sino solo una entrega graciosa sin pedir nada a cambio. Es difícil en la práctica que alguien diga a otro esto es un soborno para que hagas tal o cual cosa"³³.

Por otra parte, no todos, ni en cualquier circunstancia, estaría, dispuesto, y mucho menos obligado a aceptar un regalo o una propina. Ni en lo personal, ni en el ámbito social³⁴. La posibilidad de que alguien pueda rechazar un regalo, una propina o un beneficio hace plausible

³⁰ Bac Mehmet, "Gift policy, bribes and corruption". En *European Journal of Law and Economics*, 2019, p. 47.

³¹ Graf Lambsdorff Johann, Bjorn Frank, "Bribing versus gift-giving – An experiment". En *Journal of Economic Psychology*, 31, 2010, p. 355.

³² Véase, Zelizer Viviana A., *El significado social del dinero*. Traducción: María Julia de Ruschi. FCE, 2011, p. 150.

³³ Pinker Steven, Nowak Martin A. and Lee James J., "The logic of indirect speech". En *PNAS*, 22 de enero de 2008, vol. 105, no. 3, pp. 833–838.

³⁴ Para un análisis del "lado oscuro de la práctica del regalo", véase, Givi Julian, "When a gift exchange isn't an exchange: Why gift givers underestimate how uncomfortable recipients feel receiving a gift without reciprocating". En *Journal of Business Research*, vol. 129, 2021, pp. 393–405.

la prohibición de tales prácticas. Y esto no ocurre solo en el contexto de las administraciones públicas, también lo es en determinadas áreas de las actividades privadas que no pueden ser reconstruidas de un modo adecuado como si fueran relaciones personales. Algunas reglas del mercado avalan dicha prohibición.

La lucha contra la corrupción nunca se ha manifestado como una tarea sencilla. No valen medidas aisladas ni visiones unilaterales que impidan observar ese fenómeno en su complejidad. Dentro de una estrategia sistémica es conveniente tomar medidas que impidan la práctica de ofrecer regalos a los funcionarios públicos y a determinados agentes privados.

"Una política de tolerancia cero respecto de los regalos, como la implementada por el Ayuntamiento de Houston, por ejemplo, tiene muchas ventajas. Reduce la apariencia de corrupción, incrementa la confianza pública en nuestras instituciones y organizaciones, elimina cualquier confusión vaga y subjetiva sobre los límites de los regalos tal como su <valor nominal>, suprime la necesidad de complejos informes sobre regalos y simplifica la aplicación de las políticas anti regalos"³⁵.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALATAS, Syed, *Corruption: Its natures, Causes and Functions*, Avebury: Gower Pub. Ltd., 1990.

ANDÚJAR CASTILLO, Francisco, "Del regalo al soborno. A propósito de los regalos enviados por los virreyes de Indias a la Corte, Pasados y presente". *Estudios para el profesor Ricardo García Cárcel*. (Coord.) Rosa María Alabrús Iglesias, José Luis Betrán Moya, Javier Burgos Rincón y otros, Universidad de Almería, 2020.

BAC, Mehmet, "Gift policy, bribes and corruption". En *European Journal of Law and Economics*, 2019.

BLANCO CORDERO, Isidoro, "Regalos y corrupción: sobre la punibilidad de las invitaciones a empleados públicos para asistir a espectáculos y otros eventos (1)". En *La Ley Penal*, no. 113, 2015.

CÓRDOVA, Efrén, "La propina en su contexto sociojurídico". En *Revista Gaceta Laboral*, vol. 17, no. 1, 2011.

GIVI, Julian, "When a gift exchange isn't an exchange: Why gift givers underestimate how uncomfortable recipients feel receiving a gift without reciprocating". En *Journal of Business Research*, vol. 129, 2021.

GÓMEZ RIVERO, M^a del Carmen, "Derecho Penal y corrupción: acerca de los límites de lo injusto y lo permitido". En *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 37, 2017.

150

³⁵ Peltier-Rivest Dominic, "Gift or bribe? The characteristics and the role of gift policies in the prevention of corruption". En *Journal of Financial Crime*. Publisher Emerald Publishing Limited, 8 de noviembre de 2023. En favor de una política de tolerancia cero, véase, Maraña Sánchez José "En clave constitucional: regalos no, gracias". En *El consultor de los Ayuntamientos*, 2009.

- Grup d'Ètica de la Societat Catalana de Medicina Familiar i Comunitària (SCMFic), "El código de buenas prácticas de Farmaindustria: ¡bienvenido sea...!, ¡aplíquese... y mejórese...!". En *Aten Primaria*, 2004.
- LAMBSDORFF, Johann Graf; BJORN Frank, "Bribing versus gift-giving – An experiment". En *Journal of Economic Psychology*, vol. 31, 2010.
- MALEM SEÑA, Jorge F., *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*, España, Gedisa, 2002. ISBN: 9788474325560.
- MARAÑA SÁNCHEZ, José, "En clave constitucional: regalos no, gracias". En *El consultor de los Ayuntamientos*, 2009.
- MAUSS, Marcel, *Ensayos sobre el don. Forma y función del intercambio en las sociedades arcaicas*, Traducido por Julia Bucci, Katz Editores, 2009. ISBN: 9788496859661.
- NOONAN, John, *Bribes*, Estados Unidos, MacMillan Pub. Co., 1984. ISBN: 978-0029228807.
- PELTIER-RIVEST, Dominic, "Gift or bribe? The characteristics and the role of gift policies in the prevention of corruption". En *Journal of Financial Crime*, Publisher Emerald Publishing Limited, 2023.
- PINKER, Steven, NOWAK, Martin A., and LEE, James J., "The logic of indirect speech". En *PNAS*, vol. 105, no. 3, 2008.
- TANZI, Vito, *Corruption around the World. Causes, Consequences, Scope and Cures*, IMF Working Paper, 1998.
- VÁZQUEZ-PORTEMEÑE Seijas, Fernando, "Admisión de regalos y corrupción pública. Consideraciones políticas criminales sobre el llamado <cohecho de facilitación> (art. 422 CP)". En *UNED. Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.a Época, no. 6, 2011.
- ZELIZER, Viviana A., *El significado social del dinero*, traducción: María Julia de Ruschi, FCE, 2011.