

La responsabilidad penal de los funcionarios

El Código Penal de 1995

Miguel Díaz y García Conlledo

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Pública de Navarra

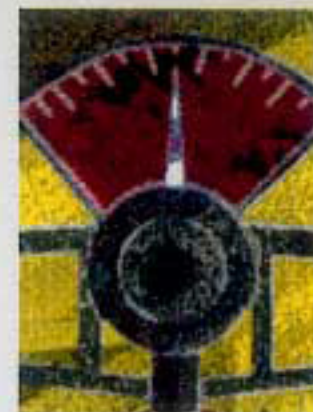
Inés Olaizola Nogales

Profesora de Derecho Penal de la Universidad Pública de Navarra

El pasado 24 de mayo de 1996 (según otros el 25) entró en vigor el nuevo Código Penal (CP), aprobado en el Parlamento seis meses antes. El cambio de una ley tan importante produce, entre otros diversos efectos, una intranquilidad entre determinados grupos de personas, que se consideran a sí mismas *grupos de riesgo* por realizar tareas que pueden convertirse -en ocasiones- en conductas descritas como delito por la nueva ley penal, sin saber por el momento exactamente a qué atenerse. Uno de estos grupos (desde luego no el único: piénsese, por citar sólo dos ejemplos, en el de los administradores de sociedades en relación con los delitos societarios de los arts. 290 ss. CP, o en el de los abogados y procuradores en relación con los delitos de obstrucción a la Justicia y deslealtad profesional de los arts. 463 NCP) es el de los funcionarios públicos, cuya actuación supone a menudo la toma de decisiones y la realización de actos que -se argumenta por algunos funcionarios preocupados- podrían tal vez en ocasiones ser constitutivos de un delito de prevarica-

ción o malversación, pero sin cuya adopción se podría producir una inactividad administrativa y por tanto un incumplimiento de la función que la Administración Pública tiene encomendada.

Coincidiendo con la entrada en vigor del nuevo CP y con el fin de discutir estas y otras cuestiones y procurar llevar a la conciencia de los funcionarios (o de un grupo de ellos) el verdadero alcance de las disposiciones del nuevo CP en relación con la actuación funcional (además de debatir, aunque en menor medida, sobre aspectos de la responsabilidad administrativa y contable de los funcionarios) se celebraron en Pamplona los días 22, 23 y 24 de mayo, bajo el patrocinio y organización de la Cámara de Comptos de Navarra y el Instituto Navarro de Administración Pública y con la coordinación académica de los Catedráticos de la Universidad Pública de Navarra Profs. Dres. Miguel Díaz y García Conlledo y Fernando de la Hucha Celador, unas *Jornadas sobre la responsabilidad de los funcionarios: aspectos penales y administrativos*.







Las Jornadas contaron con ponencias de diversos expertos del ámbito académico, de la Administración de Justicia y de la Administración pública, sobre un espectro muy amplio de temas, y con coloquios y debates intensos entre los ponentes y los participantes en los encuentros, mayoritariamente funcionarios públicos, sobre todo de la Cámara de Comptos y de otros tribunales de control de cuentas. Resulta imposible reflejar aquí la riqueza de las exposiciones y los debates celebrados, por lo que trataremos simplemente de realizar alguna consideración general y reflejar las líneas básicas de algunos delitos emblemáticos de funcionarios en el Código Penal de 1995, concretamente los de prevaricación y otros comportamientos injustos, cohecho, tráfico de influencias, la malversación y las falsedades documentales.

Conviene advertir que el CP de 1995 (igual que el de 1944/1973) establece muy diversos delitos cuyo autor es un funcionario público. En primer lugar, se pronuncia sobre lo que es autoridad y funcionario público a efectos penales, ofreciendo en su art. 24.2 (no reproduciremos aquí el texto que ofrece el art. 24.1 CP) una definición material caracterizada fundamentalmente por la nota de la participación en el ejercicio de funciones públicas, a la que se añade la del acceso a la misma de determinadas formas: "Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas". Se trata en definitiva de una definición que rebasa el concepto de funcionario propio del Derecho Administrativo, de manera que puede ser autor de un delito de funcionario, por ejemplo, un contratado laboral de cualquier administración pública que ejerza funciones públicas.

El bloque de delitos de funcionarios (aunque no en todos ellos el autor sea un funcionario o asimilado) que aquí más nos interesa y que constituyeron el centro de las citadas Jornadas es el de los "Delitos contra la Administración pública" (Título XIX del Libro II, arts. 404 a 445 CP), que comprende los delitos de prevaricación de funcionarios y otros comportamientos injustos, abandono de destino y omisión del deber de perseguir delitos, desobediencia y denegación de auxilio, infidelidad en la custodia de



CÁMARA DE
COMPTOS
DE NAVARRA
NAFARROAKO
KONTUEN
GANBARA



INAP INSTITUTO NAVARRO DE
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

**JORNADAS SOBRE
"LA RESPONSABILIDAD
DE LOS FUNCIONARIOS:
ASPECTOS PENALES
Y ADMINISTRATIVOS"**

Pamplona, **22, 23 y 24**
mayo de 1996

documentos y violación de secretos, cohecho, tráfico de influencias, malversación, fraudes y exacciones ilegales, y negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios y abusos en el ejercicio de su función.

Otro gran grupo de delitos de funcionarios son los cometidos por éstos "contra las garantías constitucionales" (Capítulo V del Título XXI "Delitos contra la Constitución"- del Libro II, arts. 529 a 542 CP), encontrándose además a lo largo del CP otras figuras específicas de delitos cuyo autor es un funcionario público: así la tortura y otros delitos contra la integridad moral de los arts. 174 a 177 CP, los delitos contra el medio ambiente del art. 429 CP y las falsedades documentales de los arts. 390, 391, 394.1 y 398 CP.

Por otro lado, se encuentran cualificaciones de delitos comunes cuando son cometidos por funcionarios (acabándose con toda duda de aparente privilegio para el funcionario que aparecía a veces en el CP de 1944/1973), como sucede, por citar dos ejemplos, en el art. 198 CP en relación con las conductas de descubrimiento y revelación del artículo anterior, y en el art. 204 CP sobre el alla-

namiento de morada. Y las conductas delictivas de algunos funcionarios de la Administración de Justicia se recogen en tipos específicos dentro de los "Delitos contra la Administración de Justicia" (Título XX del Libro II, arts. 446 a 471 CP).

En los encuentros de Pamplona la atención se centró en los delitos que afectan al ejercicio de lo más propio del funcionario: la Administración Pública, si bien se dejó de lado alguno de ellos por interesar algo menos en ese foro o resultar de menor frecuencia o posibilidad de comisión, y se examinaron además, por su posible mayor incidencia, los de falsedades documentales y contra el medio ambiente y, pese a no ser un delito de funcionario, el fraude de subvenciones, por su especial relación con el manejo de fondos públicos (junto a algunos aspectos de la responsabilidad administrativa y contable de los funcionarios).

Delitos de funcionarios

En primer lugar, conviene mencionar, aunque sea muy simplificada, el bien jurídico protegido en los delitos contra la Administración Pública. Frente a una concepción que entendía que el bien jurídico protegido en estos delitos era el cumplimiento del deber del cargo o servicio del funcionario con la Administración (lo esencial es la relación funcionario-Administración), hoy hay que reivindicar en nuestra opinión, coincidente con la de la mayoría de la doctrina, una concepción del bien jurídico que comprenda éste como el buen funcionamiento de la Administración pública, entendido como la imparcialidad o atención a los intereses generales de la sociedad en la actuación administrativa (aquí lo fundamental es la relación entre funcionario y ciudadanos o administrados), en conexión con lo establecido por los arts. 103 y 106 de la Constitución española (CE); aunque naturalmente, para que exista delito, deberá existir la infracción de un deber funcional. Pero la prevención y represión de la mera infracción de deberes funcionales sin trascendencia en el bien jurídico mencionado debe quedar en el ámbito del Derecho administrativo disciplinario.

Esta concepción del bien jurídico, que no estaba clara en el CP de 1944/1973, parece que es la que ha

querido impregnar los delitos contra la Administración Pública en el vigente CP de 1995, como lo indicarían el cambio de rúbrica ("*Delitos contra la Administración pública*" frente a la de "*Delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos*" que utilizaba el CP derogado, si bien este dato no es fundamental) o la desaparición de algunos tipos, como los de los arts. 372, párrafo primero, 379 y 398 CP 1944/1973, cuyo contenido era más el de meras desobediencias administrativas que el de graves conductas atentatorias contra un bien jurídico importante (y que en los que no se justificaba por tanto la intervención del Derecho Penal). En la interpretación y aplicación de los tipos de delitos contra la Administración es muy importante tener presente la concepción señalada del bien jurídico, para excluir de ellos, en la medida de lo posible, las conductas que, pese a poder tener cabida en su tenor literal, no afecten o afecten sólo de forma insignificante al bien jurídico señalado, y para proponer la reforma o supresión de los tipos cuya existencia o configuración no se justifique por la protección del bien jurídico a que nos estamos refiriendo.

Por otro lado, como notas generales de los delitos contra la Administración Pública, hay que señalar:

- ◆ Una cierta tendencia a la simplificación de las figuras en el nuevo CP (si bien en ocasiones se producen complicaciones añadidas).
- ◆ Una clara destipificación de las conductas imprudentes (y con ello una restricción de la responsabilidad penal de los funcionarios), dentro del nuevo sistema establecido por el CP de 1995 de incriminación selectiva y restrictiva caso por caso de los delitos y faltas imprudentes (art. 12 CP), de manera que no se encuentran en este ámbito delitos imprudentes (todos exigen dolo: conocimiento y voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo), salvo en uno de los supuestos de falsedades documentales de funcionario (que no son delitos contra la Administración), al que más adelante nos referimos.
- ◆ Una impunidad general de los actos preparatorios de estos delitos, también dentro del sistema de punición selectiva y restrictiva caso por caso de la conspiración, la proposición y la provocación para delinquir -en su

caso, en la modalidad de apología- (arts. 17 y 18 CP).

- ◆ Una penalidad en los delitos más emblemáticos similar o más rigurosa que la contenida en el CP de 1944/1973, siendo frecuente que aumente el límite inferior de las penas y se mantenga o disminuya sólo ligeramente el superior, teniendo en cuenta incluso en el caso de disminución de este último en los delitos castigados con pena de prisión la pretensión del nuevo CP de acercar el efectivo cumplimiento de la pena privativa de libertad a la duración de la misma impuesta en la sentencia condenatoria (naturalmente con un máximo, matices, etc.), lo que se refleja especialmente en la supresión del beneficio de redención de penas por el trabajo que venía aplicándose de manera automática, suponiendo un muy relevante acortamiento de las penas, que ahora desaparece.

Los delitos de funcionarios plantean frecuentemente interesantes cuestiones en diversos ámbitos, siendo de destacar, por tratarse en su mayoría de delitos especiales; es decir, que requieren una cualidad específica en el autor: la de ser autoridad o funcionario público, rigen las reglas de autoría y participación propias de esos delitos: básicamente la de que no puede ser autor (art. 28, primer párrafo, CP) de ellos quien no sea funcionario (salvo, claro está, en los delitos en que el propio CP ha previsto su comisión por un no funcionario), lo que no impide -contra lo que durante bastante tiempo sostuvo una errónea jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS), hoy afortunadamente corregida- que los no funcionarios respondan, en su caso, como partícipes (inductores, cooperadores necesarios o cómplices: arts. 28, excepto el primer párrafo, y 29 CP) en el delito del que es autor un funcionario.

El posible origen de una conducta delictiva en el acuerdo adoptado por un órgano administrativo colegiado da lugar también a interesantes problemas de autoría y participación (y no sólo de esta índole) en los que aquí no podemos detenernos (aunque ha de recordarse que la responsabilidad penal es siempre personal y habrá de determinarse su

existencia para cada uno los intervinientes de uno u otro modo en el acuerdo), como tampoco podemos hacerlo en las cuestiones igualmente interesantes relativas a la responsabilidad penal de funcionarios por conductas omisivas de los mismos y otras.

Prevaricación

Las principales novedades que presenta la regulación de los delitos de prevaricación en el CP de 1995 son la separación en distintos títulos del libro II del CP de la prevaricación de funcionarios públicos (que abre el título XIX "*Delitos contra la Administración pública*") y la prevaricación judicial (que se recoge en el CP de 1995 en el título XX):

- * La no punición de la prevaricación imprudente realizada por funcionario público, quedando únicamente como modalidad de prevaricación imprudente la realizada por el juez.
- * La tipificación expresa de la conducta del particular que acepta en el delito de



nombramientos ilegales.





Tít. XIX. DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	111
Cap. I. De la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos	111
Cap. II. Del abandono de destino y de la omisión del deber de perseguir delitos	112
Cap. III. De la desobediencia y denegación de auxilio ..	112
Cap. IV. De la infidelidad en la custodia de documentos y de la violación de secretos	113
Cap. V. Del cohecho	115
Cap. VI. Del tráfico de influencias	116
Cap. VII. De la malversación	117
Cap. VIII. De los fraudes y exacciones ilegales	118
Cap. IX. De las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función	118

TÍTULO XIX

Delitos contra la Administración Pública

CAPÍTULO I

DE LA PREVARICACIÓN DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS Y OTROS COMPORTAMIENTOS INJUSTOS

404. A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años.

405. A la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de su

El primer **delito de prevaricación** de funcionario viene recogido en el art. 404 CP:

"A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años". La conducta típica consiste por tanto en dictar una resolución arbitraria en un asunto administrativo. La redacción de este tipo es similar a la del art. 358 del recién derogado CP de 1944/1973, diferenciándose únicamente en que éste hablaba de resolución injusta en vez de resolución arbitraria.

Resolución es cualquier acto administrativo que suponga una declaración de voluntad, de contenido decisorio que afecte a los derechos de los administrados y a la colectividad en general (así, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo -STS- 22-11-1993, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi* -A- 2607). Hay que tener en cuenta que la actividad administrativa sólo es trascendente en orden a la prevaricación en cuanto afecte a los intereses de los ciudadanos, porque si el bien jurídico protegido es el correcto servicio, conforme a criterios de imparcialidad, legalidad y objetividad que la Administración a través de sus funcionarios presta a los ciudadanos, sólo en la medida en que éste se perturbe se podrá pensar en la aplicación del Derecho Penal. Es decir, que decisiones arbitrarias que afecten a relaciones pura-

mente internas de la Administración podrían no ser constitutivas de prevaricación (aunque sí darían lugar a responsabilidad administrativa), por no afectar al bien jurídico señalado.

La resolución debe ser arbitraria y dictada "a sabiendas de su injusticia". Si, en general, arbitrario es el acto contrario a la razón y a las leyes, sin más apoyo que el capricho o la voluntad de quien lo hace, en el seno del art. 404 CP será arbitraria la resolución dictada por un funcionario o autoridad, en abierta contradicción con el ordenamiento jurídico, sin atenerse mínimamente a los procedimientos y las técnicas de aplicación e interpretación del Derecho en la resolución de asuntos administrativos (piénsese, por ejemplo, en lo que se ha llamado *alcaldadas*). Por otro lado, la injusticia proviene de la contradicción con el ordenamiento jurídico en su conjunto, con la interpretación conforme a la Constitución en la cúspide de tal forma que la prevaricación se cifra no sólo en el olvido o la contradicción a la ley, sino también en la aplicación torcida de las normas positivas (en este sentido STS 7-11-1986 -A 6813-, 12-9-1994 -A 7385-).

La resolución debe recaer en asunto administrativo. No es pacífica la interpretación de tal concepto. Para algunos autores es suficiente con que provenga de un funcionario o autoridad y que no revista carácter judicial, mientras que otros autores exigen que se trate de un acto administrativo en sentido estricto. En cualquier caso, lo fundamental es que emane de un ente público, con sujeción

a normas de Derecho Administrativo y que tenga trascendencia pública, por el objeto del que se ocupe la resolución y por los intereses sobre los que decida.

La conducta consiste en *dictar*. No hay duda sobre el carácter claramente activo de la conducta. Se discute sobre la posibilidad de dictar omisivamente la resolución, en atención a que al no dictarla, debiendo hacerlo, el funcionario no ha impedido la aparición de una especie de resolución improcedente o el mantenimiento de una que debía ser sustituida. Sin embargo, dado el tenor literal del tipo penal, se hace difícil sostener que dictar una resolución sea lo mismo que no dictarla (aunque la cuestión es compleja, al incidir en ella figuras como el silencio administrativo y la comisión por omisión).

La resolución debe dictarse dentro del ejercicio del cargo del funcionario o de la autoridad. Por el propio bien jurídico protegido en estos delitos se exige en la mayoría de ellos que el funcionario actúe en el ámbito de su competencia, aunque no se exige una competencia específica, sino que se considera suficiente la competencia genérica del funcionario.

El delito se consuma al dictar la resolución injusta, sin que sea necesario que dicha resolución produzca efectos perjudiciales o beneficiosos para alguien.

El autor del delito será la autoridad o funcionario público. Se trata por tanto de un delito especial propio. El CP de 1995 añade, en comparación con el derogado de 1944/1973, en todos los delitos de este título a la autoridad como posible autora de estos delitos. No era necesario reconocer expresamente la posibilidad de que las autoridades pudieran ser autoras de estos delitos, ya que conforme al art. 24 CP que define el concepto de autoridad y de funcionario público (e igual sucedía en el art. 119 CP 1944/1973), toda autoridad es a la vez funcionario a efectos penales. Se trata por tanto de una reiteración innecesaria.

En cuanto al tipo subjetivo, exige dolo y no se castiga la imprudencia. Esto representa una importante novedad respecto al art. 358 del CP de 1944. El delito de prevaricación sólo se castigará en su forma imprudente cuando se trate de una prevaricación judicial, recogida en el art. 447 CP (que aquí no nos interesa). Con ello se extraen del ámbito de lo

punible las conductas cuya posible y frecuente comisión originadora de responsabilidad penal más temores podrían producir en los funcionarios, quedando claro que nadie va a responder penalmente en este ámbito por un descuido.

La pena que corresponde al delito es la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años (el art. 358 CP 1944/1973 establecía también pena de inhabilitación especial).

Como se ve, al margen de la destipificación de la modalidad imprudente, las novedades no son muchas y es de suponer que no producirán un gran cambio en la aplicación jurisprudencial del delito doloso, que, por cierto, ha evolucionado desde una práctica inaplicación a una aplicación más frecuente (con casos tan sonados como el llamado juicio de la construcción en Burgos y otros en la mente de todos), que probablemente haga que los posibles implicados en estos casos se tomen más en serio la amenaza penal, lo cual es positivo desde el punto de vista de la prevención general de estos delitos (es decir, de su evitación hacia el futuro), y demuestra que muchas veces lo más importante a estos efectos no es tanto la existencia o configuración de un tipo penal como su efectiva aplicación.

El art. 405 CP establece: "A la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de su competencia y a sabiendas de su ilegalidad, propusiere, nombrare o diere posesión para el ejercicio de un determinado cargo público a cualquier persona sin que concurren los requisitos legalmente establecidos para ello, se le castigará con las penas de multa de tres a ocho meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años". El precepto es similar al art. 382 CP 1944/1973 (delito de nombramientos ilegales).

La conducta típica consiste en proponer, nombrar o dar posesión a una persona "sin que concurren los requisi-

tos legalmente establecidos para ello". Teniendo en cuenta los principios generales que rigen en el Derecho Penal de fragmentariedad y *ultima ratio* no integra el delito cualquier propuesta, nombramiento, etc., sin que la persona cumpla los requisitos, sino que se exige que los requisitos que no se cumplen sean esenciales; es decir, requisitos sin los cuales no se puede acceder al ejercicio del cargo público para el cual se efectúa la propuesta o el nombramiento o se da la posesión, de manera que el correcto servicio conforme a los principios de legalidad, objetividad e imparcialidad que la Administración debe prestar a los ciudadanos se vea perturbado. No se incluirán por tanto aquellos nombramientos irregulares que sólo afecten *ad intra* a la Administración, que constituirán en todo caso una infracción administrativa.

Se trata siempre de un tipo doloso, en el que cabe pensar en supuestos de imperfecta ejecución (tentativa) en el supuesto de dar posesión, cuando la otra persona no la acepta. El autor ha de ser la autoridad o funcionario que actúa en el ejercicio de su competencia.

Por lo que se refiere a la responsabilidad penal del sujeto que acepta el nombramiento, la propuesta o que toma la posesión, viene expresamente recogida, lo que constituye una novedad respecto al derogado CP de 1944/1973, en el art. 406 CP 1995: "La misma pena de multa se impondrá a la persona que acepte la propuesta, nombramiento o toma de posesión mencionada en el artículo anterior, sabiendo que carece de los requisitos legalmente exigibles".

En el antiguo delito de nombramientos ilegales existía la duda de cómo respondía el particular que aceptaba el nombramiento; con el CP de 1995 será autor del delito tipificado en el art. 406, que es un delito común. La pena será la misma que la del funcionario salvo la suspensión, lógicamente, puesto que al no tratarse el sujeto de un funcionario no se le puede suspender de ningún cargo público.

Cohecho

Las novedades más significativas que presenta la regulación de los delitos de cohecho en el CP de 1995, además de alguna otra menor, son:

- Una clara ordenación y gradación de las conductas de cohecho pasivo propio.

- La introducción de una nueva figura de cohecho pasivo impropio en el art. 425.1 CP, manteniendo la clásica y menos grave del art. 426 CP.

- La tipificación del llamado cohecho pasivo subsiguiente.

- La ruptura de la anterior equiparación en penas del particular al funcionario en el cohecho activo, estableciéndose ahora una pena menor para el particular que se limite a atender las solicitudes constitutivas de cohecho de autoridades o funcionarios (art. 423.2 CP).

- La introducción de una exención de pena al particular que, en determinados casos y con determinados requisitos, denuncie haber accedido a la solicitud constitutiva de cohecho de una autoridad o funcionario público (art. 427 CP).

Se entiende por **cohecho pasivo propio la conducta del funcionario que solicita o acepta una dádiva** (en sentido amplio) **o promesa para realizar un acto en su esfera de competencia**. Esta forma de cohecho se tipifica en los arts. 419, 420 y 421 CP, que distinguen tres figuras -con diferentes penas- según el acto a que se preordene la solicitud o aceptación de la dádiva o promesa. La parte común de la conducta típica es la siguiente (aunque hay variaciones formales en la redacción de las tres figuras: "La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, solicitare o recibiere, por sí o por persona interpuesta, dádiva o presente o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo ... " (la conducta de que se trate según la modalidad).

Aunque la cuestión es discutida y discutible, nos parece preferible interpretar que la dádiva (en un sentido amplio, que utilizaremos generalmente en lo que sigue) ha de tener contenido patrimonial o económico (si tiene otro, podrá integrar otros tipos, como los de prevaricación o los de los arts. 443 y 444 CP). Su cuantía deberá ser la suficiente para poseer una



CAPÍTULO V DEL COHECHO

419. La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, solicitare o recibiere, por sí o por persona interpuesta, dádiva o presente o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo una acción u omisión constitutivas de delito, incurrirá en la pena de prisión de dos a seis años, multa del tanto al triple del valor de la dádiva e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a doce años, sin perjuicio de la pena correspondiente al delito cometido en razón de la dádiva o promesa.

420. La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, solicite o reciba, por sí o por persona interpuesta, dádiva o promesa por ejecutar un acto injusto relativo al ejercicio de su cargo que no constituya delito, y lo ejecute, incurrirá en la pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a nueve años, y de prisión de uno a dos años e inhabilitación



cierta capacidad objetiva de corromper, atendidas las circunstancias del caso. La persona a la que beneficia la dádiva puede ser la autoridad o funcionario público o un tercero. El momento para su percepción puede ser anterior o posterior a la realización del hecho del funcionario a la que se preordena y este hecho ha de ser un acto (de distinta especie, según las modalidades) "relativo al ejercicio de su cargo", o sea, propio de su ámbito de competencia, aunque se interpreta esta competencia como genérica y no específica (salvo tal vez en la tercera de las modalidades, la de abstención de un acto debido), todo lo cual implica que no comete un delito de cohecho el funcionario que recibe una dádiva por realizar un hecho totalmente fuera de su competencia (con un ejemplo claro, no comete cohecho el Catedrático de Derecho Penal que la recibe por destruir unos documentos relativos a un expediente sancionador tributario de un contribuyente).

El delito, que sólo admite comisión dolosa, se consuma al solicitar o recibir el funcionario la dádiva o presente o aceptar el ofrecimiento o promesa, por lo que no es necesaria en todo caso para la consumación la recepción de la dádiva y tampoco que se realice el acto del funcionario al que la misma se preordena (así, por ejemplo, la STS de 29-4-1995, A 2881, que cita otras muchas), por lo que son difícilmente concebibles las formas imperfectas de ejecución, salvo tal vez en el supuesto en que el funcionario realiza la solicitud y ésta no llega al particular (por ejemplo, la hace por carta y ésta se intercepta o extravía), en que se podría calificar el hecho del funcionario de tentativa de cohecho.

El autor del delito ha de ser autoridad o funcionario público, por lo que se producen los problemas generales de los delitos especiales, a los que ya se ha hecho breve referencia. El art. 422 CP 1995, amplía, de manera similar a como lo hacía el anterior CP en su art. 388, el ámbito de posibles autores a "los jurados, árbitros, peritos, o cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la función pública" (aunque no hayan accedido a ella por una de las vías señaladas en el art. 24.2 CP, pues, si no, serían funcionarios a efectos penales y no haría falta la ampliación del art. 422 CP).

Por otro lado, el particular que corrompe o intenta corromper al funcio-

nario o acepta su solicitud no será castigado como mero partícipe en el delito del funcionario, sino que su conducta encajará, como autor, en los tipos de cohecho activo a los que más adelante nos referiremos, aunque, si además, la dádiva se preordena a la comisión de un delito por el funcionario, si éste llega a cometerse, el funcionario será autor del mismo (o si se intenta, de su tentativa), además del de cohecho (como el propio art. 419 CP viene a recordar en su inciso final), y el particular será, además de autor del correspondiente delito de cohecho activo, partícipe en el delito cometido (o intentado cometer) por el funcionario. El propio CP prevé la posibilidad de que el funcionario solicite o reciba la dádiva por persona interpuesta, en cuyo caso ésta resultará partícipe por cooperación necesaria (art. 28, párrafo segundo b CP) en el cohecho del funcionario, castigándosele con la misma pena que a éste.

Aparte de otras relaciones concursales, la jurisprudencia aplica cohecho, cuando se den sus requisitos, la figura del delito continuado (por ejemplo, STS 27-2-1982 -A 858- y 10-11-1989 -A 8608-).

Las modalidades de cohecho pasivo propio se distinguen por el acto del funcionario en el ejercicio de su cargo al que se preordena la dádiva y se ordenan en el CP de 1995 con mayor coherencia, también en la gravedad de las penas, que en el CP anterior de 1944/1973.

El supuesto más grave lo supone aquel en que la dádiva se preordena a "una acción u omisión constitutivas de delito" (art. 419 CP), en cuyo caso la pena es de prisión de dos a seis años, multa del tanto al triplo del valor de la dádiva e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a doce años, aclarándose la duda que se planteaba en el CP anterior de si una abstención de un acto debido constitutiva de delito debería calificarse por esta modalidad de cohecho o por la menos grave de ellas (la mención expresa de la omisión delictiva en este precepto indica que hay que castigar la referida conducta por él). Hay que interpretar *delito* estrictamente, es decir, con exclusión de las faltas (Libro III CP).

La segunda modalidad se produce cuando la dádiva se preordena a la realización por el funcionario de un "acto

injusto relativo al ejercicio de su cargo" (art. 420 NCP), en cuyo caso la pena es de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a nueve años, si llega a ejecutarlo, y de prisión de uno a dos años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años, si no llega a ejecutarlo, imponiéndose además en ambos casos multa del tanto al triplo del valor de la dádiva. Por acto injusto hay que entender las faltas penales y los ilícitos propios de una rama del Derecho distinta al Derecho Penal.

Por fin, en la tercera modalidad la dádiva tiene "por objeto que la autoridad o funcionario público se abstenga de un acto que debiera practicar en el ejercicio de su cargo", siendo la pena la de multa del tanto al duplo del valor de la dádiva e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años. Parece que hay que interpretar que se trata de abstenciones de actuar no constitutivas de delito, pero sí injustas, que el CP considera menos graves que los hechos injustos activos (en el CP anterior las cosas eran algo diferentes).

La figura del llamado **cohecho pasivo impropio** que contenía el art. 390 del derogado CP 1944/1973 ha sido recogida sin variaciones dignas de mención por el art. 426 CP de 1995: "**La autoridad o funcionario público que admitiere dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su función o para la consecución de un acto no prohibido legalmente, incurrirá en la pena de multa de tres a seis meses**". En esta forma de cohecho la dádiva o regalo o bien no se ofrece en atención a la realización de un hecho concreto, sino en atención a la función que en general desempeña el funcionario, o bien se preordena a un acto concreto pero que no está prohibido legalmente, habiéndose interpretado esto último por la doctrina, teniendo en cuenta el bien jurídico protegido, como hecho justo pero dentro del ámbito de competencia del funcionario (no cualquier otro hecho no prohibido). No se contempla la solicitud, sino sólo la aceptación del funcionario (vid., con diferencias, STS 29-4-1995 -A 2881- y 11-5-1994 -A 3687-). El principio de insignificancia y la adecuación o al menos la tolerancia social (cambiante eso sí con los tiempos) han extraído de la punición por este delito ciertas conductas que

encajan en su tenor literal (piénsese, por ejemplo, en los aguinaldos al basurero o al cartero).

Pero el CP de 1995 ha introducido, junto al citado tipo clásico de cohecho pasivo, otro, recogido (junto con el cohecho subsiguiente, cuya mención omitimos de momento) en su art. 425.1: "La autoridad o funcionario público que solicitare dádiva o presente o admitiere ofrecimiento o promesa para realizar un acto propio de su cargo..., incurrirá en la pena de multa del tanto al triplo del valor de la dádiva y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a tres años"; es decir, una pena distinta y en definitiva más grave que las del tipo clásico de cohecho pasivo impropio. Una diferencia con el clásico delito de cohecho pasivo impropio es que en éste la autoridad o funcionario ha de admitir la dádiva o regalo, mientras que en el nuevo delito ha de solicitarlos (sin que sea necesario que llegue realmente a recibirlos) o admita el ofrecimiento o promesa.

De todas formas, la dificultad principal que plantea el nuevo tipo y su deslinde con el clásico de cohecho pasivo impropio, es la distinción "un acto propio de su cargo" en el nuevo tipo, del "acto no prohibido legalmente" en el cohecho impropio clásico, pues, como sabemos, esto último se interpretaba doctrinalmente como acto justo en el ejercicio de su cargo. Probablemente, y aunque ello sea política y criminalmente indeseable, el nuevo tipo obligará a reinterpretar la expresión "actos no prohibidos legalmente" para distinguirla de los "propios de su cargo", pudiendo tal vez sostenerse que los actos no prohibidos legalmente del cohecho pasivo impropio clásico son actos lícitos no propios de la esfera de competencias del funcionario, pero relacionados de alguna manera con su trabajo (por ejemplo, la agilización o tramitación de un papel en otra dependencia del ministerio donde trabaja el funcionario) o, como sugieren Orts/Valeige, que son actos menores, manuales, auxiliares y de apoyo al órgano administrativo y que suelen ser discrecionales.

También novedosa es la tipificación en el art. 425 CP de 1995 (junto con la nueva figura de cohecho impropio que acabamos de examinar) del llamado **cohecho subsiguiente: "1. La autoridad o funcionario público que solicita-**

re dádiva o presente o admitiere ofrecimiento o promesa ... como recompensa del (acto propio de su cargo) ya realizado, incurrirá en la pena de multa del tanto al triplo del valor de la dádiva y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a tres años./2. En el caso de recompensa por el acto ya realizado, si éste fuera constitutivo de delito se impondrá, además, la pena de prisión de uno a tres años, multa de seis a diez meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de diez a quince años".

Por tanto, el acto recompensado, puede ser en principio cualquiera ya realizado, siempre que entre dentro de los propios del cargo, que, de ser constitutivo de delito, hará que sea de aplicación la disposición agravatoria del número 2. Naturalmente, la recompensa por el acto ya realizado no ha de haber sido solicitada, aceptada o pactada antes de la realización del acto, pues en tal caso nos hallaríamos ante una de las modalidades más de cohecho pasivo propio o bien ante el otro delito de cohecho del art. 425.1 CP. Orts/Valeige manifiestan que la conducta de cohecho subsiguiente no afecta a la objetividad e imparcialidad en la actuación administrativa -en el momento en que se realizó el acto- (aunque sí da una mala imagen de la Administración), por lo que su punición no está del todo justificada desde el punto de vista del bien jurídico, y se debe seguramente a una razón político-criminal: la sospecha de que hubo un pacto previo de pago por el servicio, pacto cuya difícil prueba se estaría obviando de este (por tanto cuestionable) modo.

Se denomina **cohecho activo** a la conducta de "los que con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas corrompieren o intentaren corromper a las autoridades o funcionarios públicos" o "atendieren las solicitudes de los funcionarios públicos" (art. 423 CP), suponiendo una novedad fundamental del CP de 1995, frente al de 1944/1973 (que castigaba igual que las de los funcionarios ambas conductas), el que en el primer caso se imponen las mismas penas de prisión y multa que a los funcionarios (naturalmente no las de inhabilitación), mientras que en el segundo (he aquí la novedad) se impone la pena inferior en un grado a la acabada de señalar.

El legislador ha pensado seguramente que el papel del particular que se limita a atender las solicitudes de los funcionarios ejerce un papel menor en la afectación de la imparcialidad y atención a los intereses generales por parte del funcionario (que en definitiva estaba ya corrompido) que cuando corrompe o intenta corromper al mismo. Por otro lado, la ubicación de este delito justo detrás de los de cohecho pasivo propio parece confirmar (junto con argumentos referidos a las penas) la interpretación de que sólo se pena como cohecho activo cuando es el reverso de esos delitos de cohecho pasivo propio y no de los de cohecho subsiguiente y pasivo impropio de los arts. 425 y 426 CP.

Como estamos ante un delito común (no de funcionario), no nos detendremos en sus elementos generales, más allá de alguna observación ya realizada al hilo del cohecho pasivo. Baste señalar que el art. 424 CP (prácticamente igual que la contenida en el art. 392 del CP derogado) describe una modalidad atenuada de cohecho activo, castigando al sobornador con pena de multa de tres a seis meses, "cuando el soborno mediere en causa criminal en favor del reo por parte de su cónyuge u otra persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, o de algún ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza, por adopción o afines en los mismos grados".

No podemos dejar de señalar, sin embargo, una de las grandes novedades del CP de 1995 en relación con la regulación del cohecho activo (y que afecta necesariamente a la persecución de los correspondientes delitos de cohecho pasivo) es la que introduce el art. 427 CP, según el cual: "Quedarán exentos de pena por el delito de cohecho el particular que haya accedido ocasionalmente a la solicitud de dádiva o presente realizada por autoridad o funcionario público y denunciare el hecho a la autoridad que tenga el deber de proceder a su averiguación, antes de la apertura del correspondiente procedimiento, siempre que no hayan transcurrido más de diez días desde la fecha de los hechos". Probablemente son varias las razones político-criminales de utilidad que han conducido al legislador a ofrecer esta exención de pena. Pero (cosa que a veces los medios de comunicación han omitido explicar en ocasiones cuando han anunciado la





posibilidad de aplicación retroactiva del precepto) el CP sólo ofrece la exención (que puede resultar al menos discutible, como toda medida de fomento de la delación) para la modalidad menos grave de cohecho activo y para quien lo cometa ocasionalmente y se decida pronto a denunciarlo y sin que se haya abierto el correspondiente procedimiento (lo cual es explicable). En cualquier caso, la aplicación retroactiva de la medida durante los primeros diez días de vigencia del CP de 1995 ciertamente posee algún sentido, por tratarse de una norma beneficiosa para el delincuente denunciante, pero posee también aspectos discutibles, pues desvirtúa en parte la propia concepción de la figura en que es un elemento relevante la inmediatez de la denuncia a la comisión de los hechos (hasta diez días después de acaecidos éstos).

El art. 431 CP señala que en todos los supuestos de tráfico de influencias y cohecho *"las dádivas, presentes o regalos caerán en decomiso"*. La novedad respecto del art. 393 del CP derogado es que en éste la referencia al *comiso* se limitaba a los supuestos de cohecho, mientras que el nuevo CP ya vigente la amplía al tráfico de influencias.

Respecto de la *magnitud de las penas* en los delitos de cohecho en comparación con las del CP derogado hay que señalar, junto a la aparición de nuevas conductas punibles, como hemos visto, y la rebaja de pena en el cohecho activo cuando la solicitud procede del funcionario, que tienen validez aquí las ideas apuntadas al respecto en la introducción al presente trabajo (penas similares o endurecimiento comparativo relativo).

Tráfico de influencias

Las novedades más destacadas de la regulación de los delitos de tráfico de influencias en el CP de 1995 radican en:

- La no exigencia de producción efectiva de un beneficio económico en los tipos de ejercicio de influencia sobre funcionario público o autoridad, que de darse cualifican el delito y agravan la pena.
- La mayor concreción de la conducta típica del ofrecimiento para ejercer

influencia por referencia a los tipos anteriores, así como la supresión en este delito de la mención expresa a la pena de inhabilitación especial como accesoria para el profesional titulado que lo cometa.

- La previsión del decomiso de dádivas, presentes o regalos también para los supuestos de tráfico de influencias (antes sólo mencionado para el cohecho).
- El endurecimiento de las penas con las que se conminan las conductas típicas.

En los arts. 428 y 429 CP se recogen dos tipos (cada uno con su respectiva cualificación) **de ejercicio de influencia sobre funcionario público o autoridad**, que se diferencian en el que el primero, el autor, ha de ser un funcionario público o autoridad, mientras que en el segundo ha de tratarse de un particular. El art. 428 CP reza: **"El funcionario público o autoridad que influyere en otro funcionario público o autoridad prevaleándose del ejercicio de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero, incurrirá en las penas de prisión de seis meses a un año, multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años. Si obtuviere el beneficio perseguido se impondrán las penas en su mitad superior"**, mientras que el art. 429 CP dispone: **"El particular que influyere en un funcionario público o autoridad prevaleándose de cualquier situación derivada de su relación personal con éste o con otro funcionario público o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar, directa o indirectamente, un beneficio económico para sí o para un tercero, será castigado con las penas de prisión de seis meses a un año, y multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido. Si obtuviere el beneficio perseguido se impondrán las penas en su mitad superior"**.

Por lo tanto, son elementos básicos de la parte objetiva de ambos delitos el ejercicio de influencia (parcialmente de diversa especie, como se ha visto, según

que el autor sea funcionario o particular) sobre funcionario o autoridad y la obtención de una resolución que pueda generar un beneficio económico, debiendo darse entre ambos una doble relación de causalidad e imputación objetiva para que el delito se consume.

Se ha subrayado que la influencia no supone una simple recomendación o consejo, una inducción sin más, sino que la exigencia de prevalimiento significa una mayor presión sobre la voluntad del funcionario o autoridad, de manera que se afecta en cierta medida la libertad en la formación de esa voluntad (en similar sentido, además de diversos pronunciamientos doctrinales, la STS 24-6-1994, A 5031, y la Sentencia de la Audiencia de Barcelona -SAB- 28-7-1995).

Para que se consuma el delito, es preciso que se consiga del funcionario o autoridad una resolución capaz de generar directa o indirectamente un beneficio económico para quien ejerce la influencia o para un tercero (se produzca o no efectivamente ese beneficio), debiéndose entender que la consecución de la resolución es el resultado del delito y no una mera condición objetiva de punibilidad, como alguna vez se ha pretendido (en el sentido correcto, la SAB 28-7-1995). La resolución obtenida puede ser justa o injusta (con la consecuencia que veremos en este caso), siempre y cuando sea idónea para la generación del beneficio económico.

La efectiva producción del beneficio económico no es ya otro resultado del delito exigible para su consumación, como sucedía en los tipos prácticamente idénticos a los que analizamos de los arts. 404 bis a) y 404 bis b) del derogado CP 1944/1973, sino que simplemente es un elemento que, de concurrir, cualifica el delito, agravando la pena (lo cual supone una ampliación de la tipicidad, pero resulta lógico desde la perspectiva del bien jurídico, si es que se estima que debe existir el delito). Cuando conste la persecución o producción del beneficio, pero no su cuantía, se produce un interesante problema de determinación de la pena de multa proporcional al beneficio establecida en estos tipos, en el que no podemos detenernos.

Los tipos estudiados, que requieren dolo y en los que cabe la tentativa, presentan importantes cuestiones en materia de concurso, como las que afectan al

cohecho (normalmente se aplicará éste y no el tráfico de influencias cuando la influencia se ejerza ofreciendo alguna dádiva), o a la prevaricación (quien ejerce la influencia consiguiendo una resolución arbitraria será, además de autor del delito de tráfico de influencias, normalmente inductor de un delito de prevaricación, castigado con la misma pena que el autor de éste; vid. al respecto STS 24-6-1994, A 5031, y SAB 28-7-1995).

El art. 430 CP se refiere al delito de *ofrecimiento para ejercer influencia* del siguiente modo: "Los que, ofreciéndose a realizar las conductas descritas en los artículos anteriores, solicitaren de terceros dádivas, presentes o cualquier otra remuneración, o aceptaren ofrecimiento o promesa, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año./En cualquiera de los supuestos a que se refiere este artículo, la autoridad judicial podrá imponer también la suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, organización o despacho y la clausura de sus dependencias abiertas al público por tiempo de seis meses a tres años".

Aunque no realicemos un análisis pormenorizado de este delito, conviene señalar que el CP de 1995 supone una mejora sustancial en la descripción de la conducta respecto de su antecesor en el CP 1944/1973 (art. 404 bis c), que se refería a "los que ofreciendo hacer uso de influencias cerca de las autoridades o funcionarios públicos, solicitaren...", en un ejemplo de pésima tipificación, por su amplitud, vaguedad y por la remota distancia de la conducta respecto del bien jurídico supuestamente protegido. El avance en la concreción de la conducta típica en el delito del art. 430 CP es indudable, pues ya no se trata de ofrecer

cualquier tipo de influencias, sino de ofrecerse a realizar las conductas de tráfico de influencias precisamente de los arts. 428 y 429 CP.

Una parte de la crítica que se realizaba al anterior tipo subsiste. Así, al tratarse de la tipificación de un mero acto preparatorio de los delitos de los artículos anteriores (y, en su caso, de otros), resulta muy relativa (por remota) la afectación por este delito del buen funcionamiento (entendido como más arriba se explicó) de la Administración Pública, y por tanto el castigo penal de esta conducta parece cuestionable desde diversos principios del Derecho Penal (principios de exclusiva protección de bienes jurídicos, subsidiariedad, intervención mínima o carácter de *ultima ratio*, y carácter fragmentario del Derecho penal), más aún en un Código, como el de 1995, que sólo excepcionalmente castiga los actos preparatorios de delitos.

Como ya hemos señalado, el art. 431 CP 1995 extiende al tráfico de influencias lo que en el art. 393 CP 1944/1973 sólo se refería al cohecho: "En todos los casos... las dádivas, presentes o regalos caerán en decomiso".

Se observa un *endurecimiento de las penas* de los delitos de tráfico de influencias en el CP de 1995, en comparación con las del derogado CP de 1944/1973 (compárense las ya conocidas del CP 1995 con las de los arts. 404 bis a, 404 bis b y 404 bis c CP 1944/1973, con la salvedad de la desaparición en el art. 430 CP 1995 de la previsión que el segundo párrafo del art. 404 bis c CP 1944/1973 realizaba: "Si los hechos a que se refiere el párrafo anterior fueren realizados por profesional titulado, se impondrá, además, como accesoria la pena de inhabilitación especial", pero

teniendo en cuenta que esta pena tiene cabida como accesoria según el art. 56 CP 1955).

La introducción de los delitos de tráfico de influencias en nuestro Derecho Penal es reciente, pues se incorporan al anterior CP mediante Ley Orgánica 9/1991, de 22 de marzo. La necesidad y conveniencia de tal incorporación, impulsada por el surgimiento de varios escándalos de matiz político, sobre todo varios episodios del llamado "caso Juan Guerra" (a los que, evidentemente, no podían ser aplicados los nuevos tipos, en virtud del principio de irretroactividad de la ley penal, que sólo se exceptúa en los casos en que favorezca al reo: arts. 23 y 24 CP 1944/1973 y 2 CP 1995, además del art. 9,3 CE), fue ya discutida en su momento. Sin duda su incorporación en esa fecha y su mantenimiento y agravación en el vigente CP de 1995 son plasmación de la preocupación del legislador por el fenómeno de la corrupción administrativa y política, bien por sí mismo, bien por el alto grado de atención y crítica que suscita en los medios de comunicación y en definitiva, por el alto grado de alarma y repudio social que despierta.

Lo anterior no debe llevar a pensar que el Derecho Penal es ni el único, ni el primero ni el más adecuado de los medios de lucha contra la corrupción, sino que deben medirse bien, desde los principios más arriba enunciados y desde otros, como los de proporcionalidad y eficacia, cuáles son los casos en que el Derecho Penal debe intervenir y qué penas debe imponer, porque se corre el riesgo de una inaplicación del Derecho penal, convirtiéndose éste en algo meramente simbólico (lo cual es rechazable). Tal era el peligro de los delitos de tráfico de influencias, como parece ir demostrando la escasa aplicación de los mismos en la historia judicial de su existencia (salvo resoluciones que hayan escapado a nuestro control, el TS sólo se ha ocupado del tráfico de influencias, sin poder aplicar retroactivamente los tipos de esos delitos, en la STS 24-6-1994, A 5031 -recalificación de terrenos en Alcalá de Guadaíra, uno de los episodios del "caso Juan Guerra"-, y, lo que es más significativo, sólo se ha producido una condena por tráfico de influencias en tribunales inferiores, concretamente la contenida en SAB 28-7-1995, en relación con la conducta del entonces alcalde de L'Hospitalet de Llobregat respecto



CAPÍTULO VI DEL TRÁFICO DE INFLUENCIAS

428. El funcionario público o autoridad que influyere en otro funcionario público o autoridad prevaleándose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero, incurrirá en las penas de prisión de seis meses a un año, multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años. Si obtuviere el beneficio perseguido se impondrán las penas en su mitad superior.

429. El particular que influyere en un funcionario público o autoridad prevaleándose de cualquier situación derivada de su relación personal con éste o con otro funcionario público o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente, un beneficio económico para sí o para un tercero, será castigado con las penas de prisión de seis meses a un año, y multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido. Si obtuviere el beneficio perseguido se impondrán las penas en su mitad superior.

430. Los que, ofreciéndose a realizar las conductas descritas en los artículos anteriores, solicitaren de terceros dádivas, presentes o cualquier otra remuneración, o aceptaren ofrecimiento o promesa, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año.



de la concesión de obras de un aparcamiento). Escasa aplicación, que se convierte en nula en relación con el tipo de ofrecimiento para ejercer influencia, respecto del que creemos no ser muy osados augurándole también una escasa o nula aplicación futura. Creemos que, tanto en 1991 como en 1995, habría sido mejor seguramente tipificar los casos más graves de tráfico de influencias por la vía de la inclusión de alguna previsión al respecto dentro de los delitos de cohecho.

Malversación

Las novedades principales en los delitos de malversación son:

- ❖ La exigencia expresa de ánimo de lucro en el art. 432 CP.
- ❖ La desaparición del sistema de cuantías estricto para determinar la pena recogido en el art. 394 CP 1944/1973 (y la supresión de la enorme desproporción de alguna de sus penas).
- ❖ La desaparición del delito de malversación imprudente recogido en el art. 395 CP 1944/1973, cabiendo a partir del CP de 1995 únicamente el delito de malversación cometido dolosamente.
- ❖ La desaparición del delito de malversación impropia recogido en el art. 397 del CP de 1944 (dar a los caudales públicos una aplicación pública diferente de aquella a la que estuvieran destinados).
- ❖ La desaparición del delito de desobediencia recogido en el art. 398 del derogado CP 1944/1973 (el funcionario que debiendo hacer un pago como tenedor de fondos del Estado no lo hiciera).
- ❖ La introducción de un nuevo precepto, el art. 434 CP 1995 referido a la aplicación privada de bienes muebles e inmuebles pertenecientes a cualquier Administración pública con grave perjuicio para la causa pública.

Bajo el concepto de **malversación** se incriminan una amplia variedad de conductas: **la sustracción de fondos públicos por el funcionario o autoridad que los tenga a su cargo, el consentir que otra persona los sustraiga, aplicarlos a usos propios o ajenos,** y

otras; pero, a pesar de la variedad de figuras, se puede afirmar que el CP de 1995 ha supuesto una homogeneización de las mismas.

En todas estas conductas se pueden distinguir tres elementos comunes: el carácter público de los caudales o efectos, la cualidad pública del autor y la especial relación exigida al funcionario con el objeto material.

En cuanto al bien jurídico protegido, aún no tratándose de un delito contra la propiedad, no se puede olvidar que en estos delitos la protección del patrimonio público es fundamental al menos en la mayoría de las conductas descritas, y sobre todo en la del art. 432 del CP. Ahora bien, si comparamos la regulación de la malversación con la protección que se otorga a la propiedad y al patrimonio en los tipos comunes, observaremos que en la malversación se da una anticipación y extensión de la tutela. Por tanto se puede definir el bien jurídico como la correcta gestión y utilización del patrimonio público por parte de la Administración Pública de cara a servir los intereses generales de la sociedad.

Caudales públicos son, según doctrina y jurisprudencia mayoritarias, cualquier clase de bienes muebles y con valor económico, dinero, efectos negociables, etc., pertenecientes a la Administración.

El autor del delito debe ser autoridad o funcionario, si bien el art. 435 CP extiende (de modo similar a como lo hacía el art. 399 CP 1944/1973, aunque actualizando la redacción de éste) la sanción penal por las conductas descritas con anterioridad a quien, no siendo funcionario público esté encargado de fondos de titularidad pública o de fondos privados embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, "*Las disposiciones de este capítulo son extensivas: /1º A los que se hallen encargados por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos de las Administraciones públicas. /2º A los particulares legalmente designados como depositarios de caudales o efectos públicos. /3º A los administradores o depositarios de dinero o bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares.*"

Debe existir una vinculación entre el funcionario y los (distintos) caudales o

efectos. Esta vinculación puede consistir en que el funcionario tenga los fondos "a su cargo por razón de sus funciones" (arts. 432 y 433 CP), que "se halle encargado de ellos por cualquier concepto" o que sea "administrador o depositario" (art. 435 CP) (para algunos matices, vid. STS 29-2-1988 -A 1354-, y 12-1-1990 -A 301-).

El art. 432 CP castiga como conducta típica *la sustracción de caudales o efectos públicos* por parte del funcionario o de la autoridad, o el consentimiento de éstos en que otro sustraiga: "*La autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, sustrajere o consintiere que un tercero, con igual ánimo, sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones, incurrirá en la pena de prisión de tres a seis años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años.*"

La conducta de *sustraer* se interpreta ampliamente como comprensiva de separar, extraer, quitar o desviar los caudales de las necesidades del servicio, haciéndolos suyos (sería más correcto hablar de *apropiación*). La otra conducta que recoge el art. 432 CP es la de "*consentir que un tercero sustraiga*", castigándola con la misma pena que la apropiación por el mismo funcionario o autoridad.

Exige expresamente el CP de 1995 el "*ánimo de lucro*" por parte del funcionario, de la autoridad o del tercero que sustrae. Dicho ánimo ya venía siendo exigido por la jurisprudencia aunque el CP de 1944/1973 no lo exigía expresamente (STS de 22-2-1995, A 1309). Se interprete como se interprete la exigencia de ánimo de lucro, es preciso que el funcionario quiera tener la cosa como propia, dada la configuración del art. 432 CP, que habla de *sustraer*, en contraste con la de los arts. 433 y 434, en los que se habla de *destinar* y *aplicar* respectivamente. Además, de no exigir en la malversación del art. 432 CP la intención de tener la cosa como propia, no se comprendería la gravedad de las penas previstas en él, frente a las mucho más benévolas del art. 433 CP.

La pena base del art. 432 CP es la establecida en su primer párrafo "*prisión de tres a seis años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años.*" En el párrafo segundo del mencionado artículo se contiene una cualificación por la

CAPÍTULO VII
DE LA MALVERSACIÓN

432. 1. La autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, sustrajere o consintiere que un tercero, con igual ánimo, sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones, incurrirá en la pena de prisión de tres a seis años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años.

2. Se impondrá la pena de prisión de cuatro a ocho años y la de inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años si la malversación revistiera especial gravedad atendiendo al valor de las cantidades sustraídas y al daño o entorpecimiento producido al servicio público. Las mismas penas se aplicarán si las cosas malversadas hubieran sido declaradas de valor histórico o artístico, o si se tratara de efectos destinados a aliviar alguna calamidad pública.

3. Cuando la sustracción no alcance la cantidad de quinientas mil pesetas, se impondrán las penas de multa superior a dos y hasta cuatro meses, prisión de seis meses a tres años y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a un año.

433. La autoridad o funcionario público que destinare a usos ajenos a la función pública los caudales o efectos puestos a su cargo por razón de sus funciones, incurrirá en la pena de multa de seis a doce meses, y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a tres años.

Si el culpable no reintegrara el importe de lo distraído dentro de los diez días siguientes al de la incoación del proceso, se le impondrán las penas del artículo anterior.

especial gravedad de la malversación, gravedad que se mide con los parámetros del valor de las cantidades sustraídas y del daño o entorpecimiento producido al servicio público. Se ha pasado así del sistema de tramos por cuantías, imperante en el derogado artículo 394 CP 1944/1973 (en que la pena podía llegar a ser de reclusión menor -igual que el homicidio- si la cuantía superada los 2.500.000 pesetas, lo cual resultaba muy desproporcionado), a dejar en manos del juez la ponderación de cuándo es grave la malversación por razón de la cuantía.

También se agrava la pena cuando las cosas malversadas hubieran sido declaradas de valor histórico o artístico o se trate de efectos destinados a aliviar alguna calamidad pública. En todos estos casos la pena será de prisión de cuatro a ocho años y de inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años. En el párrafo tercero se establece una atenuación de la pena para los casos en que la cantidad malversada no supere las 500.000 pesetas, en cuyo caso la pena será la de multa de dos a cuatro meses, prisión de seis meses a tres años y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a un año.

Como novedad de importante trascendencia práctica hay que recordar la no tipificación de una figura de delito imprudente correspondiente a la dolosa que acabamos de ver (figura que sí existía en el art. 395 CP 1944/1973), ni de ninguna otra de malversación imprudente.

El art. 433 CP establece como conducta típica la del funcionario o autoridad que destinare a usos ajenos a la función pública los caudales o efectos puestos a su cargo por razón de sus funciones: "*La autoridad o funcionario público que destinare a usos ajenos a la función pública los caudales o efectos puestos a su cargo por razón de sus funciones, incurrirá en la pena de multa de seis a doce meses, y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a tres años. Si el culpable no reintegrara el importe de lo distraído dentro de los diez días siguientes al de la incoación del proceso, se le impondrán las penas del artículo anterior.*"

La conducta que se tipifica en este precepto es la del uso transitorio por el funcionario o autoridad de los caudales o efectos a su cargo. La doctrina diferencia esta figura de malversación de la anterior en virtud de que se estime concurrente ánimo de apropiación definitiva o temporal. Esta interpretación se deriva del párrafo segundo del artículo 433 CP (cuyo antecedente es el art. 396 CP 1944/1973, criticado por suponer una presunción de ánimo de apropiación definitiva), que exige el reintegro de los efectos.

La pena es desde luego claramente inferior a la establecida en el art. 432 CP, consistiendo en "*multa de seis a doce meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a tres años.*"

Con el claro tenor del art. 433 CP en lo referente a que los usos a que se destinan los caudales o efectos han de ser

ajenos a la función pública, queda clara la destipificación (sin perjuicio de que constituya una infracción administrativa) de la conducta llamada *malversación impropia* que se castigaba en el art. 396 CP 1944/1973, consistente en dar el funcionario a los caudales o efectos una aplicación pública diferente de aquella a la que estuvieran destinados.

También desaparece el delito antes recogido en el art. 398 CP 1944/1973, que se criticaba por suponer en buena medida un delito de desobediencia administrativa.

El art. 434 CP supone una novedad del Código que acaba de entrar en vigor. No parece muy acertado este nuevo precepto, motivado también en gran medida por escándalos concretos, porque es difícil deslindar, al menos en lo que se refiere a los bienes muebles, la conducta en él tipificada de las recogidas en los dos preceptos anteriores (se puede entender que, en general, este precepto se refiere a aplicación -no sustracción- prolongada sin reintegro -no temporal- de los bienes, o entender que se diferencia por el carácter de los bienes: inmuebles y muebles distintos del dinero): "*La autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro propio o ajeno y con grave perjuicio para la causa pública, diere una aplicación privada a bienes muebles e inmuebles pertenecientes a cualquier Administración o Entidad estatal, autonómica o local u Organismos dependientes de alguna de ellas, incurrirá en las penas de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años.*" En cualquier caso, el precepto, si es que se aplica, va a obligar a grandes esfuerzos interpretativos, pues tampoco está claro si el perjuicio del que se habla ha de ser (además del general perjuicio o peligro para el buen funcionamiento de la Administración) patrimonial o económico, como parece que podría indicarlo el hecho de tratarse de un delito de malversación; o puede ser de carácter moral, no económico, como indicaría la expresión "*grave perjuicio para la causa pública.*"

La pena de este delito, siempre doloso, es más grave que la establecida por el art. 433 CP y menos grave que la del art. 432 CP, consistiendo en "*prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años.*"





Falsedades documentales

Aunque no se trata de delitos contra la Administración Pública y el bien jurídico que en ellos se protege es, al menos parcialmente, otro, la posible frecuencia de su comisión y el interés que suscitan justifican alguna explicación respecto de estos delitos, si bien nos ceñiremos exclusivamente a las falsedades cometidas por autoridad o funcionario público (no entrando en otras falsedades documentales) y prácticamente sólo a las principales novedades del CP 1995.

Las novedades del CP 1995 en este ámbito son las siguientes:

- ✗ La inclusión de una definición de documento.
- ✗ La aparente reducción de conductas típicas de falsificación de documentos públicos, oficiales y mercantiles por funcionario público.
- ✗ La clara tipificación de conductas imprudentes en relación con estas falsedades.
- ✗ La doble punición (tanto para funcionario como para particular) de la utilización en juicio de uno de esos documentos falsos (y otra novedad sobre la utilización fuera de juicio).
- ✗ La ampliación de los *despachos* cuya suposición o falsificación constituye delito de los funcionarios encargados de los servicios de telecomunicación.
- ✗ Otras relativas al castigo del libramiento de certificación falsa por funcionario.

Al contrario de lo que ocurría en el derogado CP de 1944/1973, el vigente CP 1995 contiene una definición de documento, especialmente relevante, claro está, en relación con los delitos de falsedades documentales. Tal definición, que desde luego aclara anteriores dudas respecto de los posibles soportes materiales aptos para incorporar un documento, pero que a la vez resulta discutible por su amplitud, se contiene en el art. 26 CP: "A los efectos de este Código se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica".

En cuanto a la **falsificación (dolosa) de documentos públicos, oficiales y mercantiles**, el art. 390 CP dispone: "1. *Será castigado con las penas de prisión de tres a seis años, multa de seis a veinticuatro meses e inhabilitación especial por tiempo de dos a seis años*" (frente a las de prisión mayor -de seis años y un día a doce años y multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas, que establecía el art. 302 CP 1944/1973) "**la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones, cometa falsedad**:/1º. **Alterando un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial**./2º. **Simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad**./3º. **Suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido, o atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho**./4º. **Faltando a la verdad en la narración de los hechos**./2. *Será castigado con las mismas penas a las señaladas en el apartado anterior el responsable de cualquier confesión religiosa*" (en el CP anterior se hablaba de "ministro eclesiástico"; la novedad, en la que no nos detenemos, parece lógica) "*que incurra en alguna de las conductas descritas en los números anteriores, respecto de actos y documentos que puedan producir efecto en el estado de las personas o en el orden civil*".

Las cuatro modalidades de conducta falsaria recogidas en el nº 1 del precepto reducen el casuismo de las nueve modalidades que encontrábamos en el art. 302 del derogado CP 1944/1973, aunque en realidad supone una simplificación en la descripción de las conductas punibles, con una mejor técnica legislativa, y no una sustancial reducción del ámbito de dichas conductas.

Pero la más importante decisión que se encierra en la descripción típica transcrita es la de mantener como forma de falsedad punible para la autoridad o funcionario respecto de los documentos señalados la conducta de falsedad ideológica por excelencia: faltar a la verdad en la narración de los hechos. Porque el CP de 1995 (al contrario que el de 1944/1973) ha decidido destipificar (salvo que expresamente la castiga en tipos relacionados con otras clases de delitos) esa forma de falsedad en los demás supuestos; es decir, en los de falsifica-

ción de documentos públicos, oficiales o mercantiles por particular (art. 392 CP) y de falsificación de documento privado (art. 395 CP).

Clara, aunque discutible, ha sido la decisión del legislador en una cuestión que resultaba polémica bajo la vigencia del anterior CP 1944/1973: la incriminación o no de la posibilidad de castigar la comisión imprudente del anterior delito. Así, ha optado (siempre que la imprudencia sea grave) por la opinión del sector doctrinal minoritario y de la jurisprudencia (vid., por ejemplo y entre otras, la STS 13-12-1985, A 6258, comentada por Díaz y García Conlledo), frente a la de la doctrina mayoritaria, más acertada en nuestra opinión, que consideraba impunes las falsedades documentales imprudentes y pensaba que debían seguir siéndolo. Así, el art. 391 CP establece: "*La autoridad o funcionario público que por imprudencia grave incurriere en alguna de las falsedades previstas en el artículo anterior o diere lugar a que otro las cometa*", (esto último amplía todavía más el tipo, al castigar una forma de participación imprudente en la conducta falsaria de otro, lo cual nos parece doblemente criticable (pues consideramos que, con carácter general, la participación imprudente es impune) "*será castigado con la pena de multa de seis a doce meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a un año*". Y, por si esto fuera poco y para no dejar ningún género de dudas, el art. 390 CP 1995 (falsedad dolosa) establece que el funcionario ha de cometer la falsedad "*en el ejercicio de sus funciones*" (lo cual resulta obvio, pues, de lo contrario, actuaría como particular), sustituyendo así la anterior expresión del art. 302 CP 1944/1973 "*abusando de su oficio*", de la que diversos autores deducíamos un argumento definitivo en contra de la punibilidad de la modalidad imprudente.

La sanción de la utilización en juicio de un documento falso no es novedosa (se castigaba, en lo que se refiere al documento público, oficial o de comercio, en el art. 304 CP 1944/1973). La novedad es que en el CP 1995, se castiga, por un lado, en sede de falsedades documentales, en lo relativo a documentos públicos, oficiales o de comercio (aunque lo que aquí se dice vale en líneas generales para la presentación en juicio de otros documentos) concretamente en

CAPÍTULO II
DE LAS FALSEDADES DOCUMENTALES

SECCIÓN 1.ª

De la falsificación de documentos públicos, oficiales y mercantiles y de los despachos transmitidos por servicios de telecomunicación

390. 1. Será castigado con las penas de prisión de tres a seis años, multa de seis a veinticuatro meses e inhabilitación especial por tiempo de dos a seis años, la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones, cometa falsedad:

1º Alterando un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial.

2º Simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad.

3º Suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido, o atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho.

4º Faltando a la verdad en la narración de los hechos.

2. Será castigado con las mismas penas a las señaladas en el apartado anterior el responsable de cualquier confesión religiosa que incurra en alguna de las conductas descritas en los números anteriores, respecto de actos y documentos que puedan producir efecto en el estado de las personas o en el orden civil.

el art. 393 CP ("El que, a sabiendas de su falsedad, presentare en juicio o, para perjudicar a otro, hiciere uso de un documento falso de los comprendidos en los artículos precedentes, será castigado con la pena inferior en grado a la señalada a los falsificadores"), y, por otro, entre los delitos contra la Administración de Justicia, dentro de los de falso testimonio, en el art. 461.2 CP (art. 462 CP: "1. El que presentare a sabiendas testigos falsos o peritos o intérpretes mendaces, será castigado con las mismas penas que para ellos se establecen en los artículos anteriores./2. La misma pena se impondrá al que conscientemente presente en juicio elementos documentales falsos. Si el autor del hecho lo hubiera sido además de la falsedad, se impondrá la pena correspondiente al delito más grave en su mitad superior./3. Si el responsable de este delito fuese abogado, procurador, graduado social o representante del Ministerio Fiscal, en actuación profesional o ejercicio de su función, se impondrá en cada caso la pena en su mitad superior y la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, por tiempo de dos a cuatro años").

Esta duplicidad plantea difíciles problemas de determinación del tipo o tipos aplicable(s) y se debe a un grave defecto de técnica legislativa, motivado en buena medida por la precipitación en la última fase de elaboración y aprobación del CP 1995: se tomó el texto del delito contra la Administración de Justicia del Proyecto de CP de 1992, en el que no se tipificaba la presentación de documentos en juicio entre los delitos de falsedades, pero en cambio sí se revisaron estos últimos, introduciéndose en el CP 1995 estas conductas.

Se puede también señalar, en materia de utilización de documentos públicos, oficiales y mercantiles, que existe otra novedad en el CP de 1995, porque, como hemos visto, en su art. 393 se castiga el uso de documento fuera de juicio sólo si es "para perjudicar a otro", mientras que el correspondiente art. 304 CP 1944/1973 exigía "intención de lucro".

El art. 394 CP establece: "La autoridad o funcionario público encargado de los servicios de telecomunicación que supusiere o falsificare un despacho telegráfico u otro propio de dichos servicios, incurrirá en la pena de prisión de seis meses a tres años e inhabilitación especial por tiempo de dos a seis años./2. El que a sabiendas de su falsedad, hiciere uso del despacho falso para perjudicar a otro, será castigado con la pena inferior en grado a la señalada a los falsificadores". Aparte de una menor duración de la pena privativa de libertad (que, como siempre, hay que relativizar dada la desaparición de la redención de penas por el trabajo) y de que, en el uso la finalidad ha de ser perjudicial a otro y no alternativamente ésta o la de lucro, la novedad en cuanto a la conducta de suposición o falsificación respecto del art. 305 CP 1944/1973 es que el objeto no es ya sólo el despacho telegráfico, sino también "otro propio de dichos servicios" (scil. de los de telecomunicación), lo cual parece una lógica adaptación del tipo a las posibilidades que las innovaciones tecnológicas han ofrecido en los servicios de telecomunicación.

La sección tercera del Capítulo II ("De las falsedades documentales") del Título XIII ("De las falsedades") del Libro II CP se dedica a la "falsificación de cer-

tificados", produciéndose una simplificación de la sección correspondiente del CP 1944/1973, que se dedicaba a la "falsificación de documentos de identidad y certificados". En lo que se refiere a los funcionarios específicamente, el CP 1944/1973 contenía dos artículos: el 308 ("El funcionario público que, abusando de su oficio, expediere documento de identidad o cédula de carácter personal bajo un nombre supuesto, o la diere en blanco, será castigado con las penas de prisión menor e inhabilitación especial"), y el 312 ("El funcionario público que librare certificación falsa de méritos o servicios, de buena conducta, de pobreza o de otras circunstancias análogas, será castigado con las penas de suspensión y multa de 100.000 a 500.000 pesetas"). Por su parte, el vigente CP 1995 sólo contiene en la citada sección un artículo referido al funcionario, el 398, según el cual: "La autoridad o funcionario público que librare certificación falsa será castigado con la pena de suspensión de seis meses a dos años".

La no mención de los documentos de identidad no hay que entenderla como una destipificación de las conductas de falsificación de los mismos, sino como que se llevan al régimen general de falsificaciones de documentos públicos u oficiales por autoridad o funcionario (dolosas: art. 390 CP, imprudentes: art. 391 CP).

Como el art. 397 CP establece que: "El facultativo que librare certificado falso será castigado con la pena de multa de tres a doce meses", se puede plantear la cuestión de qué artículo es aplicable cuando el facultativo es funcionario. Como parece que los certificados librados por facultativo funcionario son documentos oficiales, se ha considerado que debía aplicarse el precepto más grave del art. 390 CP (su equivalente en el CP 1944/1973), pero, dado que el legislador parece haber querido privilegiar, al menos para los funcionarios, el libramiento de certificaciones falsas frente a la falsificación de documentos públicos u oficiales, y que no ha limitado las clases de certificaciones en el art. 398 CP (al contrario de lo que hacía el art. 312 CP 1944/1973), no parece descabellado inclinarse por la solución de aplicar este art. 398 CP.





Reflexión final

Creemos que hay que transmitir a la ciudadanía un mensaje de confianza en sus funcionarios, incluidos los que desempeñan labores de tintes políticos. La inmensa mayoría de los funcionarios cumple sus deberes con honestidad y con imparcialidad y objetividad respecto de los administrados. Las excepciones no deben ampliarse al conjunto y deben ser perseguidas y prevenidas por diversos medios.

Los funcionarios no deben estar intranquilos por la entrada en vigor del nuevo Código Penal de 1995 y sus previsiones en cuanto a las conductas delictivas de los funcionarios. Un desarrollo normal de su actividad jamás les va a llevar a incurrir en responsabilidad penal, y ni siquiera uno descuidado convertirá casi nunca su actuación en delito (piénsese en la destipificación de la prevaricación o la malversación imprudentes). Tampoco deben pensar que la inactividad es la mejor forma de no cometer delitos de funcionarios (a veces es esa inactividad la que podría tomarse delictiva).

En cualquier caso, además de la pulcritud en el ejercicio de su función, deben tener presente que la información sobre lo que es delito y lo que no lo es siempre es básica para prevenir en algunos casos *malas tentaciones* y para dar tranquilidad a la mayoría en supuestos que puedan ofrecerles dudas. De ahí la importancia de que existan en las administraciones públicas órganos de asesoramiento y de que la información se transmita a los funcionarios por diversos cauces, como son las Jornadas celebradas en Pamplona o la presente publicación. En el sentido anterior, el Derecho Penal, como toda medida, jurídica o no, que pretenda reprimir y prevenir las desviaciones de la correcta actuación administrativa, no persigue, sino que favorece a la mayoría de los funcionarios que cumplen correctamente sus funciones.

En cualquier caso, hay que pensar que es normal que se produzca un cierto grado de corrupción dentro de la cada vez más amplia e importante actuación administrativa. Téngase en cuenta que los encargados de la función pública son también personas pri-

vadas con intereses privados y los particulares que se relacionan con ellos defienden también sus intereses privados, normalmente por vías legítimas, aunque excepcionalmente también por otras. Por ello, es absolutamente normal que el Derecho intervenga (junto con otras medidas extrajurídicas, como el propio fomento desde dentro y desde fuera de una correcta *ética funcionaria*) para prevenir y reprimir fenómenos de corrupción. El problema es con qué instrumentos jurídicos.

En lo que aquí más nos interesa, o sea el Derecho Penal (sobre qué delitos -al menos económicos- entiende el Derecho español que están relacionados con la corrupción, vid. el art. 18 ter del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, artículo introducido por la Ley 10/1995, de 24 de abril, de creación de la Fiscalía Especial para la Represión de los Delitos Económicos relacionados con la Corrupción (Fiscalía Anticorrupción); estos delitos sólo coinciden parcialmente con los tratados en este trabajo), hay que partir de que éste, en virtud de los principios enunciados al tratar el tráfico de influencias, debe intervenir excepcionalmente y en los casos más graves. Al respecto, habría que plantearle al legislador penal si, con la intención de demostrar que hace frente con dureza a la corrupción (bien sea porque lo considera lo más adecuado, como en una política de *gestos a la galería*), no ha incurrido en el error de tipificar conductas que el Derecho penal no puede evitar o establecer sanciones excesivas, si se tiene en cuenta además lo difícil de hacerlas efectivas (recuérdense nuevamente las reflexiones en torno a los delitos de tráfico de influencias).

El peligro de convertir algunos tipos en puro (y por tanto rechazable) Derecho Penal simbólico nos parece que existe en algunos casos en el nuevo CP de 1995. Y, en relación con ello y con la idea de eficacia en la prevención de delitos, ha de recordarse que a menudo es, más que la propia redacción, la efectiva persecución de los hechos y aplicación de los tipos lo que hace del Derecho penal un instrumento eficaz (aunque la eficacia por sí sola no justifica tampoco la intervención de dicho derecho). También en este contexto hay que recordar al legislador, a los medios de comunicación, a los políticos

y a la sociedad en general, que el Derecho penal parte de unos principios y tiene unos objetivos bastante precisos, que desde luego no coinciden con los del enfrentamiento (cortés o no, legítimo o no) político.

Tal vez en el ambiente político de los últimos años de la pasada legislatura, especialmente el último (en cuya etapa final se aprueba el nuevo CP), se ha intentado hacer valer al Derecho Penal para aquello para lo que no fue pensado, como arma de lucha política, produciéndose el fenómeno, muy relacionado con los delitos de funcionarios, que se ha dado en llamar *judicialización de la vida política* (indeseable como el otro fenómeno llamado *politización de la justicia*). En este sentido, consideramos necesario un *enfriamiento*, de manera que el Derecho Penal se aplique -con todo el rigor que sea necesario- conforme a sus propios objetivos y con sus propios principios y garantías, pero que no se utilice desmesuradamente para otros fines.

En la persecución de las irregularidades administrativas e incluso de los delitos de funcionario, en cuya prevención y represión han de estar especialmente interesados los propios funcionarios, desempeñan un papel especialmente relevante los órganos de control y fiscalización de la actuación de las administraciones públicas, como son los Tribunales de Cuentas.

En el ámbito de los delitos de funcionarios, la mayoría de los casos que llegan a descubrirse y sancionarse son investigados y perseguidos por la Administración de Justicia (normalmente a través de la actuación del Ministerio Fiscal), partiendo de informaciones y denuncias de los propios órganos administrativos. El que sean éstos (especialmente los de control) los que actúen en primer lugar demuestra un correcto ejercicio de sus funciones y el sano interés de la Administración en separar las conductas incorrectas (especialmente las más graves: las delictivas) de lo que es el funcionamiento normal y habitual de la misma, basado en la objetividad, imparcialidad y atención a los intereses generales de los administrados por parte de las autoridades y funcionarios. ■