Negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos (Los artículos 439 y 441 del Código Penal de 1995)

Elisa GARCIA ESPAÑA

INTRODUCCION

Los delitos objeto de este trabajo están recogidos, dentro del Título XIX, en el capítulo IX del Código penal que tiene por rúbrica "De las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función". Bajo esa denominación se incluye también el artículo 440[1], cuyo supuesto de hecho nada tiene que ver con la condición de funcionario público del sujeto activo de este capítulo. Lo que en ese precepto se protege es el patrimonio de unos particulares cuando otros, sin ser funcionarios públicos, deben jurídicamente intervenir o tienen posiciones jurídicas especiales en determinadas circunstancias, esto es, se castiga penalmente a los particulares que, debiendo intervenir necesariamente en la valoración de unos bienes, aprovechan la intervención para obtener una ventaja personal[2]. Su ubicación parece responder a un intento por extender la responsabilidad del precepto que le precede[3] a sujetos que sin ser funcionarios deben intervenir en el ejercicio de la función pública[4]. En cualquier caso, un sector de la doctrina considera que este precepto está incorrectamente ubicado[5].

Aunque con ocasión del análisis del bien jurídico me pronuncio sobre el objeto de protección del artículo 440 y, por consiguiente, sobre su ubicación, el presente trabajo, no obstante, queda limitado al estudio de los artículos 439 y 441, en los que se contienen conductas que, de manera directa, guardan relación con la Administración pública o, dicho de otra manera, atienden a la cualidad formal de funcionario público del sujeto activo de esas conductas delictivas.

Las figuras del Código penal de 1973 homólogas a las que ahora se analizan se distribuían en distintas partes del Código penal: Por una parte, eran dos los capítulos del Título VII, con la rúbrica "De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos", que albergaban preceptos subsumibles en el actual artículo 439 del Código penal. Así, el capítulo XI, llamado "De los fraudes y exacciones ilegales", contenía el artículo 401. La opinión jurisprudencial sobre si el contenido de este precepto queda abarcado plenamente por el actual artículo 439 ha cambiado recientemente. Hasta hace poco tiempo la jurisprudencia, de forma unánime y reiterada[6], consideraba que el contenido del antiguo artículo 401 quedaba perfectamente integrado por el del actual artículo 439. Sin embargo, una reciente sentencia del Tribunal Supremo ha roto esta tendencia al poner de manifiesto las notables diferencias existentes entre ambos artículos[7]. Para esta nueva línea jurisprudencial el actual artículo 439 es más restrictivo que su homólogo anterior ya que castiga sólo al funcionario que tiene la obligación de informar[8], dejando fuera de su ámbito de aplicación al funcionario que resuelve el asunto[9].

El otro capítulo era el XII, titulado "De las negociaciones prohibidas a los funcionarios". En él se recogía como único precepto el artículo 404, que contenía una redacción arcaica[10] y limitada, al establecer un catálogo cerrado de posibles infractores[11]. El actual artículo 439 del Código penal mejora considerablemente su contenido, con la siguiente redacción:

"La autoridad o funcionario público que, debiendo informar, por razón de su cargo, en cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad, se

---

[1] El artículo 440 del Código penal dice textualmente. "Los peritos, árbitros y contadores partidores que se condujeren del modo previsto en el artículo anterior, respecto de los bienes o cosas cuya tasación, partición o adjudicación hubieran intervenido, y los tutores, curadores o albaceas respecto de los pertenecientes a sus pupilos o testamentarías, serán castigados con la pena de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, guarda, tutela o curatela, según los casos, por tiempo de tres a seis años".

[2] Cfr. Gimeno Lahoz, R. y Corbella Herreros, T.: "Delitos contra la Administración Pública" en Ganzenmüller, C., Escudero, J.F. y Frigola, J.: *Delitos contra la Administración Pública, contra la Administración de Justicia y contra la Constitución.* Bosch. Barcelona, 1998 Pág 126.

[3] Cfr., entre otros, Olaizola Nogales, I. *El delito de cohecho* Tirant lo Blanch. Valencia, 1999. Pág. 475, Rueda Martín, M A · "Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la Administración pública", en *Revista de Derecho penal y Criminología.* 2ª época. Nº 8. 2001. Págs 149-151.

[4] Entendiendo este precepto como "una simple aclaración de lo previsto en el artículo 439", cfr. Muñoz Conde, F.: *Derecho penal, parte especial.* Tirant lo Blanch, 1999. 12ª edición. Pags 879

[5] Cfr. Mir Puig, S.: "Nombramientos ilegales, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función", en *Cuadernos de Derecho Judicial,* nº 30, 1996. Pag. 329.

[6] Así lo establece concretamente la sentencia de 1 de febrero de 1999, núm 92/1999 de la Sala de lo penal del Tribunal Supremo cuando dispone que entre el artículo 401 del Código penal de 1973 y el artículo 439 del vigente Código penal, a pesar de conservar sólo "como señas de identidad una genérica y difusa agrupación en torno a un propósito común,... se observa que el hilo conductor que puede homogeneizarles es el hecho de que un funcionario público participe en negocios o asuntos que estén relacionados directamente con el ejercicio de su función" Cfr., en ese mismo sentido, las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1998, número 372/1998; de 26 de mayo de 1999, número 55/1999; de 30 de noviembre de 1998, número 224/1998; y de 18 de febrero de 1999, número 13/1999.

[7] Cfr Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 2001, RJ 2001/9382

[8] Cfr. el comentario editorial a la sentencia realizado en *Actualidad penal,* nº 7, de 11 a 17 de febrero de 2002 Pag 445

[9] Volveremos sobre este particular cuando hagamos referencia a la conducta típica y al sujeto activo del tipo penal recogido en el artículo 439 del Código penal.

[10] Cfr Catalán Sender, J · "El delito de negociaciones prohibidas a funcionarios en el nuevo Código Penal". *Actualidad penal* Nº 29. Del 20 al 26 de julio de 1998. Pág. 526

[11] Incomprensiblemente resultaban atípicos los supuestos de negociaciones prohibidas a las que hace referencia el tipo cuando el sujeto activo era, por ejemplo, un alcalde

aproveche de tal circunstancia para forzar o facilitarse cualquier forma de participación, directa o por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones, incurrirá en la pena de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a cuatro años".

Por otra parte, en la sección segunda del capítulo II del Título II del anterior Código penal, dedicado a "los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos de las personas reconocidos por las leyes", se encontraba el artículo 198. Tanto la doctrina como la jurisprudencia son unánimes al considerar que su homólogo actual es el artículo 441 del Código penal, que tiene la siguiente redacción:

"La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos admitidos en las Leyes o Reglamentos, realizare, por sí o por persona interpuesta, una actividad profesional o de asesoramiento permanente o accidental, bajo la dependencia o al servicio de entidades privadas o de particulares, en asunto que deba intervenir o haya intervenido por razón de su cargo, o en los que se tramiten, informen o resuelvan en la oficina o centro directivo en que estuviere destinado o del que dependa, incurrirá en las penas de multa de seis a doce meses, y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años".

Si bien ha sido un acierto del legislador de 1995 que estas figuras, que se hallaban dispersas, se hayan recogido bajo un mismo capítulo del Código penal, no se pueden obviar las constantes críticas recibidas por el mantenimiento de estos tipos delictivos, en la medida en que ha quedado patente, según algún autor, su falta de eficacia dada la multitud de comportamientos de esta clase que se realizan[12].

No obstante, hay que reconocer que nos situamos ante unos preceptos cuyas lindes no son fáciles de determinar. Por una parte, la doctrina especializada y la jurisprudencia consideran que los injustos típicos recogidos en distintas figuras del Título XIX como, por ejemplo, la prevaricación o el tráfico de influencia, son de mayor gravedad que los de los preceptos que ahora analizamos. De ahí que entiendan que los artículos 439 y 441 del Código penal tienen un carácter residual con respecto a aquellas figuras delictivas, los comportamientos que no quepan en los tipos más graves pueden quedar siempre abarcados por estos preceptos[13]. Pero, por otra parte, dicho injusto residual se encuentra ya abarcado en la esfera de lo ilícito administrativo a través de las normas relativas a los deberes de abstención y al régimen de incompatibilidades de los funcionarios públicos[14].

De esta postura doctrinal podemos derivar la hipótesis de que el fracaso de los controles administrativos para evitar este tipo de comportamientos entre los funcionarios[15] es lo que hace que el castigo de éstos se eleve a rango penal. Pero con ello sólo se logra, no una mejor eficacia de su persecución, sino, antes al contrario, un ilegítimo efecto simbólico[16], el que deriva de que dichos comportamientos estén contemplados por el sector del ordenamiento jurídico más represivo.

Esa hipótesis puede ser verificada a partir del análisis, en primer lugar, del bien jurídico protegido y, posteriormente, estudiando qué modalidades de lesión contienen las conductas típicas de los dos preceptos objeto de atención.

BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Para conocer el objeto de tutela en este ámbito de actuación del Derecho penal hay que partir, por un lado, de la función social de la institución a la que se refiere y, por otro, del sector del ordenamiento jurídico que internamente la regula.

La Administración pública es una organización instrumental que ejerce la función administrativa pública. Su actividad consiste en realizar actos, declaraciones y contratos a través de los que se vincula[17], atendiendo al interés general de la comunidad. Estamos, pues, ante un presupuesto necesario de la organización social moderna, cuyo cometido consiste en la *actuación o toma de decisiones de interés común*, a través de las autoridades o funcionarios públicos que la componen, sobre la base de la igualdad de todos los administrados en el acceso de las prestaciones públicas. Este planteamiento es del todo coherente con los artículos 9.1,

[12] Cfr. Mir Puig, S.: *Op. cit* 1996. Pag. 320.

[13] Cfr. Morales Prats, F. y Rodriguez Puerta, M.J.. "De las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos en el ejercicio de su función", en Quintero Olivares, G. (director): *Comentarios a la parte especial del Derecho penal.* Aranzadi. 2ª edición, 1999. Pág. 1302; López Garrido, D y Garcia Arán, M. (eds): *Comentario sistematico al Codigo penal de 1995.* Madrid, 1996. Pág 185

[14] Cfr., entre otros, Morales Prats, F. y Rodríguez Puerta, M J *Op. cit* 1999. Pag. 1302.

[15] Cfr. Morales Prats, F. y Rodríguez Puerta, M.J.. *Op. cit* 1999. Pág. 1302; Sánchez Morón, M.: "La corrupcion y los problemas del control de las administraciones públicas", en Laporta, F.J. y Alvarez, S. (editores): *La corrupcion politica.* Alianza Editorial. 1997. Págs. 189-210 Este autor lo explica en las paginas 191 y 192 de la siguiente forma: "El sistema de Derecho público se basa, en todo tiempo y lugar, en un determinado equilibrio entre los poderes que se confieren a las autoridades y empleados públicos para la consecucion de los fines de interés general que la sociedad demanda y los limites y controles que se establecen sobre el ejercicio de esos poderes. En los ultimos tiempos ese equilibrio se ha roto, ya que mientras que se han otorgado a los Gobiernos y Administraciones publicas poderes de intervencion en la economia cuantitativa y cualitativamente mucho mas extensos que en el pasado, y se han distribuido estos poderes entre numerosas unidades administrativas dotadas de un gran margen de libertad de decision, muy poco se ha hecho para adaptar a esa evolución los mecanismos de control de las Administraciones publicas Al contrario, de los mecanismos tradicionales unos han desaparecido y otros han quedado obsoletos sin que hayan sido actualizados o sustituidos por otros instrumentos efectivos En resumen, el sistema de control de las Administraciones publicas ha quedado desfasado y resulta inapropiado para los retos de nuestro tiempo".

[16] Cfr. Diez Ripolles, J L.: "El derecho penal simbólico y los efectos de la pena". *Actualidad Penal* Nº 1 Del 1 al 7 de enero de 2001. Pag. 3.

[17] Cfr García Enterria, E. y Tomás-Ramón Fernández: *Curso de Derecho Administrativo I.* Civitas ediciones. 10° edición. Madrid, 2000. Págs 33 y 34

103 y 106 de la Constitución española[18], ya que en ellos se limita la actuación de la Administración a los *intereses generales*, debiendo quedar plenamente sometida a la ley y al Derecho para que pueda garantizarse *la imparcialidad* en el ejercicio de sus funciones[19].

Todo ello lleva a la mayoría de la doctrina a considerar, de modo acertado desde mi parecer, que el bien jurídico protegido en el ámbito de la Administración pública y, concretamente, por los delitos recogidos en el Título XIX del Código penal es la *función administrativa pública*[20].

Ahora bien, aunque la mayoría de la doctrina considera que este bien jurídico función pública es el único que se protege en todo el Título XIX[21], esta postura es matizada por González Cussac, para quien la función pública sería un bien jurídico "categorial"[22] presente en todos los tipos penales del Título XIX, protegido al menos parcialmente por cada una de las figuras delictivas La aceptación de la postura de este autor ha llevado a la mayoría de la doctrina, en un intento por concretar el bien jurídico colectivo función pública, a identificar el objeto de protección de cada tipo penal de este título con una característica o principio rector del bien jurídico función pública.

Si aceptamos este punto de partida, podemos decir que las características propias de la función pública serían principalmente tres: en primer lugar, estamos ante una función que es esencialmente normativa, ya que sus límites y principios rectores (imparcialidad y legalidad) derivan directamente de la Constitución. Por otra parte, estamos ante una función dinámica, pues se trata de una institución que continuamente está tomando decisiones y realizando actuaciones. Y, por último, es instrumental, ya que sus decisiones o actuaciones tienen que ir siempre encaminadas en beneficio del interés general, o lo que es lo mismo, la Administración está siempre al servicio de los administrados, quienes deben poder acceder a ella en condiciones de igualdad. De este carácter instrumental se desprende que la actividad desarrollada por esta institución es un presupuesto imprescindible para la convivencia, cuyo objetivo primordial se halla en la ordenación armonica de intereses particulares contrapuestos[23].

Un ejemplo de la utilización de estas características para la configuración del bien jurídico función pública lo encontraríamos en los supuestos de hecho de los artículos 439 y 441 del Código penal. En estos preceptos, el funcionario o autoridad no actuaría con imparcialidad ni lo haría con la finalidad exclusiva de servir al interés general[24]. De ahí que la mayoría de la doctrina considere que en estos preceptos lo que en realidad se está protegiendo es *la imparcialidad*[25] como una parcela de la función pública[26], consistente en un principio rector del comportamiento de todo funcionario al perseguir el interés general.

A pesar de ser una postura refrendada por una renombrada doctrina, no me convence la opinión de que estos preceptos estén protegiendo el principio de imparcialidad, por varios motivos: el primero de ellos es que considero que los principios inspiradores de determinadas conductas no deben ser confundidos con los bienes jurídicos objetos de protección por el Derecho penal. Además, y aun cuando admitiéramos como premisa que se protege el principio de imparcialidad, ésta no es una característica exclusiva de los comportamientos recogidos en los tipos que ahora analizamos, sino de todas y cada una de las conductas recogidas bajo la rúbrica "De los delitos contra la Administración pública". No es imparcial el funcionario que realiza una conducta de cohecho, ni un tráfico de influencias, ni ninguna de las conductas abarcadas en los tipos penales recogidos en el Título XIX, en cuanto que su comportamiento está dirigido por unos intereses específicos, ya sean propios o ajenos. El tercer motivo es que los tipos penales de los artículos 439 y 441 del Código penal no sólo requieren que se actúe con parcialidad, sino que además exigen que realice un comportamiento que contravenga una normativa especifica que lo prohíba. De ahí que para ser completamente coherentes habría que admitir que la parcela del bien jurídico función pública que realmente se está protegiendo viene constituida por dos principios rectores, el de imparcialidad y el de legalidad. Y, por último, considero que la "imparcialidad" como bien jurídico protegido difícilmente puede evaluarse en términos objetivos de lesión, por lo que no es recomendable su acep-

[18] Cfr. Gonzalez Cussac, J.L.: "Los delitos de los funcionarios publicos: cuestiones generales. La prevaricacion como figura residual", en *Cuadernos de derecho judicial* Madrid, 1994. Pag 62

[19] Cfr López Garrido, D. y Garcia Aran, M *Op cit* 1996 Pag. 177.

[20] Cfr., entre otros, Cugat Mauri, M *La desviación del interes general y el trafico de influencias* Cedecs editorial Barcelona 1997. Pags. 76 y ss Octavio de Toledo y Ubieto, E "Los delitos relativos al tráfico de influencias". *La Ley*, 2 de septiembre de 1998 Págs. 1514 y ss, Olaizola Nogales, I · *Op cit* 1999 Págs 83 y ss, Rodríguez Puerta, M J *Op. cit* 1999 Pags 37 y ss; Valeije Alvarez, I.: *El tratamiento penal de la corrupcion del funcionario el delito de cohecho* Edersa Madrid, 1995 Págs 27 y ss

[21] Para una posicion contraria a esta cfr. Muñoz Conde, F.: *Derecho penal Parte especial* Tirant lo Blanch 13ª edicion 2001 Pag. 922.

[22] Cfr González Cussac, J.L.. *Op cit* 1994 Pag 62. Del mismo autor: *El delito de prevaricacion de autoridades y funcionarios públicos* Tirant lo Blanch Valencia, 1997 Pags. 21-24

[23] Cfr. Asua Batarrita, A.: "La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administracion. Cuestiones criminales y criterios de interpretación", en Asua Batarrita, A. (ed). *Delitos contra la Administracion publica* Instituto Vasco de Administracion Publica Bilbao, 1997 Pags 18 y 19

[24] Cfr Orts Berenguer, E "Delitos contra la Administracion publica (I), en Vives Anton,S *Derecho penal Parte Especial* 3ª edicion revisada y actualizada Tirant lo Blanch. Valencia, 1999 Pág 775

[25] Cfr Feijoo Sanchez, B · "De las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios publicos y de los abusos en el ejercicio de su funcion" en Rodriguez Morullo, G (director) *Comentarios al Codigo penal* Editorial Civitas, 1997 Pags 1166-1169, Lopez Garrido, D Garcia Aran, M · *Op cit* 1996 Pag 185, Mir Puig, S *Op cit* 1996 Pags 324, Morales Prats, F y Rodriguez Puerta, M.J.. *Op cit* 1999 Pag 1305, Muñoz Conde, F *Op cit* 2001 Pag 975; Orts Berenguer, E · *Op cit* 1999 Pag 775. Catalan Sender, J · *Op cit* 1998 Pag 527 Sosteniendo el mismo bien juridico con la regulacion anterior, entre otros, Queralt Jimenez, J.J.: *Derecho penal español Parte especial* Bosch, 1993 Pág 602; y Vives Anton, T.S y otros. *Derecho penal Parte especial* Tirant lo Blanch. Valencia, 1993 Pag 114,

[26] Con relacion a que el articulo 441 tambien protege la imparcialidad cfr. Morales Prats, F y Rodriguez Puerta, M.J . *Op cit* 1999 Pag 1305

tación[27]. Esta última crítica puede extenderse a otros bienes jurídicos defendidos doctrinalmente como, por ejemplo, el buen funcionamiento de la Administración pública[28] o la confianza de los ciudadano[29] en el correcto funcionamiento de la misma.

Es por ello que mantengo, en contra de la doctrina anterior, que el bien jurídico que se protege es la *función pública,* el cual no hay que parcelar según el tipo penal con el que nos enfrentemos, sino configurarlo adecuadamente, huyendo de abstracciones que nos obligan a acudir a técnicas como la mantenida por la doctrina mayoritaria con respecto a los preceptos que ahora analizamos.

Hasta el momento hemos determinado, siguiendo la doctrina mayoritaria, que la función pública, como función social básica desempeñada por los órganos administrativos, es el bien jurídico protegido en el ámbito de la Administración pública; y hemos aportado las notas que delimitan esta función administrativa. Sin embargo, se desconoce por el momento cuál es la concreción de ese bien jurídico, esto es, el instrumento a través del cual se materializa la actividad y sobre el que recaen directamente las conductas lesivas[30].

Será a través del Derecho administrativo como podremos conocer el contenido básico de la función social a desarrollar por la Administración pública. Efectivamente, este sector del ordenamiento jurídico prevé, en múltiples y diferentes materias, el funcionamiento, competencias y relaciones de los distintos ámbitos de la Administración pública, por un lado, y la relación de los administrados con la Administración, por otro, abordando tanto las posibilidades de concesión de ciertas pretensiones particulares, como las competencias, capacidades, resoluciones y cauces de los que se dispone en un determinado sector de la Administración pública[31].

Por poner un ejemplo del segundo grupo se puede traer a colación la llamada Ley de Extranjería, que en su primera parte contiene los derechos que pueden ser demandados por un extranjero y, con posterioridad, las condiciones en las que puede acceder a los mismos y los cauces. El mero planteamiento por el extranjero de una pretensión no constituye el ejercicio de la función pública, pero sí impulsa a la Administración pública a realizar su función social consistente en la toma de decisiones o en las actuaciones correspondientes (denegar una exención de visado, emitir un permiso de trabajo, etc.), es decir, en iniciar el cauce correspondiente, a partir de la pretensión particular, para alcanzar una determinada respuesta de interés general tras haber procedido según los principios de legalidad, imparcialidad, etc.

Pero la Administración pública, en cuanto servidora de los administrados, cuenta con otro tipo de tareas que dan cuerpo a su función. Me refiero al conjunto de actividades y decisiones orientadas a su propia organización. La única posibilidad de garantizar que la Administración pública esté orientada al interés general se logra mediante el aseguramiento de que sus decisiones y actuaciones emanen de una organización orientada a tal fin.

El contenido básico de la función administrativa parece, pues, estar integrado por todas las decisio-

[27] Cfr. Díez Ripollés, J L.: "El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista", en *Jueces para la Democracia.* 1997. N° 30. Pag. 17, Soto Navarro, S.: *Los bienes jurídicos colectivos. Legitimidad y bases metodológicas para su concreción.* En prensa. 2003. Capítulo 7.

[28] Considerando, sin embargo, que es el correcto funcionamiento de la Administración pública el bien jurídico protegido en ese Título del Código penal cfr. Rodríguez Montañés, T.: *Delitos de peligro, dolo e imprudencia.* Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1994. Pág. 303.

[29] Sosteniendo que el bien jurídico en este ámbito es la confianza de los ciudadanos en el correcto funcionamiento de la Administración cfr. Bacigalupo Zapater, E.. "Sobre la reforma de los funcionarios publicos". *Documentacion Jurídica.* N° 37/40. Vo. 2 1983. Pág. 1099. Así se desprende también, para los tipos penales que en esta ocasión se analizan, de la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1999, en la que el condenado había estado actuando como administrador de una empresa de suministro de gasóleo y combustible para el Ayuntamiento en el que, además, era alcalde. Con independencia de la concurrencia de un delito de prevaricación en el supuesto de hecho concreto, el Tribunal apreció un delito de negociaciones y actividades prohibidas, entre otros motivos, por entender que "la accion no consiste en ocultar tal participacion, sino en obrar como agente publico y como contraparte privada en el mismo negocio jurídico, *excluyendo de esta forma la presuncion de objetividad que ha de presidir toda actuacion publica*". Esta misma idea se repite en otras sentencias A modo de ejemplo, la sentencia de 28 de junio de 1999 dice textualmente que "en tales casos, la trasparencia en el ejercicio de la función resulta afectada porque genera una *evidente sospecha* sobre la objetividad de la decisión en una causa propia, sin necesidad de que se produzca una lesión patrimonial, ".

En todo caso, esa desconfianza ciudadana no surge exclusivamente con la realización de estas conductas contra la Administración pública, sino que va a surgir siempre que un bien jurídico se ponga en peligro o se lesione sin que se produzca una reaccion eficaz por parte del sector público que debe protegerlo. De ahí que la desconfianza ciudadana sea un daño social derivado de la lesion o puesta en peligro de cualquier bien jurídico protegido. Así, por ejemplo, una hipotética ineficacia del control social formal en la defensa de la vida humana independiente ante ataques homicidas podría producir un daño social consistente en la desconfianza ciudadana en la labor policial, pero no por eso es posible mantener que lo que en realidad es un efecto deba pasar a ocupar el lugar del bien jurídico. Lo mismo ocurre con los supuestos de hecho que ahora analizamos De la lesion del bien jurídico protegido, cualquiera que éste sea, puede derivarse, como efecto secundario, un daño social consistente en la desconfianza de los ciudadanos en el buen funcionamiento de la actividad administrativa. Por lo tanto, ese daño social deviene, en cualquier caso, de la incapacidad para proteger el bien jurídico, con independencia de su configuración o naturaleza

[30] Cfr Soto Navarro, S *Op cit.* 2003.

[31] Entre las distintas Leyes Orgánicas publicadas en España a partir de la instauración de la democracia aludimos, por poner ejemplos de ambos tipos, a las siguientes: Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre de 1979, General Penitenciaria (BOE 5-10-79), LO 1/992, de 21 de febrero de 1992 sobre Protección de Seguridad Ciudadana (BOE 22-2-1992); LO 8/1996, de 2 de diciembre de 1998, sobre Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas (BOE 3-12-1998); LO 10/1999, de 21 de abril de 1999, de modificacion de la LO 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación (BOE 22-4-99); LO 9/1999, de 21 de abril de 1999, de modificación de la LO 9/1983, de 15 de junio, reguladora del Derecho de Reunión (BOE 22-4-99); LO 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integracion social (BOE 12-1-2000), LO 2/2001, sobre composición del Consejo General del Poder Judicial de 28 de junio de 2001 (BOE 29-6-2001), LO 6/2001, de 21 de diciembre de 201, de Universidades (BOE 24-12-2001), LO 6/2002, de 27 de junio, de Partidos políticos (BOE 28-6-2002). Entre las leyes ordinarias administrativas de los dos ultimos años recogemos, tambien a modo de ejemplo, las siguientes: Ley por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas (Ley 21/2001, de 27 de diciembre de 2001) en BOE 31-12-2001; Ley reguladora de los fondos de compensación interterritorial (Ley 22/2001, de 27 de diciembre de 2001) en BOE 31-12-2001; Ley de Presupuestos Generales del Estado (Ley 23/2001, de 27 de diciembre de 2001) en BOE 31-12-2001, Ley de medidas fiscales, administrativas y del orden social (Ley 24/2001, de 27 de diciembre de 2001) en BOE 31-12-2001; Ley de Salud de 2/2002, de 17 de abril en BOCA La Rioja 23-4-2002, Ley 16/2002, de 1 de junio, de proteccion y control integrados de la contaminacion en BOE 2-7-2002, Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilacion gradual y flexible en BOE 13-7-2002

nes y actuaciones de los funcionarios públicos y autoridades encaminadas al servicio e interés general de la sociedad a la que administra.

Por tanto, la función pública comienza desde el mismo instante en que sus garantes tienen que iniciar un determinado proceder sobre el que se verterán las acciones propias de los deberes de cargo.

La función administrativa pública, como objeto de protección, queda identificada, por consiguiente, con el conjunto de actuaciones y resoluciones que, ordenadas hacia el interés general, deben ser adoptadas con imparcialidad y con plena sujeción al principio de legalidad por las autoridades o funcionarios públicos en el ámbito de sus respectivas competencias.

Desde ese punto de vista, la función administrativa pública como bien jurídico protegido puede definirse como la "ausencia de interferencias"[32] en la toma o ejecución de decisiones o en la realización de actividades de interés general en el ejercicio de los deberes de cargo.

A partir del hecho de que cada garante de la función pública ejerce su deber de cargo libre de interferencias que lo desvíen de la legalidad o la imparcialidad que debe regir en su actuación, la Administración pública funcionará correctamente y los ciudadanos confiarán en su actuación.

De todo ello se deriva que los deberes de cargo juegan un papel estelar en estos delitos. Efectivamente, los deberes de cargo, como bien jurídico, fue una opción defendida en el pasado por la doctrina, cuando la rúbrica del Título VII, que contenía estas conductas en el anterior Código penal, hacía referencia a "los delitos de los funcionarios públicos". De hecho, la doctrina encontró en la infracción de los deberes de cargo[33] la nota común a todos los delitos contenidos en dicho Título y que, a su vez, permitía diferenciarlos de otros delitos cometidos por funcionarios públicos que estaban ubicados en otros lugares del Código penal. Se entendía, por tanto, que estábamos ante supuestos de infracciones disciplinarias elevadas a la categoría de delito[34].

Esta postura fue criticada por situar el núcleo del injusto en la lesión del principio de autoridad o del prestigio de la Administración pública. Quizás fuera este tipo de críticas lo que llevó a la doctrina a matizar con posterioridad que el bien jurídico protegido es la infracción de los deberes de cargo pero siempre que sean lesivos del buen funcionamiento de la Administración pública[35].

Entre las críticas vertidas sobre esta configuración del bien jurídico protegido en el ámbito de la Administración pública hay tres que ha destacado Rodríguez Puerta. En primer lugar, mantiene que al defender ese bien jurídico se está protegiendo, en última instancia, la dignidad o prestigio del propio Estado al que los funcionarios deben lealtad, y esto no es más que un principio propio de sistemas totalitarios, pero no de la función que ejerce una Administración en un sistema democrático. En segundo lugar, con esta postura se estaría tutelando sólo la relación entre el funcionario y la Administración, despreciándose el contenido propio de una Administración democrática que se basa en la relación Administración-administrados. Y, por último, sería parcial esta postura, al fijarse sólo en los deberes que la Administración tiene encomendados y no en la razón de su existencia. Los deberes de cargo existen en la Administración porque son necesarios para el funcionamiento de la Administración, pero ello no es suficiente para erigirlos en bien jurídico protegido penalmente. Por tanto, se requiere de un bien jurídico cuyo ataque sea merecedor de reacción penal, y este es, para esta autora, la función pública, cuya materialización se centra en los principios que rigen el correcto funcionamiento de la Administración pública[36].

Comparto con esta autora las críticas que vierte sobre el bien jurídico protegido "deberes de cargo", pero discrepo en la consideración de poder elevar a la categoría de bien jurídico protegido los principios rectores que delimitan la función social de esta institución, como he expuesto supra.

Esta misma autora, no obstante, participa de la opinión del sector doctrinal que considera que no se puede despreciar el papel que juegan los deberes de cargo en el ámbito penal, puesto que la infracción de alguno de ellos conlleva, por regla general, un ataque al bien jurídico función pública. En este sentido, los deberes de cargo no se han de concebir desde una perspectiva subjetiva como fidelidad o lealtad del funcionario al Estado, sino desde un punto de vista objetivo, como deberes con relación al administrado a través del respeto de las normas de funcionamiento y organización de la Administración[37].

Efectivamente, los deberes de cargo no pueden elevarse a la categoría de bien jurídico protegido pero, desde mi punto de vista, hay que tenerlos en cuenta no sólo para justificar la necesaria referencia a su infracción en los delitos contenidos en ese título[38], sino también para alcanzar la concreción del bien jurídico.

A través del correcto ejercicio de todos los deberes de cargo tendentes a la consecución del interés general se logra el ejercicio de la función pública. Esto es, se precisa que todas las actuaciones sucesivas y concatenadas que conforman el proceder administrativo[39] se dirijan hacia una misma direc-

[32] Expresión utilizada por Rodríguez Puerta, M.J.: *Op. cit* 1999, en la página 84.

[33] Con distinta nomenglatura se ha referido la doctrina al mismo bien jurídico. Así, se ha hecho referencia a la infidelidad del funcionario público al servicio encomendado por Quintano y Puig Pena; y al quebrantamiento de los deberes profesionales por Ferrer Sama. Cfr. Rodríguez Puerta, M.J.: *Op. cit.* 1999 Pag 27, y Olaizola Nogales, I.: *Op. cit* 1999 Pág. 81.

[34] Cfr. Rodríguez Puerta, M.J. *Op cit* 1999 Pags. 25 y 26.

[35] Cfr. Muñoz Conde, F.: *Derecho penal. Parte especial* 9° edición Tirant lo Blanch Valencia, 1993 Pag 759

[36] Cfr. Rodríguez Puerta, M.J *Op cit* 1999 Pág. 32

[37] Cfr. García Aran, M ' *La prevaricación judicial* Tecnos. Madrid, 1990 Pag 37, y Rodríguez Puerta, M.J *Op cit* 1999 Pags. 32 y 33

[38] Rodríguez Puerta, M.J.. *Op cit* 1999. Pag 33

[39] Considerando tambien el procedimiento administrativo como concrecion del bien juridico funcion publica cfr Vázquez-Portomena Seijas, F "El consentimiento del ofendido en los delitos contra la administracion publica (sobre el bien juridico protegido en los delitos 'del cargo'". *Revista electronica de Ciencia penal y Criminologia* N° 3 2001 Con respecto al bien juridico protegido, funcion jurisdiccional, su concreción y delimitacion con la función pú-

ción, el interés general, que se alcanzará cuando los garantes de la función pública realicen sus actividades conforme a sus deberes de cargo[40]. De ahí se puede deducir que lo realmente relevante para el Derecho penal es que el proceder administrativo evolucione por el cauce destinado a alcanzar el interés general. En la medida que una acción individual concreta haga desviar el cauce predeterminado nos encontraremos ante una afección del bien jurídico función pública.

Ahora bien, concretado el bien jurídico, el mayor problema consiste en determinar el tipo de afección que puede ocasionar una acción individual.

Los efectos lesivos que puede sufrir el bien jurídico función pública son, desde mi punto de vista, bien que se impida el inicio de un proceder o que éste se obstaculice, bien que se desvíe o utilice hacia intereses que no son los generales.

Estos efectos son susceptibles de ser ocasionados por el funcionario público o autoridad sólo a través de su infracción de cargo. Por lo que, desde mi punto de vista, la infracción de cargo es consustancial a la conducta lesiva[41].

Así, por ejemplo, una conducta lesiva es el abandono de destino o la omisión del deber de perseguir delitos, ya que ese quebrantamiento del deber funcionarial ha impedido u obstaculizado (al retrasarlo en el tiempo) el inicio de los cauces administrativos adecuados para la ordenación de los intereses contrapuestos. El segundo efecto lesivo, esto es, la desviación del cauce administrativo, se produce con conductas tales como la prevaricación. En ésta, la decisión injusta y parcial, además de quebrantar el deber de cargo de la autoridad, deviene en un resultado que desemboca, justo al final del procedimiento, en un objetivo distinto al perseguido por éste.

Acorde con esta propuesta es la afirmación de que la sociedad se erige como sujeto pasivo de este delito, y que la perturbación individualizada de la función social a través de la infracción de un deber de cargo ocasiona un perjuicio al particular en sus posibilidades de acción, constituyéndose éste no en sujeto pasivo de la infracción del deber del funcionario público, sino en el perjudicado de la misma[42].

Por lo que respecta al sujeto activo, éste no se limita a ser el funcionario público o autoridad, sino que es posible concebir la autoría de un particular que ocasionalmente deba realizar acciones propias de la función pública o, incluso, de un particular ajeno al ejercicio de la función pública pero que con su actuación interfiere en el desarrollo de la misma. De ahí, que el actual Código penal haya extendido la autoría a particulares que, por ejemplo, debiendo ejercer una parcela de la función pública guiados con imparcialidad y legalidad hacia intereses generales, desvían su proceder hacia su propio provecho, como es el supuesto del artículo 440 del Código penal; o también a particulares que ajenos totalmente a los deberes públicos obstaculizan el proceder administrativo destruyendo o inutilizando documentos de restringido acceso (art. 414.2°).

En este momento parece que se hace necesario determinar qué tipo de afección producen sobre el bien jurídico protegido las conductas típicas relativas a las negociaciones o actividades prohibidas de los artículos 439 y 441. Como se intentará demostrar a lo largo de estas páginas considero que, al menos, el artículo 439 puede incluirse en la segunda modalidad lesiva, esto es, en el grupo de conductas que afectan el bien jurídico función pública a partir del desvío que producen en el curso de su proceder. Sin embargo, se hace difícil ver en el artículo 441 del Código penal la existencia de un injusto penal.

Efectivamente, partiendo de la idea de que la distinción entre el ilícito penal y el administrativo es puramente cuantitativa, hay que poner en duda si los ilícitos relativos al régimen de abstención y a las normas de incompatibilidades son supuestos de hecho lo suficientemente graves como para ser recogidos por los artículos 439 y 441 del Código penal[43]. Por ello, antes de analizar los tipos penales recogidos en dichos preceptos, considero de interés enunciar los elementos que deberían contener estos tipos penales para que puedan ser diferenciados de una mera infracción administrativa:

En primer lugar, los comportamientos penalmente prohibidos deberían quedar reducidos a aquellos en los que el desvalor de acción fuese superior al derivado de un mero incumplimiento de una norma administrativa. En el ámbito de las actividades y negociaciones prohibidas supondría realizar la conducta típica con prevalimiento, violencia o intimidación. Dado que los dos últimos supuestos nos llevarían a apreciar otros tipos delictivos diferentes tales como coacciones o amenazas, es el prevalimiento la característica que debería adoptar un mayor protagonismo[44].

En segundo lugar, se haría necesario contar con algún elemento cuyo fundamento sea un mayor desvalor del resultado. En este caso en concreto, no bastaría para aplicar la norma penal el mero in-

---

blica cfr. García Pérez, O.: *El delito de encubrimiento. Un análisis de los elementos fundamentadores de su injusto*. Inedito, 1997. Págs. 17 y siguientes

[40] La definición aportada por Virto Larruscain de la concrecion del bien jurídico protegido es "bien jurídico será el ejercicio de potestades administrativas conforme a los objetivos y fines públicos que la ley señale en cada caso, y en el respeto al principio de interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 C.E)". Cfr. Virto Larruscain, M.J.. "El delito de prevaricación del funcionario público" en *Delitos contra la Administración pública*. (edición a cargo de Asúa Batarrita). IVAP, 1997. Pag. 142.

[41] Según esta propuesta, hay al menos un artículo que considero desubicado: El artículo 444, en el que se castiga al funcionario de prisiones o de centros de corrección o de custodia de menores que solicitare favores sexuales a las personas que estén bajo su guarda o a sus familiares El injusto recogido en este precepto puede considerarse como una modalidad de acoso por la posición del funcionario con respecto a la víctima, pero sin que se comercialice con su deber de cargo. En este supuesto no se está lesionando el bien jurídico función publica, sino otros intereses ya protegidos en el Código penal

[42] Cfr. Soto Navarro, S · *Op cit.* 2003. Pág. 435.

[43] Cfr. Morales Prats, F. y Rodríguez Puertas, M.J.: *Op cit* 1999

[44] Cfr. en este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 1992 que, sobre la base del principio de intervencion minima, no considera jurídicamente aceptable interpretar el ilicito penal del articulo 439 como una simple incompatibilidad en el ejercicio de la funcion publica si no aparece un plus de injusto, que lo concreta en el "abuso o prevalimiento del cargo en contra de los intereses generales"

cumplimiento de una norma administrativa, sino la aparición de un perjuicio patrimonial a terceros o a la Administración. El adjetivo que cualifica al perjuicio debe entenderse en sentido amplio, comprendiendo desde una pérdida económica inmediata hasta una expectativa frustrada evaluable económicamente.

Por último, otra manera de restringir los comportamientos sancionables penalmente sería acudir a una mayor reprobación de los mismos cuando estén motivados por ánimo de lucro. Esta exigencia dejaría fuera del ámbito de aplicación del Derecho penal supuestos de hecho castigados recientemente por nuestra jurisprudencia, que en el análisis de los elementos típicos de los artículos 439 y 441 del Código penal veremos con mayor detenimiento, en los que, habiéndose demostrado una actuación no imparcial por parte del funcionario o la autoridad, dicho comportamiento no sólo no le reportó ningún tipo de beneficio económico, sino que además el ente local fue beneficiado económicamente con esa actuación.

Veamos a continuación qué elementos típicos exige el legislador en los tipos penales recogidos en los artículos 439 y 441 del Código penal y si con ellos se respeta el principio de intervención mínima.

TIPO OBJETIVO

Sujeto activo

Los artículos 439 y 441 del Código penal se caracterizan por ser delitos especiales propios[45]. Ambos preceptos comienzan limitando el ámbito de aplicación subjetivo a los sujetos que tengan la cualidad de autoridad o funcionario público, tratándose de supuestos en los que la conducta del autor supone la infracción de un deber jurídico específico[46]. Desde una perspectiva jurídico-penal no es relevante la definición que el ámbito administrativo aporta de autoridad o funcionario público. Para saber qué se entiende por tales, a efectos de determinar el sujeto activo de estos delitos, hay que atender, en primer lugar, a las definiciones aportadas en los apartados primero y segundo, respectivamente, del artículo 24 de nuestro Código penal. En un segundo lugar, habrá que delimitar dicha cualidad en función de los requisitos concretos que se exijan en cada figura.

La remisión conceptual al artículo 24 no plantea ninguna clase de dudas, y así lo expresó la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1999 cuando manifestó el carácter indiscutible de funcionario del acusado al haber sido designado "por una autoridad competente para el ejercicio de una determinada función pública y si, de hecho, la ha (había) desempeñado realmente". Dicha exigencia hace que nos encontremos ante supuestos de atipicidad cuando el sujeto activo no tiene esta condición. Un ejemplo sería el del ex funcionario que se dedica a asesorar a empresas privadas o particulares sobre asuntos de los que él conocía cuando ejercía de funcionario o autoridad. En este caso, el simple hecho de no ser funcionario en el momento de la realización de la acción elimina uno de los elementos objetivo-personales del tipo del artículo 441 del Código penal, excluyendo la tipicidad[47].

Además de la condición de autoridad o funcionario público, el artículo 439 exige para ser sujeto activo de este delito una determinada competencia en el ejercicio de sus funciones. Concretamente se hace referencia al *deber de informar* por razón de su cargo. Del tenor literal del precepto se desprende que el informe que debe emitir el sujeto activo tiene que tener un carácter preceptivo[48]. Por su parte, la doctrina y la jurisprudencia consideran que el alcance de dicho informe no es sólo consultivo[49], sino que puede ser también un informe vinculante[50]. Esta interpretación no resuelve los supuestos de hecho que son incomprensiblemente atípicos para Polaino Navarrete, como, por ejemplo, el caso de una autoridad o funcionario público que no tiene el deber de informar sobre un asunto o negocio pero interviene en él resolviendo la celebración de contratos o estableciendo las estipulaciones económicas correspondientes[51]. Es evidente que el funcionario o autoridad que resuelve injustamente la adjudicación de unos contratos puede estar incurso en un delito de prevaricación, y que el funcionario que, sin tener capacidad para resolver, influye en esa decisión abusando de la situación personal o jerárquica puede estar incurriendo en un delito de tráfico de influencias. Sin embargo, dicho autor parece estar pensando en los supuestos en los que se comete el comportamiento típico del artículo 439 del Código penal simplemente sin que la autoridad o funcionario público tenga el deber de informar en ese asunto concreto. Este sería el supuesto del funcionario que se facilita una participación en un asunto en el que debe intervenir por razón de su cargo de forma distinta a la emisión de un informe preceptivo como, por ejemplo, estableciendo estipulaciones economicas. Sin embargo, este supuesto caería, según mi perspectiva, dentro de los tipos de fraudes y exacciones ilegales del artículo 436.

De todo ello deduzco las siguientes conclusiones: en primer lugar, que con la redacción del artículo 439 no parece que se esté produciendo ninguna laguna legal de relevante consideración, y, en segundo lugar, que en cualquier caso el principio de legalidad impide extender el ámbito de este comportamiento típico a sujetos que de forma expresa han quedado excluidos del tipo.

---

[45] Cfr STS de 8 de octubre de 1992; Catalán Sender, J.: *Op cit* 1998. Pág 527

[46] Cfr Cerezo Mir, J : *Curso de Derecho Penal Español. Parte general Teoria juridica del delito II.* Tecnos Quinta edición Pág. 113.

[47] Cfr Feijoo Sanchez, B. *Op cit* 1997 Pag. 1169

[48] Para una interpretacion contraria a la que se mantiene en este texto cfr Catalan Sender, J · *Op cit* 1998. Pag 528

[49] Cfr. STS de 18 de febrero de 1999.

[50] Cfr Orts Berenguer, E en Vives Antón, T S (coord) *Comentarios al nuevo Codigo penal de 1995* Tirant lo Blanch Valencia, 1996. Pag. 1667.

[51] Cfr Polaino Navarrete, M · "Delitos con la Administración publica (IX) Negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos Abusos en el ejercicio de la funcion", en Cobo del Rosal, M · *Curso de Derecho penal español Parte Especial.* Marcial Pons, 1997 Pag. 434

Con respecto al artículo 441 tampoco puede ser sujeto activo de este precepto cualquier autoridad o funcionario público. Este precepto lo restringe a los sujetos que, debiendo conocer de un asunto o debiendo éste conocerse en su oficina, realicen actividades profesionales o de asesoramiento a particulares o entidades privadas. Cualquier otra posibilidad excluiría el tipo de este precepto. Un ejemplo de atipicidad condicionado por las restricciones del tipo es el del funcionario o autoridad que realiza actividades profesionales o de asesoramiento sobre asuntos que, aún existiendo incompatibilidad administrativa para su ejercicio, no son de los que él o su oficina deban conocer. Al no ser un asunto de la competencia del sujeto activo, este tipo de actuaciones quedarían tan sólo abarcadas por el derecho disciplinario.

Conducta típica

En la descripción de los comportamientos típicos de estos delitos se encuentran nuevas diferencias con las infracciones administrativas relativas al deber de abstención y al régimen de incompatibilidades de los funcionarios públicos. Del análisis de la conducta típica intentaremos hallar la modalidad de lesión con la que atacan al bien jurídico protegido, lo que nos permitirá valorar, además, la decisión político-criminal de considerar estas conductas merecedoras de reacción penal.

A) ***Conducta típica del artículo 439 del Código penal***

Existen dificultades para conocer cuál es la acción que incrimina el artículo 439 del Código penal, ya que su redacción es bastante confusa[52]. La descripción típica utilizada lleva a la jurisprudencia y a la doctrina a mantener posturas diversas con relación a la concreción de la conducta típica, lo que posteriormente tiene trascendencia en el ámbito del elemento subjetivo, de la participación y los grados de ejecución, como se expondrá infra.

La conducta típica que se recoge en este precepto consiste en *aprovecharse* de la condición de autoridad o funcionario público que *debe informar* de un contrato, asunto, operación o actividad *para forzar o facilitarse* cualquier forma de *participación* en el negocio o actuación.

Veamos cuáles son las distintas interpretaciones:

Según algunas sentencias del Tribunal Supremo, lo característico del comportamiento es que el sujeto activo *se aproveche* de la situación de poder en la que se encuentra, siempre que ese abuso persiga una participación en el negocio o actividad de cuyos trámites debe conocer. Así lo entiende la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 1999 en un caso en el que unos funcionarios públicos emitieron unos informes sobre la viabilidad de unos proyectos que ellos mismos realizaron o fueron realizados por las empresas de las que ellos mismos formaban parte. El Alto tribunal ha puesto reiteradamente de manifiesto que precisamente ese abuso o prevalimiento es un elemento del tipo penal que no se exige en el ilícito administrativo[53], hallándose aquí una diferencia entre ambos sectores del ordenamiento. A saber, un funcionario público que informa en un asunto limitándose a desatender su deber de abstenerse comete una infracción disciplinaria. Sin embargo, si se aprovecha de su informe para forzar o facilitarse una participación en el asunto, entonces la reacción debe ser exclusivamente penal.

Además, el Tribunal Supremo afirma que en estos casos estamos ante un delito de mera actividad que consiste en el simple hecho de prevalerse de su cargo para alcanzar una posible participación en el negocio o actuación del que se debe informar. Con posterioridad se demostrará que no es esa la estructura delictiva del artículo 439[54].

Por otro lado, hay un sector doctrinal que considera que la acción que incrimina el artículo 439 del Código penal es el *forzar o facilitarse la participación*[55]. Los partidarios de esta postura consideran que la conducta típica se describe con los verbos "forzar o facilitar", consistiendo, por tanto, en un mero intento por conseguir la participación en el asunto del que se trate. Para mantener esta postura habría que interpretar la acción como un intento de participación posterior, lo que requeriría para su consumación, por tanto, la producción de algún elemento objetivo del inicio de la participación. Este podría encontrarse, por ejemplo, en el hecho de emitir un informe sin perjuicio de que, después, produzca o no los resultados esperados.

Manteniendo esta postura, Orts considera que la descripción de la acción típica con el término forzar no debe entenderse como sinónimo de violencia o coacción[56]. Si se intentara la participación a través de esos medios, tanto este autor como otros entienden que hay que alcanzar la solución en el ámbito de los concursos de delitos, lo que se desarrolla infra.

Estoy de acuerdo en el hecho de que no puede interpretarse el término forzar de esa manera, pero por razones que no han sido aportadas por la doctrina: Desde el momento en que el funcionario tiene que aprovecharse de su deber de informar en ese asunto concreto, los verbos forzar o facilitarse no tienen más remedio que ir referidos al contenido del informe y a la naturaleza del mismo. Sobre este particular se vuelve supra al exponer mi postura personal.

Una postura doctrinal distinta es la de Mir Puig.

[52] Cfr. Polaino Navarrete, M.: *Op cit* 1997, cuando dice textualmente que "la tipificacion actual diluye los términos de la descripción positiva hasta hacer dificilmente comprensible el comportamiento tipico y, desde luego, virtualmente impracticable"

[53] Así lo han puesto de manifiesto, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 1992, 11 de noviembre de 1998, 9 de diciembre de 1998 y de 3 de mayo de 1999.

[54] Vease infra

[55] Cfr. Catalan Sender, J.: *Op. cit* 1998 Pag 530 y 534; y Orts Berenguer, E.: *Op cit* 1999. Pag. 776 Este autor, sin embargo, enfra en contradicción cuando mas adelante exige la participacion efectiva del funcionario en el asunto o contrato para alcanzar la consumacion delictiva.

[56] Cfr Orts Berenguer, E.: *Op. cit* 1996 Pág. 1867.

Este autor considera que la acción típica no puede ser otra que la *participación* en un asunto en el que su intervención como funcionario público o autoridad le reporta beneficios. De lo contrario, continúa, "resultaría forzada y difícilmente comprensible otra interpretación que concibiese el tipo como *mutilado de dos actos*, exigiendo sólo la realización del verbo "se aproveche" y considerando en cambio suficiente que la expresión *para forzar o facilitarse cualquier forma de participación* requiriese únicamente un elemento subjetivo del tipo, un objeto final que no fuera necesario conseguir"[57]. Para Mir Puig el abuso del funcionario sólo puede entenderse si finalmente se ha conseguido alguna forma de participación. El argumento que utiliza para mantener esta postura es acogerse al tenor literal del precepto, en el que, según él, no se dice que "el sujeto se aproveche para *intentar* forzar o facilitarse la participación, sino para forzar o facilitarse la misma"[58].

Otros autores comparten también esta postura, pero interpretan el término "participación" como una conducta lesiva del bien jurídico "imparcialidad" que ellos defienden. Desde esta postura, el tipo se realiza cuando el funcionario público o autoridad participa con un interés personal en un asunto en el que debiera intervenir guiado tan sólo por intereses generales[59]. Para estos autores el injusto no requiere, sin embargo, que dicha participación haya ocasionado un beneficio real al sujeto activo o un perjuicio económico o de otra índole a la Administración pública. Basta con que el sujeto activo intervenga en un mismo asunto en su doble condición de particular y de cargo público. De ahí que sea posible aplicar el tipo del artículo 439 del Código penal aun en los supuestos en los que se ha informado o adoptado acuerdos conforme a Derecho.

Pues bien, para poder adoptar una postura en relación con la acción típica de este precepto considero relevante determinar, en primer lugar, cuál es la modalidad de ataque al bien jurídico en este precepto, cuáles son los supuestos de hecho que se pretenden recoger y qué diferencias, de forma sucinta, existen con otras figuras delictivas similares del mismo título.

La peculiaridad del artículo 439 del Código penal es que recoge supuestos en los que la participación en un negocio o actuación se ha forzado o facilitado por la infracción de su deber de cargo consistente en informar.

El bien jurídico función pública queda afectado, por tanto, desde el momento en que el sujeto participa de un negocio o actuación, produciendo el desvío del procedimiento administrativo hacia intereses particulares. Además, considero que el legislador no castiga penalmente en este precepto cualquier tipo de participación en un negocio o actuación, sino sólo la participación que se alcanza quebrantando un deber de cargo que consiste en informar en ese contrato, asunto, operación o actividad. Con el informe realizado el funcionario no alcanza de forma definitiva la participación en el negocio, pues debe sucederle por regla general una resolución administrativa posterior. Como comentamos supra, el informe del funcionario debe ser siempre preceptivo, con independencia de que sea consultivo o vinculante. Esto último tiene una considerable importancia en el tipo pues, según mi punto de vista, la naturaleza del informe se corresponde con la cercanía del mismo a la participación del funcionario en el asunto, y que en el tipo viene descrito con los términos "forzar o facilitarse". Efectivamente, si el funcionario quebranta su deber de cargo en la emisión de un informe *consultivo* estará *facilitando* su participación; si, por el contrario, el informe tiene naturaleza *vinculante*, el funcionario ha *forzado* su participación en el negocio. Por tanto, el quebrantamiento del deber de informar es el medio idóneo para la lesión del bien jurídico protegido que, dependiendo de la naturaleza del informe, hará que el resultado consistente en participar se haya forzado (informe vinculante) o simplemente facilitado (informe consultivo). Por todo lo anterior considero que un informe ajustado a derecho emitido por un funcionario con intereses particulares en el contrato, asunto, operación o actividad objeto de trámite no es una conducta típica por no realizar el comportamiento exigido por el tipo, esto es, el quebrantamiento del deber de informar. Dependiendo de la fuerza vinculante del informe, éste forzará o facilitará la participación del funcionario en tales negocios o actuaciones.

La *participación*, desde mi punto de vista, consiste en la obtención de un beneficio —sin necesidad de que éste sea de carácter económico— derivado de un negocio o actuación realizado con la Administración pública en el que el beneficiario ha intervenido en calidad de funcionario público emitiendo un informe preceptivo. Es así que la *participación* se constituye en este tipo penal como el resultado material de la lesión del bien jurídico, esto es, de que la acción de informar del sujeto ha determinado o condicionado la resolución posterior, en caso de existir, consiguiéndose finalmente desviar el curso del procedimiento administrativo. Por tanto, la naturaleza del delito contenido en el artículo 439 del Código penal es *de lesión*. La propuesta de que sea un delito de peligro, ya sea abstracto o concreto, sólo puede plantearse a partir de una configuración distinta del bien jurídico: La defensa doctrinal de la imparcialidad como bien jurídico protegido por el artículo 439 exige el recurso a la técnica de los delitos de peligro por la dificultad —o imposibilidad— que entraña su concreción. La frecuencia con que la doctrina suele acudir a esa técnica deriva desafortunadamente de una configuración en exceso abstracta del bien jurídico objeto de protección, y no de un verdadero adelantamiento de las barreras de protección penal.

Intentaré acotar a continuación la conducta típica con respecto a otros ilícitos, administrativos y penales, a través del siguiente ejemplo: Un funcionario público informa favorablemente sobre la viabilidad de uno de los proyectos presentados por una

[57] Cfr. Mir Puig, S.. *Op. cit* 1996. Pág 327.
[58] Ibidem.
[59] Cfr. Morales Prats, F y Rodríguez Puerta, M.J.. *Op cit* 1999. Pág. 1303 y 1304, basándose en datos jurisprudenciales

empresa en la que es accionista o socio a un concurso público para la adjudicación de obras municipales.

Si, como se ha dicho supra, se interpretan los términos forzar o facilitarse la participación como una forma de quebrantar gravemente el deber de informar propio de su cargo, no podemos afirmar que estemos ante un supuesto de mera incompatibilidad o incumplimiento de las normas de abstención. Esto es, si el funcionario se limita a informar con arreglo a la legalidad, de forma imparcial y guiado por los intereses generales sobre un asunto en el que concurren intereses particulares, entonces estamos ante un mero incumplimiento de las normas de abstención. Si, por el contrario, el funcionario fuerza o se facilita la participación, quebrantando gravemente su deber de informar, no estamos solamente ante la infracción de meras normas administrativas de abstención, sino ante la lesión (o intento de lesión como forma imperfecta de ejecución) del bien jurídico protegido al desviar (o intentar desviar) el cauce administrativo hacia intereses particulares.

No estamos ante un delito de cohecho activo, pues en el supuesto que nos ocupa no existe, en principio, un tercero que ofrezca una participación para que el funcionario informe favorablemente, sino que es el propio funcionario el que se aprovecha de su situación para sacar partido de esa condición como particular. En caso de que fuera un tercero el que ofreciera al funcionario un beneficio a cambio de un informe favorable, aquel beneficio tendría que ser siempre la participación en el asunto de que se trate, con independencia de la concurrencia del delito de cohecho activo en esos supuestos. Efectivamente, podemos imaginar casos en los que un particular ofrece al funcionario la posibilidad de participar en el asunto o negocio si informa favorablemente. En este caso, estaríamos, en primer lugar, ante un delito de cohecho activo en el que el particular promete una participación en el asunto o negocio, que el funcionario acepta, y con cuya transacción comercial del deber de cargo del funcionario se pone en peligro el bien jurídico. Si además el funcionario quebranta su deber de informar para facilitarse la participación prometida, entonces el bien jurídico se afecta, de forma perfecta o imperfecta[60], por desviar el cauce administrativo hacia intereses particulares (propios y ajenos) en el ámbito de su competencia.

Tampoco es un delito de cohecho pasivo, puesto que el forzar o facilitarse la participación no se corresponde, al igual que en el caso anterior, con la acción de solicitar la participación a cambio de la realización del informe, sino de alcanzar, a través de éste, la participación. La diferencia radica fundamentalmente en que el artículo 439 lesiona el bien jurídico, mientras que en el cohecho, cualquiera sea su modalidad, tan sólo se lo pone en peligro.

Tampoco estamos ante una prevaricación, ya que la competencia del funcionario o autoridad no es la de resolver el negocio o la actuación, sino simplemente la de informar en el contrato, asunto, operación o actividad. Ciertamente, la conducta del artículo 439 del Código penal estará muy cercana a la prevaricación cuando el informe que deba aportar el funcionario no sólo sea preceptivo, sino también vinculante.

No es tampoco un delito de tráfico de influencias, aunque también comparte con él semejanzas: La diferencia con este delito radica en que el abuso no se produce en la relación personal o jerárquica que existe entre el sujeto activo y la autoridad o funcionario que resuelve de un asunto, sino en la emisión de un informe que ciertamente determina o condiciona la resolución posterior.

Por último, tampoco estamos ante una figura de fraude del artículo 436 del Código penal, porque el tipo del artículo 439 del Código penal no exige que el ente público al que está adscrito el funcionario sea defraudado o sufra un perjuicio patrimonial.

En cuanto a la posibilidad de realizar la conducta típica por omisión, no encuentro dificultades en su admisión en aquellos supuestos en los que la no emisión de un informe es equiparable al pronunciamiento favorable de la Administración. Cuando dicha omisión facilite o fuerce la participación del funcionario o autoridad que lo omite en un negocio o asunto, estaremos en el ámbito de aplicación de esta norma.

Sin embargo, no se da la comisión por omisión en los casos en los que se omiten aspectos parciales de un informe[61], puesto que en este caso el funcionario o la autoridad no omite un comportamiento, sino que lo realiza incorrectamente, por lo que su conducta es activa.

B) *Conducta típica del artículo 441 del Código penal*

La conducta típica de este precepto, a diferencia del anterior, no presenta grandes problemas, pues nos encontramos ante una redacción más depurada, concretándose el comportamiento delictivo en la realización de una actividad profesional o de asesoramiento, permanente o accidental[62]. Pero no se admite en este precepto cualquier comportamiento de esta clase, sino sólo aquellos que no están permitidos por las normas administrativas. Esta remisión a las normas que regulan el régimen de incompatibilidades y sus excepciones[63] convierten

[60] Vease infra

[61] Admitiendo este supuesto como una comisión por omision cfr. Olaizola Nogales, I. : *Op. cit.* 1999 Págs. 476 y 477

[62] Cfr., entre otros, Polaino Navarrete, M ' *Op cit* 1997. Pag. 438; Orts Berenguer, E.: *Op. cit.* 1999. Pág. 777

[63] Cfr., entre otras, Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, modificada por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social; Real Decreto 598/1985, de 30 de abril, sobre incompatibilidades del personal al servicio de la Administración del Estado, de la Seguridad Social y de los Entes, Organismos y Empresas dependientes; Ley Orgánica 1/1985, de 18 de enero, de Incompatibilidades del Personal al Servicio del Tribunal Constitucional, Consejo General del Poder Judicial, componenes del Poder Judicial y Personal al Servicio de la Administración de Justicia, Tribunal de cuentas y Consejo de Estado; Ley 12/1995, de 11 de mayo, de Incompatibilidades de los Miembros del Gobierno de la Nación y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado

el precepto en una norma penal en blanco[64]. Sobre la naturaleza de la locución "fuera de los casos admitidos por las Leyes o Reglamentos" y su relación con los tipos de error, remito al lector a lo dicho infra sobre el elemento subjetivo.

Al elemento anterior, además, deben unírsele de forma alternativa dos circunstancias[65]: La relativa a que la actividad profesional o de asesoramiento se haya realizado sobre un asunto en el que deba intervenir o haya intervenido el sujeto en calidad de funcionario; o, a pesar de que el asunto no es de los que debe intervenir o haya intervenido por razón de su cargo, sea de los que se tramiten, informen o resuelvan en la oficina o centro directivo en que estuviere destinado o del que dependa.

Para un sector doctrinal, que sostiene que el bien jurídico protegido en este precepto es el principio de imparcialidad, el primer supuesto es una conducta que pone en peligro concreto el bien jurídico, ya que condiciona su intervención posterior en dicho asunto; y el segundo caso, esto es, cuando el funcionario no tiene que intervenir en ese asunto, pero sí la oficina o centro directivo en el que trabaja, ante un supuesto de peligro abstracto[66].

Sin embargo, partiendo de que la imparcialidad no puede ser el bien jurídico defendido por estos tipos penales, sino la *función pública* según la configuración expuesta supra, hay que determinar, en primer lugar, en qué modalidad de lesión tiene cabida la conducta típica de asesoramiento o de realización de una actividad profesional; para, en un paso posterior, determinar su estructura típica.

La conducta que en el artículo 441 se recoge como típica es la de asesorar o realizar una actividad profesional bajo la dependencia o al servicio de entidades privadas o de particulares. No se exige, sin embargo, que el funcionario quebrante su deber de cargo en el momento de intervenir en el asunto, ni antes ni después del asesoramiento o actividad profesional que realice. Como expuse supra, la infracción del deber de cargo es, según mi parecer, consustancial a la lesión del bien jurídico protegido, por lo que difícilmente en estos supuestos se lesionará o pondrá en peligro dicho bien. Por si esto no fuera suficiente, en este precepto, a diferencia del anterior, no se recoge ningún elemento adicional que restrinja el injusto culpable: No se exige prevalimiento del funcionario o autoridad en su cargo, ni que su acción esté guiada por una tendencia subjetiva determinada, ni que produzca un perjuicio a terceros o a la administración.

Con este precepto parece que se ha pretendido defender el acceso en condiciones de igualdad de todos los ciudadanos a las prestaciones administrativas y que los empleados públicos centren su actividad en el ejercicio de la función administrativa. Lejos queda de su finalidad, al menos con la redacción que se le ha dado al precepto, la protección del bien jurídico función pública, que es el objeto de tutela de los artículos recogidos bajo el Título XIX en el que está ubicado, pues no se prevé el desvío del cauce procedimental administrativo o su obstaculización, ni tampoco su puesta en peligro. Esto es así salvo en el supuesto de que con el asesoramiento o actividad profesional se estén revelando datos que el funcionario conoce por el cargo que desempeña. Es este caso sí se afecta el bien jurídico a través de la desviación de su proceder al sustraer elementos esenciales para el correcto desarrollo del curso administrativo, pero también es una conducta que ya está previamente recogida en el artículo 417.1[67]. Es más, si el particular utiliza esa información vertida en el asesoramiento o actividad profesional del funcionario para provecho propio o ajeno el Código penal prevé su punición en el artículo 418[68].

Desde esta perspectiva, hay que darle la razón al sector doctrinal que intuía que este precepto no es más que un ilícito administrativo. Posiblemente pueda considerarse uno de los ilícitos más graves en ese sector del ordenamiento, pero en ningún caso alcanza la categoría suficiente para elevarlo a ilícito penal.

No obstante, podría aventurarme a afirmar, no convencida plenamente, que en una de las circunstancias abarcadas en el tipo la conducta típica puede, de forma remota, desviar el cauce administrativo: Me refiero a los supuestos en los que el sujeto asesora o realiza una actividad profesional previa a su intervención en el asunto por razón de su cargo. Sólo en este supuesto podríamos considerar que estamos ante un delito de peligro abstracto, puesto que no es absolutamente improbable que el deber de cargo no se ejerza con imparcialidad; en los demás casos, esto es, en los que la actividad profesional o el asesoramiento es posterior a su intervención como funcionario o recae sobre un asunto en el que él no interviene, pero sí se tramita, informa o resuelve en la oficina o centro directivo en el que está destinado o del que dependa, considero que la conducta está excesivamente alejada del bien jurídico.

Con respecto al contenido de "oficina o centro directivo", no es necesario acudir a los conceptos administrativos de descentralización, desconcentración, delegación interorgánica, etc.[69], sino que es perfectamente posible acudir a un concepto penal que sea coherente en el contexto del injusto típico. Para que esto último fuera posible el precepto no puede estar haciendo referencia con esos térmi-

[64] Cfr. Mir Puig, S : *Op cit* 1996 Pág 321 y 329.

[65] Cfr Morales Prats, F y Rodriguez Puerta, M J.. *Op cit* 1999. 1304

[66] Ibidem

[67] El articulo 417.1° contiene la siguiente redaccion "La autoridad o funcionario publico que revelare secretos o informaciones de los que tenga conocimiento por razon de su oficio o cargo y que no deban ser divulgados, incurrira en la pena de multa de doce a dieciocho meses e inhabilitacion especial para empleo o cargo publico por tiempo de uno a tres años

Si de la revelacion a que se refiere el parrafo anterior resultare grave daño para la causa publica o para tercero, la pena será de prision de uno a tres años, e inhabilitación especial para empleo o cargo publico por tiempo de tres a cinco años"

[68] Dice textualmente este precepto "El particular que aprovechare para si o para un tercero el secreto o la informacion privilegiada que obtuviere de un funcionario público o autoridad, sera castigado con multa del tanto al triplo del beneficio obtenido o facilitado Si resultare grave daño para la causa pública o para tercero, la pena será de prision de uno a tres años"

[69] Para una aproximación a dichos conceptos administrativos, cfr., entre otros, Parada, R *Derecho Administrativo II Organizacion y empleo publico* 13ª edicion Marcial Pons, 1999 Pags. 45-59

nos a un Ministerio, ni a una Secretaría de Estado, ni siquiera a una Dirección general, sino a unidades más reducidas, caracterizadas por ser las competentes para conocer, informar, decidir o actuar sobre una materia, aunque ésta pueda o deba ser posteriormente revisada por un órgano superior. Así por "oficina o centro directivo", como establece el tipo, debe entenderse la dependencia administrativa directamente competente en el escalafón jerárquico de la Administración, encargada de conocer los asuntos relativos a una determinada materia, con independencia de que, debido a la existencia de una gran carga de trabajo, dicha dependencia se subdivida en unidades. En caso contrario, se dejaría en manos del azar la posibilidad de castigar estos delitos al depender ésta de las normas o criterios de reparto que se utilizaren.

A diferencia de lo admitido para el artículo 439, considero inviable la comisión por omisión en este caso en tanto que se requiere una actividad profesional o de asesoramiento para la realización del tipo[70].

TIPO SUBJETIVO

No parece una cuestión discutible la consideración de que el término "se aproveche" del artículo 439 del Código penal hace referencia a la exigencia típica de que el autor actúe con dolo[71]. Sin embargo, hay distintas posturas con respecto a la posible exigencia de un elemento subjetivo tendencial. La defensa de este elemento[72] debe mantenerse por aquellos que consideran que la acción típica del artículo 439 es distinta a la participación, siendo ésta tan solo un objetivo final buscado por el autor en su actuación en tanto que le va a reportar un interés personal[73]. Por el contrario, Mir Puig niega su existencia, al entender que la acción típica es la propia participación y que ésta no puede relegarse a una mera tendencia subjetiva[74].

Discrepo de las posturas anteriores: Desde mi punto de vista, la participación en negocios o actuaciones es, como se expuso supra, el resultado buscado por la acción típica consistente en quebrantar el deber de informar (forzando o facilitando el resultado). Visto desde esta perspectiva, el resultado debe quedar abarcado por el dolo del autor al realizar el comportamiento típico, sin necesidad de que se exija un elemento subjetivo adicional. Es así que el dolo del autor debe abarcar tanto el quebrantamiento del deber de informar como el resultado de participación en tales negocios o actuaciones en los que ha intervenido en su calidad de funcionario público.

Además, considero que es posible apreciar no sólo supuestos en los que el comportamiento típico se realiza con dolo directo, sino también los cometidos con dolo eventual[75].

El supuesto de hecho del artículo 441 debe realizarse, en principio, con dolo directo, entendiéndose por tal el conocimiento y la voluntad de que el asunto sobre el que está ejerciendo una actividad profesional o de asesoramiento en una entidad privada o para un particular es uno de los que el sujeto activo tiene que conocer, ha conocido o, al menos, de los que se conoce en su oficina. Quizás pueda mantenerse la realización de este tipo penal con dolo eventual en los supuestos en los que el funcionario o autoridad duda que el asunto sobre el que se le pide asesoramiento particular sea de los que tiene que conocer él o su oficina. Con todo, la definición adoptada supra de "oficina o centro directivo" reduce las posibilidades de que se cometa el tipo con dolo eventual, ya que, aun existiendo unidades de trabajo dentro de la oficina, a efectos de este tipo penal entiendo que hay que remitirse a las competencias de esta última. En caso de admitir una definición distinta, en la que cada unidad de trabajo podría ser considerada una oficina, cabría apreciar la realización del tipo con dolo eventual cuando el funcionario, aún a sabiendas de que, en virtud de las normas de reparto, el asunto puede recaer en su unidad, asume esa posibilidad.

Por otra parte, parece conveniente plantearse la naturaleza de la expresión "fuera de los casos admitidos en las Leyes o Reglamentos" del artículo 441, ya que la decisión que se adopte sobre si constituye un elemento normativo del tipo o simplemente una causa de justificación de la conducta determinará el tratamiento que deba otorgársele al error cuando éste recae sobre la creencia de que la actividad realizada estaba dentro de uno de los supuestos admitidos administrativamente[76].

La interpretación de una locución semejante ha sido analizada por autores que, con motivo del análisis del artículo 172, relativo al delito de coacciones, consideran que la locución "sin estar legítimamente autorizado" no es un elemento normativo del tipo, sino una referencia que alude a la posible concurrencia de una causa de justificación, singularmente la del artículo 20.7 del Código penal[77].

Desde mi punto de vista, la expresión "fuera de los casos admitidos en las Leyes o Reglamentos" del artículo 441 es similar a la locución utilizada en el artículo 172 y que, por tanto, está haciendo referencia a los supuestos en los que se actúa sin estar legítimamente autorizado. Por ello entiendo que la locución utilizada en el precepto objeto de análisis no es un elemento normativo del tipo, sino descriptivo, en tanto que no conlleva un juicio de valor ni es exclusivamente susceptible de "comprensión espiritual"[78].

---

[70] Cfr. Catalán Sender, J.: *Op cit* 1998 Pag. 533.

[71] Cfr Mir Puig, S *Op cit* 1996. Pag 326

[72] Cfr , entre los partidarios de esta postura, Polaino Navarrete, M.; *Op cit* 1997. Pag. 436

[73] Cfr. las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 1998, 18 de febrero de 1999 y, entre otras, 23 de febrero de 2000.

[74] Cfr. supra lo adelantado al exponer las distintas posturas en la consideracion del comportamiento tipico

[75] Postura semejante es la expuesta por la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 1992 cuando con ocasion de un pronunciamiento sobre el antiguo articulo 404, homologo del actual articulo 439, exige la concurrencia de dolo con independencia de que sea directo o eventual. Excluyendo toda posibilidad de cometer el tipo con dolo eventual cfr. Mir Puig, S · *Op. cit.* 1996. Pág. 326

[76] Cfr. Mir Puig, S.: *Op cit* 1996 Pág 329

[77] Cfr., por todos, Diez Ripolles, J L.: *Comentarios al Codigo penal, Parte Especial. I* Tirant lo Blanch. Valencia, 1997. Pag 836

[78] Cfr. Cerezo Mir, J.. *Curso de Derecho penal español Parte General.* Volumen 2. Sexta edicion. Madrid, 2000. Pag. 117.

Los supuestos en los que la autoridad o funcionario público actúa legítimamente autorizado deriva de una regulación expresa del régimen de incompatibilidades en el sector administrativo. Las actividades compatibles con el cargo administrativo que se ostenta están legitimadas por la norma administrativa, exigiendo el tipo la remisión expresa a esas normas para poder conocer penalmente la legitimidad de la actuación, por lo que se constituye como una norma penal en blanco.

Según lo anterior, si el funcionario realmente está dentro de uno de los supuestos de compatibilidad, la conducta aún siendo típica no será antijurídica[79]. Si verdaderamente actúa errando en la prohibición, entonces es de aplicación el artículo 14.3. Esta opinión puede deducirse también de la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1998, en la que, aunque desestima el error de prohibición por haber quedado suficientemente acreditadas las continuas advertencias que el secretario de la corporación realizó a todos los miembros de la misma para que se abstuvieran de participar en asuntos en los que pudieran tener un interés directo, y argumenta que "dada la experiencia del apelante en el ejercicio de la función pública, es evidente que tenía que conocer la existencia de incompatibilidad, y si no la conocía, el secretario se lo estaba recordando en todos los plenos, por lo que no se puede sostener que ignorara que era contrario al correcto desempeño de su función votar como alcalde en las licencias de obras en las que iba a actuar como aparejador", puede deducirse que en caso contrario lo hubiese admitido. Efectivamente, considero que es posible admitir un error de prohibición en los casos en los que el sujeto activo desconozca que se encuentra ante un supuesto en los que debe abstenerse.

Otra cuestión a tener en cuenta es si el sujeto activo de los artículos 439 y 441 debe dirigir su comportamiento con ánimo de lucro. La duda proviene del anterior artículo 198[80], en el que expresamente se exigía que el funcionario actuara "con móvil de lucro".

Con respecto al artículo 439, hay sentencias del Tribunal Supremo, como la del 26 de mayo de 1999, que mantienen que "lo esencial es que el funcionario tome interés en aquello que por constituir materia propia de su cargo no puede ser objeto codiciado para sus *apetencias lucrativas*,...". Sin embargo, con la redacción actual del precepto, en la que no hay referencia al ánimo lucrativo, y atendiendo al capítulo en el que se ubican, que recoge otro tipo de intereses distintos a los meramente económicos[81], hay que posicionarse claramente por la inexistencia de un ánimo de lucro como elemento subjetivo adicional. En la práctica encontramos supuestos de hecho en los que la jurisprudencia se ha pronunciado a favor de la aplicación de estos preceptos aun cuando el sujeto no actuó movido por intereses económicos, sino de otro tipo, como la amistad, parentesco, etc.[82]. Así, por ejemplo, en la sentencia de 28 de junio de 1999 manifiesta el Tribunal Supremo que "comete este delito el funcionario que adopta una decisión influido por intereses económicos ajenos a los públicos, o incluso motivado por la existencia de otro tipo de intereses, como el parentesco o la amistad, *instrumentalizando* sus funciones para fines distintos o contrarios a los públicos, cometiéndose este delito cuando la resolución es ajustada a derecho".

Además, es posible mantener esta postura atendiendo a los términos *contrato, asunto, operación o actividad,* así como a los de participación en un *negocio o actuación* a los que hace referencia el artículo 439 Considero que la utilización de esos términos invita a ampliar el ámbito de aplicación a todos los supuestos en los que se pueda atentar contra los intereses generales, aun cuando no se dé un marcado carácter económico. Así, por ejemplo, cabría pensar en la posibilidad de participar en una actuación política.

Con respecto al artículo 441 del Código penal, es evidente que el asesoramiento o la actividad profesional que la autoridad o funcionario público realiza a un particular o entidad privada *bajo su dependencia o a su servicio* denota claramente un ánimo de obtener más ingresos que los que recibe por su actuación funcionarial. Por lo que, desde mi perspectiva, el ánimo de lucro es un elemento implícito al tipo.

CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD

Debe recordarse que, en virtud del artículo 67 del Código penal, no se aplicarán las agravantes o atenuantes que la Ley haya tenido en cuenta al describir o sancionar una infracción. Es por ello que, entre las circunstancias pertenecientes a la antijuridicidad, la agravante "prevalerse del carácter público que tenga el culpable" del artículo 22. 7º no es compatible[83] con el artículo 439 del Código penal.

Otra agravante a considerar, pero en esta ocasión de las que aumentan la culpabilidad, es la de actuar el culpable "por precio, promesa o recompensa" del artículo 22.3º. Esta es incompatible con delitos recogidos dentro del mismo título que los delitos de negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos. En concreto, no puede

[79] Cfr Mir Puig, S.: *Op cit* 1996 Pág. 329

[80] El artículo 198 del anterior Código penal decía textualmente: "La autoridad o funcionario público que, prevaliéndose de su cargo, ejerciere alguna profesión directamente relacionada con la esfera de sus atribuciones oficiales o interviniera directa o indirectamente en empresas o asociaciones privadas con móvil de lucro, incurrirá en la pena de inhabilitación especial y multa de 100.000 a 5.000.000 de pesetas".

[81] Cfr. Mir Puig, S.: *Op. cit.* 1996. Pag 327 Ejemplo de ello es el artículo 443 del Código penal, en el que se pone en peligro el bien jurídico función pública cuando la autoridad o funcionario público intenta negociar con su deber de cargo, solicitando favores sexuales "a una persona que, para sí misma o para su cónyuge u otra persona con la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, ascendiente, descendiente, hermano, por naturaleza, por adopción, o afín en los mismos grados, tenga pretensiones pendientes de la resolución de aquél o acerca de las cuales deba evacuar informe o elevar consulta a su superior."

[82] Cfr., entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 18 de febrero y 28 de junio de 1999.

[83] Cfr. Cerezo Mir, J.. *Curso de Derecho Penal Español Parte General* III Tecnos, 1998 Pag 157

aplicarse a los tipos de cohecho pasivo de los artículos 419 a 422 y 425-426 por tratarse de un elemento inherente a esos delitos, que de no concurrir no podrían cometerse[84]. Aunque en el tipo de los artículos 439 y 441 no se recoge de forma expresa como elemento del tipo la realización de la conducta por precio, promesa o recompensa, considero que la participación en un negocio o actuación, y el asesoramiento o actividad profesional, suelen llevar aparejada la obtención de un incremento en el patrimonio del sujeto activo. Por tanto, y aunque no se requiera expresamente un ánimo de lucro como elemento subjetivo adicional, considero que no se da un mayor reproche en las conductas recogidas en estos preceptos cuando su actuación es motivada por precio, promesa o recompensa, ya que, aun cuando expresamente no lo diga el tipo, son conductas que habitualmente y de forma casi inherente a ellas tienden a obtener un beneficio patrimonial. Además, no se puede ignorar que la presencia de precio, promesa o recompensa reconvierte —o hace confluir— este delito de negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos en un delito de cohecho del artículo 425 del Código penal[85].

GRADOS DE EJECUCION

En ninguno de los dos preceptos objeto de estudio se requiere para que estas figuras queden consumadas la producción de daño ni perjuicio para la Administración ni que el acusado haya buscado o percibido realmente un beneficio económico[86].

La conducta del artículo 439 queda consumada, según lo expuesto supra, en el momento en que el funcionario alcanza la participación. Es en ese momento cuando se perfecciona el tipo penal, lesionando el bien jurídico constituido por el cauce administrativo al desviarlo de su objetivo del interés general. Ahora bien, es perfectamente posible que el delito sólo se realice de forma imperfecta. Téngase en cuenta que, como ya se ha señalado, un informe preceptivo suele ir acompañado de una resolución posterior. En el supuesto de que el informe preceptivo sea consultivo, es posible que en ocasiones la resolución administrativa posterior no atienda a lo establecido en el informe y, por el contrario, enderece el cauce. En estos supuestos, el sujeto activo —funcionario— ha realizado todos los elementos típicos necesarios para alcanzar el resultado de su acción, el cual finalmente no se produjo por causas ajenas a su voluntad. Por tanto, en este supuesto estaríamos ante un ejemplo de tentativa acabada. Por el contrario, en los supuestos en los que una resolución posterior no encauza el proceso, supuestos que se darán con más frecuencia cuando el informe del funcionario es vinculante, éste alcanzará la participación perseguida, encontrándonos entonces ante la consumación delictiva.

Podrían apreciarse otros supuestos de tentativa, en esta ocasión inacabada, como, por ejemplo, el caso en que, habiéndose redactado el informe, éste no llega a introducirse en el cauce administrativo por causas ajenas a la voluntad del funcionario. En caso contrario, esto es, que sea el propio funcionario el que evita que el informe produzca los efectos ilícitos esperados estaríamos ante un desistimiento.

La conducta tipificada en el artículo 441 se consumará desde el momento en que, conociendo el sujeto activo que el asunto pertenece al ámbito de su competencia pública o de la de su oficina o centro directivo en el que estuviere destinado o del que dependa, realiza la actividad profesional o de asesoramiento a una entidad privada o a un particular.

También en estos casos caben formas imperfectas de ejecución. Por poner un ejemplo, cabría pensar en una tentativa acabada en el caso de un funcionario que, de forma ocasional, elabora un informe a través del cual lleva a cabo el asesoramiento sobre un determinado asunto de su competencia a un particular, informe que finalmente no llega a manos de éste por causas ajenas a la voluntad del funcionario; también de tentativa inacabada: Cuando una entidad privada contrata formalmente a una autoridad o funcionario público para que le asesore o actúe profesionalmente para ella con carácter permanente, pero que finalmente, por causas ajenas a la autoridad o funcionario, por ejemplo una baja por enfermedad, la actividad profesional o el asesoramiento no llega a realizarse.

PARTICIPACION DE TERCEROS

En el artículo 439 se prevé la posibilidad de que el funcionario participe de los negocios o actuaciones de forma "directa o por persona interpuesta". Desde mi punto de vista, la locución "por persona interpuesta" no sólo hace referencia a la acción típica, sino al resultado material del negocio o actuación. Este último será el caso si, habiendo el funcionario realizado los elementos tendentes a la consumación delictiva, alcanza el resultado material participando en el negocio a través de persona interpuesta. Volviendo al ejemplo que se puso supra para delimitar la conducta típica, el representante de la empresa que figura en el proyecto para la contrata de obras municipales no tiene por qué ser el funcionario, sino cualquier otra persona interpuesta.

Distinto es el supuesto en que se utiliza un instrumento cualificado para que materialice la acción típica consistente en realizar el informe que desviará el procedimiento administrativo hacia sus intereses particulares[87]. Cuando el informe favorable es consecuencia de una coacción, error, ... por parte de una autoridad o funcionario sobre un sujeto con sus mismos deberes especiales para informar en el contrato, asunto, ope-

[84] Cfr. Cerezo Mir, J.: *Curso de Derecho Penal Español. Parte General* III. Tecnos, 2001. Pág. 160.

[85] Cfr. supra, la delimitacion de la conducta tipica e infra, el epígrafe relativo a "Los problemas concursales".

[86] Cfr., con relacion al artículo 439, la sentencia de 30 de noviembre de 1998.

[87] Cfr Díez Ripollés, J.L.: "Una interpretacion provisional del concepto de autor en el nuevo Codigo penal", en *Cuadernos de Derecho Judicial* Consejo General del Poder Judicial, 1997. Pag. 254.

ración o actividad de que se trate, nos encontraremos ante un supuesto de autoría mediata. En tanto que nos encontramos ante un delito especial propio, no cabe la posibilidad de realizar una autoría mediata por persona que no ostente la cualidad de funcionario público o autoridad[88] y que no tenga competencias para informar en el caso concreto.

En los supuestos en los que, por delegación de la autoridad competente, un funcionario informa en un contrato, asunto, operación o actividad favoreciendo la participación de aquél en el negocio o actuación de que se trate, hay que entender que nos hallamos ante la figura del actuar en lugar de otro contenida en el artículo 31 del Código penal.

Con respecto al artículo 441, Moralez Prats y Rodríguez Puerta consideran que la posibilidad de cometer el hecho "por sí o por persona interpuesta" es una cláusula de autoría mediata, siempre que el tercero actúe en nombre del funcionario[89]. Desde mi punto de vista, es posible que en esa afirmación doctrinal se estén mezclando dos conceptos diferentes de autor: uno sería el de la autoría mediata del artículo 28 del Código penal, cuando el autor utiliza a un tercero de instrumento, y otro el del supuesto del artículo 31 del Código penal, cuando un tercero actúa en nombre de otro. La cláusula que comentamos parece estar haciendo referencia a supuestos de autoría mediata, que tendrán lugar, por ejemplo, cuando una autoridad o funcionario instrumentaliza a un compañero cualificado de su oficina o centro directivo en el asesoramiento a una entidad privada, en cuyo asunto aquél va a intervenir. Más difícil resulta alcanzar supuestos que tengan cabida en el artículo 31 del Código penal.

Es posible, además, apreciar supuestos de complicidad o de cooperación necesaria cuando la autoridad o funcionario público se vale de la acción de terceros para realizar el asesoramiento o actividad profesional típicos del artículo 441, aun cuando ese tercero no tenga la condición de funcionario público o autoridad[90]. Un ejemplo de ello lo encontramos en la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1998, núm. 224/1998, al establecer que "el título de imputacion del acusado veterinario no funcionario don Mateu B.F. es el de autor por cooperación necesaria, artículo 28. b) del Código penal. En efecto este acusado, en tanto que veterinario no titular, intervino en el proceso ejecutivo material del delito, actuando de gerente y legal representante tanto frente a la Administración autonómica como frente a terceros, de modo y manera que por su no vinculación funcionarial no podía levantar ningún tipo de sospecha en orden a posibles incompatibilidades".

PENALIDAD

En el artículo 439 del Codigo penal se establece una pena superior a la del artículo 441. Para el primero está prevista una pena de multa de 12 a 24 meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a cuatro años, mientras que para el segundo la pena de multa es de 6 a 12 meses junto con la suspensión de empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años. La diferente reacción punitiva apoya la tesis defendida en este trabajo, esto es, se corresponde con la distancia que separa las conductas típicas y el bien jurídico protegido. En el primer caso hay una lesión del bien jurídico, mientras que en el artículo 441 se puede mantener sólo para una de las circunstancias que rodea la conducta, que se pone en peligro la función pública.

No obstante, hay que resaltar el hecho de que en el artículo 441 del Código penal la acción típica realizada de forma *accidental* se equipara a efectos de pena con la que se desarrolla *permanentemente* o de forma habitual. Desde mi punto de vista, ello produce una vulneración del principio de proporcionalidad, pues considera que la gravedad de ambos injustos es equivalente.

PROBLEMAS CONCURSALES

Interesa a continuación hallar soluciones a los problemas concursales existentes cuando en un supuesto de hecho concurren elementos de distintos tipos penales.

A) El artículo 439 del Código penal y otras figuras afines del Título XIX

Se hizo referencia supra a los supuestos en los que el delito de negociaciones prohibidas se realizaba motivado por precio, promesa o recompensa y a las grandes similitudes que este supuesto presenta con el recogido en el *delito de cohecho* del artículo 419.

Respecto a este último, conviene resaltar ahora el despropósito legislativo que se produce. Ciertamente, no es posible apreciar un concurso de delitos en tanto que nos encontramos ante figuras que, no sólo protegen un mismo bien jurídico, sino que lo hacen a través de la misma modalidad comisiva. Por lo que habría que acudir al concurso de leyes[91]. Sin embargo, no parece que con ello se alcance una solucion satisfactoria: En primer lugar, porque según vengo manteniendo a lo largo de este trabajo, la conducta típica del artículo 439 lesiona el bien jurídico, mientras que el cohecho del artículo 419 tan sólo lo pone en peligro. Esto nos debería llevar a consumir el peligro para el bien jurídico en la lesión finalmente producida, lo cual es un absurdo a la vista de las penas tan altas con las que se castiga ese tipo de cohecho (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). En segundo lugar, porque el propio artículo 419 establece *in fine*

[88] Cfr. Cerezo Mir, J. *Op cit* 2001 Pag 219

[89] Cfr. Morales Prats, F. y Rodriguez Puerta, M.J., *Op cit* 1999, Pag. 1306

[90] Cfr. Muñoz Conde, F.: *Op cit* 2001 Pag 926

[91] Cfr Olaizola Nogales, I *Op cit* 1999 Pags 477 y 478.

de forma expresa que la pena del cohecho se impondrá "sin perjuicio de la pena correspondiente al delito cometido en razón de la dádiva o presente".

Por lo anterior hay que mantener que entre ambos delitos existe un concurso real.

En cuanto a la confluencia con el delito de *tráfico de influencias,* podría darse el supuesto de un funcionario que se prevale de su condición jerárquica para que otro funcionario realice el informe, actuando en su nombre. Una posición doctrinal considera que "el potencial peligro que se amaga en el poder de informar en determinadas actividades es un elemento específico que contiene un especial desvalor" del artículo 439, mientras que en el tráfico de influencias el desvalor queda contenido en el abuso de la situación de superioridad que no tiene que darse en el artículo 439. De ahí que, siguiendo esta postura, deba apreciarse un concurso medial de delitos[92].

B) El artículo 439 del Código penal y figuras que protegen el bien jurídico libertad individual

El término "forzar" de la conducta típica del artículo 439 del Código penal ha llevado a algunos autores a plantearse el alcance exacto de este comportamiento. Este sector doctrinal entiende por tal término la estrategia o medida de presión que un funcionario lleva a cabo para alcanzar su participación en las negociaciones o actuaciones de que se trate. Por ello, dicho término es distinto a coacción o a la violencia que le acompaña[93]. En caso de que se diera ésta estaríamos ante un concurso de delitos ideal o medial entre el delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios y las coacciones[94]. Lo mismo hay que decir en cuanto a la intimidación, aunque en este caso hay que ponerlo en conexión con el delito de amenazas.

Sin embargo, creo que este problema se disuelve al considerar, como mantuve supra, que el tipo determina que la única forma de forzar o facilitarse una participación punible por este tipo penal es la emisión de un informe. Partiendo de esta premisa tales conceptos no presentan, desde mi punto de vista, ningún tipo de problemas.

C) El artículo 441 del Código penal y otras figuras afines del Título XIX

Hay quienes mantienen que, tanto con este precepto como con el anterior, el legislador ha querido adelantar las barreras de intervención penal para evitar que el abuso o interferencia del funcionario en el ejercicio de sus funciones alcance la consumación de otros delitos, como puedan ser la prevaricación o la revelación de secretos. Estos mismos autores consideran que los supuestos de hecho del artículo 441 quedarían abarcados por los delitos de prevaricación y revelación de secretos en caso de que se diera una incidencia efectiva de la actividad privada en la resolución de asuntos públicos o un abuso de conocimientos obtenidos en el ejercicio de su cargo o función, respectivamente[95].

Por nuestra parte, si partimos de la base de que la única posibilidad de afectar el bien jurídico con la conducta típica del artículo 441 del Código penal es poniéndolo en peligro abstracto en los casos en los que el funcionario asesora o ejerce una actividad profesional sobre un asunto en el que *posteriormente* tiene que intervenir, nos encontramos que este precepto se relaciona con varias conductas delictivas en función del tipo de intervención posterior del funcionario: Si la autoridad o funcionario público tiene que intervenir resolviendo el asunto, entonces nos encontramos ante un supuesto de prevaricación; si la intervención del funcionario consiste en un deber de informar, el artículo 441 confluye con el 439; y si el asesoramiento conlleva la finalidad de defraudar al ente público en una contratación pública o en una liquidación de haberes, entonces estamos también en el ámbito del delito de fraude del artículo 436.

En los dos primeros supuestos, la conducta del artículo 441 supone tan solo un acto preparatorio que, con la conducta posterior de la autoridad o funcionario público quebrantando su deber de cargo, alcanza la lesión del bien jurídico protegido. En el tercer supuesto, la conducta del artículo 441 puede interpretarse como una de las modalidades de realización de la conducta típica del artículo 436, al decir este precepto "o usase de cualquier otro artificio para defraudar a cualquier ente público". En todos estos supuestos habría que acudir a un concurso de leyes por consunción.

Con respecto a la posible concurrencia con el delito de revelación de secretos la relación concursal es la misma: Si con el asesoramiento al particular o a la empresa privada se informa de aspectos reservados del proceso de contratación que de conocerlos el particular quedaría beneficiado en un concurso público, por ejemplo, de prestación de servicios, lo que procede es aplicar el tipo del artículo 417.1°. En este supuesto, el asesoramiento del funcionario público o autoridad al particular o a la empresa privada se hace a través de la revelación de secretos, perteneciente al ámbito de competencia de aquél. Con ello se quebranta el deber de cargo del funcionario consistente en reservar en secreto dicha información, al mismo tiempo que está poniendo en peligro la correcta dirección del cauce administrativo hacia intereses generales.

BIBLIOGRAFIA

Asua Batarrita, A.: "La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración Cuestiones criminales y criterios de interpretación", en *Delitos contra la Administración pública* (edición a cargo de Adela Asua), IVAP, 1997

[92] Cfr. Cugat Mauri, M · *Op cit.* 1997. Págs. 264 y 265.
[93] Cfr. Orts Berenguer, E.: *Op. cit* 1996. Pág. 1867.
[94] Cfr. Mir Puig, S.. *Op. cit.* 1996 Pag. 326.

[95] Cfr Morales Prats, F y Rodríguez Puerta, M.J *Op. cit.* 1999 Pág. 1306.

Bacigalupo: "Sobre la reforma de los delitos de los funcionarios", en *Documentación jurídica*, monográfico dedicado a la propuesta de anteproyecto de nuevo Código penal. Vol 2.1983 Págs. 383-393.
Catalan Sender, J · "El delito de negociaciones prohibidas a funcionarios en el nuevo Código penal". *Actualidad penal*, nº 29. Del 20 al 26 de julio de 1998. Págs. 525-536
Cerezo Mir, J.:
- *Curso de Derecho Penal Español Parte General.* III Tecnos, 2ª edición. 1998
- *Curso de Derecho Penal español. Parte General. Introduccion* Tecnos, 5ª edición 2000.
- *Curso de Derecho penal español. Parte General* II Tecnos, 6ª edición, 2000.
- *Curso de Derecho Penal español. Parte General.* III. Tecnos, 2001.
Cugat Mauri, M.: *La desviación del interés general y el trafico de influencias* Cedecs editonal. Barcelona, 1997.
Díez Ripollés, J.L.:
- *Comentarios al Código penal. Parte Especial. I* Tirant lo Blanch. Valencia, 1997.
- "El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista", en *Jueces para la Democracia.* 1997. Nº 30. Págs. 10-19
- "Una interpretación provisional del concepto de autor en el nuevo Código penal", en *Cuadernos de Derecho Judicial.* Consejo General del Poder Judicial, 1997. Pág. 219 y ss.
- "El derecho penal simbólico y los efectos de la pena". *Actualidad Penal.* Nº 1. Del 1 al 7 de enero de 2001. Págs. 1-22
Feijoo Sánchez, B.: "De las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función" en Rodríguez Morullo, G (director): *Comentarios al Código penal.* Editorial Civitas, 1997. Págs. 1166-1169.
García Enterría, E. y Tomás-Ramon Fernández: *Curso de Derecho Administrativo I.* Civitas ediciones. 10º edición. Madrid, 2000.
García Pérez, O.: *El delito de encubrimiento. Un análisis de los elementos fundamentadores de su injusto.* Inédito, 1997.
Gimeno Lahoz, R. y Corbella Herreros, T.: "Delitos contra la Administración Pública" en Ganzenmüller, C.; Escudero, J.F. y Frigola, J · *Delitos contra la Administración Publica, contra la Administración de Justicia y contra la Constitucion.* Bosch. Barcelona, 1998
González Cussac, J.L.:
- "Los delitos de los funcionanos públicos· cuestiones generales. La prevaricación como figura residual", en *Cuadernos de derecho judicial.* Madrid, 1994.
- *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios publicos.* Tirant lo Blanch. Valencia, 1997.
López Garrido, D. y García Arán, M (eds): *Comentario sistematico al Código penal de 1995.* Madrid, 1996
Mir Puig, S.: "Nombramientos ilegales, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionanos publicos y abusos en el ejercicio de su función". En "Los delitos de los funcionarios públicos en el Código penal de 1995". *Cuadernos de Derecho Judicial* Consejo General del Poder Judicial Nº 30. 1996. Págs. 305-336
Morales Prats, F. y Rodríguez Puerta, M.J "De las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos en el ejercicio de su función", en Quintero Olivares, G. (director): *Comentarios a la parte especial del Derecho penal* Aranzadi 2ª edición, 1999.
Muñoz Conde, F.:
- *Derecho penal. Parte especial,* 9ª edición Tirant lo Blanch. Valencia, 1993.
- *Derecho penal Parte especial,* 12ª edición Tirant lo Blanch. Valencia, 1999
- *Derecho penal. Parte especial,* 13ª edición Tirant lo Blanch. Valencia, 2001.
Muñoz Sánchez, J · *El delito de detencion* Trotta, 1992
Octavio de Toledo y Ubieto, E.: "Los delitos relativos al tráfico de influencias" *La Ley,* 2 de septiembre de 1998 Págs. 1514 y ss
Olaizola Nogales, I. : *El delito de cohecho.* Tirant lo Blanch. Valencia, 1999.
Orts Berenguer, E.. "Delitos contra la Administración pública (I)", en Vives Antón, S.: *Derecho penal. Parte Especial.* 3° edición revisada y actualizada. Tirant lo Blanch. Valencia, 1999.
Polaino Navarrete, M : "Delitos con la Administración pública (IX). Negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos. Abusos en el ejercicio de la función", en Cobo del Rosal, M.. *Curso de Derecho penal español Parte Especial* Marcial Pons, 1997. Pags. 431-440.
Queralt Jimenez, J J *Derecho penal español. Parte especial.* Bosch, 1993.
Parada, R.: *Derecho Administrativo II. Organización y empleo público* 13ª edición Marcial Pons, 1999. Págs. 45-59.
Rodriguez Montañés· *Delitos de peligro, dolo e imprudencia.* Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid 1994
Rodríguez Puerta, M J.. *El delito de cohecho. Problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios* Aranzadi, 1999.
Rueda Martín, M.A · "Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la Administración publica", en *Revista de Derecho penal y Criminologia* 2° epoca. N° 8. 2001 Págs. 127-165.
Sánchez Moron, M.: "La corrupción y los problemas del control de las administraciones públicas", en Laporta, F.J. y Alvarez, S (editores)· *La corrupcion politica.* Alianza Editorial. 1997. Págs. 189-210
Soto Navarro, S · *Los bienes juridicos colectivos Legitimidad y bases metodologicas para su concreción.* En prensa 2003.
Valeije Alvarez, I.. *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario· el delito de cohecho* Edersa Madrid, 1995.
Vázquez-Portomena Seijas, F.: "El consentimiento del ofendido en los delitos contra la administración pública (sobre el bien jurídico protegido en los delitos 'del cargo'". *Revista electronica de Ciencia penal y Criminología* N° 3. 2001.
Virto Larruscain, M J.: "El delito de prevaricación del funcionario público" en *Delitos contra la Administración publica.* (Edición a cargo de Asúa Batarrita). IVAP, 1997. Págs 119-160.
Vives Antón, T.S. y otros.
- *Derecho penal. Parte especial* Tirant lo Blanch. Valencia, 1993.
- *Derecho penal Parte especial.* Tirant lo Blanch. 3ª edición revisada y actualizada Valencia, 1999
Vives Antón, T S (coord). *Comentarios al nuevo código penal de 1995* Tirant lo Blanch. Valencia, 1996