

LOS DELITOS DE COHECHO, TRÁFICO DE INFLUENCIAS, NEGOCIACIONES Y ACTIVIDADES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS Y ABUSOS EN EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN

JOSÉ M.^a RIVERA HERNÁNDEZ

SUMARIO: — I. PLANTEAMIENTO GENERAL: 1. Enfoque de la ponencia; 2. Los principios de legalidad y de intervención mínima; 3. La retroactividad de la ley penal más favorable; 4. Concepto de funcionario público a efectos penales. — II. EL DELITO DE COHECHO: 1. Concepto; 2. Elementos; 3. Tipos de cohecho contemplados en el Código Penal. a) Acto constitutivo de delito. b) Acto injusto no delictivo. c) Abstención de un acto. d) Recompensa de un acto ya realizado. e) En consideración a su función o acto no prohibido. f) Los que corrompen al funcionario. g) Los que atienden la solicitud del funcionario. h) Soborno en causa criminal a favor del reo. 4. La excusa absolutoria del artículo 427. — III. TRÁFICO DE INFLUENCIAS: 1. Introducción en el Código Penal; 2. Acción; 3. Sujeto activo; 4. Penalidad. 5. El tipo especial del artículo 430. — IV. NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS. — V. ACTIVIDADES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS. — VI. LOS DELITOS DE ABUSOS EN EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN: 1. Uso de secretos o información privilegiada. 2. Solicitudes sexuales. Sujeto, acción, pena. — VII. ALGUNAS PRECISIONES SOBRE LAS PENAS: 1. Inhabilitación especial y suspensión; 2. Multa; 3. El arresto subsidiario; 4. Pena inferior en grado; 5. Suspensión de la ejecución de las penas; 6. Sustitución de las penas privativas de libertad. — VIII. COMPETENCIA Y PROCEDIMIENTO: 1. Competencia para la instrucción; 2. Competencia para el enjuiciamiento y fallo; 3. Procedimiento.

I.- PLANTEAMIENTO GENERAL

1.- Enfoque de la ponencia

No se ha pretendido en la presente ponencia hacer un exhaustivo y profundo estudio doctrinal de los delitos a que la misma se refiere, sino realizar una exposición, que pretende ser clara y sistemática, dirigida a los funcionarios públicos en general, que pueden no tener una formación jurídico-penalista e incluso pertenecer a ramas de la Administración no relacionadas con el mundo del Derecho. Por ello, nos vamos a

centrar en la exposición de los tipos penales que el nuevo Código Penal de 1995 establece en esta materia.

2.- Los principios de legalidad y de intervención mínima

Consagrado el principio de legalidad en el artículo 25-1 de la Constitución, y reflejado en el artículo 1-1 del nuevo Código Penal, determina que para que una acción sea sancionada como delito ha de estar prevista como tal en una ley anterior a su comisión, lo que en determinados tipos delictivos, de construcción legislativa reciente, tiene especial trascendencia práctica.

Por otra parte, ha de señalarse que el Derecho Penal, con arreglo al principio de intervención mínima, solamente contempla aquellas conductas especialmente reprobables, de tal suerte que atacan los cimientos mismos de la sociedad, dejando fuera de su ámbito actuaciones ilícitas que no merecen aquella consideración y que, por tanto, no son tipificadas como delitos por la legislación vigente.

3.- El principio de la retroactividad de la ley penal más favorable

Con la promulgación y entrada en vigor del nuevo Código Penal, cobra especial relevancia el principio de retroactividad de la ley penal más favorable, a los efectos de aplicación de dicho Código Penal de 1995 o del anterior Código Penal de 1973 para aquellas conductas cometidas bajo la vigencia de éste. El artículo 2-2 del nuevo Código Penal señala que «tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiere recaído sentencia firme y el sujeto estuviere cumpliendo condena».

4.- Concepto de funcionario público a efectos penales

Establece el número 1 del artículo 24 del nuevo Código Penal, que se reputa autoridad «a los efectos penales», al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal.

El número 2 del mismo artículo señala que «se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la ley o por

elección o por nombramiento de autoridad competente, participe en el ejercicio de funciones públicas».

La Jurisprudencia ha señalado que el Código Penal da un concepto de funcionario público mucho más amplio que el administrativo, no remitiéndose a éste para encontrar el concepto de funcionario, sino que da una definición propia, si bien comienza diciendo «a los efectos penales» lo que implica «a los solos efectos penales».

Por tanto, a efectos penales se consideran funcionarios públicos no sólo los que tienen tal condición, desde el punto de vista del Derecho Administrativo, sino también aquéllos que desempeñan funciones públicas en virtud de un contrato laboral, habiendo considerado, en concreto, el Tribunal Supremo como funcionario público a quien estaba integrado en el personal laboral al servicio de una Comunidad Autónoma.

Hechas estas precisiones iniciales, vamos a desarrollar la exposición de los diversos tipos delictivos a los que la ponencia se refiere.

II.- EL DELITO DE COHECHO

1.- Concepto

La Jurisprudencia (S. 5-febrero-96) ha dicho que «existe el delito de cohecho cuando un funcionario público recibe dádivas o promesas por realizar un hecho, sea o no delictivo, relacionado con el ejercicio de su cargo», esto es «la corrupción de un funcionario público realizada mediante precio y con el fin de ejecutar un hecho opuesto a los deberes oficiales inherentes al ejercicio de su cargo».

La única nota compartida por todos los tipos de cohecho no es otra que la idea de la corrupción. No se trata sólo de asegurar la rectitud de la función pública, sino también de garantizar el prestigio de la función y de los funcionarios.

2.- Elementos

a) La S. 29-abril-1995 señala como elementos comunes a todos los tipos de cohecho los siguientes:

1. Como elemento SUBJETIVO, el tratarse de funcionario público. La corrupción debe afectar o intentar afectar a un funcionario público, en el concepto penal de funcionario público antes visto. Ahora bien, el particular que corrompa o intente corromper al funcionario, comete así-

mismo el delito de cohecho previsto en el artículo 423 del CP. Por otra parte, el artículo 422 parece que quiere extender aún más el concepto de funcionario público, al señalar que «lo dispuesto en los artículos anteriores (que expresamente hablan de «autoridad o funcionario público») será también aplicable a los jurados, árbitros, peritos, o cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la función pública».

2. Como elemento OBJETIVO, que el acto de que se trate guarde relación con su función o cargo. La S. de 5-febrero-96, citando la de 4-abril-94, dice que «los actos en que se concrete el cohecho en cada caso han de ser relativos al ejercicio del cargo que desempeñe el funcionario». Pues, como dice la S. 18-enero-95, es preciso que «la persona cuya corrupción se pretende, además de ser funcionario público, realice los actos que de él se soliciten en el ejercicio de los deberes de su cargo, como inherentes a las funciones que desempeña, porque, en otro caso, la conducta sería atípica aún cuando fuese censurable en el orden moral».

3. Como ACCIÓN, la de solicitar o recibir dádiva o presente, u ofrecimiento o promesa en atención a su comportamiento. En este punto, el Código Penal emplea en los diversos tipos una terminología afín, aunque no plenamente coincidente. Así, los diversos preceptos emplean los términos siguientes:

Art. 419: «solicitar o recibiere dádiva o presente o aceptare ofrecimiento o promesa».

Art. 420: «solicite o reciba dádiva o promesa».

Art. 421: «dádiva solicitada, recibida o prometida».

Art. 423: «dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas».

Art. 424: «soborno».

Art. 425: «solicitar dádiva o presente o admitiere ofrecimiento promesa».

Art. 426: «admitiere dádiva o regalo».

Art. 427: «solicitud de dádiva o presente».

Esta diversa terminología podía haberse evitado con un concepto unitario que hubiera permitido obviar problemas de interpretación y unificar los criterios relativos a la misma.

b) Por otra parte, además de los requisitos señalados, la Jurisprudencia ha exigido un elemento de índole subjetiva, cual es «la convicción o conciencia en el funcionario de que las dádivas le son ofrecidas por razón de su cargo (elemento intelectual del dolo) y aceptación de las mismas con ese conocimiento (elemento volitivo), sin que, de un lado, sea menester un especial dolo específico, ya sea de lucro, ya de atender a la función u otro semejante, ni, de otra parte, quepa deducir el dolo de la mayor o menor entidad de la dádiva, aunque éste sea un

dato fáctico de interés para, en unión de otros, reconocer la intención delictiva del funcionario.

Con el Código Penal anterior se podía plantear la cuestión de si el delito de cohecho se podía cometer por imprudencia (por ejemplo, cuando el funcionario recibiera las dádivas y no se preocupara de averiguar la razón de las mismas), dado que seguía el sistema de «*numerus apertus*» para la tipificación de los delitos imprudentes, y así el artículo 565 del derogado Código Penal tipificaba la conducta del que por imprudencia temeraria ejecutare un hecho que, si mediare malicia, constituiría delito.

Con la regulación que de la imprudencia establece el nuevo Código Penal de 1995 no se plantea ya este problema, pues el artículo 12 dice que «las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la ley», inclinándose, por tanto, por el sistema de «*numerus clausus*». Y no está contemplado el cohecho por imprudencia, por lo que será necesario siempre el dolo o intención de cometer el delito.

c) Junto a estos elementos comunes, cada tipo de cohecho presenta otro elemento necesario, que varía en cada caso y que consiste precisamente en el comportamiento ilícito del funcionario, que será la realización de un acto delictivo, la realización de un acto injusto no delictivo o la omisión de un acto que tenía obligación de realizar. No obstante, como luego veremos, aunque el acto que realice el funcionario no sea injusto, ello no impide la aparición, en su caso, del delito de cohecho.

d) En cuanto a la consumación del delito de cohecho, ha declarado la Jurisprudencia que «se ha de reputar producida la consumación en cuanto se hace la petición o se reciba la dádiva» por parte del funcionario o desde que se hace el ofrecimiento por parte del particular.

3.- Tipos y penas contemplados en el Código Penal

a) *Acto constitutivo de delito*

El artículo 419 tipifica la conducta de «la autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, solicitar o recibiere, por sí o por persona interpuesta, dádiva o presente o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo una acción u omisión constitutiva de delito». El autor ha de ser autoridad o funcionario público.

La finalidad del soborno: realizar una acción u omisión constitutivas de delito. Lo más frecuente es que, en esta figura, el delito de co-

hecho vaya acompañado del de prevaricación, pero nada impide que sea otro el delito cuya comisión constituya la finalidad del cohecho. Ahora bien, deberá tratarse siempre de un delito cometido por el funcionario público en el ejercicio de sus funciones y dentro del ámbito de las mismas, pues, en otro caso, no se dará uno de los requisitos esenciales del delito de cohecho.

La pena: Prisión de 2 a 6 años, multa del tanto al triplo del valor de la dádiva, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 7 a 12 años. Más la pena correspondiente al delito cometido.

El Código Penal de 1973 (artículo 385) establecía las mismas penas, salvo que la prisión era de 6 meses y 1 día a 6 años, y la inhabilitación de 6 años y 1 día a 12 años.

b) Acto injusto no dolictivo

El artículo 420 castiga a «la autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, solicite o reciba, por sí o por persona interpuesta, dádiva o promesa por ejecutar un acto injusto relativo al ejercicio de su cargo que no constituya delito».

El autor ha de ser autoridad o funcionario público.

La finalidad del soborno es ejecutar un acto injusto que no constituya delito. No todos los actos ilícitos que realice un funcionario son constitutivos de delito, dado el principio de intervención mínima del Derecho Penal, antes reseñado. Se trata aquí de una actuación por parte del funcionario que, por sí misma, no sería constitutiva de delito si no fuera porque obedece a la corrupción en que ha incurrido a través del delito de cohecho.

La pena es distinta si ejecuta o no el acto injusto:

— En caso de ejecutarlo: Prisión de 1 a 4 años, multa del tanto al triplo del valor de la dádiva, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 6 a 9 años.

El Código Penal de 1973 (artículo 386) establecía las mismas penas, salvo que la prisión era de 6 meses y 1 día a 6 años, y la inhabilitación de 6 años y 1 día a 12 años.

— Si no ejecuta el acto: Prisión de 1 a 2 años, multa del tanto al triplo del valor de la dádiva, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 3 a 6 años.

En el Código Penal de 1973 (artículo 386) la pena privativa de libertad era inferior: de 1 mes y 1 día a 6 meses, la multa del tanto al duplo y la inhabilitación de 6 años y 1 día a 12 años.

c) Abstención de un acto

El artículo 421 establece otro tipo delictivo «cuando la dádiva solicitada, recibida o prometida tenga por objeto que la autoridad o funcionario público se abstenga de un acto que debiera practicar en el ejercicio de su cargo».

El autor ha de ser autoridad o funcionario público.

La finalidad del soborno: abstenerse de un acto que debiera practicar.

La pena: Multa del tanto al duplo del valor de la dádiva e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 3 a 6 años.

El Código Penal de 1973 (artículo 387) establecía pena privativa de libertad de 1 mes y 1 día a 6 meses, multa del tanto al triplo y la inhabilitación de 6 años y 1 día a 12 años.

d) Recompensa de un acto ya realizado

El artículo 425 contempla el supuesto de «la autoridad o funcionario público que solicitare dádiva o presente o admitiere ofrecimiento o promesa para realizar un acto propio de su cargo o como recompensa del ya realizado».

El autor ha de ser autoridad o funcionario público.

La finalidad del soborno puede ser realizar un acto propio de su cargo o recompensar un acto ya realizado.

La pena varía según el acto ya realizado sea o no constitutivo de delito.

— Si el acto era constitutivo de delito: prisión de 1 a 3 años, multa de seis a diez meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 10 a 15 años.

— Si el acto ya realizado no era constitutivo de delito: Multa del tanto al triplo del valor de la dádiva y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de 6 meses a 3 años.

El Código Penal de 1973 no contemplaba de modo expreso esta figura delictiva relativa a la recompensa de un acto ya realizado. Por otra parte, como ahora veremos, este artículo, cuando se refiere a la realización de un acto propio de su cargo, colisiona con el artículo 426.

e) *En consideración a su función o acto no prohibido*

El artículo 426 tipifica la conducta de «la autoridad o funcionario público que admitiere dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su función o para la consecución de un acto no prohibido legalmente».

El autor ha de ser autoridad o funcionario público.

La finalidad del soborno puede ser: la consideración a la función o la consecución de un acto no prohibido legalmente.

La pena: Multa de 3 a seis meses.

El Código Penal de 1973 (artículo 390) establecía pena privativa de libertad de 1 mes y 1 día a 6 meses, y multa del tanto al triple.

La razón de este precepto es preservar la imparcialidad futura del funcionario, que se verá amenazada por el hecho de haber recibido, con anterioridad, sustanciosos regalos de una persona respecto de la cual o de sus intereses tenga, en el futuro, que dictar una resolución o intervenir por razón de su función.

Una primera cuestión que se plantea, en relación a esta figura delictiva, es la de los «pequeños regalos». La Jurisprudencia y la doctrina están de acuerdo en que no se integran en este tipo penal aquellos regalos ordinarios de convivencia sino sólo aquéllos que «exceden manifiestamente por su valor intrínseco de las atenciones corrientes en la vida social». Ocurre, sin embargo, que la indeterminación de tales conceptos puede plantear problemas en la práctica.

Una segunda cuestión, ya apuntada antes al comentar el artículo 425, es la relativa a la concurrencia del tipo previsto en dicho artículo 425, cuando se refiere a la realización un acto propio de su cargo, como finalidad del soborno al funcionario, y el tipo previsto en el artículo 426 cuando se refiere a «la consecución de un acto no prohibido legalmente». Parece que ambos preceptos se están refiriendo a un mismo supuesto: el soborno del funcionario público para que realice un acto propio de su cargo que no sea injusto, pues, si es injusto, se aplicará el artículo 420 o, en su caso, el artículo 419, antes vistos. Da la impresión que el legislador de 1995, al introducir la figura del soborno del funcionario para recompensar un acto ya realizado, e introducir junto a la misma la figura del soborno del funcionario por realizar un acto propio de su cargo, no se percató de que el artículo 426, copia del artículo 390 del Código Penal de 1973, ya contempla este último supuesto. La colisión entre ambos preceptos habrá que resolverla con las reglas establecidas en el artículo 8 del Código Penal de 1995. Excluidos los criterios de especialidad, subsidiariedad y complejidad, por tra-

tarse de preceptos que se refieren al mismo supuesto, habrá que acudir al criterio de mayor gravedad, recogido en el número 4 del referido precepto, debiendo por tanto aplicarse el artículo 425-1, que, al llevar pena de suspensión además de la de multa, desplazará al artículo 426 en este punto de colisión entre ambos.

f) *Los que corrompen al funcionario*

El artículo 423-1 contempla la figura de «los que con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas corrompieren o intentaren corromper a las autoridades o funcionarios públicos».

El autor será un particular que corrompe o intenta corromper al funcionario público. Nada impide, desde luego, que el autor pueda ser un funcionario público que corrompa o intente corromper a otro funcionario, pero en este caso el primero actuaría como «particular» y su actuación se encuadraría dentro de este precepto.

Las penas a imponer son las mismas penas de prisión y multa que las señaladas para los funcionarios, solución que adoptaba igualmente el Código Penal de 1973.

No obstante, el Código de 1973 empleaba distinta terminología, al señalar que los particulares, que corrompieran o intentaran corromper a los funcionarios, serían castigados con «las mismas penas que éstos, menos la de inhabilitación». Esto ha hecho pensar a algunos que el artículo 423-1 del Código de 1995, al referirse expresamente a «las mismas penas de prisión y multa» que las previstas para los funcionarios, sólo se está refiriendo a los artículos 419 y 420, que prevén para los funcionarios penas de «prisión y multa», además de la de inhabilitación, pero que no se refiere al artículo 421, que prevé solamente pena de multa e inhabilitación, y no de prisión. Según esta teoría, sería imputable la conducta del particular que pretendiere, mediante el ofrecimiento de dádiva o promesa, que el funcionario público se abstuviera de un acto que debiera practicar.

No parece ser éste, sin embargo, el sentido del precepto estudiado. Su redacción parece menos feliz que la que empleaba su correlativo del Código Penal de 1973, pero ello no nos puede conducir a la impunidad apuntada. Cuando el artículo 423-1 habla de «las mismas penas de prisión y multa» que las previstas para los funcionarios, se está refiriendo a que al particular se le aplicarán la pena de prisión y la pena de multa, cuando éstas estén previstas para el funcionario, tanto de modo individual como conjunto, excluyendo, por tanto, la pena de inhabilitación.

La interpretación gramatical y lógica del precepto estudiado nos lleva a esa conclusión.

g) Los que atienden la solicitud del funcionario

El artículo 423-2 contempla la figura de «los que atendieren las solicitudes de las autoridades o funcionarios públicos».

Se trata de un caso en el que la iniciativa parte del funcionario y es aceptada su proposición por el particular, al cual el Código castiga con menor rigor que si la iniciativa hubiera partido de dicho particular.

La pena a imponer es la inferior en grado a la prevista en el número primero, o, lo que es igual, la inferior en grado a las penas de prisión y multa que, en cada caso, corresponde al funcionario.

El Código de 1973 no se refería explícitamente a este supuesto.

h) Soborno en causa criminal a favor del reo

El artículo 424 contempla otro supuesto atenuado, «cuando el soborno mediere en causa criminal en favor del reo por parte de su cónyuge u otra persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, o de algún ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza, por adopción o afines en los mismos grados».

El autor ha de ser un familiar del reo de causa criminal, teniendo el carácter de «*numerus clausus*» la relación de familiares que el precepto establece, y es en razón a esos vínculos familiares con quien está incurso en causa penal, en que el Código basa su trato más favorable.

La pena: Multa de 3 a seis meses.

El Código Penal de 1973 establecía igualmente pena de multa para este caso.

4.- La excusa absolutoria del artículo 427

a) Concepto de excusa absolutoria. Se trata de mecanismos introducidos por el legislador, por razones de política criminal, a través de los cuales, en supuestos en que existe el delito, existe el autor y no hay ningún obstáculo procesal para perseguir, sin embargo, se produce la no punición de tales conductas.

b) El Código Penal de 1995 introduce como novedad en el delito de cohecho la excusa absolutoria contemplada en el artículo 427, según

el cual «quedará extento de pena por el delito de cohecho el particular que haya accedido ocasionalmente a la solicitud de dádiva o presente realizada por autoridad o funcionario público y denunciare el hecho a la autoridad que tenga el deber de proceder a su averiguación, antes de la apertura del correspondiente procedimiento, siempre que no hayan transcurrido más de diez días desde la fecha de los hechos».

c) La finalidad de dicha excusa absolutoria es clara: poder hacer frente a determinadas conductas corruptas por parte de funcionarios públicos, que no son denunciadas por los particulares por el fundado temor a ser ellos también inculcados al haber incurrido igualmente en una actuación delictiva. Ahora bien, dada la redacción de este precepto, la pretendida eficacia de dicha excusa absolutoria parece, cuando menos, discutible.

En primer lugar, se exige que el particular haya accedido, y sólo ocasionalmente, a la solicitud de dádiva o presente. El primer requisito parece lógico, en el sentido de que sólo juega la excusa absolutoria cuando la iniciativa en el cohecho partió del funcionario. No así que tal aceptación a la petición del funcionario haya sido ocasional, pues tal requisito impedirá descubrir actuaciones corruptas que han sido repetidas varias veces con el mismo particular, al no poder éste beneficiarse de la excusa absolutoria, ya que no habría accedido «ocasionalmente». Habrá que esperar, sin embargo, a la interpretación de que dicho término realice la Jurisprudencia.

El requisito de denunciar el hecho antes de que el procedimiento se haya incoado tampoco parece muy acertado, pues, iniciado el procedimiento contra el funcionario, por sospechas que se tengan sobre el mismo, con una interpretación literal del precepto, no podrá beneficiarse de la excusa absolutoria el particular que había accedido a la pretensión de dicho funcionario, con lo que, en la práctica, se veda el camino a una de las principales pruebas de cargo. Y, por otra parte, iniciado un procedimiento por denuncia de un particular, que sí se beneficiará de la excusa absolutoria, ¿podrán otros particulares, que también habían accedido a las peticiones corruptas del mismo funcionario denunciado, beneficiarse de dicha excusa absolutoria? Podría obviarse la dificultad en este último caso, si se estimara que, realmente, habría tantos procedimientos como denuncias de particulares aunque se acumularan todos en uno, por razones de conexidad. Solución ésta, no obstante, que resulta un tanto artificiosa.

Por último, no parece que tenga explicación el plazo máximo de diez días que tiene el particular, desde que accedió a la petición del funcionario, para denunciar el hecho, si quiere beneficiarse de la excusa absolutoria. La fijación de un plazo tan breve, unido a las otras trabas

apuntadas en orden a la aplicación de la excusa absolutoria, puede determinar, en la práctica que el tradicional silencio de los particulares que han accedido a la petición corrupta del funcionario siga siendo su norma de actuación. De hecho, pese a la interpretación que se hizo, a la entrada en vigor del nuevo Código Penal, en el sentido de que, para los cohechos cometidos con anterioridad a su vigencia, el plazo de diez días había que computarlo desde dicha vigencia, las denuncias fueron realmente escasas.

III.- EL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS

1.- Introducción en el Código Penal

La introducción de esta figura delictiva en el Código Penal tuvo lugar por Ley Orgánica 9/91, de 22 de marzo, para hacer frente a algunas situaciones de actualidad. Fue recogido en los artículos 404 bis a) a 404 bis c) del Código Penal de 1973 y actualmente está regulado en los artículos 428 a 431 del Código Penal de 1995.

2.- Acción

Tanto en el artículo 428 como en el artículo 429, la acción es la misma: Influir en un funcionario público o autoridad, prevaleciéndose de cualquier situación, para conseguir una resolución que pueda generar, directa o indirectamente, un beneficio económico para sí o para un tercero.

Influir es ejercer predominio o fuerza moral en el ánimo, en este caso, de un funcionario público. Ahora bien, ¿basta que se intente que el funcionario dicte la resolución o es preciso que ésta llegue a dictarse? El Código sólo distingue, a efectos de penalidad, «si se hubiere obtenido o no el beneficio». Por lo que, si, pese a intentarlo, el funcionario o autoridad no llega a dictar la resolución, ¿se entiende que «ha influido» en él o sólo que «ha tratado de influir»? La solución en uno u otro sentido nos llevaría a considerar el delito como consumado o en grado de tentativa. Incluso podría plantearse la cuestión de considerar que, si el funcionario público o autoridad no llega a dictar la resolución, faltaría uno de los elementos del tipo penal y, por tanto, la conducta sería impune; postura ésta que no compartimos pues la acción queda definida como la influencia para que el funcionario dicte una resolución; pero considerar que, aunque la resolución no haya sido dictada por el funcionario, el delito se ha consumado pues se ha «influido sobre él», no parece tan clara.

En cuanto al prevalimiento, el Código emplea conceptos muy amplios, hablando, en el caso del funcionario que influye sobre otro, de que aquél se prevalga «del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad», y, en el caso de que quien influya sea un particular, que el mismo se prevalga «de cualquier situación derivada de su relación personal con éste o con otro funcionario público o autoridad». Se trata, pues, de conceptos que abarcan situaciones muy diversas y que permiten excluir solamente aquellos casos en que no exista ninguna relación personal ni funcional entre el influyente y el influido ni entre aquél y otro funcionario o autoridad, casos en los que difícilmente podrá darse la influencia.

3.- Sujeto activo

El artículo 428 contempla el supuesto de que el autor de este delito sea otro funcionario público o autoridad, mientras que el artículo 429 se refiere al caso de que quien ejerce la influencia sobre el funcionario público sea un particular.

4.- Penalidad

a) Para el funcionario público o autoridad: prisión de 6 meses a 1 año, multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido, e inhabilitación especial para empleo o cargo público de 3 a 6 años. Si se obtiene el beneficio, las penas se impondrán en su mitad superior.

b) Para el particular: prisión de 6 meses a 1 año, multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido. Si se obtiene el beneficio, estas penas se impondrán en su mitad superior.

c) En el anterior Código Penal de 1973: la pena privativa de libertad era de 1 mes y 1 día a seis meses y la multa del valor del beneficio, mientras que la inhabilitación especial para el funcionario tenía una duración de 6 años y 1 día a 12 años.

5.- El tipo especial del artículo 430

Este precepto tipifica la conducta de «los que, ofreciéndose a realizar las conductas descritas en los artículos anteriores, solicitaren de terceros dádivas, presentes o cualquier otra remuneración, o aceptaren ofrecimiento o promesa».

a) La acción, por tanto, consiste en solicitar dádiva o aceptar ofrecimiento para realizar las conductas previstas en los artículos anteriores.

b) Pena: Prisión de 6 meses a 1 año.

c) El autor del ofrecimiento puede ser tanto un particular como un funcionario público, pero en este caso se plantea el problema de la concurrencia de este precepto con el delito de cohecho del artículo 419 del Código Penal. Este artículo, como hemos visto anteriormente, contempla el caso de «la autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, solicitare o recibiere, por sí o por persona interpuesta, dádiva o presente o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo una acción u omisión constitutiva de delito». Pues bien, en el artículo 430 también sería constitutiva de delito su acción y no cabe duda de que ésta lo sería en el ejercicio de su cargo. Por aplicación del principio de especialidad recogido en la regla 1.ª del artículo 8 del Código Penal, parece que debería primar el artículo 419, solución a la que igualmente se llega aplicando subsidiariamente el principio de mayor gravedad previsto en la regla 4.ª del referido artículo 8. Y ello, tanto si se limita al ofrecimiento como si llega a realizar la conducta prevista en el artículo 428, en cuyo caso, por aplicación del último inciso del artículo 419, se le impondrán las penas previstas para el delito de cohecho y las previstas para el delito de tráfico de influencias.

d) Cuando el autor de este delito es un particular, si éste, además de realizar el ofrecimiento y solicitar o aceptar la dádiva o promesa, realiza la conducta prevista en el artículo 429, cabe preguntarse si quedaría subsumida aquella conducta en ésta o si, por el contrario, nos encontraríamos ante un concurso medial, en el que uno de los delitos (el previsto en el artículo 430) sería medio para cometer otro (el del artículo 429).

e) Por otra parte, el párrafo segundo del artículo 430 establece que «en cualquiera de los supuestos a que se refiere este artículo, la autoridad judicial podrá imponer también la suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, organización o despacho y la clausura de sus dependencias abiertas al público por tiempo de seis meses a tres años». El tenor literal del precepto y su colocación en el artículo 430 parece que excluye la posibilidad de aplicar dicha medida a los casos previstos en el artículo 429.

IV.- NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS

El artículo 439 del Código Penal tipifica la conducta de «la autoridad o funcionario público que, debiendo informar por razón de su car-

go en cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad, se aproveche de tal circunstancia para forzar o facilitarse cualquier forma de participación, directa o por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones».

A) El autor, por tanto, ha de ser funcionario público o autoridad.

B) La acción consiste en forzar o facilitar cualquier forma de participación, directa o indirecta, en un contrato, asunto, operación o actividad en la que debe informar por razón de su cargo, aprovechándose de tal circunstancia.

La Jurisprudencia ha aclarado que «el interés (expresión que utilizaba el anterior Código) consiste en vincularse el funcionario a expectativas de posible beneficio, actuando, de un lado, como funcionario en el contrato u operación y, de otro lado, como particular, recibiendo el beneficio, directo o indirecto, de tal operación, poniendo así el interés público de su gestión al servicio de sus intereses privados».

C) La pena: Multa de 12 a 24 meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 1 a 4 años.

El anterior Código Penal, que encuadraba este delito dentro de los «fraudes» cometidos por los funcionarios, establecía las mismas penas de inhabilitación y multa, si bien aquélla era de 6 años y 1 día a 12 años y la multa del tanto al triple del interés que hubiera tomado.

V.- ACTIVIDADES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS

El artículo 441 del nuevo Código Penal tipifica la conducta de «la autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos en las Leyes o Reglamentos, realizare, por sí o por persona interpuesta, una actividad profesional, bajo la dependencia o al servicio de entidades privadas o de particulares, en asunto en 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».

A) El autor ha de ser funcionario público o autoridad.

B) La acción consiste en realizar una actividad profesional o de asesoramiento, al servicio de particulares en asunto en que deba intervenir o haya intervenido por razón de su cargo o en asuntos que se tramiten, informen o resuelvan en su oficina.

La Jurisprudencia ha señalado que «las garantías que nuestro ordenamiento jurídico establece, para una necesaria imparcialidad de la Ad-

ministración, comienzan por el establecimiento de una serie de incompatibilidades y prohibiciones de tipo general que condicionan el acceso a los cargos públicos, que luego se complementan con otra serie de prohibiciones para actividades y supuestos concretos, y culminan con el establecimiento de unas sanciones penales para quienes, prevaleciendo del cargo, ejercen alguna actividad profesional directamente relacionadas con la esfera de sus competencias oficiales.

Por otra parte, dado el principio de intervención mínima del Derecho Penal, no toda infracción de las normas sobre incompatibilidades es sancionable penalmente, sino sólo aquella que pone el cargo público al servicio del interés privado, utilizando el cargo público para un mejor ejercicio profesional particular, desarrollando actividades públicas y particulares unidades entre sí por conexidad funcional dependiente y, por lo tanto, dentro de incompatibilidad esencial y natural.

C) La pena es: Multa de 6 a 12 meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de 1 a 3 años.

El Código anterior, en su artículo 198, establecía mayores penas (inhabilitación de 6 años y 1 día a 12 años y multa hasta 5 millones).

VI.- LOS DELITOS DE ABUSOS EN EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN DE LOS ARTÍCULOS 442 Y 443 DEL CODIGO PENAL

1.- Uso de secretos o información privilegiada

El artículo 442 del Código penal castiga a «la autoridad o funcionario público que haga uso de un secreto, del que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo, o de una información privilegiada, con ánimo de obtener un beneficio económico para sí o para un tercero».

a) El sujeto ha de ser funcionario público o autoridad.

b) La acción consiste en hacer uso de un secreto (del que tenga conocimiento por razón de su cargo) o de una información privilegiada, para obtener un beneficio económico para sí o para un tercero. La información privilegiada se define como «toda información de carácter concreto que se tenga exclusivamente por razón del oficio o cargo público y que no haya sido notificada, publicada o divulgada».

c) Pena:

— Si no se llega a obtener el beneficio: multa del tanto al triplo del beneficio perseguido e inhabilitación especial para empleo o cargo público de 2 a 4 años.

— Si se llega a obtener el beneficio: la mitad superior de la multa del tanto al triplo del beneficio perseguido e inhabilitación especial para empleo o cargo público de 3 a 4 años.

— Si resultara grave daño para la causa pública o para tercero: Prisión de 1 a 6 años e inhabilitación especial para empleo o cargo público de 7 a 10 años.

El Código anterior, en su artículo 368 establecía mayor pena de inhabilitación (de 6 años y 1 día a 12 años) y menor pena de multa (valor del beneficio). En el caso de que resultara grave daño para la causa pública o para tercero, señalaba las mismas penas que el actual.

2.- Solicitudes sexuales

El artículo 443 del Código Penal contempla el supuesto de «la autoridad o funcionario público que solicitare sexualmente 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».

a) El sujeto es un funcionario público o autoridad.

b) La acción consiste en solicitar sexualmente a una persona que tenga pretensiones pendientes de la resolución, informe o consulta del funcionario. Estas pretensiones pueden afectar a dicha persona o a determinados parientes suyos.

c) La pena: Prisión de 1 a 2 años e inhabilitación absoluta de 6 a 12 años, además de la pena correspondiente al delito contra la libertad sexual que cometiera, tal como establece el artículo artículo 446.

VII.- ALGUNAS PRECISIONES SOBRE LAS PENAS

1.- Efectos de las penas de inhabilitación especial y de suspensión para empleo o cargo

No vamos a extendernos sobre este tema, por ser objeto de otra ponencia, sino simplemente señalar que, conforme al artículo 42 del Código Penal, la pena de inhabilitación especial supone privación definitiva del empleo o cargo e incapacidad para obtener el mismo u otros análogos durante el tiempo de la condena.

Y, conforme al artículo 43, la pena de suspensión implica privación del ejercicio del empleo o cargo durante el tiempo de la condena.

2.- La pena de multa

El anterior Código Penal, en su artículo 43, señalaba que los Tribunales, para establecer la cuantía de la pena de multa, debían atender «principalmente» al caudal o facultades del culpable.

Frente a esta afirmación genérica, el Código Penal de 1995 ha establecido un nuevo sistema para determinar la cuantía de las multas, al establecer en su artículo 50, el sistema de días-multa.

Dicho precepto establece que la extensión de la multa oscilará entre 5 días y 2 años y la cuota diaria entre 200 y 50.000 pts, fijándose el importe de las cuotas según la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo. El Tribunal determinará en la sentencia el tiempo y forma de pago de las cuotas.

El artículo 51 señala la posible reducción del importe de las cuotas, después de dictarse sentencia, si el penado empeorase de fortuna. No se permite la variación al alza por mejora de situación económica.

Conforme al artículo 52, cuando el Código así lo establezca, la multa se fijará en proporción al daño causado, al valor del objeto del delito o al beneficio obtenido.

3.- El arresto subsidiario por impago de la multa

Conforme al artículo 53, si el condenado no satisficere voluntariamente o por vía de apremio, la multa impuesta, quedará sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas.

Ha de resaltarse el carácter subsidiario y no sustitutorio de este arresto, el cual podrá ser cumplido en régimen de arrestos fin de semana.

Este arresto no se impondrá al condenado a más de 4 años de prisión, y su cumplimiento extingue la obligación de pago.

4.- Fijación de la pena inferior en grado

Hemos visto que, en varios de los preceptos estudiados, castiga el Código determinadas conductas con «la pena inferior en grado» a la se-

ñalada para otras. Pues bien, el artículo 70-2.^a del Código Penal establece que, la pena inferior en grado se formará partiendo de la cifra mínima señalada por la ley para el delito de que se trate y deduciendo de dicha cifra mínima la mitad de su cuantía, que constituirá el límite mínimo.

El artículo 71 señala que en la determinación de la pena inferior en grado no hay límites mínimos, separándose así del criterio del Código de 1973, si bien, si resulta pena inferior a 6 meses, será sustituida por multa o arrestos de fin de semana.

5.- La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad

a) El artículo 80 del Código Penal establece que los Tribunales podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad, cuando se cumplan las siguientes condiciones:

— Las penas han de ser inferiores a 2 años, no pudiendo exceder de dicho límite la suma de las penas impuestas en una misma sentencia.

— El delincuente ha de haber delinquirido por primera vez, o cancelado los antecedentes penales que tuviere.

— El delincuente ha de haber satisfecho las responsabilidades civiles o ser declarado insolvente.

b) El plazo de suspensión es de dos a cinco años, salvo para las penas leves que será de tres meses a un año.

c) El artículo 83 establece además la posibilidad de imponer al reo para el que la ejecución de la condena se deja en suspenso, determinadas obligaciones, como:

— Prohibición de acudir a determinados lugares.

— Prohibición de ausentarse sin autorización.

— Obligación de comparecer.

— Participar en programas formativos.

— Otros deberes que se le señale.

d) El artículo 84 prevé las causas de revocación de la suspensión de la ejecución. Son el cometer nuevo delito, en cuyo caso la revocación es automática, o infringir los deberes impuestos, en cuyo caso la revocación es facultativa. El efecto de dicha revocación es la ejecución de la pena suspendida.

e) Por último, ha de señalarse que el artículo 87 establece en esta materia especiales normas para los toxicómanos.

6.- La sustitución de las penas privativas de libertad

El artículo 88 del Código Penal señala que pueden ser sustituidas por arresto de fin de semana o multa las penas de prisión que no excedan de un año, en atención a las circunstancias del reo. Excepcionalmente este beneficio podrá extenderse a penas de prisión que no excedan de dos años.

También prevé este artículo la sustitución de las penas de arresto de fin de semana por la de multa.

El quebrantamiento de la pena sustituida tendrá como efecto la ejecución de la pena sustituida, descontando lo ya cumplido.

VIII.- COMPETENCIA Y PROCEDIMIENTO

1.- Competencia para la instrucción

La competencia para la instrucción de todos los delitos contemplados en esta ponencia la tiene siempre el Juez de Instrucción, salvo los casos de aforamiento especial contemplados en el artículo 57 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que establece la competencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo para la instrucción y enjuiciamiento de determinadas autoridades, y los casos contemplados en el artículo 73-3 de la citada ley orgánica, al atribuir la competencia para la instrucción y fallo de determinadas causas a la Sala de lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia.

2.- Competencia para el enjuiciamiento y fallo

La competencia para el enjuiciamiento y fallo corresponderá:

a) Al Tribunal del Jurado, para los delitos previstos en el apartado 2 del artículo uno de la Ley Orgánica 5/1995, sobre el Tribunal del Jurado, modificada por Ley Orgánica 8/1995 y por la L.O. 10/95 del nuevo Código Penal. De los delitos estudiados en la ponencia, están comprendidos en dicho precepto los siguientes: cohecho (artículos 419 a 426), tráfico de influencias (artículos 428 a 430), y negociaciones prohibidas a los funcionarios (artículos 439 y 440). Debiendo tenerse en cuenta, además, que el artículo 5-2 de la Ley del Jurado señala que la competencia del Tribunal del Jurado se extenderá al enjuiciamiento de los delitos conexos, teniendo la consideración de tales, según el apartado c), aquéllos que se hayan cometido para perpetrar otros, facilitar su

ejecución o procurar su impunidad, supuesto que se dará en el artículo 419 (cohecho para que el funcionario cometa otro delito) y 425-2 (dada como recompensa de un acto ya realizado constitutivo de delito), siempre que ese delito no sea el de prevaricación, pues dice el último inciso del número 2 del artículo 5 de la citada ley que «en ningún caso podrá enjuiciarse (por el Tribunal del Jurado) por conexión el delito de prevaricación». De ahí que, cuando el cohecho vaya acompañado de prevaricación, se seguirá un proceso por el delito de cohecho, que será enjuiciado por el Tribunal del Jurado, y otro por el de prevaricación, en el que la competencia y el procedimiento se someterán a las normas generales.

b) No están incluidos en el ámbito del Tribunal del Jurado las actividades prohibidas a los funcionarios (artículo 441) ni los abusos en el ejercicio de la función (artículos 442 y 443), para cuyo conocimiento y fallo serán competentes:

— El Juez de lo Penal, cuando se trate de delitos menos graves, que son, conforme al artículo 13, los castigados con pena menos grave. El artículo 33 señala qué penas tienen este carácter, debiendo resaltarse que la prisión y la inhabilitación especial tienen el carácter de menos grave cuando no exceden de tres años. En nuestro estudio, las actividades prohibidas a los funcionarios del artículo 441.

— La Audiencia Provincial, cuando se trate de delitos graves, definidos en el artículo 13 como aquellos castigados con pena grave, señalando el citado artículo 33 qué penas tienen este carácter; en el caso de las penas de prisión y de inhabilitación especial tienen el carácter de grave cuando exceden de tres años. En nuestro estudio, los delitos de abusos en el ejercicio de la función de los artículos 442 y 443.

— El Tribunal Supremo y la Sala de lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, en los supuestos de personas aforadas.

3.- Procedimiento

El procedimiento será el siguiente:

a) En los casos en que la competencia corresponde al Tribunal del Jurado, esto es, en relación a los delitos estudiados, cohecho, tráfico de influencias y negociaciones prohibidas a los funcionarios, el procedimiento será el previsto en la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado.

b) En los supuestos en que la competencia corresponde al Tribunal Supremo, a la Sala de lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, a las Audiencias Provinciales y a los Juzgados de lo Penal se seguirá el

procedimiento abreviado, pues ninguno de los delitos estudiados tiene señalada pena privativa de libertad superior a 9 años. No obstante, en los supuestos de los artículos 443, 444 y 445 (abuso en el ejercicio de la función acompañado de delito contra la libertad sexual) si el delito cometido estuviera castigado con pena privativa de libertad superior a 9 años, el procedimiento será el ordinario, que abarcaría ambos delitos, al ser conexos.

LOS DELITOS DE MALVERSACIÓN

NORBERTO J. DE LA MATA

SUMARIO: — I. INTRODUCCIÓN: LOS DIVERSOS DELITOS DE MALVERSACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995. — II. EL OBJETO JURÍDICO TUTELADO EN EL NUEVO CAPÍTULO VII: 1. La pretendida doble naturaleza jurídica de los diferentes tipos de malversación; 2. Superación de la explicación tradicional de los delitos de malversación: la protección del ordenado funcionamiento de la Administración en la gestión del patrimonio público. — III. CONDUCTAS TÍPICAS INCRIMINADAS: 1. Elementos comunes a los tipos actualmente vigentes; 2. Las distintas conductas típicas; 3. Lesividad de las diferentes figuras de malversación.

I.- INTRODUCCIÓN: LOS DIVERSOS DELITOS DE MALVERSACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995

El Capítulo VII del Título XIX del vigente Código penal español —dedicado a los delitos contra la Administración pública— incrimina, agrupadas bajo el epígrafe «De la malversación», una amplia variedad de conductas referidas a la apropiación o destino a usos ajenos a la función pública de caudales, efectos u otros bienes pertenecientes a las Administraciones públicas. Es tradicional en la doctrina española referirse a la complejidad y confusión conceptual que genera la interpretación de la tipificación de este Capítulo VII —tal como ocurre con la de la totalidad del Título en el que el mismo se incluye—, motivada precisamente por la variedad de conductas que desde los inicios de la codificación pretenden agruparse típicamente bajo un mismo concepto.

Síntoma de esta confusión conceptual es la vacilación terminológica, que afecta incluso al propio uso de la expresión malversación y se manifiesta en una literatura jurídica que, por ejemplo, alude a dos clases de malversación, propia e impropia, atendiendo para delimitar las conductas subsumibles bajo uno u otro concepto, sin unidad de criterio, bien a la naturaleza del acto, bien a la condición del sujeto activo o de los caudales.

Esta complejidad en el proceso de interpretación de los tipos del Capítulo VII incide de modo particular en el momento de definición de su objeto de protección, lo que repercute en la delimitación del ámbito