

CAPÍTULO 33

Delitos contra la Administración pública

Sección 1. Cuestiones comunes	9755	9750
Sección 2. Prevaricación administrativa.....	9775	
Sección 3. Cohecho	9810	
Sección 4. Tráfico de influencias.....	9910	
Sección 5. Malversación de caudales públicos	9928	
Sección 6. Fraudes y exacciones ilegales.....	9940	
Sección 7. Negociaciones prohibidas a los funcionarios	10000	

SECCIÓN 1

Cuestiones comunes

(CP art.404 a 445)

A. Bien jurídico protegido	9758	9755
B. Sujetos activos.....	9760	
C. Definiciones legales de «funcionario» y «autoridad»	9765	

A. Bien jurídico protegido

El bien jurídico (o interés) que protegen estos delitos es el buen funcionamiento de la Administración pública, su capacidad de **servir con objetividad a los intereses generales** con pleno sometimiento a la ley y al Derecho (Const art.9.1, 9.3, 103 y 106). Las concretas figuras delictivas comprendidas en este Título proceden a especificar alguna faceta de este genérico interés, protegiendo alguna de las **concretas cualidades** que caracterizan el buen ejercicio de la actividad administrativa. De todas estas figuras, se analizan únicamente aquellas con mayor relevancia práctica en el ámbito del Derecho penal económico, especialmente tras la introducción de la **responsabilidad penal de las personas jurídicas** para los delitos de cohecho (CP art.427 bis), tráfico de influencias (CP art.430.II). El delito de cohecho en las transacciones económicas internacionales (CP art.286 ter) se reubica dentro de los delitos de corrupción en los negocios (nº xxx).

B. Sujetos activos

No se protege la Administración como organización, sino la administración en sentido funcional, como **instrumento al servicio de los ciudadanos**. Por este motivo, no sólo se tipifican conductas realizadas por autoridades, funcionarios y personas que colaboran con la Administración en el ejercicio de las funciones públicas, sino que también se recogen algunas llevadas a cabo por **particulares** (p.e. en el cohecho, la oferta de dádiva o la aceptación de la exigencia de ésta).

Precisiones Al margen de aquellos tipos que expresamente prevén la autoría de particulares, la jurisprudencia hace tiempo que ha venido admitiendo la posibilidad de **participación de los particulares** en los delitos contra la Administración pública, tanto a título de inductor como de cooperador necesario como de cómplice (TS 20-5-04 ponente García Añcos). Esta posibilidad se vio corroborada legalmente con una **rebaja facultativa de la pena** en el caso de que la intervención sea a título de coautor o inductor (CP art.65.3).

C. Conceptos de «autoridad» y «funcionario»

Buena parte de las infracciones contra la Administración pública se conciben como **delitos especiales** en los que la condición de autor se restringe a quienes posean la cualidad de «autoridad» o la de «funcionario». Ambos términos vienen definidos con carácter general por

el legislador en el CP art.24, y del juego de ambas definiciones resulta que quien es autoridad (a efectos penales), al mismo tiempo es funcionario (a efectos penales), si bien lo contrario no es cierto (es decir, no todo funcionario a efectos penales es autoridad a tales efectos).

La **distinción «funcionario»-«autoridad»** no tiene relevancia práctica a efectos de los delitos analizados en este Capítulo, dado que todos ellos se refieren como posibles autores al «funcionario o autoridad» de forma conjunta.

La definición de autoridad (CP art.24.1) se articula en torno al **ejercicio de mando o jurisdicción propia**, individualmente o como miembro de corporación, tribunal u órgano colegiado. Se enumeran como **supuestos comprendidos en la definición** los miembros del Congreso de los Diputados, los del Senado, los de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo y los del Ministerio Fiscal.

La jurisprudencia ha considerado autoridad a los **decanos de colegios profesionales**, en la medida en que ejercen mando y tienen potestad sancionadora (TS 9-7-02 ~~ponente Abad Fernández~~).

9767 Elementos del concepto jurídico-penal de funcionario El concepto jurídico-penal de funcionario va más allá del concepto administrativo (TS 11-0-15, EDJ 28163) y ha sido interpretado de forma amplia por la jurisprudencia con el argumento de que «lo verdaderamente relevante es **proteger de modo eficaz la función pública**» (TS 26-4-16, EDJ 47590). Se articula en torno a dos elementos (TS 2-6-15, EDJ 106666):

- la amplia noción de **«participación en funciones públicas»** (del Estado, comunidades autónomas o entes locales); y
- el que ésta tenga lugar por **disposición inmediata** de la ley, por **elección** o por **nombramiento** de autoridad competente.

En la práctica, el peso de la definición lo soporta de forma prácticamente exclusiva el primero de los elementos (TS 27-7-15, EDJ 146107), entendido de forma muy amplia tanto por doctrina como por jurisprudencia, lo que permite ir mucho más allá del **concepto jurídico-administrativo** de funcionario, abarcando todas las figuras recogidas en el RDL 5/2015, texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, y otras más.

9770 **Precisiones** 1) Se entiende que son funcionarios a efectos jurídico-penales tanto los **funcionarios interinos** (TS 27-7-15, EDJ 146107; TS17-3-10 ~~ponente Ramos Gancedo~~; TS23-12-04 ~~ponente Giménez García~~), como el **personal laboral** (TS 30-9-15, EDJ 173674; TS16-6-03 ~~ponente Martín Pallín~~), como quienes trabajan en la llamada «Administración institucional», esto es, **entidades públicas** que adoptan una forma independiente, incluso con personalidad jurídica propia, también cuando se trata de una **sociedad mercantil** (TS 27-1-03 ~~ponente Delgado García~~).

2) La jurisprudencia también ha entendido que es **funcionario a efectos penales** un concejal electo, aun cuando todavía no se haya constituido la corporación municipal (TS 19-12-00 ~~ponente Martín Pallín~~), el secretario de una cofradía de pescadores (TS 18-12-06 ~~ponente Ramos Gancedo~~), el titular de un establecimiento de lotería (TS 30-4-98 ~~ponente Conde Pumpido Tourón~~), los empleados de establecimientos de lotería (TS 23-12-04 ~~Giménez García~~), el comisario de una quiebra nombrado por el juez (TS 14-2-97 ~~ponente Martín Pallín~~), el delegado de una mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (TS 19-9-02 ~~ponente Sánchez Melgar~~), el auxiliar de clínica en un centro penitenciario (TS 30-9-15, EDJ 173674) y el supervisor de una estación de inspección técnica de vehículos (TS 19-12-90 ~~ponente García Pérez~~).

3) De forma sorprendente considerando la extensión dada al término «funcionario» por la jurisprudencia penal (TS 7-4-93, ~~ponente Granados Pérez~~) excluyó a los vigilantes jurados, con el argumento de que la normativa específica no les concede la condición de «agentes de la autoridad». Sin embargo, la normativa específica tampoco concede la condición de funcionario en ninguno de los supuestos anteriores, sin que ello haya sido óbice para considerarles funcionarios a efectos penales. El Tribunal Supremo corrige este criterio, considerando funcionario a efectos penales al **vigilante de seguridad** de un centro de menores (TS 1-10-13, EDJ 188136).

SECCIÓN 2

Prevaricación administrativa

(CP art.404 a 405)

A. Concepto y bien jurídico protegido.....	9778	9775
B. Elementos típicos.....	9782	
C. Prevaricación omisiva.....	9808	

A. Concepto y bien jurídico protegido

Comete el delito de prevaricación la autoridad o funcionario público que en un asunto administrativo dicta una **resolución administrativa arbitraria a sabiendas de su injusticia** (CP art.404). **9778**

El **objetivo** de esta disposición es proteger el buen funcionamiento de la Administración pública mediante la incriminación de la toma consciente de decisiones administrativas rotundamente infundadas.

La **pena** prevista es la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 7 a 10 años. No se prevé pena privativa de libertad.

Precisiones Para el Tribunal Supremo, «se garantiza el debido respeto, en el ámbito de la función pública, al principio de legalidad como fundamento básico de un Estado social y democrático de Derecho, frente a **ilegalidades severas y dolosas**» (TS 24-11-14, EDJ 233665), entendiéndose este delito como el «negativo del deber» de los poderes públicos de actuar conforme a la Constitución y al ordenamiento jurídico (TS 1-7-15, EDJ 136432).

Tipo residual El CP art.404 es el tipo residual de prevaricación, que se ve **desplazado** por aquellos **otros tipos penales** que se refieren al **mismo comportamiento** en ámbitos determinados (p.e. CP art.320, 322 y 329, dentro de los delitos contra la ordenación del territorio, el patrimonio histórico y la protección del medio ambiente, respectivamente), por los tipos de prevaricación que sólo pueden ser cometidos por **sujetos más específicos** (caso de la prevaricación de jueces y magistrados del CP art.446 a 449) y por aquellos que consisten en **conductas más concretas** (como el CP art.405, que castiga la propuesta o nombramiento para cargo público de persona que no reúne los requisitos). **9780**

B. Elementos típicos

Tres aspectos de este tipo penal merecen especial atención:

- el concepto de resolución (nº 9785);
- la arbitrariedad de la misma y el conocimiento de su injusticia (nº 9792); y
- el régimen de imputación subjetiva (nº 9805).

9782

1. Concepto de resolución

Según una fórmula usual en la doctrina y la jurisprudencia (TS 26-4-16, EDJ 47590; TS auto 13-9-10 ponente Saavedra Ruiz, EDJ 198124), se considera que es resolución cualquier acto administrativo que suponga una **declaración de voluntad** de contenido decisorio y que afecte a los **derechos de los administrados** o a la **colectividad en general** (TS 30-10-15, EDJ 209866 matiza que ha de tratarse de una resolución dictada en un «asunto» administrativo, pero no necesariamente en sentido jurisdiccional –esto es: no tiene por qué ser un «acto administrativo»–). Son resoluciones en este sentido tanto la imposición de una multa como la concesión de una subvención. El acto no tiene que ser dictado por escrito: puede ser **verbal** (TS 1-7-15, EDJ 136432, en un caso en el que se solicitaron oralmente unos proyectos, TS 16-4-02 ponente Abad Fernández), y tampoco tiene que agotar la vía administrativa: puede tratarse de **resoluciones susceptibles de recurso** (TS 28-12-95 ponente García-Calvo y Montiel). **9785**

Precisiones **1** En ocasiones la jurisprudencia afirma *obiter dictum* que el término «resolución» ha de ser entendido en el sentido técnico de la L 30/1992 art.89, como un «acto que pone fin al procedimiento administrativo, decidiendo todas las cuestiones planteadas» (TS auto 13-9-10 ponente Saavedra Ruiz, EDJ 198124). Sin embargo, lo cierto es que la jurisprudencia de hecho incluye en el concepto **actos que no suponen la conclusión del procedimiento** (TS 9-4-07 ponente García-Pérez) y admite mayoritariamente que un acto puede ser «resolución» a efectos penales aun cuando no sea recurrible en vía administrativa (TS 11-03-15, EDJ 28163).

2) La **consumación** del delito de prevaricación se produce al dictarse la resolución injusta, sin que se precise la ulterior existencia de perjuicio o daño (TS 27-7-15, EDJ 146107).

9787 Decisiones intermedias e informes Problemas específicos plantean las decisiones intermedias y los informes (p.e. un tribunal de oposición propone el nombramiento de unos sujetos, sabiendo que no reúnen los requisitos; un arquitecto informa sobre la adecuación de un proyecto, sabiendo que no se da). La doctrina ha entendido que la solución más correcta es considerar que un **informe no es una resolución** y, por lo tanto, que quien lo emite no puede ser reputado autor del delito de prevaricación, sin que esto excluya su eventual **responsabilidad como partícipe**.

También la jurisprudencia ha afirmado que los informes **no** pueden integrar el **elemento típico «resolución»** (TS 30-6-09 ^{ponente Delgado García}, TS8-6-06 ^{ponente Martínez Arrieta}), si bien ha mostrado indicios de pensar que la cuestión puede ser distinta en el caso (excepcional en el Derecho español) de que los informes tengan carácter vinculante (TS 17-2-95 ^{ponente Carrero Ramos}). La exclusión del concepto de resolución de las decisiones intermedias y de los informes viene así mismo avalada por un argumento sistemático, como es la existencia en el Código Penal de **prevaricaciones específicas** en las que junto al dictado de resoluciones se tipifica expresamente su propuesta (CP art.405) o la emisión de informes (CP art.320.1, 322.1).

Precisiones El Tribunal Supremo entendió que las **actas levantadas por la inspección fiscal** no son resoluciones, ya que conforme al entonces vigente Reglamento General de la Inspección Tributaria se trataba sólo de documentos preparatorios de las liquidaciones tributarias que incorporan una propuesta (calificación que ha de mantenerse a la vista del L 58/2003 art.143.2 (TS 14-11-03). Posteriormente, se reafirma en esta doctrina, tanto para **actas de conformidad** como para **actas de infracción** (TS 2-2-11, EDJ 188136).

9790 Participación en la prevaricación La solución de admitir la participación en la prevaricación no solventa el problema en aquellos casos en los que, **sin** que exista **connivencia con quien resuelve**, el sujeto que emite la decisión intermedia o el informe se aprovecha de las dificultades de control que pueden suponer tanto la existencia de un **gran volumen de decisiones intermedias**, materialmente incontrolables, como el que se trate de un informe con un alto grado de especialización. En estos casos, **quien decide no prevarica** porque en su conducta no concurre el dolo necesario para hacerlo, pero quien tomó la decisión intermedia o el informe se sale con la suya, sin que en principio pueda ser objeto de pena como partícipe dado que, al no existir una acción antijurídica de quien decide, conforme al principio de accesoriidad limitada no cabe participar en su conducta.

Precisiones 1) Se dice que el sujeto no podrá ser penado «en principio» porque sí podrá serlo de arraigar una novedosa interpretación jurisprudencial sobre el elemento típico **«conocimiento de la injusticia»** (nº 9800).

2) El Tribunal Supremo afrontó el siguiente supuesto: un ayuntamiento efectuó a la Administración del Estado una propuesta de nombramiento para el cargo de secretario general en la que se habían cometido **flagrantes irregularidades en contra de una de las candidatas**, que no fueron en un primer momento apreciadas por la Administración del Estado (TS 28-12-95 ^{ponente García Calvo y Montiel}). En esta ocasión, el Tribunal Supremo se quitó el problema de encima afirmando que la propuesta de resolución era en realidad una resolución, lo que motivó el amargo voto particular que acompaña a dicha sentencia.

2. Arbitrariedad de la resolución y conocimiento de su injusticia

9792 La resolución ha de ser «arbitraria» y dictarse con conocimiento de su «injusticia». Desde un punto de vista conceptual, la **justicia** de una resolución y su **arbitrariedad** son cuestiones distintas.

La noción de arbitrariedad ha de ponerse en referencia con el propio ordenamiento jurídico: una resolución es arbitraria cuando **no puede justificarse de forma convincente** con los materiales normativos (disposiciones jurídicas y técnicas de interpretación) aceptados por tal ordenamiento. La idea de justicia, en cambio, no remite al ordenamiento jurídico, sino a las distintas concepciones sobre la misma (teorías éticas).

Precisiones Resulta indudablemente más preciso utilizar un **término que remite al propio ordenamiento jurídico** y su interpretación que a las distintas teorías de la justicia. Por esta razón, la alusión a la «justicia» que hacía el anterior Código Penal se interpretó por doctrina y jurisprudencia en el sentido que aquí se ha dado al término «arbitrariedad». El problema viene dado porque, junto a la alusión a la «resolución arbitraria», el actual CP art.404 también hace referencia a la necesidad de que el sujeto dicte la resolución **«a sabiendas de su injusticia»**. Así, la alusión a la injusticia vuelve a aparecer, ahora junto a la de la arbitrariedad. La opinión mayoritaria en la doctrina y en la jurisprudencia entiende que, a los efectos del CP art.404, las **nociones** de arbitrariedad e injusticia han de ser consideradas **equivalentes** (TS 6-5-13, EDJ 70375; TS4-2-10 ^{ponente Ramos Cancedo}). Esta

solución puede resultar discutible, en cuanto el legislador utiliza dos términos diferentes, de modo que parece lógico interpretarlos entendiendo que tienen **significados distintos**. Lo cierto, sin embargo, es que interpretar los términos como diferentes supondría que los jueces, además de indagar la contrariedad de la resolución con el Derecho positivo, deberían entrar a analizar si quien la dictó lo hizo «a sabiendas de su injusticia», lo que sin duda causaría grandes problemas, comenzando por la determinación de la **teoría de la justicia** que ha de utilizarse.

Circunstancias que concurren en la arbitrariedad Para apreciar el elemento «arbitrariedad», la jurisprudencia viene aludiendo a tres aspectos (TS 26-4-16, EDJ 47590; TS auto 8-7-10 ponente Sánchez-Melgar, EDJ 188557, TS28-3-06 ponente Berdugo-Gómez de la Torre):

a) La **absoluta falta de competencia** (por razón de la materia, del territorio o jerárquica) de quien toma la resolución.

No se da este requisito cuando la falta de competencia existe conforme a la ley pero se trata de «**competencias toleradas**, cuando menos, por los superiores y órganos de fiscalización del funcionamiento del sistema» (TS 2-2-11 ponente Varela-Castro, EDJ 9189).

b) La **infracción** de las más elementales **normas procedimentales** (TS 1-7-15, EDJ 136432).

c) Que el fondo de la resolución implique una **contradicción «patente y grosera»** con el ordenamiento jurídico.

Una resolución puede ser ilegal, por basarse en una interpretación errónea o incluso discutible de una norma, sin por ello ser arbitraria. Para que se dé este supuesto de **arbitrariedad** se ha de estar ante una resolución que ni siquiera superficialmente pueda justificarse por medio de los instrumentos normativos admitidos por el ordenamiento jurídico (no sólo las disposiciones de Derecho positivo, sino también los métodos y cánones interpretativos aceptables o admitidos: en este sentido, TS 1-7-15, EDJ 136432; 30-4-15, EDJ 68322; auto 8-7-10, EDJ 188557).

Diferencia entre «ilegalidad» y «arbitrariedad» Doctrina y jurisprudencia concuerdan en que el respeto del principio de *ultima ratio* de la intervención penal hace oportuno que para solventar estos supuestos el ordenamiento jurídico se valga del **sistema de recursos ante órganos superiores** y de la jurisdicción contencioso-administrativa (TS 25-4-08 ponente Sánchez-Melgar; TS18-3-2000 ponente Saavedra-Ruiz). La arbitrariedad va más allá de la ilegalidad y no puede establecerse su identidad ni siquiera con la nulidad administrativa de pleno derecho (TS 4-6-12, EDJ 114483).

Arbitrariedad como «rotunda ilegalidad» Esta noción de arbitrariedad como «rotunda ilegalidad» explica los términos utilizados en la enumeración expuesta: la **falta de competencia ha de ser «absoluta»**, las normas de procedimiento infringidas, «las más elementales», la contradicción material con el ordenamiento jurídico del fondo de la resolución, «patente y grosera». Por vía de la hipérbole, se distingue la noción de arbitrariedad del **mero incumplimiento legal** (de ilegalidad «palmaria», «patente», «evidente», «esperpéntica» y «grosera» habla TS 4-2-10, EDJ 5742).

La noción de **arbitrariedad es objetiva**: se refiere a la propia resolución y no exige ninguna disposición de ánimo por parte de quien la dicta. Así, un **funcionario incompetente** que sin malicia dicta una resolución con las características expuestas está dictando una resolución arbitraria (con independencia de que su conducta sea atípica, por faltar la imputación subjetiva).

Precisiones 1) Tradicionalmente se había venido entendiendo que la **ausencia de conocimiento de la injusticia** de la resolución por parte de quien resolvía determinaba la atipicidad por falta de tipo subjetivo –en concreto: falta de dolo en un delito que sólo admite comisión dolosa– (nº 9875).

El Tribunal Supremo se pronuncia sobre un caso en que el **consejero de trabajo** de una comunidad autónoma, **engañado por un funcionario**, concedió una subvención y otorgó varios contratos sin darse cuenta de que se no se daban los requisitos. Conforme a la doctrina tradicional el funcionario que engañó quedaría impune, por no darse los requisitos ni para la **participación** (al no haber dolo en el autor no existiría una conducta típica y antijurídica de la que participar, como exige el principio de accesoriadad limitada), ni para la **autoría** (pues sólo puede ser autor mediato quien puede ser autor directo, en este caso el consejero de trabajo competente para tomar la decisión) (TS 4-03-10, EDJ 31249).

Sin embargo, su pronunciamiento es distinto al afirmar que la **ausencia de conocimiento de la injusticia** no excluye la tipicidad (el dolo), sino la culpabilidad (TS 4-3-10; 26-3-13, EDJ 55371; 23-01-14, EDJ 7104). Se trata de una interpretación dogmáticamente poco defendible, que sin embargo, persigue el loable objetivo político-criminal de evitar la referida impunidad.

2) El Tribunal Supremo viene utilizando cada vez con mayor asiduidad una cláusula de estilo conforme a la cual la arbitrariedad requiere que la resolución «sea dictada con la finalidad de **hacer efectiva la voluntad particular** de la autoridad o funcionario» (TS 28-10-14, EDJ 200394). Si bien a primera vista esta afirmación puede interpretarse en el sentido de exigir un elemento subjetivo del

injusto en el autor (el ánimo de realizar su propia voluntad), lo cierto es que el propio Tribunal Supremo reconoce que esta mención se realiza sin abandonar las tesis objetivas y que el concepto de **arbitrariedad** se inserta en el tipo objetivo de la prevaricación (TS 24-11-14, EDJ 233665).

3. Imputación subjetiva

- 9805** Sólo se prevé la **comisión dolosa**. Igual que en otros delitos, la doctrina mayoritaria (pero no unánime) interpreta que el uso de la expresión «a sabiendas» **excluye** la punición a título de **dolo eventual**, debiendo tratarse de dolo directo. La jurisprudencia más reciente se decanta por la exclusión del dolo eventual (TS 24-11-14, EDJ 233665; TS auto 13-9-10 ponente Saavedra Ruiz, EDJ 198124).

C. Prevaricación omisiva

- 9808** Tanto en la jurisprudencia como en la doctrina había posiciones encontradas sobre la **posibilidad de comisión omisiva**. Tras sentencias en sentidos divergentes, el Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda de 30-6-97 admitió tal posibilidad, criterio que se ha impuesto. Así, condena a dos policías que, tras incautar un pequeño trozo de hachís, no levantaron la **preceptiva acta** (TS 2-12-15, EDJ 250128); confirma la condena a una alcaldesa que no inició **actuaciones por infracción de la normativa de ruidos** a pesar de haber sido informada de su existencia por la policía y el afectado a lo largo de 6 años (TS 22-4-15, EDJ 77776); condena a un alcalde que **no expidió un certificado de empadronamiento** a un vecino, cuando el plazo normal de expedición era de uno o 2 días (TS 9-6-98), a otro alcalde por **negarse al pago de una retribución** a un funcionario existiendo incluso informe favorable de la Diputación (TS 18-10-06 ponente Granda Pérez), confirma la condena, de nuevo a un alcalde, que no inició el procedimiento de baja de oficio de unos **empadronamientos indebidos**, a pesar de haber sido instado a ello por otro organismo público – sin jerarquía sobre el mismo – (NOTA AUTOR XXX: ojo, falta citar sentencia), y condena por prevaricación, esta vez a un gerente de urbanismo, por **negarse a despachar la propuesta de decreto de clausura** de unos cines que incumplían la normativa de seguridad que había sido preparada por los técnicos de la gerencia (TS 15-2-11, EDJ 13163).

[Precisiones] 1) En ocasiones, el Tribunal Supremo afirma que la prevaricación omisiva cabe «cuando es **imperativo realizar una determinada actuación administrativa**, y su omisión tiene efectos equivalentes a una denegación» (TS 9-6-98 ponente Conde Pumpido Tourón). La referencia a la «denegación» es perturbadora, porque **sólo cabe denegar cuando existe petición previa**. Esto dejaría impunes todos aquellos casos en los que el funcionario o autoridad deja de hacer algo sin que nadie le comine a ello (p.e. deja de sancionar la comisión de infracciones administrativas de la que tiene conocimiento). Ha de entenderse que se trata de una afirmación retórica y que no recoge acertadamente la doctrina jurisprudencial que no impediría la condena en casos como el descrito.

2) Dogmáticamente, no es en absoluto claro que se esté ante una **comisión por omisión** (en lugar de ante una omisión pura), por cuanto no es fácil saber qué resultado es el que ha de imputarse a la omisión. La jurisprudencia en ocasiones alude a un «daño no por inmaterial menos efectivo constituido por la quiebra que en los ciudadanos va a tener la credibilidad de las instituciones y la confianza que ellas deben merecerle» (TS 22-4-15, EDJ 77776). Aunque tal **daño inmaterial** existe, es dudoso que se trate de un «resultado» espacio-temporalmente separado de la conducta, que es el tipo de resultado generalmetne imputable en comisión por omisión.

3) En los casos de **omisión del deber de promover la persecución de delitos**, el tipo aplicable es CP art.408, aun cuando es claro que se trata de una modalidad omisiva de prevaricación (TS 2-6-15, EDJ 106666). La imprudencia del legislador lleva a que quien deja de promover la **persecución de un ilícito administrativo** sea penado más gravemente que quien deja de promover la persecución de un delito.

SECCIÓN 3

Cohecho

(CP art.419 a 427 bis redacc LO 5/2015)

A.	Consideraciones generales	9812	9810
B.	Ventaja recibida, solicitada, ofrecida o prometida	9818	
C.	Cohecho pasivo (o de funcionario)	9835	
1.	Extensión de la cualidad de sujeto activo	9835	
2.	Cohecho pasivo para conducta contraria a los deberes del cargo.....	9840	
3.	Cohecho pasivo para una conducta propia del cargo	9855	
4.	Cohecho pasivo en consideración al cargo o función	9860	
5.	Cohecho pasivo «subsiguiente» o de recompensa	9870	
D.	Cohecho activo (o de particular)	9876	
E.	Corrupción de funcionarios públicos de la Unión Europea o de cualquier Estado miembro de ésta y responsabilidad penal de las personas jurídicas.....	9890	
F.	Cohecho en causa penal	9895	
G.	Exención de pena por denuncia del cohecho	9898	

A. Consideraciones generales

Bajo la denominación de «cohecho», se regulan los comportamientos que en lenguaje cotidiano responden a la denominación de «**soborno**». **9812**

El objetivo general de las disposiciones que regulan el cohecho es preservar el buen funcionamiento de la Administración mediante la **evitación de la influencia del interés privado** en el ejercicio de las funciones públicas, preservando su imparcialidad. Ello pretende lograrse principalmente mediante la tipificación de las conductas de **exigencia o aceptación de dádiva o promesa** por parte de los funcionarios para la realización de ciertos actos, o como recompensa por haberlos realizado (como ocurre, p.e. cuando el funcionario exige una cantidad a cambio de conceder una licencia, o cuando acepta la cantidad que le ofrece un particular con el fin de que la conceda). Pero también se intenta conseguir tal objetivo por medio de la incriminación de las conductas de **ofrecimiento de pago o promesa por parte de los particulares** y de su aceptación de las exigencias de pago hechas por los funcionarios. Conforme a la terminología tradicional en Derecho español, utilizada así mismo por los textos internacionales, de forma no del todo intuitiva se denomina **cohecho activo** al comportamiento del particular que lleva a cabo el soborno o acepta la exigencia del funcionario, y **cohecho pasivo** el del funcionario que solicita o acepta la dádiva o promesa. Los adjetivos «activo» y «pasivo», por tanto, no tienen que ver con la conducta (pedir, aceptar), sino con la **condición de funcionario o no del autor**.

En la búsqueda de una mayor disuasión, la LO 5/2010 incrementó las **penas** de estos delitos, estableciendo para el caso del soborno para la consecución de un acto ilegal, delictivo o no, una pena de libertad de 3 a 6 años, no susceptible de suspensión, previéndose así mismo penas privativas de libertad para los llamados cohechos «impropios» o no corruptores (aquellos en los que el objetivo es la consecución de un acto legal y aquellos otros en los que la dádiva se entrega en atención al cargo o la función de quien la recibe), que antes no las tenían. Así mismo, se prevé la **responsabilidad penal de las personas jurídicas** por estos delitos (CP art.427 bis), siempre que se den los requisitos exigidos por el CP art.31 bis (nº 1655 s.).

B. Ventaja recibida, solicitada, ofrecida o prometida

El Código utiliza hasta cinco expresiones para referirse a las ventajas mediante cuya solicitud o aceptación podían cometerse los distintos tipos de cohecho: dádiva, favor, retribución de cualquier clase, ofrecimiento y promesa. **9818**

Ofrecimiento y promesa Los términos «ofrecimiento» y «promesa» se diferencian sólo por el **momento en el que se procederá a la entrega** de la dádiva, el cumplimiento del favor o la retribución (presente en el ofrecimiento, futuro en la promesa). **9820**

Dádiva, favor y retribución de cualquier clase El legislador no es consistente en la utilización de los términos: la expresión «dádiva, favor o retribución de cualquier clase» aparece en tres ocasiones, «dádiva o regalo» en una y «dádiva o retribución de cualquier otra cla- **9822**

se» en otra. No parece sin embargo que con esta dispersión terminológica se hayan intentado establecer **diferencias normativas**, y la jurisprudencia tampoco las ha establecido, aun cuando en el caso de la expresión «dádiva o regalo», utilizada antes y después de la reforma para el cohecho en atención al cargo o función, la **falta de alusión a «favores o retribuciones de otra clase»** puede utilizarse para realizar una interpretación más restringida del tipo.

9824 Tradicionalmente se entendía que la dádiva debía consistir en un **bien o una prestación económicamente evaluable**, lo que se infería de dos datos:

a) En primer lugar, del hecho de que la **determinación de la pena** en el delito de cohecho en ocasiones se hacía a partir del valor de la cosa (hablándose, p.e. de «multa del tanto al triplo del valor de la dádiva»). Si el bien ofrecido o prometido no fuese económicamente evaluable, se razonaba, sería imposible determinar la pena, de modo que había que entender que la dádiva sólo podía consistir en ventajas económicamente evaluables.

b) En segundo lugar, del **significado de la palabra dádiva** en el diccionario de la RAE («cosa que se da gratuitamente»), que parecía apuntar a la entrega de un objeto («cosa») con valor económico (si no sería innecesario aludir a su gratuidad). También parecían ir en esa línea los otros dos términos que en algunos tipos de cohecho acompañaban al de «dádiva»: «**presente**» y «**regalo**».

Precisiones 1) Probablemente, la **interpretación económica del término «dádiva»** sea el motivo por el cual la sentencia TS 19-12-00 ponente Martín Pallín, especifica que se ofreció un cargo de concejal «con un determinado sueldo».

2) Económicamente evaluables son también los **bienes fuera del (lícito) comercio**: «una dádiva, consistente en 30 grs. de cannabis, 6 grs. de hachís y 1 gr. de speed» –con un valor estimado de 142,21 euros– (TS auto 17-6-10 ponente Colmenero Menéndez de Luarca, EDJ 135244).

9828 Favores sexuales y ventajas sociales Existen **ventajas no patrimoniales** que, aun cuando no sean inmediatamente traducibles en dinero (ventajas sociales, como cargos honoríficos, membresía en clubes o sociedades «selectas», etc.), o no lo sean en absoluto (relaciones «amorosas» y relaciones sexuales no mercantilizadas) tienen reconocida eficacia para dirigir la voluntad. La expresión «retribución de cualquier clase», introducida por LO 5/2010, sin duda las incluye.

Precisiones Ya antes de la entrada en vigor de la LO 5/2010 se afirmó por alguna doctrina la posibilidad de entender comprendidos los favores sexuales, aduciéndose en apoyo de la tesis la sentencia del Tribunal Supremo que condenó a los **guardias civiles que aceptaron las invitaciones a bebidas y servicios sexuales** que les ofrece el propietario de un prostíbulo en atención a su cargo o función (TS 13-6-08 ponente Marchena Gómez). Sin embargo, en este caso claramente estamos ante una **prestación económica**, porque lo que hace el propietario es no cobrar por servicios, unos legales (bebidas) y otros «alegales» (prostitución), que tienen un precio fijado de antemano.

C. Cohecho pasivo o de funcionario

1. Extensión de la cualidad de sujeto activo

(CP art.423 redacc LO 1/2015)

9835 A pesar de la amplitud con la que se pronuncia el CP art.24 sobre la condición de funcionario, el Código Penal establece una **ampliación** ulterior **del círculo de autores** de los delitos de cohecho pasivo, que también puede ser cometido por jurados, árbitros, mediadores, peritos, administradores o interventores designados judicialmente, administradores concursales o cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la función pública.

Precisiones 1) Algunos autores han afirmado que la disposición es innecesaria, ya que los sujetos mencionados entran en el concepto de funcionario del CP art.24.2, puesto que **participan en el ejercicio de la función pública** con la interpretación extensa que a la expresión se le ha dado por la jurisprudencia y han sido designados judicialmente. Sin embargo, la ubicación de la referencia a «cualquiera persona que participe en el ejercicio de la función pública» detrás de la enumeración que finaliza con la alusión a los administradores concursales viene a ampliar el concepto de funcionario del CP art.24.2: mientras que éste exige la **participación en el ejercicio de la función pública** y que ésta se haga «por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente», el CP art.423 prescinde de esta última referencia, de modo que incluiría a cualesquiera sujetos que participen en el ejercicio de la función pública, aunque no lo hagan por disposición inmediata de la ley, ni hayan sido elegidos ni nombrados por la autoridad competente. No es fácil imaginar en qué supuestos se está pensando (salvo, quizás, casos de personas que fingen haber sido elegidos o nombrados, casos distintos de quienes han sido **nombrados sin cumplir los requisitos**, que en cualquier caso han sido efectivamente designados y serían funcionarios de hecho).

2) A pesar de la ampliación, no parece que ni con la cláusula anterior, ni con el CP art.427, se cumpla con la tipificación de la conducta de los **jurados y árbitros extranjeros**, tal y como exige el Protocolo Adicional al Convenio Penal sobre corrupción –núm 191– del Consejo de Europa art.4 y 6.

Jurados, árbitros y peritos La ubicación del CP art.423, ahora **detrás de todos los supuestos de cohecho pasivo**, acaba con las dudas sobre su alcance y en concreto con la posibilidad de interpretar, a contrario, que los jurados, árbitros y peritos no podían cometer los cohechos impropios y subsiguientes. El problema venía dado porque estos cohechos se incluían en preceptos posteriores al anterior CP art.422, que comenzaba aludiendo a «lo dispuesto en los artículos precedentes». De este modo, cabía preguntarse si «sensu contrario» había que entender que los jurados, árbitros y peritos quedaban excluidos como sujetos activos de otros cohechos, a pesar de que entraban **dentro de la expresión funcionario** en el sentido del CP art.24.2. En el Derecho vigente la discusión queda vacía de contenido: los jurados, árbitros y peritos pueden sin duda ser **sujetos activos** de todas las modalidades de cohecho. **9838**

2. Cohecho pasivo para conducta contraria a los deberes del cargo

(CP art.419)

Las **distintas modalidades** de cohecho pasivo se diferencian entre sí atendiendo a la conducta del funcionario. Ésta puede ir desde la comisión de un delito hasta el ejercicio legal de su cargo, e incluso puede consistir en recibir dádiva o favor en atención a la función que desempeña, sin necesidad de realizar acto alguno. **9840**

La **modalidad más grave** de cohecho pasivo viene prevista en CP art.419, que se refiere a la solicitud o recepción por parte del funcionario o autoridad (por sí mismo o por persona interpuesta) de una dádiva o la aceptación de una promesa para realizar, en el ejercicio de su cargo, un acto contrario a los deberes inherentes al mismo o para omitir o retrasar sin causa el acto que tiene obligación de practicar.

Provecho propio o de tercero Expresamente se indica que el provecho puede ser propio o de tercero. **9842**

Sin embargo, no resulta claro cómo hayan de resolverse casos como el siguiente: una **alcaldesa** fue acusada por haber **solicitado a unos constructores una cantidad de dinero** «destinada a sufragar los gastos de creación de una banda de música para la localidad de la que era Alcaldesa, a cambio de olvidar otras anomalías o irregularidades urbanísticas menores», así como por haber **consentido diversas irregularidades urbanísticas** en contraprestación a que otro sujeto «procediese a reparar la casa del Conserje de las Escuelas Municipales propiedad del Ayuntamiento» (TS 5-2-96 ponente Puerta Luis). El Tribunal Supremo **absolvió del delito de cohecho** afirmando que la alcaldesa «en ningún momento persiguió ningún beneficio personal, para sí ni para persona de su entorno o con las que mantuviese determinada relación de tipo particular solamente persiguió beneficios para la cosa pública, concretamente para el Ayuntamiento». La punibilidad o impunidad de estos casos dependerá de cómo se interprete el **término «tercero»** y, en concreto, de si se entiende que la Administración lo es.

En cualquier caso, la jurisprudencia se ha mostrado estricta: el Tribunal Supremo afirma que es irrelevante que el acusado, un doctor, «haya invertido las sumas percibidas en el equipamiento científico del departamento de endocrinología del hospital en el que trabajaba. La circunstancia de que las **ventajas obtenidas no hayan sido incorporadas al propio patrimonio** no excluye el delito de cohecho, pues éste no requiere enriquecimiento del autor» (TS 16-3-98 ponente Bacigalupo Zapater).

Delito de mera actividad Igual que en el resto de los cohechos, estamos ante un delito de mera actividad, que se **consume** con la solicitud o aceptación (con la oferta o la entrega, en el caso de actuación de particular), sin que sea necesario que la otra parte acepte la solicitud u oferta (TS 3-2-09 ponente Varela Castro) ni que se comience a realizar la conducta ilícita ulterior (TS auto 2-6-10 ponente Colmenero Menéndez de Lurca, EDJ 135259) y sin que tampoco sea preciso poder determinar en qué consistirá concretamente la conducta contraria a los deberes del cargo (TS 2-12-15, EDJ 6951). **9844**

Acto realizado en el ejercicio del cargo La alusión a que el acto se realice «en el ejercicio de su cargo» se interpreta en el sentido de que tiene que tener **conexión con las actividades públicas que desempeña el funcionario**, que de este modo lo puede realizar con especial facilidad, pero «sin que haya de ser precisamente un acto que le corresponda ejecutar en el uso de sus específicas competencias» (TS 26-10-09 ponente Maza Martín). **9846**

Precisiones Se absuelve del delito de cohecho a un **guardia civil** en situación de reserva que **cooperaba en delitos de tráfico de drogas** pero no ejercía función pública ni desempeñaba cargo alguno en la Guardia Civil (TS 27-4-10, ponente Colmenero Menéndez de Luarca).

Sin embargo, se afirma que existe cohecho cuando se **ofrece dinero a dos agentes de la guardia civil** para que ayuden a introducir ilegalmente en España importantes cantidades de tabaco ya que, aunque no tenían encomendada la vigilancia de aduanas, su condición les facilitaba la ayuda genérica que les era requerida (TS 10-4-07).

9848 Infracción de principios constitucionales De forma discutible bajo la anterior regulación, el Tribunal Supremo había venido admitiendo la existencia de este tipo de cohecho cuando **no se vulneraba una ley concreta** pero sí se producía una infracción de principios constitucionales (desde TS 19-12-00, ponente Martín Pallín). La cuestión ha de resultar ahora pacífica, dado que el reformado CP art.419 alude a la realización de un **acto contrario a los deberes inherentes al ejercicio del cargo**, entre los que sin duda se encuentran los principios constitucionales, y a la omisión o retraso injustificado del que se tiene obligación de realizar (TS 27-7-15, EDJ 146107).

Precisiones **1)** Se entiende que la **solicitud de dinero por agilizar los trámites de una licencia** es constitutiva de cohecho, aun cuando se den los requisitos legales para la concesión, en tanto atenta contra los principios de igualdad, imparcialidad y objetividad que a los poderes públicos exigen la Const art.9 y 103 (TS 21-5-07, ponente Puerta Luis).

2) Se condena a un **alcalde y un concejal** que, ofreciendo una contraprestación económica, intentan **persuadir a otro concejal para que no asista a la votación** de la moción de censura contra el alcalde, con el argumento de que «decidir el resultado de una moción de censura, si se hace por motivaciones espúreas (sic), cuales las de obtener compensaciones económicas torticeras, encierra un acto constitucionalmente injusto» (TS 21-12-07, ponente García Pérez).

9850 Penalidad La pena aplicable a este tipo de cohechos es la de prisión de 3 a 6 años, multa de 12 a 24 meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público de 7 a 12 años.

Todos los supuestos tienen la misma pena de prisión, que además ya no entra dentro de las facultades ordinarias de suspensión y sustitución.

Adicionalmente, la previsión de una pena de **inhabilitación superior a 10 años** supone que el plazo de prescripción del delito sea en todos los casos de 15 años (CP art.131.1, párrafo II).

En los **cohechos para conseguir un acto delictivo**, si éste se produce, a la pena del cohecho habrá de sumársele la del delito cometido (CP art.419, inciso final).

3. Cohecho pasivo para una conducta propia del cargo

(CP art.420)

9855 Se tipifica la exigencia o aceptación de dádiva para llevar a cabo un **acto propio del cargo** y que **no constituye ilegalidad alguna**. Se recogen en un solo artículo los supuestos del llamado «cohecho pasivo impropio» o «no corruptor», que hasta la reforma de 2010 se regulaban en dos artículos (anterior CP art.425.1 y 426) cuya intrincada redacción hacía prácticamente imposible su distinción.

La amplitud del tenor literal de este artículo llevaría en principio a considerar cohecho la aceptación de **cualquier tipo de regalo** por el **recto ejercicio de la profesión**, incluso aquellos tradicionalmente denominados «**de cortesía**» (como p.e. la entrega de ciertos productos agrícolas de bajo valor al médico rural).

La legislación extrapenal no es de gran ayuda a la hora de resolver la cuestión. El texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, sólo ordena el **rechazo de regalos, favores o servicios** en condiciones ventajosas cuando vayan «más allá de los usos habituales, sociales y de cortesía», añadiendo sin embargo la cláusula «sin perjuicio de lo establecido en el Código penal». El problema con esta remisión es que el tenor literal del Código penal incluye incluso los **regalos socialmente habituales y de cortesía** (RDL 5/2015 art.54.6).

Precisiones **1)** En la praxis, el Tribunal Supremo solventa la situación admitiendo la **exclusión de la tipicidad por adecuación social**, lo cual «sugiere el empleo de fórmulas concretas, adaptadas a cada supuesto de hecho, huyendo de la rigidez de fórmulas generales». En la sentencia de referencia se aclara que en la solicitud de 3.000 euros mensuales para la esposa del presidente de una comunidad autónoma simulando un contrato de trabajo «no existe fórmula alguna de adecuación social» (TS 26-1-15, EDJ 6908).

2) En algunos casos, incluso entendiendo que la conducta no es socialmente adecuada, aún cabrá apreciar **error de prohibición**. Así, se apreció un error de prohibición invencible en el caso de dos jefes locales de sanidad que, tal y como habían venido haciendo sus antecesores, cobraban por firmar las actas de los embalsamamientos, lo que dejaron de hacer cuando recibieron una comunicación de la Dirección Provincial de Sanidad determinando las tasas aplicables a tal función (AP Sta. Cruz de Tenerife 28-1-00, ponente Díaz Sabina).

Penalidad La pena privativa de libertad prevista es la prisión de 2 a 4 años. No sólo se prevé la obligatoria imposición de la pena de prisión sino que, dado que ésta tiene un límite inferior de 2 años, las posibilidades de **suspensión** son muy reducidas. **9858**

4. Cohecho pasivo en consideración al cargo o función

[CP art.422]

El Código Penal se refiere de **forma residual** a aquellos supuestos en los que el funcionario o autoridad no lleva a cabo ni promete realizar ningún acto, ni legal ni ilegal (de hacerlo estaríamos ante uno de los supuestos anteriores), sino que simplemente recibe la dádiva o regalo (el Código no alude aquí ni al «favor» ni a la «retribución de cualquier clase») en atención al cargo o función que detenta. **9860**

La interpretación según la cual **no se exige que la dádiva sea para un acto concreto** es la tradicional, y fue corroborada por el Tribunal Supremo en sentencia dictada en un caso en el cual se acusaba al presidente de una comunidad autónoma de aceptar el pago de unos trajes en atención a su cargo. Mientras que el Tribunal Superior de Justicia de la comunidad autónoma insistió en la necesidad de probar que el **pago fue en atención a alguna actividad concreta**, el Tribunal Supremo sostuvo la interpretación tradicional, citando su jurisprudencia según la cual el término **«en consideración a su función»** debe interpretarse en el sentido de que la **razón o motivo del regalo ofrecido y aceptado** sea la condición de funcionario de la persona cohechada, esto es, que sólo por la especial condición y poder que el cargo público desempeñado le otorga le ha sido ofrecida la dádiva objeto del delito» (TS 17-5-10, ponente Saavedra, EDJ 60491). Por otra parte, entiende que no cabe en este supuesto exclusión alguna por razones de **adecuación social**, de forma que toda dádiva o regalo ofrecido en atención al cargo es típica (TS 23-9-15, EDJ 177783).

Penalidad Conforme a la **menor gravedad del supuesto**, la pena de prisión es de 6 meses a un año, a la que se añade la suspensión de empleo y cargo público de 1 a 3 años (con anterioridad a la reforma sólo se preveía una pena de multa de 3 a 6 meses). **9862**

Admisión de la dádiva o regalo Hay que preguntarse sobre la relevancia que ha de darse a que el legislador **no** se refiera en este supuesto a la **recepción o solicitud de oferta o promesa**, sino sólo a la admisión (y no a la solicitud) por el funcionario de la dádiva o regalo que le fueren ofrecidos (y no prometidos) en atención a su función. La **omisión de la referencia a la solicitud y a la promesa** obliga a interpretar que tanto la solicitud no aceptada del funcionario como su aceptación de promesa de dádiva o regalo en atención a la función resultan atípicas. Un resultado no muy comprensible, pero obligado atendiendo al tenor literal de la disposición. **9864**

5. Cohecho pasivo «subsiguiente» o de recompensa

[CP art.421]

Con el nombre de cohecho pasivo subsiguiente se hace referencia a aquellos casos, desde la reforma previstos en el CP art.421 (anterior CP art.425), en los que el funcionario, **después de haber adoptado la decisión**, solicita o recibe dádiva o favor por haberlo hecho. Se aplicó este tipo en el caso del adjudicatario de unas obras que entregó 300.000 euros a un funcionario que había desempeñado un papel relevante en la adjudicación (TS 16-12-98, ponente Martín Pallín). En los casos de **concerto previo** a la decisión o conducta del funcionario, serán de aplicación el CP art.419 y 420, aun cuando la dádiva se entregue con posterioridad (TS 30-10-15, EDJ 209866). **9870**

Imposibilidad de demostrar el acuerdo previo La doctrina ha puesto de manifiesto que muy probablemente el verdadero objetivo del legislador sea permitir la imposición de una pena en aquellos casos en los que se puede **demostrar la existencia de petición o recepción de dádiva**, pero no su carácter previo al acto realizado. Por este motivo, parte de la doctrina se ha manifestado a favor de la supresión del artículo. **9872**

En los casos en los que no se puede demostrar el acuerdo previo, siguiendo a este sector de la doctrina, estaríamos ante un **cobro indebido de honorarios por parte del funcionario**, que ha de ser incardinado en otros artículos.

El problema es que estos supuestos no se pueden subsumir fácilmente en los artículos que se propone (CP art.422, 437 y 438). No se pueden subsumir en el CP art.422 porque el funcionario no reclama ni se le da nada por su cargo o función, sino por un acto concreto. Tampoco en el CP art.438 porque éste se refiere a la **comisión** por su parte de una **estafa o apropiación indebida**, y ni concurre el engaño bastante preciso para la estafa ni la aceptación de la dádiva pue-

de incluirse en el concepto de «título que produzca obligación de entregar o devolver» requerido por la apropiación indebida. Finalmente, el supuesto tiene mejor encaje en el CP art.437, pero éste habla de **exigencia de «derechos, tarifas por aranceles o minutas que no sean debidos»**, lo cual, al margen de lo extraño que resulta incluir el pago de dádiva en la expresión «derecho no debido», excluiría los casos de aceptación (generando importantes incentivos para que en estos casos los particulares «confiesen» haber sido ellos los que han querido premiar al funcionario una vez éste ha actuado, supuesto que sería impune para ambos). Además, el CP art.437 prevé una **pena** de multa de 6 a 24 meses y suspensión de empleo o cargo de 6 meses a 4 años, muy inferior incluso a la del cohecho en atención a la función (en la que, recuérdese, no se lleva a cabo acto alguno de favorecimiento del particular y sin embargo se prevé una pena de prisión).

9874 Penalidad La **pena imponible** es la misma que correspondería de haberse recibido la dádiva o favor antes de actuar (lo que depende de si la conducta llevada a cabo fue contraria a los deberes inherentes al cargo –entonces penas previstas en el CP art.419– o no –penas previstas en el CP art.420–).

D. Cohecho activo o de particular

(CP art.424)

9876 En su intento de resguardar el ejercicio de funciones públicas de influencias indebidas, el legislador también recoge supuestos de cohecho cometido por particulares. La **finalidad** de su expresa regulación es evitar los problemas que tradicionalmente ha venido presentando la participación de *extranei* en los delitos especiales: al establecerse **tipos propios de autoría**, el problema se soluciona para los particulares que ofrecen dádivas o promesas y los que aceptan las exigencias de los funcionarios.

Los cohechos activos se recogen en CP art.424, que pretende ser un **reverso simétrico** de los preceptos que recogen los **cohechos pasivos**: el particular que ofrezca o entregue dádiva o retribución de otra clase al funcionario será castigado con la misma **pena** de prisión y multa que le correspondería a éste. También será sancionado con la misma pena de prisión y multa correspondiente al funcionario el particular que atienda su solicitud.

9878 Particular participe en la exigencia/aceptación del funcionario Distinto es el caso del particular que participa en la exigencia/aceptación del funcionario, debiendo en este supuesto acudir a la **atenuación facultativa** para los *extranei* prevista en el CP art.65.3.

9880 Bien jurídico protegido Es el mismo que en todos los cohechos (el buen funcionamiento de la Administración), pero en el caso del cohecho activo se concreta en «el **respeto que se debe a la función pública** por quien no la está ejerciendo en el asunto de que se trate» (TS 31-7-06 ~~ponente García Pérez~~).

9882 Cohecho impropio cometido por particulares Antes de la LO 5/2010, y dado que el precepto que tipificaba el cohecho activo se encontraba en un artículo que precedía a aquellos que regulaban los cohechos impropios y en atención a la función, la doctrina y el Grupo de Estados Contra la Corrupción del Consejo de Europa se habían planteado si los particulares también podían cometer tales cohechos impropios y en atención a la función.

La jurisprudencia, sin embargo, claramente entendía que sí (TS 2-4-09 ~~ponente Varela Castro~~, TS19-7-01 ~~ponente Ramos Gancedo~~ –«carece de interés el **lugar que ocupe el precepto penal en el catálogo de tipos** delictivos establecidos en el Código siempre que la conducta del acusado se ajuste a la acción típica»– TS13-1-99 ~~ponente Marañón Chavarri~~). Este punto se quiso dejar bien claro en la reforma. A pesar de sus intenciones, sin embargo, la LO 5/2010 no acaba con todas las dudas, y lo cierto es que genera alguna que otra perplejidad.

9883 Cohecho en atención al cargo y cohechos propios o impropios Por el tenor literal del CP art.424, resulta evidente que el particular puede cometer el cohecho **en atención al cargo o la función** recogido en el CP art.422.

Resulta también claro que puede cometer los **cohechos propios e impropios** de los CP art.419 y 420. Sin embargo, el CP art.424 se refiere al particular que ofreciere o entregare dádiva, pero no al que la prometiере, como hacen CP art.419 y 420 para el funcionario, por lo que esta modalidad (la promesa) es atípica a efectos del CP art.424.

Precisiones Ello no significa que siempre vaya a quedar impune En el caso de que el **particular prometa y el funcionario acepte**, el particular habrá de ser considerado inductor del cohecho que el funcionario comete al aceptar la promesa (el particular se podrá beneficiar de la rebaja de pena facultativa prevista en el CP art.65.3). Si la promesa del particular no encuentra eco, entonces su

conducta quedará impune, por no haber dado comienzo la ejecución de un delito por el funcionario del cual pueda ser considerado partícipe.

Oferta o entrega «espontánea» de recompensa El tenor literal del CP art.424 tampoco cubre el supuesto de cohecho subsiguiente consistente en la oferta o entrega «espontánea» (es decir: sin petición del funcionario) de recompensa por el acto realizado, dado que el CP art.424.1 sólo se refiere a la entrega o el ofrecimiento **en atención al cargo o función** y «para» conseguir la realización de un acto, pero no a la entrega o el ofrecimiento «por» su realización. Sin embargo, cuando el **particular accede a la petición de recompensa del funcionario** y entrega la dádiva o retribución sí queda comprendido en los términos del CP art.424.2 y recibirá la misma pena de prisión y multa que corresponda a éste. Dado que no se aprecian diferencias axiológicas que permitan entender que en el cohecho subsiguiente es menos grave ofrecer o entregar espontáneamente que aceptar la exigencia (lo contrario parece más cierto), es de suponer que estamos ante un desliz del legislador (al que hay que añadir que el CP art.424.2 no habla sólo de la aceptación de la exigencia, sino literalmente de la entrega de la dádiva o retribución).

Cuando es el particular el que voluntariamente ofrece la recompensa, si el funcionario acepta el particular podrá ser considerado **partícipe (inductor) del delito del funcionario**. Igual que en el caso de la promesa en los cohechos propios e impropios, el particular no responde cuando su oferta es rechazada, dado que el funcionario no habrá cometido delito alguno del que el particular pueda participar.

Precisiones Hasta la LO 5/2010, al **particular que atendía la solicitud del funcionario** se le castigaba con la **pena** inferior en grado a la que correspondiera al funcionario, en atención a que quien era el titular originario del deber era el propio funcionario y no el particular. Tal **diferenciación de pena** tiene sentido: al contrario que el particular que acude al funcionario, quien accede a su petición no muestra necesariamente una absoluta falta de respeto por el recto ejercicio de la función pública: desde el momento en que es objeto de la ilícita exigencia sabe que ese recto ejercicio no se está produciendo, y puede razonablemente temer que, de no acceder al pago, el funcionario le perjudique. Puede pensarse que incluso en estos casos el particular debe resistir y negarse a pagar. Pero no parece irrazonable entender que, si no lo hace, su responsabilidad debe ser menor que cuando es suya la iniciativa.

Procedimiento de contratación, de subvenciones o de subastas (CP art.424.3) Se refiere al supuesto específico de que la actuación que se pretende del funcionario sea relativa a un procedimiento de contratación, de subvenciones o de subastas **convocados por las Administraciones o entes públicos**. En tales casos se impondrá al particular y, en su caso, a la sociedad, asociación u organización por éste representada la **pena de inhabilitación** para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con entes, organismos o entidades que formen parte del sector público y para gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social por un tiempo de 3 a 7 años.

Precisiones La indicación de que la pena de inhabilitación podrá ser impuesta a la **sociedad, asociación u organización representada por el sujeto individual** resulta desconcertante, dado que el CP art.427.2 recoge la **responsabilidad penal de las personas jurídicas** por el delito de cohecho, pero sometiéndola como por lo demás es lógico a las reglas generales del vigente CP art.31 bis. Aunque la disposición literalmente parecería permitir la imposición de la inhabilitación sin sujetarse a tales reglas, una interpretación sistemática de este artículo con el resto de artículos del Código penal sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas obliga a entender que ello no es posible.

E. Corrupción de funcionarios extranjeros de la Unión Europea o al servicio de organización internacional pública y responsabilidad penal de las personas jurídicas

(CP art.427 y 427 bis redacc LO 1/2015)

Extendiendo los delitos contra la Administración pública a **sujetos que no trabajan para las Administraciones públicas españolas** (nº 9890 s. Memento Penal Económico y de la Empresa 2011-012), se incluyen los siguientes sujetos:

- Personas con cargo o empleo en el **poder legislativo, ejecutivo o judicial** de cualquier país extranjero (literalmente: «de un país de la Unión Europea o de cualquier otro país extranjero»).
- Personas que ejerzan una **función pública** para cualquier país extranjero, la Unión Europea u otra organización internacional pública.
- Funcionarios o **agentes de la UE** o de una organización internacional pública.

Se prevé la **responsabilidad penal de las personas jurídicas** para los delitos de cohecho, activo y pasivo (CP art.427 bis). En este caso, y a pesar de lo que insinúa el Preámbulo de LO

5/2010 (apartado VI), no se está cumpliendo con ninguna obligación internacional, dado que los textos internacionales vinculantes para España que establecen la obligación de responsabilizar a las personas jurídicas por delitos cometidos por sus directivos o empleados, sin excepción facultan a los Estados a que tal responsabilidad sea de corte administrativo.

Precisiones Sobre las **condiciones** y las **consecuencias** de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ver nº 1655 s.

F. Cohecho en causa penal

(CP art.425)

9895 Se prevé una importante **rebaja de pena** para los casos en los que el soborno se produce en causa penal y **para favorecer al reo**, siempre que se haga por el cónyuge o persona con la que se tenga de forma estable una análoga relación de afectividad, un ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza, adopción o afinidad.

La rebaja de pena dispuesta seguramente se debe a la menor exigibilidad de conducta conforme a derecho de estos **sujetos en atención a sus circunstancias**. Es, por tanto, un problema de disminución de la culpabilidad, y no se entiende su tratamiento específico y no conforme a las reglas generales relativas a la **exención y disminución de responsabilidad penal** (CP art.20 y 21).

Tampoco se entiende la magnitud de la rebaja: el intento de que el juez u otro funcionario favorezca al reo casi siempre implicará una **prevaricación**, correspondiendo por tanto imponer la pena de prisión de 3 a 6 años (cohecho para un acto constitutivo de delito, recogido en el CP art.419, cometido por un particular, CP art.424). Sin embargo, el CP art.425 impone una pena de 6 meses a un año, que como ha puesto de manifiesto la doctrina supone poco menos que una invitación a cometer este tipo de conductas. Siguiendo con decisiones incomprensibles, el precepto se refiere a su **familia y allegados**, pero el **propio reo** no es abarcado por el tenor literal del artículo.

G. Exención de pena por denuncia del cohecho

(CP art.426)

9898 Se establece la siguiente exención de pena para el **particular** que **«ocasionalmente»** haya **accedido a solicitud de funcionario** y lo denuncie antes de que se abra el procedimiento, siempre que no hayan transcurrido más de 2 meses desde la fecha de los hechos.

Como el delito se **consume** cuando se accede a la solicitud, nos encontramos ante una cuestión dogmáticamente ubicada en sede de punibilidad (de excusa absolutoria hablan TS 31-7-06 ponente García Pérez, y TS9-5-02 ponente Martín Canivell).

El sentido político-criminal es claro: **incentivar la denuncia por el particular**. La expresa alusión a que éste «haya accedido» (ocasionalmente) impide aplicar la **exención de pena** cuando es él quien efectúa el ofrecimiento y después se arrepiente: en estos supuestos podrá aplicarse la atenuante de confesión del CP art.21.4ª.

Precisiones Los temores sobre los **efectos de impunidad** de esta cláusula parecen muy exagerados, y a pesar de la ampliación del plazo no resulta arriesgado vaticinar que la aplicación del artículo seguirá siendo testimonial, como ha venido siendo hasta el momento. En su análisis de la aplicación de la normativa entre 1996 y 2008, el Grupo de Estados Contra la Corrupción del Consejo de Europa sólo encontró un supuesto de aplicación, la TSJ Madrid 29-11-06 ponente Pedreira Andrade.

Un caso en el que las personas que acceden al pago lo hacen ante la **amenaza del funcionario** de que en caso contrario no conseguirán una licencia a la que tienen derecho. Es decir, que no se trata de particulares que por su propia iniciativa se dirijan a un hasta entonces probo funcionario para incitarle a cometer un acto ilegal, sino de **particulares que acceden a la petición de un funcionario corrupto** para que éste omita infringir sus deberes actuando en su contra.

SECCIÓN 4

Tráfico de influencias

(CP art.428 a 430 redacc LO 1/2015)

1.	Influencia a autoridad o funcionario público por parte de otra autoridad o funcionario público o de particular	9915
2.	Ofrecimiento de influencia sobre autoridad o funcionario público con solicitud o aceptación de dádivas o promesas	9922
3.	Responsabilidad penal de las personas jurídicas por los delitos de tráfico de influencias	9925

9910

En este tipo de infracciones se utiliza a la Administración pública para la **satisfacción de intereses particulares** y no generales, invirtiendo los valores y principios que legitiman la actuación de la Administración (AP Sevilla auto 30-6-08JUR 16677/09, EDJ 249751). Se protege, por tanto, la **eficacia e imparcialidad** de la Administración pública.

9912

Precisiones 1) La extrañeza de que se sancione dentro de este grupo de preceptos la **conducta de quien influye en autoridad o funcionario público** para conseguir una resolución que genere un beneficio económico, pero no la conducta de éstos cuando, **influidos**, efectivamente emiten esa resolución (TS 10-3-97RJ 1986/98; AP Gerona 28-7-05ARP 43/06, EDJ 254100).

2) La reforma introducida en el Código Penal a través de la LO 1/2015 ha **suprimido** el CP art.431, en el que se preveía que las **dádivas, presentes o regalos** caerían en decomiso. La supresión de este precepto no impide que esos bienes puedan ser **decomisados**, ya que el contenido del CP art.127 s. son de aplicación general.

1. Influencia a autoridad o funcionario público por parte de otra autoridad o funcionario público o de particular

(CP art.428 y 429 redacc LO 1/2015)

Se sanciona tanto a la autoridad o funcionario público como al particular que influyan en otra autoridad o funcionario público con el **objetivo de conseguir un beneficio de carácter económico**, de forma directa o indirecta, tanto para sí mismo como para un tercero.

9915

La influencia ejercida por autoridad o funcionario público parte de una **situación de prevalimiento** por el ejercicio de las facultades de su cargo o por una situación de relación jerárquica.

En el caso del **particular**, la influencia se ejerce prevaliéndose de cualquier situación derivada de su relación personal con aquel o con otra autoridad o funcionario público.

Se trata de **delitos de mera actividad**, que se consuman con cualquier acto de influencia idónea; si no hay **idoneidad**, bien porque la influencia se acomode al uso social, bien porque sea manifiestamente inoperante para los fines que se persiguen, no es un supuesto punible (AP Gerona auto 19-4-05JUR 172417, EDJ 101117; AP Almería 25-9-06ARP 52/07, EDJ 382121). El delito se consuma aunque la **influencia no sea decisiva** porque el tipo no exige que sea objetivamente decisiva o determinante para adoptar la resolución, ya que basta con ejercer «cierta influencia» (AP Barcelona 17-4-15, EDJ 97864).

Conducta típica La conducta típica de influir en autoridad o funcionario público ha de entenderse en el sentido de utilización de procedimientos capaces de **conseguir que otro realice la voluntad de quien influye**. Pero el ejercicio de influencia de este tipo de infracciones requiere la **conurrencia de prevalimiento**, ya que no basta la mera sugerencia, sino que ésta ha de ser realizada por quien ostenta una determinada **situación de ascendencia** y que el influjo tenga entidad suficiente para asegurar su eficiencia por la situación prevalente que ocupa quien influye (TS 7-4-04RJ 2818, EDJ 44631). El tipo exige el abuso de una situación de superioridad, por lo no que no se penaliza genéricamente cualquier gestión realizada por quien ostenta un nivel jerárquico superior, sino únicamente aquellas en que dicha posición de superioridad se utiliza de modo desviado, ejerciendo una **presión moral impropia del cargo** (AP Almería 29-1-15, EDJ 6994). Es necesario que la resolución o actuación sea debida a la **presión ejercida**, que sea objetivamente imputable a esa presión (TS 5-4-02RJ 4267, EDJ 6946; TSJ C.Valenciana auto 27-11-07ARP 82/08, EDJ 337983), la cual puede ser definida como una influencia consistente en una **presión moral eficiente** sobre la acción o decisión de otra persona, derivada de la posición o status del influyente (TS 3-5-12, EDJ 88265), que sea suficiente para incidir en el **proceso motivador** de la persona influenciada (AP Barcelona 17-4-15, EDJ 97864, que no considera sea necesario que ésta se sienta presionada psicológicamente),

9917

con la finalidad de introducir en su motivación **elementos ajenos a los intereses públicos** (AP Almería 29-1-15, EDJ 66994).

Precisiones La influencia y el prevalimiento no deben confundirse con la mera **recomendación, insinuación o sugerencia** sutil o difusa (AP Madrid 8-4-08ARP-344, EDJ 60453, AP Madrid auto 1-7-10ARP-1162, EDJ 183300; TS 1-7-05, EDJ 123906) ni con **meras solicitudes de información** o gestiones amparadas en la adecuación social interesando el buen fin de un procedimiento que no pretendan alterar el proceso decisor objetivo e imparcial de la autoridad o funcionario que deba tomar la decisión procedente (AP Almería 29-1-2015, EDJ 66994).

9918 **Supuestos de prevalimiento** Cuando el sujeto activo es una **autoridad o funcionario público**, el prevalimiento puede tener origen:

1) En el **ejercicio de las facultades del cargo**, como sucede, por ejemplo, en los supuestos de quien ostenta una posición funcional de superioridad que aprovecha para presionar psicológicamente al inferior (AP Madrid 13-2-04ARP-659, EDJ 105061). Para que se dé esta modalidad de prevalimiento la influencia la ha de ejercer el **funcionario competente**, cuando menos, para informar sobre determinados extremos de importancia en orden a la adopción de una resolución que deba ser emitida por otro funcionario (AP Madrid 29-10-07ARP-183/08, EDJ 319977).

2) En una situación de **relación jerárquica** sobre el influido. La carga coactiva es superior a la que puede derivarse de una relación personal, en cuanto depende de la decisión cualquier ventaja o expectativa profesional del influido (AP Almería 25-9-06ARP-52/07, EDJ 382121).

3) El tercer supuesto de prevalimiento, que cabe tanto si el sujeto activo es un **funcionario público**, como si es un **particular**, es aquél que se basa en una **relación personal** entre las partes, en la que se puede incluir una relación familiar, afectiva o amistosa pero de tales características que suponga un verdadero ataque a la libertad del funcionario o de la autoridad que tiene que adoptar una decisión en el ejercicio de su cargo (TS 5-4-02, EDJ 6946; AP Girona 18-2-03, EDJ 59526Rec-131/03).

Es necesario precisar que tanto la **relación jerárquica** como la relación personal **no** tiene por qué darse **directamente entre la persona que influye y la persona influida**, puesto que la relación personal o jerárquica puede tenerse también entre quien influye y otra autoridad o funcionario público, de forma que resulte influido quien ha de conseguir la resolución beneficiosa.

Precisiones **1)** En los supuestos en los que la situación de **prevalimiento procede de un particular**, la jurisprudencia ha aportado diferentes interpretaciones: así, por un lado, ha entendido que la influencia ha de ser de tales características que suponga un verdadero ataque a la libertad del funcionario o de la autoridad que tiene que adoptar una decisión en el ejercicio de su cargo (TS 5-4-02RJ-4267, EDJ 6946; AP Girona 18-2-03JUR-175003, EDJ 59526, AP Madrid auto 1-7-10ARP-1162, EDJ 183300). En sentido contrario, se ha señalado el prevalimiento no se debe identificar con una forma coactiva sobre la voluntad del funcionario (TS 15-2-00RJ-1135, EDJ 2173).

2) En relación con el **alcance de la relación personal entre el particular y el funcionario público influido**, han sido calificados como tráfico de influencias diferentes supuestos:

– Particular que **asesora permanentemente** a la autoridad o funcionario público y que le convence de la necesidad de adjudicar un concurso (TS 16-10-09RJ-5994, EDJ 233842).

– Particular que **utiliza su relación mercantil** con el secretario de la junta vecinal de una entidad local para convencer a sus miembros de la conveniencia de invertir en oro los fondos de la entidad que se encontraban depositados en diferentes bancos; inversión de la que aquel obtuvo una comisión (TS 29-10-01RJ-9758, EDJ 40450).

– Particular que se **prevalce de su amistad** con un funcionario público para predisponerlo favorablemente para la adjudicación de la construcción de un parking (TS 29-1-97RJ-390, EDJ 632) o para que un ayuntamiento, a través de su alcalde, compre su finca porque el particular, que era su amigo, se encontraba en dificultades económicas (TS 8-3-98RJ-2397/97, EDJ 2905).

– Particular que, por **relaciones familiares**, influye en su padre, alcalde de un ayuntamiento, para que conceda licencia urbanística para instalación y apertura de un negocio de la que el hijo poseía un 10% de las acciones, sin que concurrieran los requisitos exigidos por la normativa para la concesión de dicha licencia (TS 15-2-00RJ-1135, EDJ 2173).

9920 **Finalidad perseguida** En cuanto a la **resolución** que genera un beneficio económico a quien influye o a una tercera persona, no se exige ni la efectiva emisión de la resolución ni la efectiva obtención del **beneficio económico**. Lo que se sanciona es la influencia encaminada a la obtención de ambos.

Precisiones **1)** La influencia debe dirigirse a la obtención de una verdadera resolución, y en este concepto no caben otras cuestiones como, por ejemplo, la **aceleración o ralentización de expedientes** (AP Almería 25-9-06ARP-52/07, EDJ 382121).

2) Por otro lado, tampoco se exige que se trate de una **resolución injusta**; de serlo, se daría, además, un delito de prevaricación o, en su caso, de cohecho (TS 5-4-02RJ-4267, EDJ 6946; AP Madrid 29-10-07ARP-183/08, EDJ 319977).

3) El objetivo pretendido es la obtención de un **beneficio económico**, tanto directo como indirecto, ya sea a favor de quien influye o de una tercera persona, lo que incluye tanto el beneficio en el sentido de ganancia como en el sentido de ausencia de pérdidas (TS 29-1-97RJ-390, EDJ 632).

4) Se aprecia este delito en el supuesto de una influencia por parte de un cargo público sobre otro cargo público para que **contrate como empleada pública** a una persona que no había superado las exigencias contenidas en la convocatoria; en este caso el beneficio económico lo constituye la remuneración correspondiente al puesto de trabajo (TS 22-2-16, EDJ 8355).

Consecuencia jurídica (CP art.428 y 429 redacc LO 1/2015) Las consecuencias jurídicas previstas en el CP art.428 son: **9921**

- Prisión de 6 meses a 2 años.
- Multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido
- Inhabilitación especial para empleo o cargo público de 5 a 9 años.
- Inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo de 5 a 9 años.

Las consecuencias jurídicas previstas en el CP art.429 son:

- Prisión de 6 meses a 2 años.
- Multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido.
- Prohibición de contratar con el sector público y la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los incentivos fiscales y de la Seguridad Social de 6 a 10 años.

Llama la atención que en los dos preceptos se mencione el **beneficio «obtenido»**, pues en ambos se establece que, en el caso de obtenerse efectivamente el beneficio, las penas se impondrán en su mitad superior.

2. Ofrecimiento de influencia sobre autoridad o funcionario público con solicitud o aceptación de dádivas o promesas

(CP art.430 redacc LO 1/2015)

Este precepto es el único que se adecua a la expresión «tráfico de influencias»: en él se sanciona a quien se ofrezca a realizar cualquiera de los ejercicios de influencia tipificados en el n^o 9915 s. solicitando **dádivas, presentes o regalos** o aceptando **promesas**. También se denomina a este delito de ofrecimiento de influencias «**tráfico de influencias impropio**». **9922**

Se trata de una infracción que se consuma con el **mero ofrecimiento** activo de hacer uso de la influencia, al margen de que ese ofrecimiento tenga o no una acogida positiva por el receptor o de que la influencia ofrecida, real o ficticia, sea efectivamente ejercitada (TS 24-3-06RJ-2319, EDJ 37301; AP Palencia 16-6-03, EDJ 144372).

Se produce un adelantamiento de la barrera punitiva, al sancionarse **conductas que no producen un menoscabo real y material**, en la medida en la que no se exige que el solicitante de la dádiva influya o intente influir ilícitamente en el funcionario o autoridad (AP La Coruña 26-12-02JUR-127270/03, EDJ 76640).

Precisiones Viene a ser una especie de **acto preparatorio elevado a la categoría de delito** independiente respecto a figuras afines u homogéneas, tales como el cohecho impropio o el tráfico de influencias estrictamente considerado (AP Palencia 16-6-03JUR-255513, EDJ 144372).

Consecuencia jurídica La consecuencia jurídica prevista es la imposición de una pena de **prisión** de 6 meses a un año. **9923**

En caso de que el delito sea cometido por una **autoridad o funcionario público** se impondrá, además, la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho al sufragio pasivo de 1 a 4 años.

3. Responsabilidad penal de las personas jurídicas por los delitos de tráfico de influencias

(CP art.430 redacc LO 1/2015)

Se prevé la posibilidad de exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas, conforme a lo establecido en el CP art.31 bis, en relación con los delitos de tráfico de influencias. Las **consecuencias jurídicas** en este caso serán: **9925**

- por un lado, la imposición de la **pena de multa** de 6 meses a 2 años;

– por otro, dentro del catálogo general de penas aplicables a las personas jurídicas, la aplicación de alguna de las previstas en el CP art.33.7 en función de la concurrencia de los requisitos establecidos en el CP art.66 bis.

SECCIÓN 5

Malversación de caudales públicos

9928	A. Malversación por parte de autoridades y funcionarios.....	9930
	B. Malversación por particulares.....	9935

- 9929** En los delitos de malversación se recogen conductas de **administración ilícita de bienes y efectos públicos**, como puedan ser la desviación por un funcionario de dinero público a su cuenta privada o el uso de un coche oficial por un sujeto ajeno al servicio. Estas conductas suponen un doble ataque al buen funcionamiento de la Administración pública:
- por un lado, se pone en entredicho que se esté sirviendo con objetividad los **intereses generales**;
 - por otro, se produce un **daño al patrimonio** con el que se sufraga la actividad pública (TS 24-11-15, EDJ 235997).

A. Malversación por parte de autoridades y funcionarios

(CP art.432 y 433 redacc LO 1/2015)

- 9930** La conducta típica ha de recaer sobre **caudal o efecto público**, debiéndose entender por tales cualquier bien o valor realizable económicamente que pertenece a la Administración. La noción de **pertenencia** se interpreta en un sentido amplio, no requiriéndose que sean de propiedad pública, «bastando al efecto que se hallen en el circuito público, afectos a una determinada finalidad» (TS 16-3-04, EDJ 13195). Según jurisprudencia constante, los **bienes son públicos** a efectos penales aunque no hayan ingresado efectivamente en la esfera de la Administración (TS 26-4-16, EDJ 47590; 18-2-10, EDJ 8481): basta con que exista lo que se ha dado en llamar un «legítimo derecho expectante». Se pretende que no queden **impunes** aquellos casos en los que el funcionario recibe el dinero o efecto para ingresarlo en las arcas públicas pero no lo hace (TS 22-5-08, EDJ 103354: un recaudador municipal cobra unos impuestos y, en lugar de ingresar el dinero, se lo queda). En contra de la doctrina mayoritaria, la jurisprudencia ha considerado **punible** el uso de personal al servicio de la Administración para tareas no propias de su cargo: condena a tres miembros de una corporación municipal que utilizaron un alguacil para el cobro de recibos de una urbanización privada (TS 18-3-94, EDJ 2500).

Precisiones Se discute la condición de los **bienes de las empresas públicas**, especialmente de aquellas que se constituyen como sociedades mercantiles. Tras algunas vacilaciones, en la actualidad se ha impuesto la doctrina conforme a la cual, cuando la sociedad en cuestión tiene una participación exclusivamente pública, se produce una identificación del patrimonio social con el del socio y los bienes tienen la condición de caudales públicos. Ello no ocurre en el caso de que exista participación privada, aun cuando la participación pública sea mayoritaria (TS 28-2-14, EDJ 33339).

- 9931** **Posibilidad de disposición de caudales públicos por razón del cargo** Los caudales o efectos públicos ha de tenerlos a su cargo el **funcionario «por razón de sus funciones»**. La doctrina mayoritaria propone una interpretación estricta de tal requisito, en el sentido de que el funcionario ha de tener la posibilidad de disposición de caudales públicos en virtud de la función atribuida al puesto que desempeña en la estructura administrativa. La jurisprudencia es menos estricta. Como reconoce el Tribunal Supremo, el requisito en cuestión «ha sido interpretado de modo flexible por la doctrina de esta Sala por imponerle así la mejor **protección del bien jurídico protegido**» (TS 2-3-06, EDJ 21336). Así, ha venido conformándose con que el funcionario disponga de los bienes *de facto* (TS 3-9-14, EDJ 149125) y «con ocasión» (y no «por razón») de sus funciones, no siendo preciso que el cometido venga legal o reglamentariamente atribuido (TS 26-4-16, EDJ 47590).

Existen oscilaciones en la aplicación jurisprudencial de este criterio:

- a) Se condena a un capitán de la Guardia Civil que fue encargado por un coronel de la «llevanza de hecho, como cajero, de un fondo extrapresupuestario», para luego de forma periódica

ordenarle que le entregase **anticipos con cargo a dichos fondos**, que aplicaba a usos propios. El capitán alegó que, si bien tenía acceso a caudales públicos, no lo tenía «por razón de sus funciones», ya que el **destino de cajero** no era uno de los previstos en el reparto de funciones de la academia. El Tribunal Supremo, sin embargo, afirmó que basta con que de hecho se tenga tal **administración**, aunque ello se deba a una situación derivada de la costumbre o práctica propia de la estructura administrativa de que se trate (TS 26-12-02, EDJ 59283).

b) Por el contrario, estimó que no existía este elemento típico en el caso de una cocinera de un hospital público que **sustrajera alimentos destinados a la provisión de dicha cocina**, por no tener asignada la cocinera la competencia de adquisición de alimentos (TS 12-12-05, EDJ 256050).

c) Tampoco aprecia malversación (sino apropiación indebida) el funcionario, ordenanza, que recibió de un conocido, empleado de una gestoría, una cantidad de dinero para que la ingresara en una caja del ayuntamiento, lo que no hizo. A pesar de ser funcionario del ayuntamiento, la **recogida de dinero** no estaba dentro de sus funciones, ni de las formales ni de las materiales (TS 30-10-08, EDJ 203595).

Precisiones 1) Hasta su reforma por la LO 1/2015, la malversación se regulaba en unos preceptos articulados en torno a la distinción entre **conductas de apropiación y distracción de caudales públicos**. La LO 1/2015 modifica esta regulación, que pasa a ser la distinción entre conductas de **administración desleal** (CP art.432.1, con referencia al CP art.252) y conductas de **apropiación indebida** (CP art.432.2, con referencia al CP art.253), en ambos casos cuando recaigan sobre patrimonio público. La remisión a las conductas de administración desleal y apropiación indebida es expresa y sin matices, de modo que sus **elementos típicos** coinciden por completo con los de estos delitos (nº xxx y nº xxx).

2) La nueva regulación no supone un cambio tan radical, toda vez que las que venían siendo conductas de distracción pueden encuadrarse en la **administración desleal**, y la jurisprudencia ya había afirmado que el término «sustracción» de la antigua regulación no debía entenderse sólo en sentido físico (TS 24-11-08, EDJ 227759).

Así, malversaba quien aprovechándose de su condición de **tesorero municipal** extraía dinero de las cuentas del ayuntamiento (TS 6-5-10, EDJ 102584), pero también el cargo público que para recomensar favores encargaba un **informe innecesario** con cargo a los fondos públicos (TS 16-6-10, EDJ 113012).

Para la condena por este delito no es precisa la demostración de la **aplicación de los fondos a fines privados**, sino tan solo que quien los administra no pueda justificar haberles dado un destino público (TS 30-10-15, EDJ 209866).

3) Más dudas ofrece la cuestión de la calificación que merecen aquellos casos de **aplicación de los caudales a una finalidad distinta** de la prevista en la partida presupuestaria o en la autorización del gasto. La jurisprudencia ha venido entendiendo que en estos casos estamos ante un **ilícito administrativo** pero no penal (TS 29-11-12, EDJ 270036). La remisión al delito de administración desleal (CP art.252) puede hacer variar esta doctrina, toda vez que éste no exige fraude alguno, sino tan solo **exceso en el ejercicio de las facultades**. En cualquier caso, habría de producirse perjuicio, elemento también exigido por CP art.252.

Penalidad (CP art.432.2, 433 y 434) La malversación tiene como **pena base** la de prisión de 2 a 6 años e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el derecho de sufragio pasivo de 6 a 10 años.

Se prevé una importante **agravación de la pena** (que pasa a ser de 4 a 8 años de cárcel y de 10 a 20 de inhabilitación absoluta) en dos casos:

- cuando se cause **grave daño o entorpecimiento** al servicio público; y
- cuando el **valor de los bienes o efectos** apropiados exceda de 50.000 euros.

En caso de que el **valor exceda los 250.000 euros**, la pena se impondrá en su mitad superior, pudiéndose llegar a la pena superior en grado (lo que supone una pena privativa de libertad de 8 a 12 años, similar a la imponible en caso de violación).

Por el contrario, cuando el perjuicio o el valor de los **bienes apropiados es de menos de 4.000 euros**, se prevé un tipo privilegiado con la consiguiente rebaja de la pena a la de prisión uno a 2 años, multa de 3 meses y un día a 12 meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el derecho de sufragio pasivo de uno a 5 años.

Se introduce, además, una nueva cláusula premial conforme a la cual se rebajará en uno o dos grados la pena de quienes **reparen de forma completa y efectiva** el perjuicio causado o colaboren activamente con la obtención de pruebas «decisivas» para esclarecer los hechos o identificar o capturar a otros responsables de los mismos.

9932

9933

B. Malversación llevada a cabo por particulares

(CP art.435 redacc LO 1/2015)

9935 Las disposiciones relativas a la malversación son aplicables a sujetos que quedarían **fuera del concepto «funcionario»** incluso con la amplia extensión que se le viene dando en estos delitos. Se trata, por tanto, de una cláusula de extensión de la autoría:

a) A **cualquier sujeto** que, por cualquier concepto, se encargue de fondos, rentas o efectos de las administraciones públicas. Están incluidos en esta previsión los particulares titulares de **agencias ejecutivas de recaudación** y quienes pagan, cobran o transfieren fondos públicos, como por ejemplo los bancos y cajas de ahorro que colaboran en el pago de prestaciones de desempleo o en el cobro de las matrículas universitarias.

También se incluyen los titulares de **administraciones de lotería**, incluso tras la privatización en 2011 de la Sociedad Estatal de Loterías y Apuestas del Estado (TS 15-4-15, EDJ 71791: la privatización de la gestión no afecta a la naturaleza de lo recaudado).

b) A los particulares designados por ley **depositarios de caudales o efectos públicos**. La distinción de este apartado respecto del anterior no resulta sencilla, toda vez que los depositarios designados por ley pueden entenderse incluidos en el «por cualquier concepto» del CP art.435.1º, y el depósito como un «encargarse de» (fondos, rentas o efectos). De hecho, la jurisprudencia procede de forma poco cuidadosa en la aplicación de los distintos supuestos de este artículo, y no son pocas las sentencias que se limitan a referirse de manera genérica al CP art.435, sin especificar el inciso, y tampoco faltan las que aplican este segundo inciso a casos que entran de lleno en el siguiente.

9936 c) A los administradores o **depositarios de dinero o bienes embargados, secuestrados o depositados** por autoridad pública. Se trata de supuestos que aparecen con frecuencia en la jurisprudencia. En ocasiones, quien comete el delito es el **propio dueño de los bienes**: en el caso en el que se trabó embargo de los bienes del acusado, a quien ese mismo momento se designó como depositario. Pasados unos meses, y en la creencia de que los bienes ya no estaban embargados, el sujeto los enajenó. El Tribunal Supremo apreció **error de tipo vencible** (sobre la cualidad de «públicos» de los bienes: de haber decaído efectivamente el embargo, éstos habrían dejado de ser considerados «públicos»). Al no existir un tipo de malversación imprudente, absolvió (TS 17-11-03, EDJ 158337).

d) A los **administradores concursales**, con relación a la masa concursal o los intereses económicos de los acreedores. La doctrina ha entendido que, si bien la previsión de los dos primeros supuestos no resulta problemática, sí puede serlo la del tercero (Muñoz Conde). Piénsese que en él no se exige que los bienes sean públicos (como hemos visto, pueden incluso ser del depositario). Y, si no lo son, es evidente que su «malversación» no puede poner en peligro la capacidad económica de la Administración. Lo mismo cabe decir del cuarto supuesto (introducido por la LO 1/2015).

Precisiones La jurisprudencia ha insistido de forma reiterada en que la **aceptación del cargo** «debe estar precedida de una instrucción suficiente sobre las obligaciones y responsabilidades que contrae y de la mutación jurídica que han experimentado los bienes secuestrados, embargados o depositados al convertirse ficticiamente en caudales públicos» (TS 15-2-07, EDJ 13429). La insuficiencia de tal instrucción conlleva la impunidad (TS 6-2-08, EDJ 35292).

SECCIÓN 6

Fraudes y exacciones ilegales

9940	A. Fraude en la contratación o en la liquidación de efectos o haberes públicos	9945
	B. Exacciones ilegales	9975
	C. Estafa y apropiación indebida con abuso de cargo	9980

9942 En todas las conductas descritas, los **particulares**, en el ámbito de sus relaciones de contenido económico con la Administración, se verán necesariamente involucrados, como **partícipes o perjudicados directos**.

Se castigan las **actuaciones fraudulentas de autoridades y funcionarios públicos** en la contratación pública o la liquidación de derechos patrimoniales públicos, la estafa o apropiación indebida cometida con abuso del cargo y las exacciones ilegales. Ahora bien, en estos delitos, a diferencia de las defraudaciones comunes, la **protección del patrimonio público o privado** afectado o puesto en peligro por tales acciones es un efecto reflejo de la esencia de tales deli-

tos, la vulneración de los principios de legalidad, imparcialidad y objetividad cometido por el servidor público al buscar el **aprovechamiento económico ilícito propio o de terceros** en el desempeño de sus funciones.

A. Fraude en la contratación o en la liquidación de efectos o haberes públicos

(CP art.436 redacc.LO 1/2015)

Se castiga a «la autoridad o funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en cualesquiera de los **actos de las modalidades de contratación pública** o en **liquidaciones** de efectos o haberes públicos, se **concertara con los interesados** o usase de cualquier otro artificio para defraudar a cualquier ente público». La conducta se sanciona con una **pena** de prisión de 2 a 6 años y una inhabilitación especial de 6 a 5 años. **9945**

El fraude en la contratación pública es una de las figuras que, aparentemente, debería desempeñar un papel importante en el Derecho penal económico-empresarial por constituir la contratación pública uno de los principales puertos de entrada de los fenómenos de **corrupción**. Sin embargo veremos que, a pesar del potencial del precepto, no ha sido así, si bien en los últimos años esta figura delictiva está adquiriendo mayor relevancia.

Ejemplo Responsables del Organismo Autónomo Trabajos Penitenciarios que se concertan con particulares para obtener, sin seguir las preceptivas reglas de contratación, la adjudicación directa de los suministros de bienes al organismo y la venta de los productos que se fabrican en sus talleres penitenciarios. En realidad se trataba de **sociedades ficticias** que actuaban sistemáticamente como **meros intermediarios del tráfico comercial** entre el organismo autónomo y sus clientes y proveedores, encareciendo los precios pagados por la Administración y apropiándose de buena parte de los beneficios que generaba las actividades del organismo (AP Madrid 17 21-2-00, núm. 174/2000EDJ 10177).

1. Bien jurídico protegido

Se suele indicar que el bien jurídico o interés protegido es el **buen funcionamiento de la Administración pública** en relación con los procesos de contratación o de liquidación de sus bienes, asegurando la actuación leal de los funcionarios que intervienen en los mismos. Sin embargo, la mención a la **defraudación** normalmente ha sido interpretada en sentido económico, de manera que el precepto exige un aporte adicional de injusto, el **riesgo de daño patrimonial para la Administración**. De ser así, quedarían fuera del tipo aquellas **conductas irregulares en la contratación** que perjudican a particulares pero que no implican costes para los entes públicos. **9948**

2. Ámbito de aplicación

La intervención de la autoridad o funcionario debe producirse en alguno de los siguientes sectores: **9950**

a) **Modalidades de contratación pública**, que no debe entenderse únicamente como las reguladas por la legislación sobre contratación del sector público, sino, en general cualquier contrato en el que la autoridad o funcionario actúe en el ejercicio de sus funciones sometido a los principios de objetividad e imparcialidad, aunque no esté regulado por el Derecho administrativo contractual: así por ejemplo, la contratación regulada en la legislación laboral.

b) **Liquidación de efectos o haberes públicos**, entendido como el conjunto de derechos de contenido patrimonial que corresponden a una persona pública, lo que incluye toda clase de derechos económicos (TS 16-2-95, núm. 190/1995EDJ 574, en un supuesto en el que, adrede, se liquida defectuosamente un impuesto de plusvalía). Esta modalidad ha sido aplicada muy raramente, dada su proximidad con la malversación de caudales públicos.

3. Sujetos intervinientes

Por lo que se refiere a qué sujetos pueden cometer el delito, basta con que la autoridad o el funcionario tenga alguna clase de **intervención relevante** en cualquiera de los actos de la contratación o liquidación y **no** es necesario que sea una **intervención resolutoria**, de manera que pueden incluirse sin problemas las actuaciones de técnicos, expertos, asesores, etc. **9952**

La conducta puede verificarse en **cualquiera de las fases de los procedimientos**. Así en la contratación, el fraude puede cometerse desde la preparación de la adjudicación hasta la ejecución y resolución del contrato. Por otra parte, **no** es necesaria que la **maniobra fraudulenta** cometida por la autoridad o funcionario sea considerada **manifiestamente arbitraria o injusta** en el sentido del delito de prevaricación, bastando con que sea una actuación contraria a deber.

Precisiones Aunque lo usual sea que la defraudación ya se produzca en el momento de la **adjudicación del contrato**, a menudo ello sólo se hace patente en la **fase de ejecución**: tras elegirse la aparentemente mejor oferta presentada, las pretendidas mejores condiciones se ven alteradas por toda clase de modificaciones posteriores, rebajas de calidad, prórrogas abusivas, etc. Sin embargo, acreditar que estas **irregularidades** no son sino la culminación de una maquinación existente *ab initio* no parece una tarea fácil. De hecho las escasas condenas por defraudaciones en fase de ejecución del contrato se han producido por las más **variadas calificaciones**: maquinaciones para alterar el precio de las cosas y cohecho (AP Málaga 24-5-02, núm. 74/2002; AP Málaga 1-5-04, núm. 575/2004 EDJ 259990) o prevaricación (TS 16-12-98, núm. 1417/1998 EDJ 25691).

4. Conducta típica

9955 La actuación típica se formula de manera abierta, «**uso de cualquier artificio para defraudar**», si bien en su redacción se singulariza ejemplificativamente en una modalidad particular, «**concierto con los interesados**» que, por lo demás, es la que se presenta más habitualmente. Se trata de un **delito de mera actividad** que se consuma en el preciso instante de la actuación del sujeto activo, sin necesidad de que efectivamente se llegue a producir (aunque en la práctica sea lo usual) una adjudicación o liquidación arbitraria o se constate un perjuicio efectivo para la Administración hasta el punto que la jurisprudencia entiende que la denominación más apropiada de este delito sería «concierto para el fraude a la Administración» (TS 8-5-14, EDJ 74092).

9957 **Conciertos con los interesados** Los conciertos con los interesados implicarán, por lo general que la contratación o liquidación no se produzca en las condiciones más favorables para el ente público.

Si bien ha sido comparada a una **especie de estafa**, su dinámica comisiva abarca también conductas parecidas a la **administración desleal**, puesto que no ha de concurrir necesariamente un engaño. En principio este tipo es de aplicación siempre que las actuaciones desleales favorecedoras de alguno de los concurrentes se traducen en un posible perjuicio para la Administración. Así, por ejemplo, esto ocurre cuando se produce una **adjudicación de un contrato por un precio o condiciones menos beneficiosas** que los que se hubiesen producido de haberse efectuado la adjudicación en buena lid a la mejor oferta o cuando se rescinde un contrato injustificadamente para favorecer a un nuevo adjudicatario en términos que resultan desventajosos para el organismo contratante.

La existencia de concierto convierte en penalmente típicas estas ilegalidades en la contratación, pero la **prueba** de este elemento es a menudo un obstáculo insalvable. En efecto, a falta de prueba directa del concierto (escuchas telefónicas, documentación privada, confesiones, pagos, etc.), es muy difícil, salvo que se trate de casos burdos o muy poco complejos, llegar a acreditar un acuerdo, especialmente si las únicas fuentes de inferencia son, como suele suceder, la **mera existencia de anomalías o ilegalidades** en la tramitación del asunto o un posible perjuicio a la Administración.

9960 **Uso de cualquier artificio para defraudar** Aunque centrado en el concierto con los interesados, se admite que el delito puede cometerse utilizando cualquier otro artificio defraudatorio. Bastaría pues el empleo de alguna **astucia, ingenio o habilidad** para ocultar tanto la limpieza de la adjudicación o liquidación como la existencia de perjuicio: infracciones de las reglas de procedimiento, fraccionamiento del objeto de contratación, apariencia de licitación con empresas distintas, revelación de información privilegiada, cláusulas *ad hoc* en los pliegos de condiciones, etc. En esta modalidad no es necesario un **acuerdo con un tercero** con el fin de defraudar sino que puede ser cometido por la autoridad o funcionario solo mediante el uso de cualquier artificio defraudatorio. TS 23-6-15, EDJ 129558). En todo caso no basta con una actuación contra deber, es necesario que la **conducta implique un cierto disimulo o engaño**. Con todo, la simple presencia de tales anomalías en un procedimiento suelen dilucidarse en la **jurisdicción contencioso-administrativa** ya que raramente permiten inferir, por sí solas, la existencia de una defraudación típica, salvo que se exista además un concierto ya probado por otras vías o un perjuicio patrimonial claro para la Administración.

Finalidad defraudatoria Por otra parte, la actuación del funcionario debe tener una finalidad defraudadora, es decir, la infracción de los deberes ha de orientarse hacia la producción de un **perjuicio económico para los entes públicos** que se traduzca en beneficio para el funcionario o terceros, aunque no es necesario acreditar que ninguno de los estos dos elementos ha llegado a producirse. Ello implica mantener al margen del tipo algunas patologías importantes de la contratación pública, puesto que, tanto si se entiende que el peligro de perjuicio económico es un **elemento autónomo del tipo delictivo**, como si se considera un **mero indicio para inferir el ánimo defraudador**, no bastará con haber beneficiado injustamente a uno de los interesados en detrimento del resto de concurrentes sino que ha de demostrarse que la ejecución del contrato acabará irrogando un perjuicio económico a la Administración que no se habría producido de haberse actuado correctamente. Así, en materia de contratación presuntamente fraudulenta, el CP art.436 es difícilmente aplicable cuando, a pesar de beneficiarse injustamente a algunos de los licitadores, el perjuicio para la Administración no es diáfano. Además, en aquellos supuestos en los que la **superioridad de las ofertas preteridas** no radica claramente en un precio inferior, sino en las **condiciones y calidad de las prestaciones**, en los posibles efectos económicos que no repercutirán directamente en la Administración sino en los beneficiarios del servicio, etc., la cuestión es todavía más problemática. En definitiva, si la **diferencia de costes o beneficios** que resulten directamente de la adjudicación del contrato no es clara e indiscutiblemente contrastable, no se dispondrá de una base indiciaria suficiente para deducir el ánimo defraudador o **probar el riesgo de perjuicio** (TS 16-4-08, núm. 406/2008EDJ 48914), que absuelve, entre otros motivos, porque no queda acreditado que se ha producido perjuicio alguno al ayuntamiento). No constituye un delito del CP art.436 la acción consistente en **facilitar información previa** sobre un futuro concurso a publicar y a proporcionar propuestas para mejorar la oferta frente a cualquier otra que se pudiera presentar, sin engaño ni perjuicio a la Administración; sin embargo, no debe descartarse tales casos un delito de revelación de información confidencial del CP art.417 (TS 15-7-13, EDJ 138220). Ello explica que, en la práctica, cuando la principal baza probatoria de la acusación ha sido la existencia de un posible perjuicio, sólo hayan prosperado las acciones contra contrataciones técnicamente poco complejas.

Precisiones De las dificultades señaladas nos sirve de ejemplo el «caso BOE», donde no se acreditó que el precio pagado por el papel utilizado en la impresión de la publicación fuera sensiblemente distinto al de mercado, especialmente por tratarse de un producto muy singular e inhabitual. La gran **calidad del peritaje** de la defensa resultó decisiva en este aspecto (AP Madrid 16-7-01 núm. 67/2001, EDJ 46039). Además, no se llegó a plantear otra cuestión igualmente decisiva, la de si era necesario o no para la elaboración del diario oficial **un papel de características tan singulares e inusuales** como las que se habían establecido en el pliego de condiciones técnicas.

También en el «caso Torremolinos», resulta decisivo para rechazar el **fraude por falta de acreditación del perjuicio** (precios excesivos, sin justificación, mediciones aumentadas sobre las reales y calidades inexistentes) la mayor credibilidad concedida a los peritos de la defensa, a pesar de que se reconoce la existencia de maniobras para evitar la libre concurrencia (AP Málaga Secc 1 24-5-02, núm 74/2002).

Infracción de los deberes asumidos por el funcionario No obstante cabría la posibilidad de interpretar la defraudación en el sentido de infracción de los deberes asumidos por el funcionario en la **gestión de los asuntos públicos**, cuyos objetivos, a diferencia de los intereses meramente privados, no son única ni básicamente patrimoniales (próximo a este planteamiento, TS 19-5-98 núm. 682/1998, EDJ 3921 FD 18º). Así el fraude no se produciría únicamente cuando exista una decisión patrimonialmente perjudicial para la Administración, sino también cuando se **vulneren los principios de objetividad e imparcialidad** que rigen la actuación de los poderes públicos y posibilitan la libre concurrencia en condiciones de igualdad. De esta forma, podrían ser considerados fraudes del CP art.436 aquellas **faltas de probidad del funcionario** que provoquen una contratación o una liquidación injusta que genere tanto **perjuicios patrimoniales directos** a la Administración como un servicio público de menor calidad o, simplemente, un **perjuicio para otros concurrentes**.

Intervención de los particulares (CP art.436) Además de la pena de prisión de 2 a 6 años, se le impondrá la **pena de inhabilitación** para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios o incentivos fiscales. La penalidad va dirigida a la **persona física** y que, además, el fraude no está incluido en el catálogo de delitos que generan responsabilidad penal de las personas jurídicas. Por tanto, para que la condena penal tenga alguna consecuencia sobre la **persona jurídica implicada en una contratación fraudulenta**, habrá que estar a lo dispuesto en la normativa administrativa (así en materia de prohibiciones de contratar –RDLeg 3/2011 art.60– o bien, de mediar soborno, las previsiones del CP art.424.3 y 427 bis, que imponen penas específicas a las empresas involucradas.

9962

9964

9966

Esta tipificación autónoma de la responsabilidad de los particulares impide la aplicación de las **reglas generales de participación**, singularmente la atenuación facultativa del CP art.65.3. Tras el incremento de pena la sanción de este delito es superior a la prevista, para **actuaciones paralelas en el sector privado**, concretamente en el delito de corrupción entre particulares del CP art.286 bis. Además, téngase presente que, en los **casos equivalentes a la corrupción contractual privada** que se presentan en el sector público, normalmente concurrirá, junto al delito del CP art.436, un **delito de cohecho**, por lo que la diferencia punitiva quedará será incluso mayor.

[Precisiones] La actuación de la autoridad o funcionario puede haber motivado un **procedimiento de reintegro** por alcance del Tribunal de Cuentas (LO 2/1982 art.18). De haberse determinado la responsabilidad por esta vía, los tribunales penales **no** deberán pronunciarse sobre la **responsabilidad civil ex delicto** del servidor público. En cambio la **decisión previa del tribunal administrativo** no tendrá efecto alguno sobre la posible responsabilidad penal (TS 22-5-08 ~~núm. 252/2008~~, EDJ 103354).

9968 Concursos y aplicación práctica del precepto Este delito puede entrar en **concurso medial** con el subsiguiente delito de prevaricación o en **concurso real** con el delito de revelación de información confidencial –CP art.317– (TS 8-5-14, EDJ 74092).

Por otra parte, en caso de que el peligro de perjuicio patrimonial acabe en **efectiva lesión**, podría entrar en conflicto con un delito de malversación de caudales públicos del CP art.432 que se presentaría, como supuesto de progresión delictiva en la afectación de un mismo bien jurídico, en **concurso de leyes** (TS 18-11-13, EDJ 245565). La cuestión, sin embargo, es muy debatida en la jurisprudencia y, por el momento, parece haberse impuesto una rigurosa línea que propugna la existencia un **concurso medial de delitos** (TS 7-5-14, EDJ 79218; 23-12-14, EDJ 279624).

El delito se presenta en muy pocas ocasiones, existen pocas sentencias condenatorias y la gran mayoría de **supuestos litigiosos** se producen en el **ámbito municipal**, cuando algún edil es acusado de aprovecharse de su posición para contratar en condiciones perjudiciales para la Administración con empresas de las que son directamente propietarios o socios o bien pertenecen a alguno de sus allegados. Por lo general son supuestos bastantes burdos y de **poca complejidad técnica** por lo que a la contratación se refiere. Sin embargo, el incremento de los esfuerzos en la **persecución de la corrupción** de los últimos tiempos casos (casos Malaya, Munar, Matas, Marbella, etc.) y un planteamiento muy laxo en materia de concursos está resucitando esta figura delictiva.

[Ejemplo] Sujeto que adjudica un inmueble a una mercantil siendo el socio único de ésta, y, además, alcalde de la localidad y presidente del Consell Comarca (TS 30-1-06 ~~núm. 168/2006~~, EDJ 16018); alcalde que se concierta con el propietario de una finca inicialmente rústica, después recalificada como urbanizable, para que el ayuntamiento la compre por precio muy superior a su valor inicial, defraudando de ese modo a la entidad municipal en beneficio del vendedor (TS 8-3-98 ~~núm. 1637/1998~~); adquisición de una finca para una residencia de ancianos con costes absolutamente desproporcionados para la magnitud del municipio (AP Barcelona Sec. 3 4-2-98).

9970

[Precisiones] Sin embargo, a pesar de todas las dificultades, el fraude del CP art.436 es un delito del que se podría obtener un mayor rendimiento. Máxime si se tiene en cuenta que el delito de **prevaricación** no suele ser un buen instrumento para combatir la contratación fraudulenta. Además de su lenidad penológica, el CP art.404 presenta **graves problemas aplicativos**, puesto que sólo puede abarcar las resoluciones de los procedimientos, dejando al margen las valoraciones de ofertas, los informes injustos o las maniobras procedimentales. Y por otra parte, el riguroso estándar de la **arbitrariedad típica de la prevaricación** se ajusta mal a las triquiñuelas en la contratación pública. La jurisdicción penal está decidida a evitar que mediante la prevaricación se la convierta en un órgano de **control de la legalidad administrativa**. Gracias a un entendimiento muy riguroso de la arbitrariedad parece haberlo conseguido, aunque ha sido a costa de restringir hasta el extremo el campo de aplicación del CP art.404, anulándolo prácticamente cuando se trata de **controlar el uso malicioso de facultades discrecionales**.

B. Exacciones ilegales

(CP art.437)

9975 Se trata de un supuesto en el que el funcionario exige el **pago** de derechos, tarifas por aranceles o minutas indebidos o en **cuantía mayor a la legalmente señalada**. El **delito** ha sido aplicado escasamente por cuanto se presenta en la encrucijada del cohecho activo, la malversación y la estafa o apropiación indebida con abuso del cargo y su pena es muy benigna (multa de seis a 24 meses y suspensión de 6 meses a 4 años), por lo que suele resultar **desplazado por otras figuras** delictivas más graves.

A diferencia del nº 9945 s., en las exacciones ilegales el **riesgo de perjuicio patrimonial** lo experimenta un particular. El delito se **consume** cuando se demanda el pago, sin necesidad que se haya efectuado el mismo, y es **penalmente típica** tanto la reclamación de una cantidad indebida como en cuantía mayor a la señalada.

Ejemplo Registrador de la propiedad que minutó como **certificación de cargas** supuestos en los que correspondía una nota simple informativa simultánea a la nota de inscripción (TS 29-9-09 núm. 941/2009, EDJ 216944).

Elementos del tipo La delimitación del objeto material del delito no es pacífica. No existen problemas en relación con las **tarifas por aranceles y minutas** que perciben determinados funcionarios, en el sentido penal del término, por los servicios que prestan a los ciudadanos que los solicitan (notarios, registradores), así como sobre las **tasas**. Sin embargo existen discrepancias sobre si entre los «derechos» exigibles pueden incluirse los **impuestos**, en tanto que son tributos sin contraprestación directa o determinada por parte de la Administración. No parece que deban excluirse del **tipo**, siempre que el CP art.437 **se aplique residualmente**, en defecto de otros delitos más graves que, por lo general, concurrirán en supuestos de esta clase.

El Tribunal Supremo se inclina a favor de una interpretación muy amplia del precepto, entendiéndolo como una modalidad del **delito histórico de concusión**, que castigaba a las autoridades y funcionarios que utilizasen su condición para exigir a los ciudadanos el pago de toda clase de cantidades a las que no estuviesen obligados, incluyendo tasas o impuestos ilegales, así como las cantidades que determinados funcionarios perciben por sus servicios, siempre que sean indebidas o excesivas (en ese caso la exigencia de un alcalde a unos feriantes de cantidades para el pago de un sobresueldo a la policía municipal encargada de la vigilancia de las instalaciones (TS 31-3-16, EDJ 29550).

Obviamente, el carácter doloso del hecho expulsa del ámbito penal aquellos casos en los que se produzcan **errores en las liquidaciones o interpretaciones discutibles** en la fijación de la obligación y su monto concreto. En este sentido, presenta evidentes paralelismos con el delito de prevaricación.

A diferencia del cohecho, la solicitud aquí prevista se presenta como la exigencia de una cantidad debida conforme a Derecho (TS 20-5-2004 núm. 550/2004, EDJ 116285) y **no se vincula**, ni directa ni indirectamente, **a un ejercicio irregular de la función pública** por lo que en este delito no se produce la apariencia de corrupción del soborno, incluso en su modalidad impropia. Aunque puede darse el caso de que el destinatario sea consciente de que los derechos demandados no son debidos, debe existir **un riesgo de engaño** en la exigencia de la autoridad o funcionario, es decir, que bajo de apariencia del cumplimiento de una obligación legal, realmente inexistente o de menor cuantía, se intenta que el particular incurra en error y efectúe el pago.

Precisiones Las pocas sentencias condenatorias existentes suelen versar sobre supuestos en los que los ingresos indebidamente obtenidos se destinaban al **beneficio personal** (p.e. cobro por parte del secretario-interventor de 160.000 pts. en concepto de una certificación urbanística, cuando en realidad era gratuito, integrando la cantidad en su patrimonio personal, TS 4-2-02 núm. 1461/2002, EDJ 3280). Ello es criticable por cuanto, en estos casos deberían ser de **aplicación preferente otros tipos** con penas muy superiores (normalmente estafa), debiéndose reservar el CP art.437 únicamente para los supuestos de simple ejercicio abusivo de las prerrogativas públicas sin enriquecimiento propio.

C. Estafa y fraude de prestaciones de la Seguridad Social con abuso de cargo

(CP art.438 redacc L0 1/2015)

Como cláusula de cierre en la regulación de las conductas lesivas para el patrimonio de los particulares y para el erario público cometidas por autoridad o funcionario público, cuando dichos sujetos comentan estafa o de fraude de prestaciones del Sistema de Seguridad Social (CP art.307 ter) abusando de su cargo, se impondrá la **pena** prevista en tales preceptos en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado más una inhabilitación especial de 3 a 9 años.

Se trata de un delito **especial impropio**, ya que implica la concurrencia de todos los elementos comunes de la estafa o el fraude de prestaciones más un elemento específico cualificante, la instrumentalización del cargo público específico que ocupe el autor, de manera que, de no concurrir este elemento especial, son de aplicación las defraudaciones comunes establecidas en los CP art.248 y 307 ter.

9977

9980

Ejemplo El presidente de una sociedad estatal encargada de la privatización de una gran empresa textil pública **posibilita mediante informes falsos la adjudicación** de la misma junto con los fondos para sanearla económicamente a un sujeto sin capacidad financiera real, que descapitaliza la empresa hasta provocar su cierre (caso «Intelhorce», TS 22-4-2004, núm. 4590/2003, EDJ 238787); funcionario encargado de **introducir los datos en el sistema informático** para el abono de ciertas gratificaciones del Servicio Territorial de Medio Ambiente de una Comunidad Autónoma, introduce en el listado final el nombre de su esposa, a pesar de que ésta no había realizado cometido alguno que la hiciera merecedora de tales retribuciones (AP Valladolid 21-2-07, núm. 53/2007, EDJ 117786).

- 9982 Abuso del cargo** El rasgo característico de esta defraudación frente a las modalidades comunes cometidas por particulares es el abuso del cargo. Se plantea la disyuntiva de si este elemento debe ser interpretado restrictivamente, es decir, de forma que la actuación deba producirse en el **ámbito específico de las funciones del sujeto activo**, o bien puede concebirse más ampliamente, con lo que bastaría que se valiera de su condición genérica de funcionario para la comisión del hecho. Aunque seguramente la primera de estas interpretaciones sea la que se ajuste mejor a la naturaleza del precepto, en este caso, a diferencia de otros delitos contra la Administración pública, la discusión no es tan relevante porque siempre podría entrar en liza en caso de aplicarse los delitos comunes la **agravante de «prevalimiento del carácter público del culpable»** (CP art.22.7ª), por lo que las diferencias penológicas serían mínimas.
La remisión genérica a las penas de los delitos de estafa y fraude de prestaciones de la Seguridad Social implica que, para establecer el marco penal inicial a partir del cual se determinará la pena del delito del CP art.438, se tendrán en cuenta, en su caso, las correspondientes **agravantes específicas** de las figuras delictivas mencionadas.
- 9984 Particular como sujeto pasivo** La modalidad que más usualmente se observa en la jurisprudencia son supuestos en los que el **perjuicio patrimonial** se irroga a la Administración pública, pero también se ha aplicado el tipo cuando el sujeto pasivo es **un particular**. Así, se condena a una habilitada de la Delegación del Gobierno en Navarra que logra que **particulares le entreguen irregularmente considerables cantidades** para paliar supuestas faltas de liquidez en la Delegación, prometiendo una elevada rentabilidad, pero destinando realmente el dinero a su patrimonio personal (TS 6-7-01, núm. 755/2001 EDJ 45077).
- 9986 Concursos** No será de aplicación a los supuestos en los que intervenga un funcionario público que específicamente tenga a su cargo la administración de los fondos objeto de la defraudación, puesto que en tal caso es **preferente** la calificación como **malversación de caudales públicos**. Por otra parte, si nos encontramos en supuestos en los que se corrompe previamente al funcionario para que tome parte en la trama defraudadora se presentará, además, un **delito de cohecho**. Pueden existir también solapamientos con los **fraudes** del nº 9945 s., si bien éstos no precisan que se produzca efectivo perjuicio patrimonial ni en ocasiones, especialmente cuando el autor sea quien resuelve la adjudicación del contrato, tampoco existirá engaño. En tal caso, para evitar el absurdo de beneficiar a quienes estafan a la Administración a través de los procesos de contratación, el concurso de leyes deberá resolverse en favor del CP art.438 al prever una pena superior.
- 9988 Partícipes particulares** Por lo que se refiere a los *extranei* que toman parte en la estafa o fraude de prestaciones cometida por el funcionario, se plantea la problemática de si deben ser castigados por el **delito común** (CP art.248 o 307 ter) o por **participación** en la figura del CP art.438 en conjunción con las previsiones del CP art.65.3. En cualquier caso, de optarse por esta última vía, puesto que la **atenuación** prevista es **facultativa**, debería renunciarse a la misma para evitar el paradójico efecto de que la aplicación de un delito especial con fines agravatorios como el CP art.438 tuviese efectos privilegiantes para los partícipes particulares.

SECCIÓN 6

Negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función

A.	Participación indebida del funcionario en negocios y actuaciones.....	10005	10000
B.	Ejercicio de actividades incompatibles con la función pública.....	10020	
C.	Uso indebido de secretos e información privilegiada.....	10030	

El tipo abarca una serie de conductas consistentes en la **vulneración de deberes** destinados a garantizar la **objetividad e imparcialidad** en el ejercicio de dichas funciones y que se caracterizan penalmente por la **utilización de la función pública para finalidades privadas**. Normativamente pueden verse como la antesala de otras conductas más graves (fraudes, malversaciones, cohecho, etc.) y político-criminalmente constituyen el receptáculo de **conductas periféricas en la corrupción administrativa**. Sin embargo, en la práctica han sido incluso menos utilizados que los tradicionales delitos contra la Administración pública, seguramente por los solapamientos existentes entre las distintas figuras delictivas y porque comparten los mismos déficits de persecución empírica y problemas de prueba. Con todo, precisamente por cubrir zonas colindantes al núcleo de la corrupción pública, merecen una cierta atención. **10002**

A. Participación indebida del funcionario en negocios y actuaciones

(CP art.439 y 440 redacc LO 1/2015)

Un primer precepto relevante desde una perspectiva económico-empresarial es el delito de participación indebida en negocios y actuaciones, que castiga, entre las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos, a quien «debiendo intervenir por razón de su cargo 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». **10005**

La **pena** prevista es prisión de 6 meses a 2 años, multa e inhabilitación especial para empleo o cargo público o inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo de 2 a 7 años.

Siendo un **delito especial propio**, la intervención de los particulares se regirá por las reglas generales de participación en esta clase de infracciones (CP art.65.3).

La **responsabilidad** por participación indebida se extiende a **otros sujetos no funcionarios** –peritos, árbitros, contadores partidores, tutores, curadores y albaceas– (CP art.440).

Ejemplo Veterinarios titulares que, habiendo creado un laboratorio propio, ofrecen los servicios del mismo a aquellos industriales cárnicos a los que tienen que inspeccionar (TS 19-1-01 núm. 73/2004, EDJ 2851); presidente y vocales de una junta vecinal que adjudican una obra pública a la empresa de la que son socios (AP Palencia 16-10-00 núm. 75/2000, EDJ 53948); alcalde que adjudica unas fincas municipales a su hermano (AP Segovia 26-5-99 núm. 55/1999, EDJ 23876); concejales que contratan diversas obras y suministros del ayuntamiento con empresas en las que están integrados (TS 9-12-98 núm. 372/1998, EDJ 27045).

Sujetos activos Se trata de una figura delictiva destinada a cubrir zonas colindantes con la **prevaricación, el fraude y el cohecho**. **10008**

Precisiones Desde 1996 y hasta la entrada en vigor de la LO 5/2010, el CP art.439 presentaba una **incomprensible laguna** por cuanto el círculo de sujetos activos se limitaba únicamente a los funcionarios que informaban y dejaba al margen del delito, entre otros sujetos, a las autoridades que decidían sobre el asunto. La reciente **ampliación del tipo a todos los funcionarios** que tengan alguna clase de intervención supone una mejora de las expectativas de aplicación de un precepto que, debilitado por la laguna mencionada, ha desempeñado hasta la actualidad un papel residual.

Conducta típica Consiste en forzar o facilitar la participación en actividades o operaciones en las que, en su calidad de funcionario, el sujeto activo debe intervenir, resolviendo, informando, asesorando, instruyendo, inspeccionado, etc. En principio **no** es necesaria ninguna **arbitrariedad en la intervención del funcionario** en el asunto administrativo. **10010**

El núcleo del delito consiste en la **instrumentalización de esta intervención** para conseguir inmiscuirse en un negocio o actividad privada y obtener un **provecho o ventaja particular**. Por tanto, no basta con que el funcionario viole su deber de abstención en un asunto por la existencia de un conflicto de intereses (cuestión esta de simple legalidad administrativa), sino que el ejercicio de sus funciones ha de ser la que le permita **involucrarse o desarrollar tales actividades privadas**. Esta vinculación indebida y abusiva entre intereses públicos y privados genera una lesión de la objetividad e imparcialidad en el ejercicio de la función pública que justifica el recurso al Derecho penal.

[Precisiones] Con todo, debe admitirse que se ha profundizado poco en las limitaciones que implica que la instrumentalización de la función sea para «forzar o facilitarse cualquier forma de participación» y la jurisprudencia por lo general se conforma con que se constate simplemente la **dualidad de posiciones del sujeto activo** en el mismo asunto, en tanto que funcionario e interesado. Asimismo, «participar» se suele entender en su forma más laxa, esto es, **beneficiarse económicamente de la actividad**, aunque no se llegue a tomar parte propiamente en la misma, con lo que se difumina la distinción entre el delito de negociaciones prohibidas y el cohecho.

10012 Delito de mera actividad El tipo es de mera actividad y **no exige**, al no ser elementos del tipo, **que se concluya la operación o la intervención** del funcionario en el asunto ni que se produzca efectivamente la consecución de un beneficio patrimonial **ni la causación de perjuicio específico** para la Administración, más allá del inherente a la lesión de la imagen de imparcialidad por involucrarse en actividades lucrativas en las que el funcionario tenga que intervenir. Aunque en muchos casos, tales factores estarán presentes, esta concepción del delito implica eludir muchos problemas de prueba.

[Precisiones] **1)** Ello ha llevado a que buena parte de la jurisprudencia conciba el delito como una **infracción** básicamente formal de los **deberes de abstención del funcionario** que le exigen que no se mezcle en actividades lucrativas en las que tenga que intervenir (TS 19-1-01 núm. 73/2001, EDJ 2851). Sin embargo, importantes sectores doctrinales abogan por una interpretación más material del precepto que, probablemente, sea la correcta. Ello implica requerir que la **conducta** en concreto sea **apta o idónea para generar perjuicio a la Administración** u obtener beneficios ilícitos. Este planteamiento ha sido seguido por alguna decisión judicial, que considera aplicable la presente figura delictiva a la **simple vulneración de los deberes de abstención** sin perjuicio para la Administración o sin lucro ilícito. Así, por ejemplo, se absuelve a quien vulnera de dichos deberes pero se acuerda la adjudicación a la oferta más beneficiosa (AP Zamora 3-5-99 núm. 25/1999, EDJ 21548), o se considera un caso del CP art.441 el simple hecho de que los **honorarios** sobre unos proyectos sobre los que informan unos arquitectos municipales, estén elaborados por un estudio del que son socios, sin que conste perjuicio, abuso o lucro ilícito alguno (TSJ Madrid 13-1-14, EDJ 180222).

2) Siguiendo la tónica general, pero sin llegar a los extremos de algunos otros preceptos próximos, el delito del CP art.339 ha sido muy poco aplicado en la práctica, siendo muy habituales las absoluciones. En la mayoría de supuestos los propios funcionarios o familiares muy cercanos son **socios o administradores de las empresas beneficiarias** del contrato o actividad, casi siempre en el ámbito urbanístico o en la prestación de pequeños servicios. Con todo, dada la visión formal del delito patrocinada por la jurisprudencia y puesto que su radio de acción ya ha vuelto a normalizarse y no se limita a los funcionarios informantes, el CP art.439 puede resultar de utilidad para hacer frente a los diversos fenómenos de la corrupción política y administrativa.

B. Ejercicio de actividades incompatibles con la función pública

[CP art.441 redacc LO 1/2015]

10020 Se sanciona con pena de multa y suspensión al servidor público que, «fuera de los casos admitidos en las leyes o reglamentos, realice, 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 particulares**, en asunto que deba intervenir por razón de su cargo, o en los que se tramiten, informen o resuelvan en la oficina o centro directivo en el que estuviera destinado o del que dependa».

Se trata simplemente de una tipificación de **infracciones graves del régimen de incompatibilidades** de los funcionarios públicos que puede operar como norma de flanqueo del CP art.439 (nº 10005). En este caso ni siquiera es necesario establecer alguna clase de vínculo con algún **asunto concreto** en el que el funcionario intervenga con motivo del desempeño de su cargo y los intereses particulares.

[Ejemplo] Concejal, titular de una empresa dedicada al movimiento de tierras, asume la ejecución de obras contratadas por el propio Ayuntamiento en el que desempeñaba sus funciones corporativas (TS 9-12-98 núm. 372/1998, EDJ 27045); inspector de trabajo que asesora a empresa privada, que estaba siendo inspeccionada por otros inspectores de la misma localidad donde

prestaba sus funciones, con objeto de que la empresa pudiera hacer frente a las actuaciones de que estaba siendo objeto (AP Barcelona 19-4-07, EDJ 371226n.º 754/2007).

Tipicidad El tipo se configura como la sanción penal de las infracciones más graves en materia de incompatibilidades (en especial, la L 53/1984) pero no desde una perspectiva puramente disciplinaria sino en tanto que tal **actuación profesional o de asesoramiento a agentes privados** puede poner en peligro la expectativa de objetividad e imparcialidad en la función pública. Ello se produce si existe una **relación entre dicha actividad privada** y el **ámbito de actuación de la autoridad** o funcionario, incluso indirectamente a través de los asuntos que competen al organismo en que esté encuadrado. Por tanto, deberá analizarse en cada caso el **contenido de antijuricidad material del hecho**, es decir, si la conducta puede comprometer, siquiera en abstracto, la imparcialidad del funcionario al poder generar una interferencia entre los intereses privados y los de naturaleza pública (TS auto 2-6-08, con relación a unas orientaciones inocuas facilitadas por una magistrada del Tribunal Constitucional). En una línea similar, se considera atípica la actuación de un concejal que, en su condición de **trabajador agrícola**, había realizado el trabajo de limpieza de caminos rurales del mismo municipio (TS 7-1-03, EDJ 990). La **actividad proscrita** tiene que haberse desarrollado al servicio de terceros particulares (TS 22-10-14, EDJ 82565, que no aplica esta figura delictiva al alcalde de un pequeño municipio que ejerce simultáneamente las funciones de **secretario municipal**). La referencia típica «**oficina o centro directivo**» se ha de identificar, exclusiva y limitadamente, como el que «tramita, informa o resuelve» el procedimiento administrativo y la relación de destino o dependencia del autor con dicho órgano o centro directivo ha de ser directa (TS 22-6-11, EDJ 155230, que no considera delictivo el **asesoramiento de un psiquiatra de un hospital público** a pacientes para la obtención la incapacidad laboral, ya que, aunque dependiente del INSS, los expedientes no se tramitaban ni resolvían en el propio hospital, centro de adscripción del funcionario).

10022

El precepto **no** exige, en cambio, una **actuación irregular** del funcionario en relación con los asuntos que se estén tramitando en su unidad, puesto que en tal caso se generarían delitos más graves (tráfico de influencias, negociaciones prohibidas del CP art.439, fraudes en la contratación, prevaricación, etc.). Tampoco es necesaria que la actividad sea permanente o estable. Basta con una **única actuación**. Sin embargo, la **permanencia de la actividad** o una **relación directa** con el caso serán dos elementos que indicaran que probablemente se ha sobrepasado el umbral de la tipicidad. Tampoco deberán ser consideradas típicas la realización de **actividades no autorizadas pero autorizables**, en cuyo caso no existirá peligro penalmente relevante para los intereses públicos.

10024

Modalidades Por lo que se refiere al **asesoramiento**, no debe llegarse al extremo de restringirlo únicamente al empleo de los conocimientos especiales que posea el funcionario con experiencia directa en la tramitación de ciertos asuntos sino que basta con que sea **equivalente al de un consejero profesional** sobre la materia, siendo en cambio atípico facilitar datos muy genéricos o fácilmente obtenibles (TS 25-1-10n.º 19/2010, EDJ 3907 en la que se absuelve a un magistrado por ofrecer una serie de consejos irrelevantes, concretamente con relación a un recurso de apelación, recomendar brevedad y claridad del escrito y el ofrecimiento de una fianza; en cambio se condena a otro **magistrado** que, por escrito, telefónica y personalmente presta asesoramiento a una de las partes en asuntos de los que va a conocer por razón de su cargo –TS 25-4-14, EDJ 62252–). Por lo que se refiere a la **actividad profesional**, seguramente la cuestión más vidriosa es la participación en **sociedades mercantiles** que puedan operar en esferas relacionadas con la unidad administrativa de la autoridad o funcionario (piénsese, p.e. en un alto cargo del Ministerio de Economía y Hacienda, poseedor de una participación importante en una empresa familiar). Con independencia de la responsabilidad por vulneración del régimen de incompatibilidades (L 53/1984 art.12), sólo el desempeño de alguna **actividad relevante en el seno de la sociedad** o la **intervención en su administración efectiva** (aunque sea de manera interpuesta, mediante administradores que siguen sus instrucciones) puede dar pie a responsabilidad penal.

10026

Precisiones 1) Se declaró la inexistencia de este delito respecto de autoridades municipales que únicamente habían comprado acciones de una sociedad promotora de turismo rural, estimando que **no** se trataba del **desempeño de ninguna profesión** y por tanto, no concurrían los elementos del tipo (TS 15-11-04 n.º 8/2004).

2) En definitiva, sin ser un tipo de sospecha de conductas más graves y, a pesar de su autonomía, el delito del CP art.441 opera en la práctica como **tipo de recogida de actuaciones** en las que no se ha podido acreditar corrupción propiamente dicha. El **sector inmobiliario y urbanístico** es el principal generador de casuística. Sin embargo, dada su formulación típica, abarca también supuestos que no deberían haber salido de la disciplina administrativa del régimen de incompatibilidades.

C. Uso indebido de secretos e información privilegiada

(CP art.442)

10030 Entre los delitos de abusos en el ejercicio de la función pública con trascendencia socio-económica debe reseñarse el delito de uso de secretos o información privilegiada. El delito se produce cuando la autoridad o funcionario público hace uso, **con ánimo de lucro**, de secretos o información privilegiada conocidos por razón de su oficio o cargo y se castiga con **pena** de multa proporcional al beneficio obtenido, inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo.

Si se **obtiene el beneficio perseguido**, no sólo se agravan las penas mencionadas, sino que se impone además una pena de prisión de 2 a 4 años. Además, si resulta **grave daño** para la causa pública o para terceros, existe un tipo agravado en el que la pena de prisión prevista es de uno a 6 años.

A diferencia de la revelación de secretos (nº 3710 s.), en la que se vulnera exclusivamente el deber de sigilo, en este delito se incluye, además, la utilización del cargo para fines privados, concretamente, la **explotación económica de la información** por parte de la autoridad o funcionario a la que ha tenido acceso a través del ejercicio de sus funciones.

Precisiones Muy poco aplicado en la práctica, pueden servir de ejemplo la –absolutoria– AP Sevilla 29-5-09nº. 280/2009, EDJ 141662, que trata el caso de un arquitecto municipal que compra, mediante **sociedades participadas**, unos terrenos que estaban siendo recalificados como suelo residencial, o las –condenatorias– TS 4-12-01nº. 2361/2001, EDJ 54054, sobre el jefe de servicio de un hospital público que utiliza los **datos personales de pacientes** para captarlos como clientes en su clínica privada, y AP Granada 18-11-11, EDJ 377512, relativa a un funcionario de un ayuntamiento que abre un sobre que contenía la **oferta de un licitador** en una subasta pública, lo que permitió hacer una mejor oferta.

10032 Conducta típica El núcleo de la conducta típica es el «uso» de una información que no está a disposición del resto de agentes que actúan en un determinado sector, lo que implica que el sujeto activo debe llevar a cabo, sólo o en unión de otras personas, **actos de aprovechamiento económico** de los secretos o la información privilegiados.

Su **participación en los actos de aprovechamiento** puede limitarse al suministro de la información junto con una participación en los beneficios de su explotación, no siendo necesario para la consumación del delito, que se haya obtenido efectivamente beneficio alguno.

Precisiones Así las cosas, se discute la incardinación de los supuestos de **simple revelación** de secretos o información privilegiada con ánimo de lucro, **sin participar en las actividades de explotación** económica de dicha información [p.e. la simple venta de la información a particulares, que serán quienes harán uso en sentido estricta de la misma]. Mayoritariamente se viene entendiendo que no es un caso de «uso» sino que debe situarse en las modalidades delictivas del CP art.417, normalmente en **conjunción con un delito de cohecho**.

10034 Objeto material del delito Debe ser un **secreto**, estatus al que se accede por disposición legal, o bien **información privilegiada**, es decir, información temporalmente excluida del conocimiento general y cuyo **acceso anticipado** por parte de quienes pueden hacer uso económico de la misma reporta una ventaja competitiva.

Precisiones En el caso ya mencionado de la AP Sevilla 29-5-09nº. 280/2009, EDJ 141662, no pudo probarse que las **operaciones de compraventa de terrenos** se llevaran a cabo antes de que la tramitación de las modificaciones fuera de conocimiento público.

10036 Concurso Se presentan muchos problemas concursales con las distintas modalidades de uso de información privilegiada previstas en los CP art.284 y 285. Mayoritariamente ha venido entendiéndose que se da un **concurso de leyes** a resolver por criterios de especialidad, cosa que conducía a importantes problemas por cuanto se presentaban numerosas disfunciones punitivas. En efecto no existe coordinación entre la gravedad de las penas de las diferentes modalidades delictivas y tipos agravados, de manera que la aplicación exclusiva de uno u otro precepto puede tener **efectos agravantes o privilegiantes** según las especificidades del caso. Probablemente la solución correcta consista en apreciar un **concurso ideal de delitos**, en el que el CP art.442 aporta básicamente el desvalor propio del ataque a la Administración pública y los CP art.284 y 285, un componente socioeconómico particularmente lesivo.

10038 Intervención de particulares Los particulares que intervengan en los actos de aprovechamiento del secreto o de la información privilegiada responderán como **participes** (normalmente cooperadores necesarios) del delito del CP art.442. Este sería el caso, por ejemplo, del constructor que emprende junto al funcionario diversas operaciones especulativas aprovechando la información facilitada por éste último. En cambio, si el particular hace **uso en exclu-**

siva de dicha información, mientras que la actuación del funcionario se limita a la revelación, serán de aplicación el CP art.417 y art.418.

Si su actuación queda incurso también en alguna modalidad de **uso de información privilegiada** de los CP art.284 y 285, no puede mantenerse la existencia de un concurso ideal de delitos con el CP art.442 al no concurrir en el sujeto la condición de funcionario y no ser, a diferencia del funcionario, el remanente de injusto suficiente para mantener la pervivencia de las dos infracciones. Deberá aplicarse, pues, en cada caso la **modalidad delictiva que prevea una penalidad más grave**, de acuerdo con el principio de alternatividad (CP art.8.4ª).

Precisiones El CP art.442 ha sido muy poco aplicado, seguramente no por problemas de diseño normativo sino por las dificultades prácticas de persecución y prueba de esta clase de hechos. El manejo abusivo de la información privilegiada en materia urbanística y su **uso especulativo en el sector inmobiliario** debería ser uno de los campos naturales de aplicación de este precepto. Asimismo, podría **complementar otras figuras delictivas** (en especial las defraudaciones del CP art.436.) para combatir la corrupción en sectores como la **contratación pública**. En efecto, al igual que el CP art.417, el delito de uso de secretos e información privilegiada ofrece la ventaja de que, en su modalidad básica, **no** es necesario que exista **riesgo de perjuicio para la Administración pública**, por lo que puede aplicarse a supuestos en los que se facilita información a un interesado que únicamente perjudica a otros particulares que no pueden participar en condiciones de igualdad.

