

# RESPONSABILIDADES PENALES DE AUTORIDADES Y FUNCIONARIOS

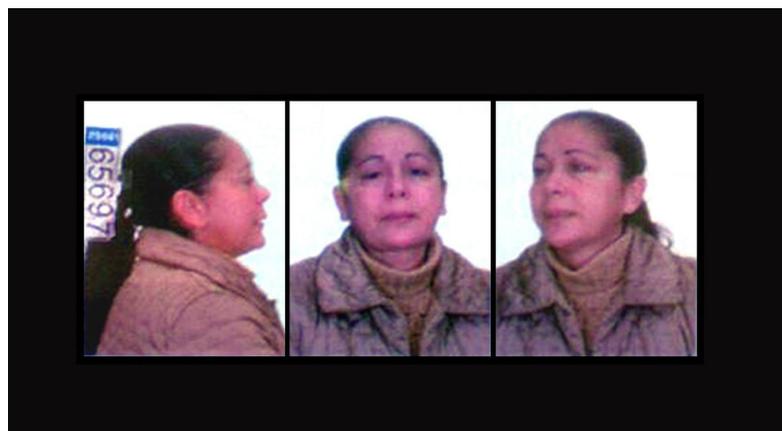
**Escuela Gallega de Administración Pública (EGAP)**

*Santiago de Compostela, 29 y 30 de Junio de 2017*

*Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Nieves Sanz Mulas – Universidad de Salamanca*

# I. CONSIDERACIONES PREVIAS

- **CAMBIO DE TENDENCIA:** DE LA IMPUNIDAD A UN DERECHO PENAL DEL ENEMIGO PARA FUNCIONARIOS CORRUPTOS Y SUS “AMIGUIT@S”



# I. CONSIDERACIONES PREVIAS



# I. CONSIDERACIONES PREVIAS

- LAS IMPUTACIONES “POR SI ACASO”

Substituto



# I. CONSIDERACIONES PREVIAS

## 1. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

- La entrada en vigor de la Constitución supuso un cambio trascendental en el enfoque que debía ofrecerse a los delitos contra la Administración Pública: **en el marco de un ESDD, la Administración pública debe actuar en torno a los intereses de los ciudadanos = el bien jurídico debe buscarse en los principios y tareas derivados del art. 103 CE:**

“1. La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento a la Ley y al Derecho.

2. Los órganos de la Administración del Estado son creados, regidos y coordinados de acuerdo con la ley.

3. La Ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio del su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones”.

- La Administración es, sobre todo, un servicio que se presta a los ciudadanos, por lo que **el contenido material del injusto de estos delitos requiere que la infracción del deber del funcionario tenga una repercusión negativa en la calidad del servicio público prestado, o sea lesivo para los intereses generales.**

## I. CONSIDERACIONES PREVIAS

- Del art. 103 CE se derivan los intereses protegidos por muchos de los delitos contra la Administración Pública:
- *La legalidad de la actuación de la Administración, su sometimiento pleno a la Ley y al Derecho* = delito de prevaricación (art. 404 CP).
- *La objetividad* = delitos de cohecho (arts. 419 a 427 CP), tráfico de influencias (art. 428 a 431 CP), y negociaciones y actividades prohibidas a funcionarios públicos (arts. 439 a 441).
- *La jerarquía* = delito de desobediencia (arts. 420 y 411 CP).
- *La coordinación* = delito de denegación de auxilio (art. 412 CP).
- El resto de delitos contra la Administración pública contienen comportamientos que *afectan a la eficacia de su actuación*, al lesionar intereses vitales para el desempeño de sus funciones:
  - *Delitos de malversación del patrimonio público*: tutelan el patrimonio de la Administración, como herramienta imprescindible para la realización de su actividad.
  - El resto de delitos castigan *conductas que suponen un abuso del cargo menoscabando la eficacia de la Administración*: abandono de destino y omisión de perseguir delitos (arts. 407 a 409); infidelidad en la custodia de documentos y violación de secretos (arts. 413 y ss); fraudes y exacciones ilegales (arts. 436 y ss); abuso de información privilegiada (arts. 442); y abusos sexuales cometidos por funcionarios públicos (arts. 443 y ss.).

# I. CONSIDERACIONES PREVIAS

## 2. SANCIONES PENALES VS SANCIONES DISCIPLINARIAS

- Las sanciones disciplinarias previstas en la *Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público* responden a una relación interna entre el funcionario y la Administración. Su epicentro es la relación de sujeción especial entre la Administración y el funcionario.
- Es posible, en consecuencia, la imposición de una sanción disciplinaria junto a la penal sin vulnerar el principio *ne bis in idem*, cuando el funcionario ha sido condenado por un delito doloso cuya comisión cause grave daño a los administrados.
- Ej. Guardia civil sancionado penalmente por conducción temeraria, por conducir en estado de embriaguez un vehículo a velocidad inadecuada y por lesiones, al colisionar con un ciclomotor. También se le sancionó disciplinariamente por realizar actos contrarios a la dignidad exigible a todo miembro de la institución (arts. 7.22 LO 11/1991, de Régimen disciplinario de la Guardia civil). Como señala el TC, los bienes jurídicos protegidos por la sanción penal (seguridad en el tráfico y salud), son distintos al interés tutelado por el derecho disciplinario, por lo que no existe igual fundamento y por tanto la doble sanción no vulnera el *ne bis in idem* (STC 2 noviembre 2005).
- Ahora bien, en otros muchos casos la conducta típica de muchas sanciones disciplinarias coincide con los delitos previstos en el CP.
- Ej. el art. 95.2 Ley 7/2007 sanciona “la adopción de acuerdos manifiestamente ilegales que causen perjuicio grave a la Administración o a los ciudadanos”. Una conducta que coincide con el delito de prevaricación (art. 404 CP).
- En estos casos, lo más correcto es entender que entre la sanción penal y la disciplinaria existe una relación de progresión = al DP le correspondería sólo los casos más graves (principio *ultima ratio*). Además, la inhabilitación prevista para estos delitos en el CP supone un *plus* (pierde su aptitud para el acceso a la función pública) respecto a la sanción disciplinaria (separación del servicio, suspensión de funciones, traslado, apercibimiento, anotaciones en el expediente, etc.).

# I. CONSIDERACIONES PREVIAS

## 3. EL CONCEPTO PENAL DE AUTORIDAD Y FUNCIONARIO PÚBLICO (ART. 24 CP)

Art. 24 CP:

“1. A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, Tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrá la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal.

2. Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas”.

### A) Concepto legal

- **Sujetos activos de estos delitos son funcionarios o autoridades públicas**, para cuya definición se debe acudir al **art. 24 CP**, donde se aporta un concepto de funcionario público más amplio que el que opera en el Derecho administrativo.
- Ej. Las personas que desempeñan sus funciones en la Administración corporativa (colegios profesionales, cámaras de comercio o consejos reguladores) son consideradas funcionarios públicos y pueden cometer el delito de prevaricación. También los notarios, registradores, concejales, parlamentarios y el personal laboral de la Administración o el interino.
- Según el art. 24 CP se deben cumplir **dos requisitos**:
  - **Requisito orgánico**: que la persona forme parte de la Administración por disposición inmediata de la ley, por elección o por nombramiento de la autoridad competente.
  - **Requisito funcional**: ejercicio de una actividad pública.

# I. CONSIDERACIONES PREVIAS

## *B) Supuestos conflictivos*

- El requisito orgánico se entiende de manera muy amplia, sobre todo a raíz de la privatización de funciones públicas y de la huida del Derecho administrativo = para la prestación de servicios públicos la Administración prefiere camuflarse bajo una forma de Derecho privado (ej., una fundación como la que existe en la mayoría de las universidades; o una Sociedad Anónima). En otras ocasiones prefiere que el servicio lo presten empresas particulares, limitándose a supervisar su labor.
- No hay problema cuando el vínculo orgánico que existe con la Administración es muy fuerte (ej., una empresa municipal de transporte o de residuos sólidos, por mucho que adopte la forma de una SA sigue formando parte del “organigrama” de la Administración y sus directivos lo son por nombramiento de la autoridad pública). Más discutibles son los casos de privatización en los que el vínculo con la Administración es muy débil por mucho que cumpla la función pública.
- Ej. El arquitecto que presta sus servicios profesionales en un determinado municipio, es sobornado por un empresario que va a presentarse a una licitación de obras con el fin de que le asesore para presentar mejor su oferta o para que el arquitecto defienda sus intereses: es muy discutible que el arquitecto pueda ser considerado funcionario a los efectos de cohecho o tráfico de influencias, porque el contrato de servicios que normalmente tendrá con el municipio no puede considerarse equivalente ni “a la disposición de la ley, ni a la elección o al nombramiento” a que se refiere el art. 24 CP.
- Y es que si el legislador ha estimado necesario equiparar a algunos particulares a funcionarios, es porque por regla general los particulares que desempeñan funciones públicas no deben considerarse como tales. No hay jurisprudencia cerrada al respecto.

# I. CONSIDERACIONES PREVIAS

## 4. PROBLEMAS DE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

- La mayoría de estos delitos son **delitos especiales**, pues **sólo pueden ser autores los funcionarios o autoridades públicas** = **los particulares** sólo pueden intervenir como inductores, cooperadores necesarios o cómplices. El CP prevé **tres posibilidades**:
- En algunos delitos el bien jurídico puede ser lesionado tanto por funcionarios como por particulares (cohecho, tráfico de influencias, nombramientos ilegales o abuso de información privilegiada) = **se castigan autónomamente las conductas del particular**, que responde de forma independiente del funcionario (puede ser castigado aunque éste no responda).
- En otros supuestos, se busca resolver el caso del **instrumento doloso no cualificado** (el funcionario se vale de un particular para cometer un delito especial): para evitar la impunidad, el CP también castiga al funcionario cuando “consiente” que sea otro el que realice la acción (ej. el art. 432 CP castiga como **malversación de caudales tanto al funcionario que se apodera él mismo de los bienes, como si deja que sea un tercero el que lo haga; lo mismo se prevé en relación a la infidelidad en la custodia de documentos**).
- Si no existen esas previsiones específicas, se discute si el funcionario puede responder **como autor mediato** (por utilizar a un tercero como instrumento), **o en comisión por omisión** (por no impedir la conducta del particular).
- **¿Y en caso de extraneus que participan en el delito realizado por un funcionario?**: responderán como partícipes (inductores, cooperadores o cómplices) con una pena que puede ser atenuada (art. 65.3 CP), dado que en él no recae el especial vínculo que existe entre el funcionario y el bien jurídico protegido en razón de su cargo.

## I. CONSIDERACIONES PREVIAS

### 5. DELITOS DE MAYOR INTERÉS PARA AUTORIDADES Y FUNCIONARIOS

- **Falsedades documentales (arts. 390 y ss. CP).**
- **Prevaricación (art. 404 CP).**
- Nombramiento ilegal (arts. 405 u 406 CP).
- Infidelidad en la custodia de documentos y revelación de secretos (arts. 413 y ss. CP).
- **Cohecho (arts. 419 y ss. CP).**
- Tráfico de influencias (arts. 428 y 429 CP).
- **La malversación del patrimonio público (arts. 432 a 434 CP): el delito de falsedad contable (art. 433 bis CP)**
- Actividades prohibidas a funcionarios (art. 441 CP).

## II. FALSEDAD DE DOCUMENTO PÚBLICO U OFICIAL (ARTS. 390 Y 391 CP)

### Art. 390 CP:

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

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

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

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

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

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

## II. FALSEDAD DE DOCUMENTO PÚBLICO U OFICIAL (ARTS. 390 Y 391 CP)

### 1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

- La funcionalidad del documento en relación con la seguridad del tráfico jurídico, pues ésta depende en gran medida de que se respeten las funciones jurídicas del documento = se trata de proteger la confianza y la seguridad de los ciudadanos en el tráfico jurídico a través de las **funciones atribuidas a los documentos**:
  - **Función de perpetuación**: fijación material y duración en el tiempo de su contenido.
  - **Función de garantía**: permite la identificación y acredita quién es su autor.
  - **Función probatoria**: medio de prueba de su contenido, acreditando que se realizaron determinadas manifestaciones.

### 2. OBJETO MATERIAL DEL DELITO

- Objeto material del delito lo constituye un documento.

#### A) Concepto de documento (art. 26 CP): requisitos

El **art. 26 CP** establece lo que a efectos penales debe entenderse por documento:

“A los efectos de este Código se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica”.

## II. FALSEDAD DE DOCUMENTO PÚBLICO U OFICIAL (ARTS. 390 Y 391 CP)

- Por tanto, para poder hablar de documento se requieren los siguientes **requisitos**:

### 1. SOPORTE MATERIAL

Cualquier soporte duradero capaz de plasmar datos, hechos o manifestaciones de manera comprensible o idónea para perdurar en el tiempo (*función de perpetuidad*). El material es irrelevante.

### 2. DE PROCEDENCIA HUMANA

Necesario que resulte atribuible a una persona, siendo indiferente si se trata de una declaración de voluntad o una manifestación de conocimiento. No es preciso que la persona exista o sea distinta de quien realizó la manifestación de voluntad. Lo relevante es que permita establecer un autor determinado o determinable (*función de garantía*).

### 3. DESTINADO A ENTRAR EN EL TRÁFICO JURÍDICO

Debe tener eficacia probatoria o algún tipo de relevancia jurídica y estar destinado a incorporarse al tráfico jurídico, bien desde el principio (documento intencional), o bien en un momento posterior (documento ocasional), que es cuando adquiere la categoría de documento (*función probatoria*).

## II. FALSEDAD DE DOCUMENTO PÚBLICO U OFICIAL (ARTS. 390 Y 391 CP)

### B) Clases de documentos

#### 1. DOCUMENTOS PÚBLICOS

En su elaboración interviene un fedatario público, Notario o empleado público, siempre que actúen en tal condición, dentro de su ámbito de competencia y con los requisitos establecidos en la ley (ej., escrituras públicas, certificaciones del registro civil, resoluciones judiciales, etc.)

#### 2. DOCUMENTOS OFICIALES

Emanados de un organismo o ente público (Estado CCAA, Provincia, Ayuntamiento, etc.) con la finalidad de satisfacer las necesidades del servicio público. Se consideran una clase de documentos públicos por ser emitidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos (ej. permisos de conducir, DNI, certificados de residencia, recetas de la Seguridad social, placas de matrícula, décimos de lotería, etc.)

#### 3. DOCUMENTOS MERCANTILES

#### 4. DOCUMENTOS PRIVADOS

#### 5. CERTIFICADOS

#### 6. TARJETAS DE CRÉDITO, DÉBITO O CHEQUES DE VIAJE

## II. FALSEDAD DE DOCUMENTO PÚBLICO U OFICIAL (ARTS. 390 Y 391 CP)

### 3. SUJETO ACTIVO

Es un **delito especial**: sólo puede ser sujeto activo la autoridad o funcionario público que comete las conductas descritas en el art. 390.1 en el ejercicio de sus funciones. Si se comete en el ámbito en que el SA es absolutamente incompetente: se castigará como particular (art. 392 CP).

### 4. MODALIDADES TÍPICAS. *ITER CRIMINIS*

El art. 390.1 menciona cuatro modalidades que pueden agruparse en dos categorías: falsedad material y falsedad ideológica.

**Falsedad material**: intervención física o material sobre el documento, creando o modificándolo para hacerlo parecer auténtico (ej. borrar la fecha para poner otra).

**Falsedad ideológica**: afecta a la verdad, pues aunque el documento sea legítimo, lo que se afirma o declara no coincide con la realidad (ej. notario que da fe de la intervención en un acto de una persona que realmente no intervino).

Las modalidades típicas recogidas en el art. 390.1 CP son:

## II. FALSEDAD DE DOCUMENTO PÚBLICO U OFICIAL (ARTS. 390 Y 391 CP)

### 1. Alterar un documento en algún elemento o requisito de carácter esencial

Es una falsedad material que supone la intervención física sobre un documento, modificando su soporte pero no su contenido. **Requisitos esenciales:** los que afectan al origen, la esencia, el sentido o función del documento de que se trate.

### 2. Simular un documento de forma que induzca a error sobre su autenticidad

Otra falsedad material que consiste en la creación de un documento que parezca el verdadero. Puede crearse ex novo todo el documento o intervenir sobre uno ya existente dándole un contenido y apariencia totalmente distintas de los del original

### 3. Suponer en un acto la intervención de personas que no lo han tenido o atribuirles declaraciones distintas a las realizadas

Falsedad ideológica. En ambos casos la conducta debe tener trascendencia suficiente como para alterar sustancialmente el documento.

### 4. Faltar a la verdad en la narración de los hechos

Otra falsedad ideológica que consiste en alterar de forma relevante los hechos o declaraciones incorporados al documento

## II. FALSEDAD DE DOCUMENTO PÚBLICO U OFICIAL (ARTS. 390 Y 391 CP)

### 5. TIPO SUBJETIVO. LA MODALIDAD IMPRUDENTE DEL ART. 391 CP

- El delito recogido en el art. 390 es doloso. Existe una versión imprudente en el **art. 391 CP** que dice:

“La autoridad o funcionario público que por imprudencia grave incurriere en alguna de las falsedades previstas en el artículo anterior o diere lugar a otro que las cometa, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a un año”.

- Se castiga a la autoridad o funcionario público que por imprudencia grave cometa alguno de los comportamientos descritos en el art. 390.1 CP, o que dé lugar a que otra persona los cometa.

Ej.: Notario que otorgó escritura pública en la que la perjudicada aparecía como vendedora de la vivienda, sin hacer la más mínima comprobación de su capacidad legal y estado mental, que al tiempo del otorgamiento estaba absolutamente deteriorado, siendo ello perceptible a simple vista (SAP Ourense, 15 abril 2008).

- Para la doctrina, muchos casos castigados como imprudentes, y donde los funcionarios certificaban conocimientos que no habían constatado y no eran verdad, realmente son comportamientos dolosos aunque esa falta de conocimiento se deba a falta de diligencia o a error (ej. acreditar la muerte natural de un sujeto que era claramente violenta).

### III. EL DELITO DE PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA (ART. 404 CP)

#### Art. 404 CP:

“A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público **y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a quince años**”.

### III. EL DELITO DE PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA (ART. 404 CP)

#### 1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

- Respeto del principio de legalidad – sometimiento de la Administración al Derecho.
- **Diferencia con la falta disciplinaria del art. 95.2.d) EBEP** que considera falta muy grave:

*“La adopción de acuerdos manifiestamente ilegales que causen perjuicio grave a la Administración o a los ciudadanos”.*

#### 2. OBJETO MATERIAL: LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA

- **La resolución administrativa:** quedan fuera actos de trámite, actas, informes, certificaciones, escritos de alegaciones, acuerdos verbales, órdenes a inferior jerárquico o mandamientos de pago por no tener carácter decisorio.

### III. EL DELITO DE PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA (ART. 404 CP)

#### 3. CONDUCTA DELICTIVA

##### A) DICTAR UNA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA:

- Prevaricación por omisión.
- Prevaricación en los órganos colegiados.

##### B) RESOLUCIÓN ARBITRARIA O INJUSTA:

- Se dicta sin tener la competencia legalmente exigida, o por órganos incompetentes.
- No se respetan las normas esenciales de procedimiento o se omiten trámites esenciales del mismo.
- El fondo de la resolución contraviene lo dispuesto en la legislación vigente; esto es, existe una patente y abierta contradicción con el ordenamiento jurídico
- El fondo de la resolución supone una desviación de poder.
- Total ausencia de fundamento.
- Existe claro desprecio de los intereses generales.

### III. EL DELITO DE PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA (ART. 404 CP)

#### 4. TIPO SUBJETIVO

- Actuar a sabiendas (sólo dolo directo)

#### 5. CONCURSOS

- Cabe el delito continuado de prevaricación.
- **Concurso de leyes:** nombramientos ilegales, revelación de secretos, omisión de impedir determinados delitos.
- **Concurso de delitos:** falsedad documental, cohecho, malversación de caudales.
- **Prevaricaciones específicas:** medio ambiente (art. 329 CP), patrimonio histórico (art. 332 CP) y urbanismo (art. 320 CP)

## IV. LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN O COHECHO (ARTS. 419 y ss CP)

### 1. LA CORRUPCIÓN: CONSIDERACIONES GENERALES

#### A) Concepto

- También se denomina **cohecho**, que significa acuerdo o solicitud de llegar a un acuerdo entre dos sujetos –uno de ellos funcionario público o autoridad–, que se encuentran en igualdad de condiciones = ninguno de ellos se siente constreñido o amenazado por la solicitud que el otro le plante.
- **En sentido amplio**, la corrupción puede equipararse al abuso de poder de un funcionario público con el fin de obtener una ventaja para él mismo o para un tercero (ej. **Alcalde que se apropia de los fondos del ayuntamiento**). Las convenciones internacionales sobre corrupción parten de este concepto amplio, incluyendo delitos como la malversación o el tráfico de influencias.
- **En sentido estricto**, corrupción es la infracción de un deber posicional (derivado del desempeño de una determinada función) a cambio de la obtención de un beneficio de cualquier tipo al que no tiene derecho.
- Para entender la estructura de los delitos de corrupción hay que **tener en cuenta dos cosas**
- **Se trata de una especie de contrato de compraventa** en que un particular compra de un funcionario un determinado comportamiento (ej. **Concederle la concesión de una obra**). Según sea el acto que debe llevar a cabo el funcionario, estaremos ante una u otra modalidad de corrupción.
- **Ese contrato de compraventa tiene como objeto una ventaja indebida que el funcionario solicita, recibe o acepta** (ej, **300.000 euros, financiación para su partido, un apartamento de la obra que realizará gracias a la concesión, etc.**).

## IV. LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN O COHECHO (ARTS. 419 y ss CP)

### B) Clases. La corrupción privada o corrupción en los negocios

- Según lo que se compra, quien compra o vende, o cuándo se compra y se vende, se pueden clasificar los comportamientos corruptos de la siguiente forma:
  1. *En atención a la persona que entrega y a la que recibe la dádiva:*
    - **Cohecho activo:** es el cometido por el particular (o por otro funcionario público) cuando entrega la dádiva.
    - **Cohecho pasivo:** conducta del funcionario que la recibe.
  2. *En atención al concreto acto que ha de realizar el funcionario a cambio:*
    - **Cohecho propio:** el comportamiento del funcionario consiste en un acto contrario a los deberes de su cargo (ej. solicitar al Inspector de hacienda que silencie la infracción fiscal).
    - **Cohecho impropio:** el comportamiento del funcionario público es un comportamiento que debe realizar (ej. resolver un expediente con celeridad).
  3. *En atención al momento en que se solicita la dádiva:*
    - **Cohecho antecedente:** el funcionario solicita o recibe la ventaja antes de realizar el correspondiente comportamiento.
    - **Cohecho subsiguiente:** el funcionario y el particular entran en contacto después de que el funcionario ha realizado un comportamiento.
  4. *Según quien sea el sujeto que haya de recibir el beneficio económico:*
    - **Cohecho en beneficio propio:** lo recibe el propio funcionario.
    - **Cohecho en beneficio de un tercero (o transversal):** lo recibe un tercero
- Finalmente, la corrupción puede ser pública o privada. La **corrupción privada –denominada ahora corrupción en los negocios–** se produce cuando los intervinientes son: la persona que en una empresa está encargada de la contratación de bienes o servicios y, de otro lado, otro particular que oferta sus bienes o servicios (art. 286 bis, 286 ter y 286 quáter CP), castigándose de forma concreta también la corrupción en el deporte (art. 286 bis.4 CP).

## IV. LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN O COHECHO (ARTS. 419 y ss CP)

### C) La reforma de los delitos de corrupción

- **Simplificación de los delitos de cohecho:** con la reforma se simplifica el tratamiento del cohecho propio, y se unifican todas las variedades en el art. 419 CP sancionándose con la misma pena = se simplifica el régimen de aplicación y se facilita el castigo, ya que las subdivisiones anteriores dificultaban enormemente la prueba de los delitos de cohecho (ej. demostrar si el soborno se había recibido para realizar una simple irregularidad o un irregularidad tan grave que pudiera llegar a constituir un delito de prevaricación).
- **Elevación de las penas:** el CP español había sido criticado desde la UE por establecer penas muy bajas, tanto en la corrupción impropia como en algunas modalidades de cohecho propio = con la reforma se elevan las penas y se equiparan las penas de funcionarios y particulares. Con la última reforma, además de aumentar la duración de la pena de inhabilitación especial (para así alargar los plazos de prescripción), se incluye como pena la inhabilitación para el ejercicio del sufragio pasivo = incapacidad para presentarse a cualquier cargo electivo (y no sólo al que dio lugar al delito).

#### IV. LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN O COHECHO (ARTS. 419 y ss CP)

- **Adaptación del Derecho español a la normativa internacional castigando también la corrupción de funcionarios públicos extranjeros y de organizaciones criminales:** en una economía globalizada son numerosos los casos de corrupción internacional, en los que grandes empresas multinacionales corrompen a funcionarios públicos, generalmente de países cuyos sistemas judiciales son lo suficientemente fuertes e independientes como para investigar y juzgar estos comportamientos = los convenios anticorrupción de las organizaciones internacionales obligan a adoptar al respecto, tanto medidas penales como extrapenales (ej. **transparencia de la contratación pública**)
- **Introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas** (arts. 427 bis CP).
- **Castigo de la provocación, conspiración y proposición** (art. 445 CP).
- **Posibilidad de denegar la libertad condicional si el condenado ha eludido pagar la responsabilidades pecuniarias o la reparación del perjuicio causado a la Administración** (art. 90.4 CP).
- **Inclusión del nuevo delito de financiación ilegal de partidos políticos** (arts. 304 bis y 304 ter).

## IV. LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN O COHECHO (ARTS. 419 y ss CP)

### 2. CUESTIONES COMUNES A LAS DISTINTAS FIGURAS DE CORRUPCIÓN

#### *A) El bien jurídico*

- El bien jurídico protegido en todos los delitos de corrupción es **la imparcialidad de los funcionarios públicos**, lesionando así uno de los principios constitucionales que debe regir el funcionamiento de las Administraciones públicas: **la objetividad**.
- Cuando un funcionario público se deja influenciar en la realización de un acto propio de su cargo por un tercero que, a cambio, le ofrece un beneficio económico, la decisión que adopte deja de ser imparcial, cuando esa es una de las características que debe regir el funcionamiento de la Administración pública= difícilmente pueden acceder el resto de ciudadanos en condiciones de igualdad a la Administración cuando existe un funcionario influido por intereses personales.

#### *B) Sujetos activos: la ampliación del concepto de funcionario público prevista en los arts. 423 y 427 CP*

- **Los delitos de cohecho requieren la presencia de dos personas:** un funcionario público o autoridad y un particular. En lo que al funcionario público o particular se refiere, hay que estar a lo previsto tanto en el art. 24 CP como en el 427 CP (respecto a los funcionarios extranjeros). De su parte, el art. 423 CP establece literalmente:

## IV. LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN O COHECHO (ARTS. 419 y ss CP)

### Art. 423 CP:

“Lo dispuesto en los artículos precedentes será igualmente aplicable a los jurados, árbitros, mediadores, peritos, administradores o interventores designados judicialmente, administradores concursales o a cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la función pública”

- Se trata, por tanto, de sujetos que desempeñan de forma habitual funciones de carácter público, pero sin el requisito objetivo de la definición de funcionario del art. 24 CP.

### c) La dádiva o ventaja

- La contraprestación que solicita, se promete o se entrega al funcionario público es una dádiva, favor o retribución de cualquier clase. Pero, **¿debe ser necesariamente de naturaleza económica?**
- **Los convenios internacionales obligan a adoptar un concepto más amplio** e incluir contraprestaciones de naturaleza sexual, otorgamiento de honores (ej., un doctorado *Honoris Causa*, el premio “Cervantes”, etc.) o la promoción política o profesional, con independencia de si se acompaña o no de un aumento en las retribuciones.
- Para analizar el carácter indebido y delictivo de la contraprestación, se utiliza el concepto de **“adecuación social”**, para no considerar corrupción los casos en que, de acuerdo con los usos sociales, se hacen pequeños regalos o se tienen atenciones con un funcionario público en consideración a su función (ej. **una botella de vino por navidad**).

## IV. LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN O COHECHO (ARTS. 419 y ss CP)

### *D) Elementos del tipo subjetivo*

- Todos los delitos de corrupción son dolosos. Cabría pensar en supuestos de ignorancia deliberada (ej., superiores jerárquicos de una empresa que conocen y toleran la existencia de cajas negras, y saben genéricamente del pago de sobornos con el fin de que la empresa obtenga contratos, pero deciden cerrar los ojos y no saber lo que realmente ocurre en su empresa).
- El tipo no exige ningún elemento subjetivo (como “a sabiendas”, “intencionadamente”, etc.) = **no existe impedimento alguno para admitir la comisión por dolo eventual** en el caso del particular que entrega una dádiva a un funcionario para que éste realice un acto en el ejercicio de su cargo que no sabe con seguridad si es o no constitutivo de delito, pero que a pesar de ello, admitiendo dicha posibilidad, sigue actuando.

### *E) No exigibilidad de otra conducta (art. 425 CP)*

#### **Art. 425 CP:**

“Cuando el soborno mediere en causa criminal a favor del reo por parte de su cónyuge u otra persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, o de algún ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza, por adopción o afines en los mismos grados, se impondrá al sobornador la pena de prisión de seis meses a un año”.

#### IV. LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN O COHECHO (ARTS. 419 y ss CP)

- A partir del principio de exigibilidad, existe una disminución del grado de culpabilidad del particular, y por tanto de la pena, cuando el soborno medie en causa criminal a favor del reo por parte de su cónyuge o algún familiar cercano.
- Resulta paradójico que este privilegio no beneficie a la propia persona privada de libertad, cuando es ella misma la que ofrezca el soborno.

##### *F) La consumación y la corrupción continuada*

- **En el caso del oferente:** la consumación se produce cuando la oferta llega a la otra parte y ésta comprende su significado.
- **Ej.:** El constructor A piensa corromper al concejal B y se lo comunica a un tercero para que se lo haga saber, la consumación sólo se produce cuando el mensaje llega al alcalde y éste comprende que lo que se propone es un pacto corrupto.
- **En lo que se refiere al que recibe la oferta:** el delito sólo se consuma cuando se cierra el pacto.
- **Ej.;** en el caso anterior, el alcalde lógicamente por el mero hecho de tener acceso a la oferta no ha realizado aún el delito de cohecho pasivo; es necesario que la acepte, que cierre el pacto.
- Para la **consumación** es necesario cerrar todos los “detalles” del contrato corrupto, quedando pendientes numerosos pormenores e incluso la cuantía de la dádiva o su naturaleza concreta. En ningún caso se requiere la entrega de la dádiva.
- Es **frecuente el delito continuado de cohecho**. La corrupción más grave es la sistemática, en la que el funcionario y el particular, a través de una trama organizada, establecen una relación estable en el tiempo, con sucesivos pactos y entregas de contraprestaciones. Igualmente existe delito continuado cuando el particular soborna a varios funcionarios públicos en el marco de una misma operación de corrupción.

## IV. LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN O COHECHO (ARTS. 419 y ss CP)

### G) La participación de terceros en el acto corrupto

- **Como intermediario en la mediación (“por sí o por persona interpuesta”) o muñidor:** intermediario que pone en contacto a las dos partes del contrato = normalmente se considerará cooperador necesario.
- **Como beneficiario de la ventaja indebida (“en provecho propio o de un tercero”),** que a su vez puede aparecer de formas diversas:
  - *Actuando como testaferro u hombre de paja:* quien concertado con el funcionario corrupto desde antes de la comisión del delito, presta su colaboración para que oculte los bienes = **cómplice o cooperador necesario según la importancia de la contribución.** En ocasiones también será responsable de un delito de **blanqueo de capitales.**
  - *Tercero que sólo aparece como beneficiario:* caso frecuente es el de la financiación ilegal de partidos políticos, en el que, al menos, parte de la contraprestación se recibe para financiar el partido político al que pertenece el funcionario público = los beneficiarios pueden **considerarse autores de un delito de blanqueo de capitales, salvo que el beneficio se reparta difusamente entre un colectivo.**
- Ej.: Alcalde de un municipio que solicita un 3% al constructor X con el fin de adjudicarle una obra pública, pero emplea todo el dinero para arreglar el tejado del colegio de la localidad (STS 5 febrero; STS 16 marzo 1998). Aquí cabría incluir los casos de *sponsoring*, en los que es el propio ente público el que se beneficia del soborno.

## IV. LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN O COHECHO (ARTS. 419 y ss CP)

### H) La delación (art. 426 CP)

- Los delitos de corrupción son extraordinariamente complejos de probar y existe una importante cifra negra. Obviamente, ninguna de las partes tiene interés en descubrirlo, para así evitar que se le castigue también a ella = el DP es un instrumento eficaz para asegurar el cumplimiento y la permanencia en el tiempo de los actos corruptos.
- Es razonable político-criminalmente abrir alguna puerta que permita a las partes del contrato corrupto volver a la legalidad: art. 426 CP.

### Art. 426 CP:

“Quedará exento de pena por el delito de cohecho el particular que, habiendo accedido ocasionalmente a la solicitud de dádiva u otra retribución realizada por autoridad o funcionario público, denunciare el hecho a la autoridad que tenga el deber de proceder a su averiguación antes de la apertura del procedimiento, siempre que no haya transcurrido más de dos meses desde la fecha de los hechos”.

- Es una **especie de arrepentimiento activo**, que permite a los particulares eximirse de pena denunciando los hechos a la autoridad competente, siempre y cuando:
  1. La iniciativa de la corrupción procede del funcionario.
  2. Se trata de un hecho aislado.
  3. Se hace antes de la apertura del procedimiento y antes de dos meses desde la fecha de los hechos

## IV. LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN O COHECHO (ARTS. 419 y ss CP)

### *l) La responsabilidad penal de las personas jurídicas (art. 427 bis CP)*

#### **Art. 427 bis CP:**

“Cuando de acuerdo con lo establecido en el art. 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos cometidos en este Capítulo, se le impondrán las siguientes penas:

a) Multa de dos a cinco años, o del triple al quíntuple del beneficio obtenido cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.

b) Multa de uno a tres años, o del doble al cuádruple del beneficio obtenido cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad no incluida en el anterior inciso.

c) Multa de seis meses a dos años, o del doble al triple del beneficio obtenido si la cantidad resultante fuese más elevada, en el resto de los casos.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33”.

- Por su ubicación sistemática, parece aplicable a todas las modalidades de cohecho. No obstante, no cabrá imponer a la persona jurídica ninguna pena cuando ésta sea una Administración pública, pues se entiende que no son responsables penalmente (art. 31 bis) = solo en los casos de cohecho activo, cuando además el sujeto actúe en el marco de una persona jurídica “privada”, podrán aplicarse las penas señaladas. En los supuestos de cohecho pasivo las posibilidades son escasas: sólo cuando el funcionario público actúe en beneficio de una empresa privada.

#### IV. LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN O COHECHO (ARTS. 419 y ss CP)

##### 3. COHECHO PASIVO (O DE FUNCIONARIO) PROPIO (ART. 419 CP)

###### Art. 419 CP:

“La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, recibiere o solicitare, por sí o por persona interpuesta, dádiva, favor o retribución de cualquier clase o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo un acto contrario a los deberes inherentes al mismo o para no realizar o retrasar injustificadamente el que debiera practicar, incurrirá en la pena de prisión de tres a seis años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público **y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a doce años**, sin perjuicio de la pena correspondiente al acto realizado, omitido o retrasado en razón de la retribución o promesa, si fuera constitutivo de delito”.

## IV. LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN O COHECHO (ARTS 419 y ss CP)

### A) Conducta típica

- Es la figura más grave de los delitos de corrupción, pues el contenido del pacto es: **“la realización en el ejercicio del cargo de un acto contrario a los deberes inherentes a dicho cargo”**. Los otros dos objetos mencionados (no realizar o retrasar injustificadamente el que debiera practicar), no son sino ejemplos de actos contrarios al deber.
- Existen básicamente dos supuestos de actos contrarios al deber:
  - El acto que ofrece o que se pretende del funcionario es objetivamente ilícito, esto es, contrario a una norma jurídica de cualquier rango: es evidente la existencia de un delito de cohecho propio.
  - El acto que ofrece o se pretende del funcionario no es objetivamente contrario a Derecho, sino que se trata de un comportamiento u omisión que constituye una decisión política (ej. presentar una propuesta de ley, votarla, decidir si se hace o no una carretera...) o un comportamiento discrecional (recetar un medicamento, aprobar o suspender a un alumno en una oposición o decidir la adjudicación de una obra pública): el cohecho propio no deriva de la naturaleza del acto (recetar el medicamento A en lugar del B no es lícito ni ilícito), sino del proceso de adopción del mismo = no basta con demostrar la oferta, aceptación o solicitud, debe demostrarse que la contraprestación se ofrecía, aceptaba o solicitaba con el fin de influir en la decisión (u omisión) del funcionario o autoridad. Si la oferta parte del funcionario, en términos probatorios es fácil concluir que piensa actuar motivado por la ventaja patrimonial.

## IV. LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN O COHECHO (ARTS. 419 y ss CP)

- Por “realizarse en el ejercicio de su cargo”, debe entenderse que el acto contrario al cargo debe realizarse en el ejercicio de éste = las actividades privadas realizadas por el funcionario son atípicas, aunque sean contrarias a un deber del cargo.
- Ej.: Un juez no puede trabajar como abogado (infracción del deber inherente al cargo), pero como la infracción de este deber no se produce en el ejercicio del cargo no habrá delito de corrupción aunque reciba unos honorarios por ello. Igualmente no existe cohecho si la ventaja patrimonial se ofrece en relación con la realización de un ilícito que no tiene que ver con el ejercicio de su función: ej. no existe corrupción cuando se da una cantidad de dinero a un policía para que introduzca droga en nuestro país aprovechando sus vacaciones, por mucho que haya podido utilizar de algún modo sus conocimientos como policía (STS 28 enero 2003).

### B) Consumación

- No depende de la realización del acto contrario al deber por parte del funcionario = por ello, la contrariedad al deber debe analizarse en el momento de la consumación (el de la solicitud, la aceptación, etc.). Si en este momento no puede determinarse el acto a realizar, de acuerdo con el principio *indubio pro reo*: delito de cohecho impropio.

### C) Concursos

- Cuando el comportamiento del funcionario público es constitutivo de delito: concurso real entre este delito del art. 419 y el delito correspondiente. En este caso, cuando la oferta ha partido del particular = inductor.
- Ej.: A soborna al alcalde B para que dicte una resolución injusta y arbitraria, constitutiva de prevaricación. A Sería autor de un delito de cohecho propio (art. 424 CP) en concurso real con un delito de inducción a la prevaricación (art. 404 CP).

## IV. LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN O COHECHO (ARTS. 419 y ss CP)

### 4. COHECHO PASIVO (O DE FUNCIONARIO) IMPROPIO (ART. 420CP)

#### Art. 420 CP:

“La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, recibiere o solicitare, por sí o por persona interpuesta, dádiva, favor o retribución de cualquier clase o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar un acto propio de su cargo, incurrirá en la pena de prisión de dos a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de cinco a nueve años”.

#### IV. LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN O COHECHO (ARTS. 419 y ss CP)

- El pacto corrupto tiene por objeto: **“un acto propio del cargo”** = acto lícito y conforme a deber.
- El cohecho impropio tiene importancia para aquellos casos de conductas discrecionales, en las que el funcionario no actúa motivado por la ventaja o no haya sido posible demostrarlo. También cabrían aquí los supuestos en los que se pretende agilizar un procedimiento administrativo o determinados trámites
- En estos casos, la LO 5/10 deja claro que se castiga tanto al funcionario público como al particular (art. 424 CP), a diferencia de lo que se mantenía hasta ahora.

#### 5. COMO RECOMPENSA DE SU FUNCIÓN O COHECHO SUBSIGUIENTE (ART. 421 CP)

##### Art. 421 CP:

“Las penas señaladas en los artículos precedentes se impondrán también cuando la dádiva, favor o retribución se recibiere o solicitare por la autoridad o funcionario público, en sus respectivos casos, como recompensa por la conducta descrita en dichos artículos”.

- Se sanciona con las mismas penas que el cohecho propio o impropio, los casos en que la ventaja se solicitar, recibiese o aceptase en atención a un comportamiento ya realizado por el funcionario, que podría consistir en un comportamiento **“contrario a sus funciones”** (art. 419 CP) o en un **“acto propio del cargo”** (art. 420 CP).

#### IV. LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN O COHECHO (ARTS. 419 y ss CP)

- La figura del cohecho subsiguiente atiende, sobre todo, a problemas de prueba: probada la existencia del acto y la recompensa, puede no ser posible demostrar que existió previamente un acuerdo entre el funcionario y el particular = el cohecho subsiguiente se aplica cuando el acuerdo o la solicitud del mismo aparece una vez que el funcionario, por su cuenta y riesgo, ha realizado ya el acto que después se recompensa.
- **Consumación**: no es necesario que el funcionario reciba la ventaja, sino el simple acuerdo. La entrega posterior al acuerdo de la dádiva o parte de ella, es la forma que tiene el particular de asegurarse que el funcionario cumplirá su parte.
- El CP no sanciona los hechos de cohecho subsiguiente de particular = aplicación del cohecho impropio al particular, pues siempre habrá la entrega de una ventaja en atención al cargo.

#### 6. ACEPTACIÓN DE REGALOS (ART. 422 CP)

##### Art. 422 CP:

“La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, admitiera, por sí o por persona interpuesta, dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su cargo o función, incurrirá en la pena de prisión de seis meses a un año o suspensión de empleo y cargo público de uno a tres años”.

- Se castiga la aceptación de regalos o dádivas **“en consideración a su cargo o función”**. Aquí el objeto del soborno no es comprar o vender un determinado acto, sino ofrecer una ventaja al funcionario en atención a su cargo o función, de modo que sin el desempeño de tal función no se habría producido la entrega, promesa o solicitud.

#### IV. LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN O COHECHO (ARTS. 419 y ss CP)

- Para sancionar por este delito **no es necesario demostrar conexión alguna entre el regalo y un determinado acto** futuro en el ejercicio de la función o el cargo.
- El término **“cargo o función”** debe entenderse de forma amplia, incluyendo el círculo de influencia que puede desplegar potencialmente el titular de la función (STS 10 mayo, 2010, caso Camps) = **dentro de la función del cargo debe atenderse también a la capacidad de influencia que tiene el cargo público sobre la Administración.**
- No es necesario indagar sobre la intención que persigue el particular agasajando al funcionario, pues no forma parte del tipo. De hecho, si se probara que el regalo se entrega para un determinado acto habría que acudir al hecho propio, al impropio, o incluso al tráfico de influencias.
- **El porqué castigar esta conducta deriva de lo que la Criminología denomina “ceba” del funcionario público = se trata de ganarse al funcionario público para que, llegado el momento, realice una conducta favorable al particular.**
- **Ej.: la empresa que hace regalos de considerable nivel a un funcionario, que éste acepta, sabe que lo tiene de su lado y que, llegado el caso, al menos va a tener más fácil el acceso al mismo o va a contar con su apoyo. La aceptación o solicitud de regalos es, por ello, una forma de vender o comprar al funcionario o autoridad y tenerlo al servicio del particular, con lo que la imparcialidad de la Administración (que es el bien jurídico protegido) queda notablemente afectada.**

## IV. LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN O COHECHO (ARTS. 419 y ss CP)

### 7. COHECHO ACTIVO O DE PARTICULAR (ART. 424 CP)

#### Art. 424 CP:

“1. El particular que ofreciere o entregare dádiva o retribución de cualquier clase a una autoridad, funcionario público o persona que participe en el ejercicio de la función pública para que realice un acto contrario a los deberes inherentes a su cargo o un acto propio de su cargo, para que no realice o retrase el que debe practicar, o en consideración a su cargo o función, será castigado en sus respectivos casos, con las mismas penas de prisión y multa que la autoridad, funcionario o persona corrompida.

2. Cuando un particular entregare la dádiva o retribución atendiendo a la solicitud de la autoridad, funcionario público o persona que participe en el ejercicio de la función pública, se le impondrán las mismas penas de prisión y multa que a ellos les correspondan.

3. Si la actuación conseguida o pretendida de la autoridad o funcionario tuviere relación con un procedimiento de contratación, de subvenciones o de subastas convocados por las Administraciones o entes públicos, se impondrá al particular y, en su caso, a la sociedad, asociación u organización a que representare 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 **cinco a diez años**”.

## IV. LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN O COHECHO (ARTS. 419 y ss CP)

### 7. COHECHO ACTIVO O DE PARTICULAR (ART. 424 CP)

- Una vez que se ha llevado a cabo la regulación de todas las modalidades de cohecho pasivo, el art. 424 CP castiga el delito de **cohecho activo** = el que comete quien entrega la dádiva (particular u otro funcionario).
- El cambio de ubicación pone de manifiesto la **intención del legislador de que el particular responda en todo caso, también de los supuestos de cohecho pasivo impropio** (antes de la LO 5/10 no se castigaban).
- Al particular se le ponen las **mismas penas de prisión y multa que al funcionario**, y además se establece una previsión específica en el art. 424.3 CP: **“la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con entes, organismos y entidades que formen parte del sector público y para gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social por un tiempo de cinco a diez años”**.
- Esta pena, sin embargo, no está expresamente incluida en el catálogo del art. 33 CP, respecto a personas físicas, sino sólo en el catálogo previsto para las personas jurídicas (art. 33.7 CP) = por tanto, debe considerarse con una pena de inhabilitación especial para el ejercicio de cualquier otro derecho.

## IV. LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN O COHECHO (ARTS. 419 y ss CP)

### 8. CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIO PÚBLICO EXTRANJERO EN TRANSACCIONES COMERCIALES INTERNACIONALES (ART. 427 CP)

#### Art. 427 CP:

“1. Lo dispuesto en los artículos precedentes será también aplicable cuando los hechos sean imputados o afecten a:

a) Cualquier persona que ostente un cargo o empleo legislativo, administrativo o judicial de un país de la Unión Europea o de cualquier otro país extranjero, tanto por nombramiento como por elección.

b) Cualquier persona que ejerza una función pública para un país de la Unión Europea o cualquier otro país extranjero, incluido un organismo público o una empresa pública, para la Unión Europea o para otra organización internacional pública.

c) Cualquier funcionario o agente de la Unión Europea o de una organización internacional pública”.

#### IV. LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN O COHECHO (ARTS. 419 y ss CP)

- Con el art. 427 se da cumplimiento a la obligación que deriva del *Convenio relativo a la lucha contra la corrupción en el que estén implicados funcionarios de la UE o de los Estados miembros de la Unión* = el CP asimila estos funcionarios a los nacionales a todos los efectos de los delitos de corrupción vistos.
- El delito de corrupción puede ser perseguido en España siempre que, al menos una parte del acto de corrupción, se haya cometido total o parcialmente en territorio español (*art. 7 Convenio y art. 23.1 LOPJ*) y el funcionario público de la UE o el particular autor de la corrupción activa sea español (*art. 7.b) y c) del Convenio y art. 23.2 LOPJ*).

## V. LA MALVERSACIÓN DEL PATRIMONIO PÚBLICO (ARTS. 432 A 434 CP)

### Art. 432 CP:

“1. La autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 252 sobre el patrimonio público, será castigado con una pena de prisión de dos a seis años, inhabilitación especial para cargo o empleo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de seis a diez años.

2. Se impondrá la misma pena a la autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 253 sobre el patrimonio público.

3. Se impondrán las penas de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años si en los hechos a que se refieren los dos números anteriores hubiere concurrido alguna de las circunstancias siguientes:

a) se hubiera causado un grave daño o entorpecimiento al servicio público, o

b) el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 50.000 euros.

Si el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 250.000 euros, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado”.

## V. LA MALVERSACIÓN DEL PATRIMONIO PÚBLICO (ARTS. 432 A 434 CP)

### 1. SUJETO ACTIVO

- Sólo pueden serlo funcionarios públicos que por razón de sus funciones tienen a su cargo patrimonio público= esto le confiere al funcionario una especial deber de salvaguarda que justifica la mayor pena.
- La especial relación con los caudales públicos se deriva de la ley, de un acto de la autoridad competente o de la praxis. No es necesario que el funcionario tenga en su poder los caudales públicos, lo decisivo es la facultad decisoria jurídica o la detentación material de los mismos que permiten su disponibilidad material.
- La jurisprudencia, no obstante, ha interpretado de forma extensiva la expresión “tener a su cargo caudales públicos”, considerando que basta con que los bienes hayan llegado al funcionario “con ocasión” de su cargo, de modo tal que una custodia ocasional sirve para apreciar la existencia de un delito de malversación. Esta interpretación amplia se debe a que la jurisprudencia, más que la especial relación de un determinado tipo de funcionarios con el patrimonio, pone el acento en que cualquier funcionario, sea cual sea el cargo que ocupe, tiene un deber de fidelidad genérico hacia la Administración y sus bienes, que defraudaría a través de la apropiación del bien. Se basa, por tanto, en una idea trasnochada, y ya superada ampliamente por la doctrina, del sentido de los delitos cometidos por funcionarios públicos. Algunas sentencias recientes, sin embargo, empiezan a distanciarse de esta línea jurisprudencial, restringiendo el círculo de autores en el sentido aquí estudiado (STS 12 diciembre 2005).

## V. LA MALVERSACIÓN DEL PATRIMONIO PÚBLICO (ARTS. 432 A 434 CP)

### 2. OBJETO MATERIAL: EL PATRIMONIO PÚBLICO

- Antes de la reforma se hablaba de caudales y efectos públicos.
- **Caudales:** cualquier objeto o cosa mueble, dinero o efectos negociables que tengan un valor económico apreciable. Alguna sentencia ha llegado incluso a incluir la mano de obra castigando como malversación de caudales públicos al alcalde que utilizaba a trabajadores del ayuntamiento en la construcción de su chalet (STS 21 julio 2005).
- **Efectos:** todos aquellos objetos (distintos del dinero) sean inventariables o no, incluidos los organismos humanos independizados del cuerpo (ej., órganos, óvulos fecundados, cadáveres, etc.).
- Pero, **¿cuándo los caudales o efectos son públicos?:** cuando forman parte del patrimonio de la Administración, y también cuando simplemente ésta tiene una expectativa cierta de que ese elemento patrimonial se incorpore a su patrimonio, sin que sea necesario que el bien haya pasado de modo formal al inventario de bienes públicos.
- También son caudales públicos los bienes de las sociedades estatales, las sociedades mercantiles en cuyo capital participa mayoritariamente la Administración del Estado.
- **Caudales y efectos públicos sólo pueden ser las cosas muebles, pero al hablar ahora de patrimonio público también cabe incluir a los inmuebles.**

## V. LA MALVERSACIÓN DEL PATRIMONIO PÚBLICO (ARTS. 432 A 434 CP)

### 3. CONDUCTA DELICTIVA

- Al remitirse el delito a las conductas previstas en los arts. 252 y 253 CP, cabe diferenciar entre:

**A) ADMINISTRACIÓN DESLEAL DEL PATRIMONIO PÚBLICO** (art. 432.1): la conducta consistiría en **infringir las facultades que el sujeto tiene para administrar el patrimonio público excediéndose en su ejercicio y causando un perjuicio al patrimonio administrado.**

**B) APROPIACIÓN INDEBIDA DE PATRIMONIO PÚBLICO** (art. 432.2 CP): aquí la conducta consistiría en **apropiarse para sí o para un tercero del patrimonio público mueble que le hubiera sido confiado, o negare haberlo recibido, y lo hace en perjuicio de otro** (en este caso de la administración correspondiente).

- Al remitirse al también nuevo delito de administración desleal, se reflejan los mismos problemas que en aquel delito, que por su generalidad es incompatible con el principio de taxatividad penal, con la agravante de que la malversación de caudales tiene una pena superior

### 4. TIPO SUBJETIVO

- El sujeto debe actuar sabiendo que se trata de patrimonio público y que con su conducta causa un perjuicio al patrimonio administrado. A diferencia de la regulación anterior, no se exige ánimo de lucro, basta con el conocimiento del correspondiente perjuicio.

## V. LA MALVERSACIÓN DEL PATRIMONIO PÚBLICO (ARTS. 432 A 434 CP)

### 5. SUPUESTOS AGRAVADOS E HIPERAGRAVADO (art. 432.3 CP)

- La pena aumenta (prisión de cuatro a ocho años) si:

**A) Se hubiera causado un grave daño o entorpecimiento al servicio público:** será el juez quien determine cuando se dan tales circunstancias.

La valoración de la gravedad no dependerá por tanto sólo de la cuantía económica de la sustracción, sino que habrá que conjugarse con el daño o entorpecimiento provocado al servicio público que, a su vez, y precisamente por ello, deberá evaluarse conforme a baremos ajenos al perjuicio económico (ej. retrasos en la prestación del servicio, formación de listas de espera, etc.). Ahora bien, la jurisprudencia considera que desde el momento en que se admite el prestigio de un servicio público supone un daño, cuando el valor de las cantidades sustraídas sea muy elevado, deberá entenderse que, en principio, concurren conjuntamente aquellas dos circunstancias y deberá, por tanto, aplicarse la agravación.

**B) El valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 50.000 euros:** se objetiva la gravedad siempre que la cuantía supere los 50.000 euros.

- **Con la última reforma se ha eliminado la agravación cuando la malversación recaiga sobre bienes declarados de valor histórico, artístico o cultural** (que sí se hace en el hurto, robo con fuerza, estafa, daños, etc.). Una ausencia que contradice el mandato del art. 46 de la CE de proteger específicamente estos bienes.
- **También se ha eliminado la agravante por tratarse de efectos destinados a aliviar alguna calamidad pública:** pero en este caso se puede considerar incluida dentro de la gravedad del daño al servicio público.

**SUPUESTO HIPERAGRAVADO:** cuando el perjuicio o valor de los efectos apropiados excediere de 250.000 euros

## V. LA MALVERSACIÓN DEL PATRIMONIO PÚBLICO (ARTS. 432 A 434 CP)

### 6. SUPUESTO ATENUADO (art. 433 CP)

Art. 433 CP:

“Los hechos a que se refiere el artículo anterior serán castigados con una pena de prisión de uno a dos años y multa de tres meses y un día a doce meses, y en todo caso inhabilitación especial para cargo o empleo público y derecho de sufragio pasivo por tiempo de uno a cinco años, cuando el perjuicio causado o el valor de los bienes o valores apropiados sea inferior a 4.000 euros”.

- **La pena se atenúa cuando la sustracción no alcanza los 4.000 euros.** Es un tipo de recogida de las sustracciones cuya cuantía no ha quedado acreditada.
- **Si se trata de un delito continuado:** cuando el total del perjuicio supere esa cantidad, se aplicará el tipo básico (art. 432 CP).
- **Con la reforma se ha aumentado la pena de multa y se ha disminuido la pena de prisión,** hasta el punto que casi es igual a la del hurto....

## V. LA MALVERSACIÓN DEL PATRIMONIO PÚBLICO (ARTS. 432 A 434 CP)

### 7. SUPUESTO HIPERATENUADO (art. 434 CP)

Art. 434 CP:

“Si el culpable de cualquiera de los hechos tipificados en este Capítulo hubiere reparado de modo efectivo e íntegro el perjuicio causado al patrimonio público, o hubiere colaborado activamente con las autoridades o sus agentes para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos, los jueces o tribunales impondrán al responsable de este delito la pena inferior en uno o dos grados”.

- Además de solaparse con la atenuante de reparación del daño, se prescinde del requisito temporal en que la reparación se adelante a la celebración del juicio oral = **clara condescendencia con las funciones públicas que genera desconfianza de los ciudadanos en el Derecho.**
- Si además de la degradación de pena prevista (pena inferior en uno o dos grados) tenemos en cuenta el principio de retroactividad penal favorable al reo = **artículo absolutamente rechazable que no sólo beneficiará a los hechos malversadores futuros, sino también a los pasados.**

## VI. EL DELITO DE FALSEDAD CONTABLE (ART. 433 BIS CP)

### Art. 433 bis CP:

“1. La autoridad o funcionario público que, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la entidad pública de la que dependa, y fuera de los supuestos previstos en el artículo 390, falseare su contabilidad, los documentos que deban reflejar su situación económica o la información contenida en los mismos, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a diez años y multa de doce a veinticuatro meses.

2. Con las mismas penas se castigará a la autoridad o funcionario público, que de forma idónea para causar un perjuicio económico a la entidad pública de la que dependa, facilite a terceros información mendaz relativa a la situación económica de la misma o alguno de los documentos o informaciones a que se refiere el artículo anterior.

3. Si se llegare a causar el perjuicio económico a la entidad, se impondrán las penas de prisión de uno a cuatro años, inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a diez años y multa de doce a veinticuatro meses”.

## VI. EL DELITO DE FALSEDAD CONTABLE (ARTS. 433 BIS)

- Este artículo fue introducido por *LO 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica el CP en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social*. Se engloba, por tanto, entre las medidas propuestas para lograr la estabilidad presupuestaria y erradicar la mala gestión de los recursos públicos.

### 1. Bien jurídico protegido

- Sanciona comportamientos relacionados con la veracidad y la imagen fiel de los documentos que deben reflejar la situación económica de las entidades públicas = *busca proteger el principio que exige que las administraciones públicas den una imagen fiel de su situación financiera.*

### 2. Objeto material del delito: documento o información

- Se debe tratar de un documento que refleje la situación económica de la entidad (entre los que se cita la contabilidad) o de una información.

### 3. Sujeto activo

- Delito especial que sólo puede ser cometido por autoridad o funcionario público.

## VI. EL DELITO DE FALSEDAD CONTABLE (ART. 433 BIS CP)

### 4. Conducta delictiva: el perjuicio económico como resultado

- La conducta consiste en poder causar de forma idónea un perjuicio económico para la entidad pública:
  - Por falsear la contabilidad, los documentos o la información relevante que refleje la situación financiera de la concreta entidad pública (art. 433 bis.1 CP).
  - O por facilitar información mendaz a terceros sobre la situación económica de la misma (art. 433 bis.2 CP)
- En ambos casos se trata de un delito de peligro que sólo requiere la aptitud o idoneidad de la conducta para causar el perjuicio económico = se debe por tanto acreditar en el procedimiento la idoneidad de la conducta para causar un perjuicio económico a la entidad pública de la que dependa el sujeto.
- Si se llegare a producir el perjuicio económico = delito de resultado previsto en el art. 433 bis.3 CP con una pena superior. Obviamente debe probarse la relación entre la falsedad documental o la facilitación de la información falsa y el perjuicio causado.
- El perjuicio económico debe conllevar un detrimento patrimonial para la entidad (tanto disminución como un no incremento al que se tiene derecho. No es necesario que tal detrimento patrimonial vaya acompañado de un enriquecimiento ilícito para el SA o para un tercero.

## VI. EL DELITO DE FALSEDAD CONTABLE (ART. 433 BIS CP)

- **Realmente es un delito de falsedad.** No tiene nada que ver con los delitos de malversación, es más bien un delito de falsedades contables en el ámbito público (una réplica del delito societario de falsedades sociales del art. 290 CP).
- Aunque se quería legislar para tomar medidas contra el despilfarro o la mala gestión del dinero público (ejecutar gastos sin crédito, superar el importe de lo presupuestado, etc), **al final el delito se limita a proteger la autenticidad de la documentación contable y financiera para evitarle un perjuicio económico a la entidad pública correspondiente.**
- **Precepto innecesario porque al final no colma laguna alguna** = se podría ir por la vía de la falsedad ideológica del art. 390.4 CP.

### 5. Tipo subjetivo

- Sólo cabe la comisión dolosa. No existe modalidad imprudente.
- El dolo debe abarcar la aptitud de la conducta para causar el daño. No se requiere un ánimo especial de causar un perjuicio económico a la entidad.

## VII. CONCLUSIONES VALORATIVAS

EL PODER SIEMPRE TIENDE A CORROMPER, Y EL PODER ABSOLUTO CORROMPE ABSOLUTAMENTE (Lord ACTON)

- El problema no es recibir un regalo, sobre con dinero o comisión, sino la **obligación de reciprocidad**.
- Delitos que buscan siempre un lucro económico: **abuso del poder para beneficio propio** (soborno, malversación, fraude, recibo de comisiones, captación de rentas, evasión de impuestos, clientelismo, mecenazgo, amiguismo...).
- Ninguna institución se libra: universidades, instituciones religiosas, organizaciones internacionales, asambleas legislativas, ayuntamientos... ⇨ **segundo motivo de preocupación de los españoles tras el paro (Barómetro CIS)**.
- **Evolución de la corrupción hacia un modelo empresarial** con la creación de empresas a efectos de intervenir en la economía legal y así blanquear los beneficios ilícitamente obtenidos (paraísos fiscales – papeles de Panamá).

## VII. CONCLUSIONES VALORATIVAS

- **Especial daño de la corrupción pública** ⇨ que genera pobreza y desigualdad y ataca el cimiento de la confianza en las instituciones públicas por sus **efectos macroeconómicos**:
  - **Incide negativamente en la distribución de la renta facilitando la fuga de capitales y la evasión de impuestos** ⇨ no inversión en programas sociales para los más necesitados e inversión en proyectos absurdos o inidóneos, o con sobrecostes injustificables.
  - **Disminución de las inversiones nacionales y extranjeras por el incremento de los costos y el clima de incertidumbre** ⇨ el estado deberá financiar los ingresos que no entran y también se alteran las reglas de la libre competencia.
  - **Generación de élites** ⇨ desigualdad distributiva y favorecimiento del trabajo clandestino.



TORRE MIRAMAR (VALENCIA)

AEROPUERTO DE TARRAGONA





## **PODER POLÍTICO VS PODER ECONÓMICO**

*Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Nieves Sanz Mulas – Universidad de Salamanca*

## VII. CONCLUSIONES VALORATIVAS

### DELINCUENCIA DE CUELLO BLANCO Y CORRUPCIÓN POLÍTICA



- **Privatización del Estado:** los que antes eran meros gestores pasan a ser los dueños de los servicios públicos.
- **Financiación política a cambio de adjudicaciones de servicios y obras públicas:** “pacto tácito” soportado durante mucho tiempo en las democracias occidentales.
- **Fenómeno de la “puerta giratoria”:** tránsito de servidores públicos a las empresas con las que previamente tuvieron una relación institucional.



### NECESARIAS ESTRATEGIAS DIRIGIDAS AL SECTOR PRIVADO

(Delitos socioeconómicos / Responsabilidad penal de las personas jurídicas)

## VII. CONCLUSIONES VALORATIVAS

DERECHO PENAL COMO RED PENSADA PARA LOS PECES PEQUEÑOS Y DEJAR FUERA A LOS GRANDES



El sobre con medio millón de dólares que Nelson Rockefeller pasó a un funcionario público se consideró formalmente una “propina excesiva” y no fue condenado.....

## VII. CONCLUSIONES VALORATIVAS

### CASOS CORRUPCIÓN



- Muchos casos abiertos con gran repercusión mediática: financiación ilegal (casos Filesa y Naseiro), fraude de subvenciones (caso ERE) o fiscal, contratación pública (casos Roldán, Palma Arena, Gürtel, Noos), corrupción urbanística (caso Malaya)...
- Sin embargo, de más de 1700 causas abiertas, con más de 500 imputados, sólo 20 están en la cárcel ⇒ Frustración colectiva y desconfianza en la justicia.
- Concretamente en materia de contratación pública y urbanismo la cifra de condenas no se corresponde en absoluto con la percepción social del volumen de corrupción pública
- **INDOLENCIA Y FALTA DE ÉTICA DE LOS CARGOS PÚBLICOS IMPLICADOS**

LO QUE DICE UNA MINISTRA  
ALEMANA PILLADA EN UN  
PRESUNTO PLAGIO DE TESIS  
DOCTORAL



@ferranmartin  
lainformacion.com

LO QUE DIRÍA LA MISMA  
MINISTRA SI EJERCIERA  
POLÍTICA EN ESPAÑA...



Ferran 2013.

ALTO CARGO ESPAÑOL BUSCANDO EN EL DICCIONARIO  
UNA PALABRA DESCONOCIDA



## VII. CONCLUSIONES VALORATIVAS

### CAUSAS DEL ESCASO NIVEL DE CONDENAS



- **Marcos normativos hechos para los corruptos** (ej. malversación de caudales y delito financiación ilegal de partidos políticos).
- **Aforamientos** ⇒ 18.000 aforados que dificultan y dilatan los procesos. Irónica renuncia a la doble instancia.
- **Desvío a la jurisdicción administrativa de supuestos claramente delictivos** (ej. prevaricación por adjudicación directa de contratos públicos a familiares, amigos, etc.).
- **Gran concentración de causas en la etapa de instrucción:** macro-procesos con infinidad de cuestiones incidentales, recursos y demás argucias que acaban dilatando el proceso hasta acabar prescribiendo (LEY BERLUSCONI).
- **Dificultad probatoria y falta de conocimientos técnicos y jurídicos** del personal a cargo de las investigaciones ⇒ FALTA DE UN MODELO DE PERSECUCIÓN APTO PARA PERSEGUIR DELITOS.
- Si a final se condena ⇒ **Ley del Indulto de 1870** = beneficio sobre todo de empresarios y autoridades públicas.



**FALTA REAL DE INTERÉS EN LA PERSECUCIÓN Y CASTIGO DE ESTAS CONDUCTAS.**

## VII. CONCLUSIONES VALORATIVAS

### 1. MEDIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN POLÍTICA



- Mejora de los delitos contra la Administración pública ⇒ (límites con el Derecho administrativo sancionador (EBEP), concepto de funcionario público, cantidad de pena y fines a perseguir, etc.)
- No necesario más delitos, “en un Estado corrupto se hacen muchísimas leyes” (TÁCITO) ⇒ mejoras técnicas en los que ya tenemos para que sean realmente aplicados. Reforma urgente del delito de Financiación ilegal de partidos políticos (art. 306 bis) ⇒ deja fuera las modalidades de financiación ilegal más comunes y la nueva regulación favorece a los corruptos.
- Cooperación internacional y lucha contra los paraísos fiscales.
- Dotación de medios e independencia real de jueces y fiscales: la necesaria figura de la acusación popular (hacienda sí somos todos).
- Racionalización de los aforamientos.
- Revisión de las políticas de indultos
- Reforma de la legislación urbanística y medioambiental.
- Necesaria conciencia social y control administrativo de la gestión pública

CON TODO ELLO LOS PECES PEQUEÑOS SEGUIREMOS SIN COMERLOS A LOS GRANDES, PERO AL MENOS LES PLANTAREMOS CARA.....



*Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Nieves Sanz Mulas – Universidad de Salamanca*

## VII. CONCLUSIONES VALORATIVAS

### 2. MEDIDAS CONTRA EL ABUSO DEL DERECHO PENAL FRENTE AL FUNCIONARIO DE A PIE

- **EL AUTOMATISMO EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO PENAL** = quebranto del principio de objetividad, esencial en la administración y presunción de que ésta siempre actúa con dolo o negligencia.
- **PARA EJERCER UNA ACCIÓN PENAL FRENTE A LA ADMINISTRACIÓN PRIMERO SE DEBE ACREDITAR LA VOLUNTAD DOLOSA O CULPOSA.**
- **NO ABRIR CAUSAS PENALES SIN AGOTAR PRIMERO LOS CAUCES ADMINISTRATIVOS:** la nulidad de un acto administrativo no es delito.
- **LA PRESENCIA DE UNA DUDA RAZONABLE SOBRE LA ILEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO = NO PREVARICACIÓN:** este delito exige que la ilegalidad sea manifiesta y clara.
- **HUIDA DE LA ADMINISTRATIVIZACIÓN DEL DERECHO PENAL:** el Derecho penal no es (ni debe ser o convertirse) en un exhaustivo reglamento (administrativo) de conductas sancionables (o punibles)

- Porque la gran mayoría de los funcionarios NO somos...



- Sino más bien....



- .... y el que avisa no es traidor...



**¡MUCHAS GRACIAS!**

[ixmucane@usal.es](mailto:ixmucane@usal.es)