

LA RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA LOCAL: EN PARTICULAR, TÉCNICOS, SECRETARIOS E INTERVENTORES.

Francisco Pleite Guadamillas

Magistrado de lo Contencioso-Administrativo

ÍNDICE:

1. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA.
2. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL PERSONAL AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.
3. RESPONSABILIDAD PENAL.
 - 3.1 PREVARICACION.
 - 3.2 COHECHO.
 - 3.3 TRAFICO DE INFLUENCIAS.
 - 3.4. MALVERSACION DE CAUDALES.

1. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA.

El incumplimiento de los deberes del funcionario genera normalmente una responsabilidad, que puede tener carácter patrimonial, penal o disciplinario. El primer tipo de responsabilidad se genera cuando el empleado público causa un daño económicamente evaluable con su actuación a terceros ajenos a la Administración en la que sirve o a la propia Administración. Pero, esa responsabilidad raramente se le suele exigir personalmente. La responsabilidad penal presupone la comisión de uno de los delitos tipificados en el Código Penal, que contempla las infracciones que el legislador ha estimado mas graves. La mayoría de las infracciones, sin embargo, tienen naturaleza administrativa según la legislación vigente y su regulación y la de su régimen jurídico componen lo que se conoce como régimen disciplinario de los funcionarios. En este sentido el art. 94 de la ley 7/2007 dispone que “Las Administraciones Públicas corregirán disciplinariamente las infracciones del personal a su servicio cometidas en el ejercicio de sus funciones y cargos, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial o penal que pudiera derivarse de tales infracciones”.

El fundamento primero de la existencia de un régimen disciplinario reside en la necesidad que la Administración tiene, como organización prestadora de servicios, de mantener la disciplina interna y de asegurar que sus agentes cumplan las obligaciones de su cargo. Desde este punto de vista, el poder disciplinario de la Administración guarda una semejanza con las facultades disciplinarias de un empresario. De hecho, también la Administración posee hoy este último tipo de

facultades en relación con los empleados a su servicio vinculados por contrato laboral. El régimen disciplinario de los funcionarios adquirió sustantividad desde que el régimen de la función pública paso a regirse por el derecho administrativo y como tal se mantiene y debe formar necesariamente parte de ese régimen estatutario (STC99/1987).

Algunas de las infracciones de los deberes del funcionario se sancionan en el Código Penal, mientras que el derecho sancionador administrativo ha venido desarrollando un esquema de principios y reglas generales, en buena parte importadas desde la dogmática del derecho penal y procesal penal. Por eso la doctrina y la jurisprudencia, salvo excepciones, vienen insistiendo últimamente en que todas las manifestaciones punitivas del Estado, incluidas las que confiere el derecho disciplinario, tienen un fundamento común, se explican y justifican en virtud de un mismo ius puniendi, de donde se deduce que les son aplicables grosso modo los mismos principios y reglas, por lo general extraídas de la dogmática del derecho penal. Son estas tesis las que conviene matizar.

Que el incumplimiento grave de determinados deberes de los funcionarios constituya infracción penal demuestra, ciertamente, que hay algunas conductas que trascienden el círculo del interés puramente interno o domestico de la organización para alcanzar un relieve más general. Esto es así por la misma naturaleza pública de la organización y de sus fines y recursos, La misma razón aproxima el derecho disciplinario al derecho administrativo sancionador común. Pero siguen existiendo diferencias de importancia, en la medida en que el derecho disciplinario tiene también- y lo sigue teniendo- un fundamento específico, que es asegurar el buen funcionamiento de la organización administrativa.

La escueta regulación legal del régimen disciplinario se sostiene y se integra por un conjunto de principios generales del derecho que, como se ha dicho, la jurisprudencia ha venido deduciendo del texto de la Constitución. En la medida en que este régimen constituye una parte del derecho administrativo sancionador, los principios de uno y otro son comunes. Mejor dicho, los principios de los funcionarios, aunque con algunos matices derivados de la especificidad y de las finalidades peculiares de éste último.

El marco legislativo está formado por la ley 7/2007 del en los arts. 93 y siguientes en los que se aplica a los funcionarios públicos y el personal laboral quedan sujetos al régimen disciplinario establecido en el Título VII y en las normas que las Leyes de Función Pública dicten en desarrollo de este Estatuto.

Constituyen faltas disciplinarias graves, entre otras, la adopción de acuerdos manifiestamente ilegales que causen perjuicio grave a la Administración o a los ciudadanos y la prevalencia de la condición de empleado público para obtener un beneficio indebido para sí o para otro, siempre y cuando no constituyan delito.

Junto a estas infracciones que se pueden aplicar al ámbito de la contratación administrativa la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público en la Disposición adicional vigésimo segunda dispone que:

“1.La responsabilidad patrimonial de las autoridades y del personal al servicio de las Administraciones Públicas derivada de sus actuaciones en materia de contratación administrativa, tanto por daños causados a particulares como a la propia Administración, se exigirá con arreglo a lo dispuesto en el Título X de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial.

2.La infracción o aplicación indebida de los preceptos contenidos en la presente Ley por parte del personal al servicio de las Administraciones Públicas, cuando mediare al menos negligencia grave, constituirá falta muy grave cuya responsabilidad disciplinaria se exigirá conforme a la normativa específica en la materia”.

De este precepto la responsabilidad patrimonial se analizara en el apartado siguiente y la disciplinaria se exige que exista negligencia grave y la inaplicación de los preceptos de la ley de contratos del sector público.

2. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL PERSONAL AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.

Aparte de la responsabilidad disciplinaria en que pueda incurrir, el funcionario, al igual que las autoridades y el resto del personal al servicio de la Administración, está sujeto a responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios que pueda ocasionar en el ejercicio de sus funciones. Naturalmente, siempre que esos daños sean antijurídicos (es decir, daños que el perjudicado no tenga el deber de soportar), efectivos, evaluables económicamente e individualizados por relación a una persona o grupo de personas (arts. 139.2 y 141.1 LRJPAC). Y siempre que hayan sido causados por dolo, culpa o negligencia del funcionario.

La cuestión, sin embargo, ha sido siempre polémica, pues el régimen de responsabilidad patrimonial de autoridades y funcionarios se mueve entre dos preocupaciones. Si se admite directamente y con amplitud la responsabilidad personal del agente público, la eficacia de la actuación administrativa se puede resentir, ya que muchos funcionarios pueden quedar paralizados ante las posibles consecuencias, sean antijurídicas o no, de sus actos. Si, por el contrario, se rechaza la responsabilidad personal del agente y se afirma la de la Administración a que pertenece, como persona jurídica u organización impersonal, la situación es mas cómoda para el perjudicado, pero puede producir la practica inmunidad del administrador negligente o doloso, Entre estas alternativas, que admiten distintas formas de solución, nuestra legislación se ha inclinado desde hace mucho por la segunda. Aunque con matices.

En el derecho vigente, según el artículo 146.1 de la LRJPAC, la responsabilidad civil del personal al servicio de las Administraciones publicas derivada del delito ses exigirá de acuerdo con previsto en la legislación que corresponda. Quiere esto decir que quien sufra un perjuicio causado por un agente de la Administración, mediando una conducta delictiva, puede exigir de esa persona la responsabilidad civil que le sea

atribuible ante los tribunales penales (art.121 del Código Penal). Por el contrario y tal como ha quedado claro tras la reforma de la LRJPAC llevada a cabo por la Ley 4/1999, de 13 de enero, el interesado no puede reclamar directamente en ninguna vía administrativa.

El perjudicado debe dirigir su reclamación de responsabilidad directa y exclusiva contra la propia Administración, cuando haya indemnizado a aquel, la que exigirá de oficio en vía de regreso la responsabilidad en que hubieran incurrido las autoridades o personal a su servicio, siempre que medie dolo, culpa o negligencia grave (art 145.2 LRJPAC), mediante el procedimiento reglamentario establecido (arts 20 y 21 del Reglamento de los procedimientos en materia de personal de las Administraciones Publicas, RD 429/1993, 26 de marzo).

De la misma manera, la Administración debe exigir responsabilidad patrimonial a su personal por los daños y perjuicio que hay causado en sus bienes o derechos, cuando hubiera concurrido dolo, culpa o negligencia graves (art.145.3 LRJPAC). Para la exigencia de responsabilidad el funcionario en estos casos han de ponderarse, entre otros criterios, el resultado dañoso producido, la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional del personal y su relación con el daño producido.

La exigencia de responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones públicas no suspenderá los procedimientos de reconocimiento de responsabilidad patrimonial que se instruyan, salvo que la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial¹.

3. RESPONSABILIDAD PENAL.

Los funcionarios también pueden incurrir en responsabilidad penal por la comisión de hechos (o por omisiones) constitutivos de delito, mediando dolo o imprudencia. En el Código Penal y otras leyes especiales se tipifican determinadas conductas que realizan en el ejercicio de su cargo o en relación con el o prevaliéndose ilícitamente de su condición de funcionarios públicos.

Precisamente el ultimo texto del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, establece una regulación mas extensa que la del Código anterior y en parte novedosa de los delitos atribuibles directamente a los funcionarios. Además, sigue manteniendo como circunstancia agravante de la responsabilidad

¹ En este sentido en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sentencia de 22 Oct. 2004, rec. 925/2003 (Ponente: Fresneda Plaza, Felipe, sobre indemnización por daños y perjuicios ocasionados a la adjudicataria del servicio de limpieza de un colegio, se afirma en la necesidad de sustituir a diversas trabajadoras como consecuencia del acoso en el trabajo que sufrieron --mobbing-- por parte de un empleado del centro, funcionario del Ayuntamiento. La atribución de responsabilidad es consecuencia de que la actuación del funcionario lo es en el ejercicio de las funciones propias de su cargo, siendo su actuación imputable a la organización administrativa en la que se encuentra integrado y se determina la cuantía indemnizatoria.

criminal “prevalerse del carácter público que tenga el culpable” (art.22.7º). También mantiene la definición a efectos penales del funcionario público: “todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de la autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas” (art.24.2). Concepto que, es más amplio que el que se suele utilizar en el derecho administrativo. No obstante, ese concepto onmicomprensivo debería haberse actualizado, para incluir también expresamente a quienes participan en el ejercicio de funciones públicas en virtud de un contrato laboral o administrativo de prestación de servicios, que son hoy muy numerosos. Aunque la definición del Código pueda extenderse a estos por vía interpretativa, mejor hubiera sido despejar cualquier tipo de duda.

Hay que recordar que toda persona responsable de un delito lo es también civilmente de los perjuicios o daños que derivaren (art.116.1 del Código Penal). Las distintas Administraciones públicas responden subsidiariamente de los delitos dolosos o culposos causados por las autoridades, agentes, contratados y funcionarios de cada una en el ejercicio de sus cargos o funciones, siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieran confiados (art. 121 del Código Penal). Cuando el daño causado por el delito consista en alcance de caudales o efectos públicos, la responsabilidad civil del funcionario será determinada por la jurisdicción contable en el ámbito de su competencia (art. 18.2 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas).

3.1. PREVARICACION.

El delito de prevaricación estaba ya previsto en las Partidas. También en la novísima recopilación, y, posteriormente en los sucesivos Código Penales. Aparece ya referido delito en el Código Penal de 1822, así como en el de 1870, 1929 y 1930².

El delito de prevaricación administrativa viene definido en el artículo 404 del Código Penal que sanciona «a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo».

Como se decía en la ST5 núm. 1015/2002, de 31 de mayo, el delito de prevaricación tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación. 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, respetando coetáneamente el principio de intervención mínima del ordenamiento penal (Sentencias de 21 de diciembre de 1999 y 12 de diciembre de 2001, entre otras). La acción consiste en dictar una resolución arbitraria en un asunto administrativo. Ello implica, sin duda, su contradicción con el derecho, que puede manifestarse, según reiterada jurisprudencia, bien porque se haya dictado sin tener la competencia legalmente exigida, bien porque no se hayan respetado las normas esenciales de procedimiento, bien porque el fondo de la misma contravenga lo dispuesto en la

² Sobre los delitos de los funcionarios públicos véase lo expuesto por Ángel Juanes Peces “Delitos de los funcionarios públicos” Diario La Ley, 1998, Ref.º D-242, Tomo 5

legislación vigente o suponga una desviación de poder (STS núm. 727/2000, de 23 de octubre),_o en palabras de otras sentencias, puede venir determinada por diversas causas y entre ellas se citan: la total ausencia de fundamento; si se han dictado por órganos incompetentes; si se omiten trámites esenciales del procedimiento; si de forma patente y clamorosa desbordan la legalidad; si existe patente y abierta contradicción con el ordenamiento jurídico y desprecio de los intereses generales STS núm. 2340/2001, de 10 de diciembre y STS núm. 76/2002, de 25 de enero).

Pero no es suficiente la mera ilegalidad, pues ya las normas administrativas prevén supuestos de nulidad controlables por la jurisdicción contencioso-administrativa sin que sea necesaria en todo caso la aplicación del Derecho Penal, que quedará así restringida a los casos más graves. No son, por tanto, identificables de forma absoluta los conceptos de nulidad de pleno derecho y prevaricación.

La jurisprudencia se ha ocupado de la cuestión en numerosos precedentes, estableciendo la diferencia entre la ilegalidad administrativa y la prevaricación. Así, la jurisprudencia anterior al Código Penal vigente, y también algunas sentencias posteriores, siguiendo las tesis objetivas, venía poniendo el acento en la patente y fácil cognoscibilidad de la contradicción del acto administrativo con el derecho. Se hablaba así de una contradicción patente y grosera (STS de 1 de abril de 1996), o de resoluciones que desbordan la legalidad de un modo evidente, flagrante y clamoroso (SSTS de 16 de mayo de 1992 y de 20 de abril de 1995) o de una desviación o torcimiento del derecho de tal manera grosera, clara y evidente que sea de apreciar el plus de antijuridicidad que requiere el tipo penal (STS núm. 1095/1993, de 10 de mayo).

Otras sentencias, sin embargo, sin abandonar las tesis objetivas, e interpretando la sucesiva referencia que se hace en el artículo 404 a la resolución como arbitraria y dictada a sabiendas de su injusticia, vienen a resaltar como elemento decisivo de la actuación prevaricadora el ejercicio arbitrario del poder, proscrito por el artículo 9.3 de la Constitución, en la medida en que el ordenamiento lo ha puesto en manos de la autoridad o funcionario público. Y así se dice que se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o el funcionario dictan una resolución que no es efecto de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico sino, pura y simplemente, producto de su voluntad, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad. Cuando se actúa así y el resultado es una injusticia, es decir, una lesión de un derecho o del interés colectivo, se realiza el tipo objetivo de la prevaricación administrativa (SSTS de 23-5-1998; 4-12-1998; STS núm. 766/1999, de 18 mayo y STS núm. 2340/2001, de 10 de diciembre), lo que también ocurre cuando la arbitrariedad consiste en la mera producción de la resolución -por no tener su autor competencia legal para dictarla- o en la inobservancia del procedimiento esencial a que debe ajustarse su génesis (STS núm. 727/2000, de 23 de octubre). En el mismo sentido, la STS nº 226/2006, de 19 de febrero.

Puede decirse, como se hace en otras sentencias, que tal condición aparece cuando la resolución, en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el derecho, no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la Ley (STS núm. 1497/2002, de 23 septiembre), o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor (STS núm. 878/2002, de 17 de mayo) o cuando la resolución adoptada -desde el punto de vista objetivo- no resulta cubierta por ninguna interpretación de la Ley basada en cánones interpretativos admitidos (STS núm. 76/2002, de 25 de enero). Cuando así ocurre, se pone de manifiesto que la autoridad o funcionario, a través de la resolución que dicta, no actúa el derecho, orientado al funcionamiento de la Administración Pública conforme a las previsiones constitucionales, sino que hace efectiva su voluntad, sin fundamento técnico-jurídico aceptable.

Este mismo criterio ha sido seguido posteriormente en otras sentencias, tal como la STS nº 627/2006, de 8 de junio, en la que se dice que "La jurisprudencia de la Sala II, por todas STS de 2 de abril de 2003 y de 23 de septiembre de 2002, exige para rellenar el contenido de la arbitrariedad que la resolución no sólo sea jurídicamente incorrecta, sino que además no sea sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la Ley. Frecuentemente una situación como ésta ha sido calificada mediante distintos adjetivos («palmaria», «patente», «evidente» «esperpéntica», etc.), pero, en todo caso, lo decisivo es el aspecto sustantivo, es decir, los supuestos de hecho en los que esos adjetivos han sido utilizados. En particular la lesión del bien jurídico protegido por el art. 404 CP (1995) se ha estimado cuando el funcionario adopta una resolución que contradice un claro texto legal sin ningún fundamento, para la que carece totalmente de competencia, omite totalmente las formalidades procesales administrativas, actúa con desviación de poder, omite dictar una resolución debida en perjuicio de una parte del asunto administrativo (ver STS 647/2002), con mayores indicaciones jurisprudenciales)".

Además, es necesario que el autor actúe a sabiendas de la injusticia de la resolución. Será necesario, en definitiva, en primer lugar, una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; en segundo lugar que sea contraria al Derecho, es decir, ilegal; en tercer lugar, que esa contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable; en cuarto lugar, que ocasione un resultado materialmente injusto, y en quinto lugar, que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario, y con el conocimiento de actuar en contra del derecho.

La arbitrariedad puede apreciarse asimismo en relación a una absoluta falta de competencia o bien a la inobservancia del procedimiento establecido. En ambos casos, las pautas establecidas para la tramitación del procedimiento a seguir en cada caso, e incluso la atribución de la competencia para resolver a determinados órganos, tienen entre otras funciones la de alejar los peligros de la arbitrariedad y la contradicción con el derecho (STS núm. 2340/2001, de 10 de diciembre). Así se ha dicho que el procedimiento administrativo tiene la doble finalidad de servir de garantía de los derechos individuales y de garantía de orden de la Administración, y de justicia y acierto en sus resoluciones. Por un lado tiene una finalidad general orientada a someter la actuación administrativa a determinadas formas que permitan su comprobación y control formal, y por otro, otra de mayor trascendencia, dirigida a establecer determinados controles sobre el fondo de la actuación de que se trate. Ambas deben ser observadas en la actividad administrativa, pudiendo dar lugar en caso contrario a la nulidad o a la anulabilidad (artículos 53.1, 62 y 63 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre). Sin embargo no se puede identificar de un modo automático la omisión del procedimiento con la calificación de los hechos como delito de prevaricación. En este sentido, de un lado, es posible una nulidad de pleno derecho sin que la resolución sea constitutiva de delito. De otro, el artículo 63.2 de la citada Ley 30/1992, en el ámbito administrativo, dispone que el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados. En general, pues, la mera omisión de los requisitos puramente formales no supondrá por sí misma la arbitrariedad e injusticia de la resolución

. En este sentido, la STS núm. 2340/2001, de 10 de diciembre (STS núm. 76/2002, de 25 de enero, entre otras, no se refieren a la omisión de cualquier trámite sino de los esenciales del procedimiento.

Otra cosa ocurrirá cuando omitir las exigencias procedimentales suponga principalmente la elusión de los controles que el propio procedimiento establece sobre el fondo del asunto, pues en esos casos, la actuación de la autoridad o funcionario no se limita a suprimir el control formal de su actuación administrativa, sino que con su forma irregular de proceder elimina los mecanismos que se establecen precisamente para asegurar que su decisión se sujeta a los fines que la Ley establece para la actuación administrativa concreta en la que adopta su resolución. Son, en este sentido, trámites esenciales. (STS núm. 331/2003, de 5 de marzo).

3.2.COHECHO.

Bajo la rúbrica de delito de cohecho se agrupan una serie de conductas delictivas dispares, cuyo único elemento común lo constituye la idea de corrupción del funcionario, a quien se le paga para que ejecute un hecho opuesto al ordenamiento jurídico en la mayoría de los casos, o para que realice incluso un acto válido, al que estaba obligado por razón de su cargo, para cuya consecución recibe una dádiva, o promesa, al margen de su sueldo. Lo decisivo es el bien jurídico protegido (sea éste el principio de imparcialidad o un concepto más abierto como evitar la privatización de la función pública). Y éste se puede ver también afectado por dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas que no tengan un contenido patrimonial. Es tradicional, en la doctrina, distinguir entre: a) Cohecho pasivo (relativo al funcionario público que solicita o admite un soborno), y b) Cohecho activo, referido al particular que corrompe o intenta corromper al funcionario³. No obstante, más correcto sería distinguir a efectos interpretativos entre cohecho del funcionario y cohecho del particular.

Respecto a las modalidades de cohecho pasivo el art. 419 establece lo siguiente: « La Autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de tercero, solicitare, o recibiere, por sí, o por persona interpuesta, dádiva o presente o aceptare ofrecimiento, o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo una acción u omisión constitutiva de delito » .

El precepto en cuestión dice que puede ser « La Autoridad, o funcionario ». Ambos conceptos los define el art. 24.1 y 2 del Código Penal. En efecto, según el artículo citado, se entiende por Autoridad al que por sí mismo como miembro de alguna corporación, Tribunal, o órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también Autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal. Se considera funcionario público todo el que por disposición inmediata de la ley, por elección o por nombramiento de autoridad competente, participe en el ejercicio de funciones públicas.

³ Así se expone por Ángel Juanes Peces “Delitos de los funcionarios públicos” Diario La Ley, 1998, Ref.º D-242, Tomo 5

La conducta típica radica en solicitar, o recibir, por sí, o por persona intermedia, dádiva o promesa, o en aceptar ofrecimiento o promesa. Solicitar, implica una intervención positiva del funcionario, mientras que las otras dos (recibir y aceptar) suponen una actividad expectante. Como indica Muñoz Conde, se equiparan aquí, tanto el acuerdo bilateral, como la solicitud unilateral del funcionario. En consecuencia, aunque la petición del funcionario sea rechazada, el delito existirá.

Finalmente decir que las acciones de solicitar, recibir y aceptar se verifican para ejecutar un acto relativo al ejercicio de su cargo que constituya un delito, es decir, que el acto que lleve a cabo el funcionario sea de los de su competencia, y además que constituya delito.

Es sólo punible la comisión dolosa, pues el funcionario, según Muñoz Conde, ha de ser consciente del carácter y, la finalidad de la solicitud, aceptación, o recepción de la dádiva o promesa, y querer actuar a pesar de ello. No caben las formas imperfectas de ejecución, ya que el delito se consuma desde el momento en que el funcionario solicita la dádiva, independientemente de que se acepte o no.

En virtud del art. 420: La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, solicite o reciba, por sí, o por persona interpuesta, dádiva o promesa por ejecutar un acto injusto relativo al ejercicio de su cargo que no constituya delito.

En el art. 421 se dispone que: « Cuando la dádiva solicitada, recibida o prometida tenga por objeto que la autoridad o funcionario público se abstenga de un acto que debiera practicar en el ejercicio de su cargo, las penas serán de multa del tanto al duplo del valor de la dádiva e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años ».

Lo que realmente caracteriza a esta modalidad de cohecho es que la dádiva ha de tener por objeto la abstención del funcionario, cuando éste venga obligado a actuar. Finalmente decir que, según el art. 422 del Código Penal, lo dispuesto en los artículos precedentes será también aplicable a los jurados, árbitros, peritos o cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la función pública.

En este artículo se extiende la punibilidad prevista para los funcionarios en materia de cohecho, a un grupo de sujetos cuyo nexo común es la participación en funciones públicas.

La doctrina denomina como cohecho impropio al previsto en los arts. 425.1 y 426. El art. 426 dice así: « la autoridad o funcionario público que admitiera dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su cargo, o para la consecución de un acto no prohibido legalmente, incurrirá en la pena de multa » . En realidad en este artículo se castigan dos conductas distintas, a saber:

a) La del funcionario o autoridad que admitiera regalos en consideración a su cargo. Para que tenga lugar esta primera modalidad, de las previstas en el art. 426 se exige que el regalo o dádivas sean entregados en consideración a su función. A través de este artículo se intenta proteger la imparcialidad de la Administración, frente a actos en principio inocuos, pero que en el fondo revisten formas directas e indirectas de corrupción, por medio de las cuales se intenta captar voluntades, pues si tales regalos se hacen, es, por lo general, con la esperanza de predisponer al funcionario público de cara a que sus actuaciones futuras se decanten a su favor. Es corriente en la sociedad moderna en general, y en particular en nuestro país, ofrecer al funcionario público

ciertos tipos de regalos en correspondencia « a pequeños favores », que, como dice Muñoz Conde, van desde ahorrarle al particular la espera ante la ventanilla de turno, hasta otros favores de mayor calado y contenido. Pues bien, en estos casos, siempre que dichas dádivas o regalos no pasen de cuantías moderadas, o, de lo que en los usos sociales se considere forma habitual de relación amistosa, la conducta no será delictiva. Por el contrario, si tales regalos exceden de lo que se considera « adecuado socialmente », es claro que tales comportamientos entran de lleno en el ámbito normativo de delito en cuestión. De acuerdo con una interpretación en la que se tiene en cuenta la función constitucional de la Administración, se pueden encontrar criterios para resolver el viejo problema de la «naturaleza cuantitativa de la dádiva». El recurso a criterios difusos como la «adecuación social» o el «principio de insignificancia» carecen de utilidad si no se relacionan con la *ratio* de la incriminación del cohecho. En este sentido, la dádiva, el presente, el ofrecimiento o la promesa cobrarán relevancia típica desde el momento en que han afectado a la motivación del funcionario o son idóneos para afectar a su imparcialidad.

El art. 426, junto a la conducta descrita, contempla a su vez aquella otra en que el regalo o la dádiva se entrega, no en consideración al cargo, sino para la consecución de un acto no prohibido por la ley, como, por ejemplo, dar preferencia a un expediente a cambio de una dádiva.

El art. 425 dice así: « La autoridad o funcionario público que solicitare dádiva o presente o admitiera ofrecimiento o promesa para realizar un acto propio de su cargo o como recompensa del ya realizado incurrirá en la pena... ». En este artículo se castiga a diferencia del art. 426 al funcionario público que solicitare dádiva o presente o admitiere ofrecimiento o promesa para realizar un acto propio de su cargo, o como recompensa del ya realizado. En realidad, como dice Muñoz Conde, este artículo no añade nada nuevo a las tipicidades examinadas, en tanto que el núcleo del tipo sigue consistiendo en la solicitud o admisión por parte de la autoridad a una remuneración a la que no tiene derecho.

En la modalidad llamada cohecho activo, lo que se castiga es la conducta de aquellos particulares que intentan comprar, y valga la expresión, al funcionario público para que, apartándose de la objetividad e imparcialidad que deben guiar la actuación pública, favorezca sus intereses partidistas, en la mayoría de las ocasiones, cuando no siempre espúreas. Todas estas conductas se incriminan en el art. 423 que dice así:

- 1) Los que con dádivas o presentes, ofrecimientos o promesas corrompiesen o intentaren corromper a las autoridades o funcionarios públicos, serán castigados con las mismas penas de prisión y multa que éstos.
- 2) Los que atendieren las solicitudes de las autoridades o funcionarios públicos, serán castigados con la pena inferior en grado a la prevista en el apartado anterior.

La conducta del tipo previsto en el art. 423 se describe como corromper o intentar corromper al funcionario y aceptar las solicitudes de éste. En ofrecer dádiva o promesa al funcionario para conseguir de éste una actuación favorecedora de sus intereses.

En el art. 427 se declara exento de pena al particular que: a) Ocasionalmente haya accedido a la solicitud de dádiva hecha por funcionario, y b) lo denuncie a la autoridad obligada a proceder a su averiguación, antes de la apertura del

correspondiente procedimiento, siempre que no hayan transcurrido más de diez días desde la fecha de la comisión de los hechos. La finalidad de este precepto es la de propiciar la denuncia del funcionario corrupto, sin temor a ser el mismo procesado.

3.3. TRAFICO DE INFLUENCIAS.

Se introdujo por primera vez en España mediante la Ley de 22 de marzo de 1991. Según Muñoz Conde, se quiso evitar el llamado tráfico de influencias, entendiendo por tal la actividad encaminada a conseguir resoluciones o acuerdos que beneficien a intereses particulares, en detrimento de los intereses generales, utilizando para ello la influencia que un funcionario público o un particular puede tener sobre un funcionario. Se trata en suma de propiciar (valiéndose de una real y efectiva influencia sobre un funcionario público) una resolución que beneficie a varios particulares, y cause perjuicio a la generalidad.

Antes de entrar en el examen y resolución del caso concreto, hay que hacer una breve referencia previa y de carácter general a este delito de tráfico de influencias, indicando primeramente que su descripción tipificadora contiene una indudable afinidad con el delito de cohecho ya que ambos tienen como finalidad o meta inicial y común «evitar la interferencia de intereses ajenos o contrarios a los públicos» tutelando o protegiendo un bien jurídico tan esencial como es la imparcialidad u objetividad de las decisiones de los funcionarios públicos. Sin embargo, según doctrina generalizada, que hacemos nuestra, a diferencia de lo que ocurre en el delito de cohecho, en el de tráfico de influencias están comprendidos aquellos supuestos en los que si bien se pretende conseguir del funcionario una parcial (o no del todo imparcial) decisión, para conseguirlo se emplean en realidad medios distintos a las «dádivas o presentes», debiéndose resaltar también que tanto el anterior CP (art. 404 bis) como el vigente (arts. 428 y 429) «únicamente contemplan la conducta del particular o del funcionario que pretende incidir en la voluntad de otro funcionario público prevaliéndose, bien de una relación puramente personal, bien de una relación jerárquica», mientras que, paradójicamente y por el contrario no parece tipificarse la conducta del propio funcionario que se deja influir o inducir por presiones de terceras personas. Por ello, ambos atacan o conculcan el principio de imparcialidad que debe regir de modo escrupuloso la conducta de toda persona encargada de tomar decisiones públicas, conteniendo, desde el punto de vista subjetivo, dos vertientes, la que afecta a la persona que trata de influir en el responsable de la decisión, y la que se refiere a la persona influida («influyente» e «influido»). Sin embargo, y como antes hemos dicho, a diferencia de lo que ocurre con el delito de cohecho, en el que tan responsable es el cohechante como el cohechado, en el de tráfico de influencias sólo se tipifica y sanciona la conducta de la persona que influye, careciendo de tipicidad la del funcionario que se deja influir por situaciones ajenas a los intereses públicos y adopta una resolución (o se muestra dispuesto a adoptarla) que beneficie a la persona que ha influido en él siempre, eso sí, que la decisión adoptada no contenga los requisitos que tipifican el delito de prevaricación previsto en el art. 404 vigente Código y arts. 351 y ss del Código derogado. Se ha dicho por ello y con razón que esta falta de simetría entre la sanción que corresponde al que influye y la falta de sanción al que se deja influir «enturbia» considerablemente la interpretación lógica que ha de darse a estos delitos, al ser muy difícil determinar, aunque sea en cada caso concreto, el contenido, tanto cuantitativo, como cualitativo, de la «influencia», es decir, el grado de antijuridicidad que

acompaña al agente comisor. Esta dificultad interpretativa hará casi siempre concluir en dudas muy fundadas sobre la comisión delictiva y su imputabilidad, dudas que (obvio es decirlo) habrán de resolverse in bonam partem, a favor del reo.

En el art. 428 se castiga al funcionario público o autoridad que influyese en otro funcionario prevaleándose del ejercicio de las facultades de su cargo, o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con este o con otro funcionario público, para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero.

El art. 429 finalmente castiga al particular que influyera en un funcionario público o autoridad, prevaleándose de cualquier situación derivada de su relación personal con este, o con otro funcionario público o autoridad para conseguir una relación que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero.

Lo que en estos preceptos se castiga es influir, prevaleándose, consiguiendo por esta vía la adopción de resoluciones o acuerdos, contrarios al interés general, y favorables a intereses particulares. La simple recomendación sin más no integra este delito. El elemento clave en estas tipologías lo integra el prevalimiento, que tanto puede consistir en valerse de una superioridad jerárquica, o política, como en utilizar una relación personal con el funcionario o autoridad sobre el que se influye. Lo decisivo es abusar de una relación de superioridad por cualquier causa, e intentar por medio de ella condicionar la voluntad del funcionario para que adopte una resolución contraria al interés general. En este sentido dicho delito se aproxima en su estructura típica al de coacciones

3.4.MALVERSIÓN DE CAUDALES.

El Capítulo VII del Título XIX del Código Penal bajo la rúbrica « Del delito de malversación de caudales » tipifica una serie de conductas de compleja naturaleza, que doten de especificidad y de tratamiento unitario a la amalgama de conductas agrupadas bajo la denominación « de malversación de caudales » .

El actual delito de malversación se asemeja a la tradicional idea de peculado. Se ha abandonado la protección de ciertos bienes o intereses de índole formal o administrativa como la buena marcha de la ordenación presupuestaria. En la actualidad se puede definir según Feijoo Sánchez “el delito de malversación como un delito que consiste en dar aplicación privada a caudales, efectos o bienes destinados a cumplir una función pública, lo que hace que se produzca o se pueda producir una perturbación del correcto funcionamiento de la Administración al no disponer ésta de esos caudales, efectos o bienes. A veces se castiga el hecho de que los bienes salgan del ámbito público (arts. 432 y siguientes del Código Penal) y otras veces la mera utilización de los mismos (art. 434 del Código Penal). La única tipificación extraña a esta idea es la conducta descrita en el art. 435.3 del Código Penal que, como venía señalando la doctrina, debería haber tenido otra ubicación sistemática⁴

⁴ Feijoo Sánchez Bernardo Delitos contra la Administración pública: consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificación de otras conocidas Diario La Ley, 1997, Ref.º D-76, Tomo 2

Los elementos comunes que sirven de nexo de unión a las distintas clases de malversaciones, dos serían éstas: a) la condición de funcionario público, en el sujeto activo, y b) la naturaleza pública de los caudales.

Es conveniente antes de analizar cada una de las modalidades delictivas, tratar algunas cuestiones comunes. El sujeto activo es el funcionario público, pero no cualquier funcionario, sino aquel que mantiene con los caudales una determinada relación. El objeto material está formado por los caudales públicos. En cuanto a lo que se entiende por caudales públicos, según el Tribunal Supremo (sentencia de 2 de marzo de 1973), por tal ha de entenderse « todo capital, hacienda, patrimonio, fondo, cosa o bien, de cualquier condición, fungible o no, y susceptible de apreciación económica o valor ». La doctrina critica esta conceptualización excesivamente amplia, de ahí, que proponga esta otra acepción. « Caudal » equiparable a cualquier objeto o efecto, bien mueble, dinero, valores negociables que posean un valor económico, aunque no sea actual.

Para que exista el delito de malversación, ha de mediar entre el funcionario y los caudales públicos una cierta vinculación, que, en los arts. 432.1 y 433, se explicita en que aquél los tenga « a su disposición por razón de sus funciones ».

La cuestión clave se centra en determinar qué se entiende « por tener a su disposición por razón de sus funciones ».

En este sentido caben dos interpretaciones:

a) Aquella según la cual el funcionario ha de tener los bienes sobre la base de una competencia específica, no sobre la de toda entrega o tenencia a la que haya dado lugar el ejercicio de cualquier función pública.

b) Otra más minoritaria, conforme a la cual, no es estrictamente necesario que el funcionario tenga en su poder los caudales públicos por razón de la competencia específica que las disposiciones legales o reglamentarias atribuyen al cuerpo administrativo a que pertenezca o al servicio al que normalmente figure adscrito, sino que basta con que los caudales hayan llegado a su poder con ocasión de las funciones que concreta y efectivamente realice el sujeto como elemento integrante del órgano público (sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 1966).

La doctrina mayoritariamente se inclina por la primera de las interpretaciones, pues lo contrario desnaturalizaría los distintos tipos de malversación.

La actual regulación obliga a distinguir los siguientes tipos penales que son las previstas en el art. 432, que contiene una modalidad activa y otra omisiva.

La modalidad activa consiste en sustraer los caudales públicos que tenga el funcionario a su cargo por razón de sus funciones. Sujeto activo es un funcionario público, bien en propiedad, bien interino o participante de alguna manera en funciones públicas, que tenga a su cargo o disposición caudales pertenecientes a entidades estatales, municipales, autonómicas o entes públicos en general. Según el Tribunal Supremo sustraer ha de entenderse en el sentido más amplio y comprensivo de separar, extraer, quitar o despejar los caudales o efectos estatales, el funcionario público, que le están encomendadas en apropiación definitiva, con deseo de no restituir, por plena suplantación de la propiedad. Esencial en este tipo es el ánimo de apropiación definitiva que debe guiar al funcionario, y no simplemente de su uso ajeno a la función pública. La expresión con « ánimo de lucro » indica el carácter eminentemente doloso del delito, excluyéndose así la tipicidad culposa, por falta de expresión específica. En la malversación se debe infringir un específico deber de custodia (deber de garante). Si no es así se debe acudir a los delitos patrimoniales.

La modalidad omisiva se contempla en el art. 432.1, que castiga a la autoridad o funcionario público que « consintiere que un tercero, con igual ánimo, sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones ». Se trata como dice Muñoz Conde, « de un delito de comisión por omisión del deber de custodia de los caudales a cargo del funcionario ». Esencial para la existencia de este delito es la infracción del deber de custodia que pesa sobre determinados funcionarios. Nos encontramos en presencia de un delito de comisión por omisión. Dado que el Código sólo admite la versión dolosa no cabe por tanto su comisión por imprudencia. Se exige, por otra parte, para concluir el estadio de esta modalidad delictiva que el particular actúe con ánimo de lucro. El funcionario que tiene caudales o efectos públicos a su cargo por razón de sus funciones debe saber no sólo que un tercero los sustrae, sino que los sustrae con ánimo de lucro. Aunque formalmente la referencia típica a un especial *animus* sea novedosa, la jurisprudencia y la doctrina venían haciendo referencia al ánimo de lucro para definir la acción de sustraer y, sobre todo, para diferenciar la conducta tipificada en el art. 432 del Código Penal de la tipificada en la actualidad en el art. 433 del Código Penal (anterior art. 396) ⁽¹⁾. En el art. 432 del Código Penal se precisa un *animus rem sibi habendi* mientras el art. 433 del Código Penal se caracteriza porque el autor actúa con un simple *animus utendi*. Este criterio desarrollado por doctrina y jurisprudencia ha recibido, pues, un reconocimiento legal expreso

Finalmente, hay que hacer referencia a las conductas de distracción, dentro de las cuales se incluyen las conductas del funcionario que sin apropiarse de los caudales los aparta del fin que tenían asignados, aplicándolos a usos ajenos a la función pública. Dentro de este apartado hay que incluir los delitos previstos en los arts. 433 y 434.

El art. 433 « castiga » a la autoridad o funcionario público que destinara a usos ajenos a la función pública los caudales o efectos puestos a su cargo por razón de sus funciones.

La diferencia entre este delito y el de sustracción de los caudales públicos, previsto en el artículo 432, radica en el elemento subjetivo. En efecto, en esta última modalidad el sujeto (funcionario público) carece de intención de apropiarse definitivamente de los caudales públicos, sino simplemente de aplicar los efectos públicos a usos distintos a la función pública bien sean éstos propios o ajenos. Prevé el Código un tipo atenuado en el caso de que el culpable reintegre el importe de lo distraído dentro de los diez días siguientes de la incoación del proceso (art. 433.2).

El art. 434 castiga al funcionario público que con ánimo de lucro propio o ajeno, y con grave perjuicio para la causa pública, diere una aplicación privada a bienes muebles o inmuebles pertenecientes a cualquier Administración o Entidad estatal, Autonómica o local u organismos dependientes de alguna de ellas. Los problemas de corrupción que dominaban la vida política durante la tramitación parlamentaria han motivado la aparición de un precepto de estas características. El objeto del mismo es combatir formas sutiles y modernas de explotar los bienes de la Administración para fines particulares cerrando lagunas de punibilidad en relación a hechos que habían causado y causan una considerable conmoción pública. La «picaresca» había superado las posibilidades de reacción del Derecho penal. Según Muñoz Conde, «el precepto viene a cubrir una de las lagunas más denunciadas de la anterior regulación». De esta manera la aplicación privada de un despacho o de un coche oficial dejan de ser conductas atípicas. Aunque el legislador, con muy buen criterio, teniendo en cuenta el bien jurídico protegido exige un grave perjuicio para la causa pública como elemento típico. El principal problema que plantea este art. 434

del Código Penal es su deslinde con el art. 433 del Código Penal. Parece que el art. 434 del Código Penal está pensado para aquellos supuestos en los que se dedican bienes muebles o inmuebles de forma duradera o exclusiva a satisfacer necesidades o negocios privados, pero sin que los bienes pasen a formar parte del patrimonio particular. El art. 433 del Código Penal, por el contrario, estaría pensado para supuestos más puntuales u ocasionales.

El art. 435 del Código Penal se ocupa de la denominada malversación impropia: amplía el círculo de autores del delito de malversación y considera que también son autores personas que no son funcionarios o autoridades. Los dos primeros supuestos no plantean grandes problemas ya que se refieren a situaciones en las que una persona ocupa una posición de garante similar a la de un funcionario que tiene a su cargo caudales o efectos por razón de sus funciones. La mención genérica que se hace en la actualidad a las Administraciones públicas cierra lagunas de punibilidad frente a la regulación anterior donde, por ejemplo, no se encontraban protegidos los fondos, rentas o efectos de las Comunidades Autónomas.

Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Internacional