



Fraudes y exacciones ilegales

Texto

I. CONCEPTO



Se trata de figuras delictivas con larga tradición en nuestro ordenamiento penal positivo que aparecen recogidas desde el Código Penal de 1822 hasta la actualidad. El vigente Código Penal de 1995 ha introducido variaciones sustanciales en las mismas, cuya regulación legal se halla en recogida en el Capítulo VII del Título XIX, en los artículos 436, 437 y 438.

Bajo el termino “*Fraude*” el artículo 436, se refiere a la infracción del deber de lealtad que el funcionario debe guardar en la gestión de un servicio publico o de una contratación administrativa, cuando actúa en el ejercicio de su cargo representando a la administración pública o interviniendo en su nombre, a través de la acción de concertarse con los interesados o mediante cualquier otro artificio para defraudar a cualquier ente publico en aquellos actos o modalidades de contratación pública en los que interviniere por razón de su cargo.

Bajo el término “*Exacciones ilegales*”, el artículo 437, denomina la conducta del sujeto activo (funcionario) que con abuso del ejercicio de su función, obtiene un lucro ilícito, exigiendo directa o indirectamente derechos, tarifas por aranceles o minutas que no sean debidos, o en cuantía mayor de la señalada.

El Capitulo VII, recoge a su vez en el artículo 438, un subtipo agravado imponiendo las penas superiores en grado señaladas para los delitos de estafa y apropiación indebida, cuando estas conductas ilícitas sean cometidas por autoridad funcionario publico, mediante el abuso de su cargo; Quedando así incluida esta ultima infracción criminal dentro del presente capitulo como otra de las modalidades de fraudes y exacciones ilegales.

II. CARACTERES

Son caracteres propios de estas figuras delictivas los siguientes:

1. Sujeto activo

El presente delito es un *delito especial propio*, porque sólo puede ser cometido por un círculo determinado de sujetos, el de las autoridades o funcionarios competentes, y no guarda correspondencia con ningún otro delito común. Resultan, pues, de aplicación aquí los principios que rigen en materia de *codelinuencia* en los delitos especiales propios: a) sólo puede ser *coautor en sentido estricto o autor mediato* (artículo. 28,


primer párrafo) de este delito una autoridad o funcionario competente, si bien el mismo podrá utilizar como instrumento a un sujeto no cualificado -particular o autoridad o funcionario no competente-; b). caben, en cambio, todas las formas de **Fraudes y exacciones ilegales** participación por parte de no cualificados, que pueden *inducir* (artículo. 28, segundo párrafo, a) y *cooperar*, necesariamente (artículo. 28, segundo párrafo, b) o (complicidad del artículo 29), a la ejecución del hecho de la autoridad o funcionario.

Debe entenderse como autoridad a aquellos que tengan mando, es decir una actividad autoritaria o ejerzan jurisdicción propia o lo que es lo mismo que ostente una capacidad de resolución o decisión en asuntos de carácter judicial o administrativo. Estas notas no serán predicables de los agentes de la autoridad quienes en la medida en que participen en el ejercicio de funciones públicas, tendrán la consideración de funcionarios públicos, o lo que es igual, todo aquel que por disposición de inmediata de la ley o por elección o por nombramiento de la autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas, debiendo entenderse por función pública la proyectada al interés colectivo o social, al bien común realizada por órganos estatales o paraestatales (así, actividades económicas centrales, autonómicas provinciales, y locales, las sanitarias, las de enseñanza, sindicales, etc).

2. Bien jurídico protegido

La tipificación de las anteriores figuras delictivas en el Código Penal pretenden otorgar protección a dos valores cardinales; En primer lugar y desde un punto de vista genérico el bien jurídico protegido será la Administración Pública, toda vez los delitos de fraudes y exacciones ilegales quedan englobados en el Título XIX del Código Penal bajo la rubrica de “*los delitos contra la administración pública*” precediéndoles otros tipos penales como la prevaricación, el cohecho, violación de secretos, infidelidad en la custodia de documentos o el trafico de influencias entre otros; El valor tutelado en todos estos casos, será por tanto la Administración Pública, en dos sentidos distintos: en su organización interna y en su relación con los ciudadanos. La primera obligación será la de servir con objetividad a los intereses de la colectividad (artículo 13.1), y por consiguiente el deber de cumplimiento de dicha obligación tanto a todos los trabajadores a su servicio, (autoridades o funcionarios públicos) y a los ciudadanos en general, toda vez que la comisión de estas infracciones se halla ligada con frecuencia a la condición de funcionario del sujeto activo, por consiguiente los trabajadores al servicio de la Administración Pública y los ciudadanos en general deberán garantizar y respetar el servicio objetivo a los intereses de la colectividad.

Con carácter concreto el bien jurídico al que el legislador otorga su protección a través de la tipificación como figuras delictivas de los fraudes y exacciones ilegales, consiste en el deber de fidelidad en la gestión de los servicios públicos, en que por razón de sus

cargos deben intervenir los funcionarios públicos, sinónimo de la protección a la lealtad funcional. El Tribunal Supremo destaca como bienes a proteger la dignidad de la función pública, o los deberes de lealtad y fidelidad para con ella, junto con el correcto funcionamiento de la Administración Pública y el mantenimiento de su prestigio de neutralidad incluso el patrimonio público. 

III. REGULACIÓN NORMATIVA

1. Fraudes


El artículo 436, protege el patrimonio público frente a conciertos a que el funcionario infiel pudiera llegar con interesados en el área de su función o utilización de artificios de cualquier clase para defraudar a cualquier ente público, al disponer *“La autoridad o funcionario publico que, interviniendo por razón de su cargo en cualquiera de los actos de las modalidades de contratación pública o en liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concertara con los interesados o usase de cualquier otro artificio para defraudar a cualquier ente publico incurrirá en las penas de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para el empleo o cargo publico por tiempo de seis a tres años”*.

Las contadas sentencias en que la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha podido pronunciarse sobre el mismo, conforman un cuerpo de doctrina plenamente válido para el nuevo artículo 436.

Puede afirmarse así que es preciso que se produzca un *“concierto”*, esto es, conjunción de voluntades, con la intención final de defraudar a cualquier ente público (también ahora, pues, la Administración Comunitaria, la Autonómica y la Institucional, antes no incluidas) o, lo que es igual, de causarle un perjuicio patrimonial, lo que en modo alguno exige ánimo de lucro personal o de tercero en los partícipes, que podrían actuar sin ánimo de beneficio (sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1995).

Su ámbito objetivo es el de la contratación administrativa (*“cualquiera de los actos de las modalidades de la contratación pública”* dice ahora el precepto, actualizado su lenguaje) pero también el de *“las liquidaciones de efectos o haberes públicos”*, que abarca al *“conjunto de derechos de contenido patrimonial que corresponden a una persona pública”*. La sentencia del Tribunal Supremo 16 de febrero de 1995, consideró que la expresión haberes públicos, no tiene que entenderse reducida a los sueldos de los funcionarios.

La consumación se determina en la existencia de conjunción de voluntades-concierto- o la exteriorización de la maquinación. El autor del tipo solo puede serlo quien ostente la cualidad de funcionario el cual deberá actuar en la esfera propia de su cargo. Aunque

cualquier persona puede resultar partícipe, tanto en concepto de autor (por la vía del párrafo segundo del artículo 28 del Código Penal, que considera como tal a inductores y cooperadores necesarios) o de cómplice. Es necesario que el sujeto activo actúe movido por un ánimo de lucro necesario para defraudar, concurriendo así el elemento subjetivo del injusto. 

Caben las formas imperfectas de ejecución, así, habrá tentativa si el sujeto activo pone de su parte los medios necesarios para lograr el concierto con terceros, sin lograrlo (por ejemplo la falta de aceptación de estos), o si realiza parcialmente los actos integrantes del artificio planeado, sin lograr completarlos por causa ajena a su voluntad.

2. Exacciones ilegales

Establece el artículo 437 del Código Penal que *“La Autoridad o funcionario que exigiere, directa o indirectamente derechos, tarifas por aranceles o minutas que no sean debidos o en cuantía mayor a la señalada legalmente será castigado, sin perjuicio de los reintegros que viniere obligado, con las penas de multa de seis a veinticuatro meses y de suspensión de empleo o cargo publico por tiempo de seis meses a cuatro años”*.

Sujeto activo solo podrá serlo aquellas autoridades o funcionarios que se hallen facultados legalmente para exigir derechos, aranceles, etc, como forma de pago de su actividad, no así aquellos que perciben directamente su sueldo de la administración, sin estar facultados para exigir ningún tipo de derecho. La acción consiste en exigir directa o indirectamente, es decir, personalmente o través de persona interpuesta, mayores derechos de los debidos legalmente o derechos no debidos en absoluto. El verbo *“exigir”* a sido equiparado por la Jurisprudencia a *“percibir, cobrar, reclamar, pedir o demandar”*, por lo que no será preciso que el sujeto activo logre obtener cantidad efectiva alguna, fijándose el momento de consumación del delito en el de la simple petición o demanda del funcionario o autoridad, perteneciendo la recepción efectiva del dinero a la fase de agotamiento del hecho punible.

La presente figura delictiva presenta semejanzas con el delito de cohecho y estafa, aunque con notas que los diferencian. Así, cuando el funcionario mediante engaño hace creer al particular que lo que exige es lo correcto y lo establecido legalmente, motivando de esa manera el error en la víctima, y dando lugar al desplazamiento patrimonial, nos encontramos ante un supuesto de estafa. Si por el contrario, no existe engaño alguno, exigiendo el funcionario mayores derechos sin ocultar el carácter de lo indebido, lo que en realidad viene a exigir es una dádiva, encontrándonos ante un delito de cohecho.

3. Estafa y apropiación indebida

El artículo 438 del Código Penal configura un subtipo agravado, de los delitos de estafa y apropiación indebida, imponiendo la pena superior en grado a la correspondiente a tales figuras cuando **Fraudes y exacciones ilegales** usando de su cargo, cometiere algún delito de estafa o apropiación indebida. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo sostiene que nos encontramos ante una figura delictiva independiente a la de estafa y apropiación indebida aunque con fundamento en las mismas, en otro sentido distintas corrientes doctrinales han sostenido que el presente precepto contiene exclusivamente una simple agravación de las penas correspondientes a la estafa y a la apropiación indebida, basada en el abuso del cargo que emplea el sujeto activo en la comisión del mismo.

Los elementos que delimitan la presente figura delictiva se resumen en:

- La necesidad que el autor ostente la condición de autoridad o funcionario público anteriormente definida, siendo irrelevante el estatuto legal o reglamentario que posea así como su categoría, lo determinante será que actúe en el ejercicio de funciones públicas.
- Que se prevalezca de su condición funcional para facilitar la comisión del hecho punible, abusando así de las funciones propias de su cargo, comprometiendo con su conducta el interés público, no siendo necesario que su conducta defraudatoria tenga por objeto bienes o caudales públicos, ya que en tal caso estaríamos en presencia de un delito de malversación.
- Requiere que el autor actúe movido por un ánimo de lucro, de obtener así un beneficio ilícito a sabiendas de ello con abuso de su función.
- La acción propia deberá consistir en utilizar engaño bastante para producir error en otro induciéndole a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno, en el caso de la estafa, o en apropiarse o distraer dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial que se haya recibido en depósito, comisión o administración o por otro título que produzca la obligación de devolverlos o entregarlos, o negaren haberlos recibido en perjuicio de otro, en el caso de la apropiación indebida.

Estos delitos ponen en cuestión la imparcialidad de la Administración al resolver asuntos que pueden afectar a los ciudadanos y/o la igualdad de oportunidades de funcionarios y ciudadanos a la hora de obtener determinados beneficios económicos. No es sólo el funcionamiento técnico de la máquina administrativa lo que resulta afectado por dichos delitos, sino ante todo el interés que los ciudadanos poseen en que las



autoridades y funcionarios públicos no se mezclen en actividades lucrativas que puedan condicionar la adopción de resoluciones partidistas o la orientación de la función pública al servicio de su enriquecimiento personal.

Fraudes y exacciones ilegales

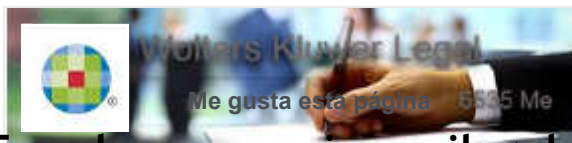
IV. JURISPRUDENCIA

Texto



Respecto al tipo penal recogido en el artículo 437, la doctrina establece que se trata de un delito doloso y de mera actividad. Apreciando el tipo delictivo del artículo 438, en aquel caso donde el director del centro penitenciario, valiéndose del trabajo de los internos y con el beneplácito de la administración penitenciaria realizo obras de mejora en la cárcel obteniendo dinero por parte del constructor, consecuencia del ahorro de mano de obra y apropiándose de parte del mismo (Sentencia del Tribunal Supremo 334/1997, de 11 de julio). Supuestos de autocontratación, en que el funcionario asume el doble papel de representante de la administración y contratante determinan la existencia de la figura penal recogida en el artículo 439 (Sentencia del Tribunal Supremo 1297/1998, de 29 de octubre).





Fraudes y exacciones ilegales

Texto

 **Wolters Kluwer Legal**
1 hora

'Dieselgate': segunda sentencia favorable "parcialmente" al comprador

<http://bit.ly/2iH5NcF>



'Dieselgate': segunda se...
Un Juzgado de Primera Instancia d...
DIARIOLALEY.LALEY.ES

Comentar Compartir



Wolters Kluwer
CONSULTOR JURÍDICO

CONSULTOR JURÍDICO
¿Te lo vas a perder?

Descúbrelo

www.consultorjuridico.es