

CARLOS MIR PUIG
Profesor Asociado en la Facultad de Derecho
de la Universitat Pompeu Fabra.
Magistrado.

LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL

Prólogo de
Enrique GIMBERNAT ORDEIG



2000

JOSE MARIA BOSCH EDITOR — BARCELONA

© 2000 Carlos Mir Puig

Para la presente edición:

© 2000 José M.^a Bosch, editor – Librería Bosch, S.L.
Ronda Universidad, 11
08007 BARCELONA

© Diseño de cubierta:
Luz Bosch

<http://www.libreriabosch.es/jmb>
e-mail: jmb@libreriabosch.es

Reservados todos los derechos. De conformidad con lo dispuesto en los arts. 270, 271 y 272 del Código Penal vigente, podrá ser castigado con pena de multa y privación de libertad quien intencionadamente reproduciera, plagiar, distribuyere o comunicase públicamente, en todo o en parte una obra literaria, artística o científica, fijada en cualquier tipo de soporte, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

I.S.B.N.: 84-7698-605-0

Depósito Legal: Z. 2317-2000

Printed in Spain – Impreso en España

COMETA, S.A. — Carretera Castellón, Km. 3,400 — Zaragoza 2000

*¡A Ángeles, mi mujer; a Enrique-Guillermo,
a Carlos y a Ángel, mis hijos!
También a mi padre Enrique y a mis hermanos
Teresa, José María y Santiago*

ABREVIATURAS

ADPYCP o ADP	«Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales».
AE	«Alternativ Entwurf (Proyecto Alternativo Alemán de 1966)».
AP	«Audiencia Provincial».
AT	«Allgemeine Teil» (Parte General).
ATS	«Auto del Tribunal Supremo».
BOCG	«Boletín Oficial de las Cortes Generales».
BOE	«Boletín Oficial del Estado».
CC	«Código Civil».
CE	«Constitución Española».
cit.	«antes citado».
Cfr.	«citamos».
CGPJ	«Consejo General del Poder Judicial».
CLP	«Comentarios a la Legislación Penal» de EDERSA, dirigidos por Manuel COBO DEL ROSAL y coordinados por Miguel BAJO FERNÁNDEZ.
CP	«Código Penal» (si no se hace ninguna especificación más se entiende normalmente el de 1995, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre).
CPA	«Código Penal anterior» (el de 1973).
CPC	«Cuadernos de Política Criminal».
CPM	«Código Penal Militar» (aprobado por Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre).
DP	«Derecho Penal».
Ed	«Editorial o ediciones».
EPC	«Estudios Penales y Criminológicos».
Ibídem	«en la misma obra citada anteriormente, en el mismo lugar de la misma».
Infra	«más adelante».
JC	«Colección de Jurisprudencia».
JZ	«Juristenzeitung».

ABREVIATURAS

LECr	«Ley de Enjuiciamiento Criminal».
LEC	«Ley de Enjuiciamiento Civil».
LEEA	«Ley sobre el régimen jurídico de las Entidades Estatales Autónomas» (aprobada por Ley de 26 de diciembre de 1958).
LJCA	«Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa».
LFCE	«Ley de Funcionarios Civiles del Estado» (Decreto 315/1964, de 7 de febrero).
LO	«Ley Orgánica».
LOFYCS	«Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, 2/1986, de 13 de marzo».
LOPJ	«Ley Orgánica del Poder Judicial».
LOTJ	«Ley Orgánica del Tribunal del Jurado» LO 5/1995, 22 de mayo modificada por LO 8/1995, 16 de noviembre y por la Disposición Final 2. ^a de la LO 10/1995, de 23 de noviembre de nuevo Código Penal.
LPA	«Ley de Procedimiento Administrativo».
LRJAPYAC	«Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común». Ley 30/92, 26 de noviembre.
NEJ Seix	«Nueva Enciclopedia Jurídica», Ed. Seix Barral, Barcelona.
NJW	«Neue Juristische Wochenschrift».
PANCP	«Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983».
PCP	«Proyecto de Código Penal» (normalmente de 1980).
PE	«Parte Especial».
PG	«Parte General».
PJ	«Poder Judicial».
RA	«Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia».
RAP	«Revista de Derecho Administrativo».
RD	«Real Decreto».
RDC	«Revista de Derecho de la Circulación».
REDA	«Revista de estudios de Derecho Administrativo».
REP	«Revista de Estudios Penitenciarios».
RFDUC	«Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid».
RGD	«Revista General de Derecho».
RGLJ	«Revista General de Legislación y Jurisprudencia».
RIDP	«Rivista Italiana di Diritto Penale».
RIDPP	«Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale».
RP	«Rivista Penale».
SAP	«Sentencia de la Audiencia provincial».

ABREVIATURAS

SJZ	«Süddeutsche Juristenzeitung».
ss.	«páginas siguientes».
SSTS	«Sentencias del Tribunal Supremo (normalmente de la Sala 2.ª).
STC	«Sentencia del Tribunal Constitucional».
StGB	«Strafgesetzbuch».
Supra	«lo dicho más arriba, con anterioridad».
TS	«Tribunal Supremo».
Vide	«Véase».
ZStW	«Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft».

PRELUDIO

Constituye este libro que ahora publica D. José María Bosch *la tesis doctoral*, algo ampliada y actualizada, que presenté bajo la dirección de mi maestro el Profesor Dr. Enrique Gimbernat Ordeig, Catedrático de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, y que fue leída y juzgada en fecha 25 de junio de 1999 bajo el mismo título que esta publicación: «LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL DE 1995», por el Tribunal constituido por los profesores doctores *D. Antonio García-Pablos de Molina (Presidente)*, *D. Agustín Jorge Barreiro*, *D. Luis Felipe Ruiz Antón*, *D. Jesús María Silva Sánchez* y *D. Francesc Baldó Lavilla*, obteniendo la calificación de sobresaliente «cum laude» por unanimidad.

¡A todos ellos mi agradecimiento más sincero!

Y en especial dedico esta publicación a mi querido maestro **Enrique Gimbernat Ordeig**, quien ha tenido la amabilidad de dirigir no sólo este trabajo, sino también otro anterior, que constituyó la tesina para obtener el grado de licenciatura en la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá de Henares, titulado: «EL SISTEMA DE PENAS Y SU MEDICIÓN EN LA REFORMA PENAL», publicado también por Librería Bosch en 1986, habiendo efectuado *el prólogo* de ambas publicaciones, y a quien debo mucho de mi formación y vocación jurídicas.

También expreso mi alta consideración y estima al profesor Dr. Jesús María Silva Sánchez, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona, en la que llevo colaborando ya años, de quien tanto he aprendido de sus seminarios.

Y finalmente, como no podía ser de otro modo, a mi querido hermano el profesor Dr. Santiago Mir Puig de la Universidad de Barcelona, quien siempre me ha alentado con sus consejos a efectuar el presente trabajo.

Carlos Mir Puig

PRÓLOGO

Hace ya unos cuantos años, en 1986, escribía el «Prólogo» del primer libro de Carlos *Mir Puig*, «El sistema de penas y su medición en la reforma penal», que, antes y en su día, y dirigida por mí, había sido la obra con la que, como tesina, el autor había obtenido el grado de licenciatura por la Facultad de Derecho de Alcalá de Henares.

A pesar de que, entretanto, Carlos *Mir* ha ingresado en la carrera judicial —actualmente es titular de un juzgado de instrucción de Barcelona—, y como tantos otros ilustres prácticos españoles, entre los que se encuentra nada menos que *Quintano Ripollés*, ha sabido compatibilizar la función jurisdiccional con la docencia y con la investigación universitarias: la primera la ejerce como profesor asociado de la Universidad Pompeu Fabra, y de la segunda uno de sus frutos es el presente libro que hoy prologo, y con el que el autor, igualmente bajo mi dirección, obtuvo el año pasado, con la máxima calificación, el doctorado en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid.

En estos «Delitos contra la Administración pública en el nuevo Código Penal» se percibe en cada página —y para bien— esa doble formación teórica y práctica de *Mir* al abordar los problemas de unos hechos punibles que, con el tiempo, han ido adquiriendo una importancia cada vez mayor: baste señalar que cuando *Octavio de Toledo* publica en 1980 su pionera y decisiva monografía sobre «La prevaricación del funcionario público» apenas contaba con antecedentes jurisprudenciales para elaborarla —¿qué tribunal se iba a atrever en el franquismo a enjuiciar a quienes eran entonces no sólo alcaldes, sino, también y sobre todo, jefes locales del Movimiento?—, mientras que ahora, en una España democrática donde un Poder Judicial independiente ha condenado a ministros y a banqueros, a generales y a presidentes de comunidades autónomas, las sentencias sobre prevaricación administrativa —espléndida y críticamente expuestas y sistematizadas en este libro— han adquirido casi los caracteres de avalancha.

Al hilo de las ideas y sugerencias —y de ellas hay muchas— contenidas en este libro voy a permitirme ahora hacer algunas observaciones sobre uno de los delitos de los que se ocupa el autor.

Sobre el tráfico de influencias manifesté ya, cuando éste se introdujo en 1991 en el Código Penal (CP), mi desconcierto sobre cuál podría ser el contenido razonable de ese nuevo hecho punible, siendo así que, por exclusión y porque esas figuras delictivas ya figuraban (y siguen figurando) en el CP, ni la influencia podía consistir en un cohecho ni la resolución que se pretendía conseguir podía tener un carácter prevaricador, interpretación ésta que responde también al origen histórico del delito, ya que se crea para cubrir una supuesta «laguna legal» que se habría evidenciado en algunas de las numerosas conductas que salieron a la luz con ocasión del llamado «caso Juan Guerra», donde el influjo de éste sobre determinados funcionarios municipales ni tuvo como vehículo un soborno —o, al menos, ello no se pudo acreditar— ni condujo tampoco a una resolución prevaricadora.

Desde entonces la doctrina, con unos estimables esfuerzos, a los que se suma en este libro *Mir Puig*, ha tratado de resolver las aporías que genera el tráfico de influencias. Pero yo no voy a seguir aquí ese camino, ni voy a sacar las castañas del fuego a un legislador que en 1991, con ese nuevo delito, y después, en el CP 1995, y ya masivamente, ha tipificado cualquier comportamiento que se le ponía —o que, demagógicamente, los medios de comunicación o los grupos de presión o las organizaciones de los más diversos signos le ponían— a tiro, sin preocuparse de si tenía el mínimo contenido criminal, y que, en contra de un principio hasta ahora básico del Derecho penal moderno, ha concebido éste, en numerosas ocasiones, no como «ultima ratio», ni tampoco —lo que ya sería suficientemente descalificador— como «prima ratio», sino pura y simplemente como «única ratio»: me voy a limitar en este «Prólogo» a formular algunas preguntas técnicas y politicocriminales sobre el delito de tráfico de influencias hoy en vigor.

Si la resolución administrativa sobre la que se quiere influir es una «justa», es decir: una —por no prevaricadora— no delictiva, ¿cómo es posible que, en contra de las reglas más elementales de la accesoriedad, se castigue la inducción —porque el tráfico de influencias no es más que una, frustrada o no, inducción— a un «hecho principal» que es formal y materialmente atípico? Teniendo en cuenta que el CP 1995, a diferencia de lo que sucedía en el Derecho anterior, ha separado la prevaricación administrativa (Título XIX: «Delitos contra la Administración pública») de la judicial (Título XX: «Delitos contra la Administración de justicia»), y que el tráfico de influencias sólo figura en el primer Título, ¿por qué, a pesar de que la prevaricación judicial, en la que se tipifica incluso su modalidad imprudente, es más grave que la administrativa, y que, por consiguiente, se estiman más trascendentales, y con razón, las resoluciones judiciales que las administrativas, sólo se castiga el tráfico de influencias sobre éstas y no sobre aquéllas? Si, de acuerdo con el art. 18.1 CP 1995, y, con ello, con el principio de legalidad, y a diferencia de lo que sucedía en el art. 4º, párrafo tercero, CP 1973, la inducción *intentada* «de palabra» ha sido despenalizada, y si el CP 1995 ha modificado la definición hasta entonces vigente del tráfico de influencias, en el sentido de que

el tipo se consuma con el mero «influjo», independientemente de si el autor tiene éxito y «consigue» o no la «resolución» que se proponía alcanzar del funcionario, ¿cómo se justifica que los arts. 428 y 429 castiguen la provocación «de palabra» a una conducta atípica, siendo así que el CP 1995 no penaliza ahora la provocación a una conducta tan terriblemente típica como lo puede ser un asesinato? Y si los arts. 428 y 429 están castigando lo que no pasa de ser una provocación —es decir: un acto preparatorio—, ¿cómo puede tipificarse en el art. 430, sin que a nadie se le caiga la cara de vergüenza, la conducta precedente a esa provocación, o sea: la preparación de la preparación a un comportamiento —la «resolución»— que, además, ni siquiera es delictivo? Y aquí me detengo y digo como Bertolt *Brecht* en «La persona buena de Sezuan»: «Contemplamos consternados cómo cae el telón y cómo todas las preguntas siguen sin contestar».

Y también aquí tiene que caer ya el telón sobre este «Prólogo». Y no porque el libro de Carlos *Mir* no sugiera muchas más preguntas con o sin respuesta; sino porque no quiero privar al lector del placer de que, estudiando esta obra como se merece, las busque por su cuenta.

Enrique Gimbernat Ordeig

Madrid, abril de 2000

INTRODUCCIÓN

CUESTIONES PREVIAS

A) ALCANCE DE ESTE TRABAJO

En este trabajo se abordan sólo los delitos comprendidos en el Título XIX del Libro II del nuevo Código penal de 1995, que lleva por rúbrica o epígrafe: «*Delitos contra la Administración Pública*», y que reúne los delitos de los artículos 404 a 445 de dicho Código, que protegen la función pública más bien administrativa.

Quedan fuera, pues, los delitos contra la Administración de Justicia del Título XX (artículos 446 a 471 CP), que protege la función pública simismo, también quedan fuera los delitos de falsedades cometidas por funcionarios públicos (así los artículos 390, 391, 394, 398, 402 etc. del Título XVIII), y los delitos de los artículos 483, 499, 500, 501, 506, 507, 508, 509, 511.3, así como los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales (artículos 529 y ss. a 542 del Capítulo V del Título XXI), los delitos de detención ilegal del artículo 167, de torturas de los art. 174, 175, 176; delitos relativos a la defensa nacional del Título XXIII (art. 598 a 601), etc.

B) BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El bien jurídico protegido con carácter general o categorial en los delitos del Título XIX, objeto del presente estudio, lo constituye el **correcto funcionamiento de la Administración pública**, en su vertiente objetiva de «**función pública**» o **servicio público**, en su aspecto más bien externo, de la relación Administración-ciudadano, aunque en algunos delitos (delito de nombramientos ilegales y desobediencia funcional) se protege de un modo directo e inmediato el aspecto interno (de organización, o de relación Administración-funcionarios), aunque sin de-

jar de proteger siquiera sea indirectamente el aspecto externo antes referido.

La Exposición de Motivos del Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1992, base del actual Código penal, muy significativamente dice:

«La concepción de la función pública y el servicio a los ciudadanos bajo el imperio de la legalidad no es, en modo alguno, la misma en el marco de la Constitución de 1978 que en la mentalidad del legislador histórico y los que le han ido enmendando. En el actual Código (1973), la fidelidad a la función y a la jerarquía es el núcleo fundamental de la antijuricidad; el acatamiento de la organización y régimen administrativos aparecen como la mayor manifestación de la legalidad; el bien de la cosa pública y el servicio al ciudadano son elementos que, aunque no desdenados, se manifiestan de modo claramente complementario. En el nuevo Código se invierte el orden de valores, partiendo de que la función pública está al servicio de la ciudadanía (los intereses generales) y sometida al principio de legalidad; aquello que no trascienda a los intereses perseguidos (vida interna de la Administración) difícilmente podrá tener cabida en el Código penal, de acuerdo con el principio de "última ratio"».

C) EL CONCEPTO DE FUNCIONARIO PÚBLICO Y DE AUTORIDAD EN EL CP 95. EL ART. 24

En los delitos objeto de nuestro examen **normalmente el sujeto activo** de los mismos es **una autoridad o funcionario público** —aunque en algunos preceptos el sujeto activo es un particular, de algún modo asimilado al funcionario ex lege (así en el artículo 422 los jurados, árbitros, peritos o personas que participan en el ejercicio de la función pública en el cohecho, el artículo 435 en la malversación impropia, etc.)— por lo que es de suma importancia la determinación de lo que se entiende por funcionario público, o autoridad, pues de ello dependerá, que una persona pueda ser o no sujeto activo de dicho delitos, **en concepto de autor**.

Asimismo debe advertirse que la determinación del concepto de funcionario público o autoridad es también de suma importancia para saber quien puede ser **sujeto activo** «como autor», de muchos otros delitos excluidos de nuestro estudio, pero que deben ser cometidos por un funcionario público o autoridad, a los que se ha hecho alusión más arriba al tratar del alcance de este trabajo.

Pero no acaba aquí la importancia del concepto de funcionario público o autoridad, pues dicho concepto tiene virtualidad también para la determinación en algunos preceptos del **sujeto pasivo** de los mismos

(por ejemplo, en el delito de atentado del artículo 550 o en el delito de resistencia grave o desobediencia grave a la autoridad y a sus agentes, o la falta del artículo 634 CP).

El artículo 24 CP ubicado bajo el Capítulo III: «Disposiciones Generales» del Título I del Libro I CP establece:

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

2.º.— «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 públicas¹».

Dicho precepto, según doctrina y jurisprudencia prácticamente unánimes, ofrece un concepto de funcionario público y de autoridad «a los solos efectos penales», de modo que no establece un concepto ontológico de funcionario público o autoridad de validez o eficacia general en todo el ordenamiento jurídico español (derecho administrativo, laboral, tributario, etc.), ni constituye ninguna Ley penal en blanco, que remita a un concepto extra penal de funcionario público o autoridad elaborado por otra rama jurídica, como el derecho administrativo. (En el que el concepto de funcionario público no es pacífico, sino que es discutido y diverso, según las diversas opiniones doctrinales).

¹ Dicho precepto procede, en su redacción actual, del artículo 25 del Proyecto de 1994, ubicado bajo el Capítulo VI: «Disposiciones Generales» del Libro I, Título I.

Su inmediato antecedente lo constituye el artículo 119 del CPA bajo el Título III: «Disposiciones generales» del Libro I (1973) que decía así: «A los efectos penales, se reputará autoridad al que por sí solo o como individuo de alguna corporación o Tribunal tuviere mando o ejerciere jurisdicción propia».

«Se reputarán también autoridades los funcionarios del Ministerio Fiscal».

«Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe del ejercicio de funciones públicas».

A su vez dicho precepto tiene su antecedente en el artículo 214 del CP 1928, con eficacia general, y en el artículo 41º CP 1870 —aunque con eficacia limitada al Título VII y anteriores— que decía: «Para efectos de este título y de los anteriores del presente se reputará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley, o por elección popular, o por nombramiento de autoridad competente participe del ejercicio de funciones públicas» (el Título VII rezaba: «De los delitos de los empleados públicos —concepto más extenso que el de funcionario público— en el ejercicio de sus cargos»).

Y el art. 322 del CP 1848 bajo el Título VIII: «De los delitos de los empleados públicos en ejercicio de sus cargos», decía: «Para los efectos de este título se reputan empleados todo el que desempeñe un cargo público, aunque no sea de real nombramiento, ni reciba sueldo del Estado».

Lo que hace el Código penal es ofrecer una regla de interpretación del propio Código², un concepto ficticio³, a los solos efectos penales de aplicación a la Parte Especial (en los delitos o faltas que exijan que el sujeto activo o pasivo sea una autoridad o un funcionario público).

Se trata, pues, de un concepto funcional autónomo y exclusivo del Código penal español, de aplicación supletoria en lo no previsto expresamente en las leyes especiales penales (artículo 9 CP).

Existe consenso en la doctrina y en la jurisprudencia de que toda autoridad a efectos penales es funcionario público a tales efectos (VIADA, COBO, RODRÍGUEZ DEVESA, DEL TORO) lo que es cierto sin ninguna duda, por lo que procede, en primer lugar examinar el concepto general de funcionario público.

Dicho precepto está constituido, por una parte, por el elemento de la participación en el ejercicio de funciones públicas; y por otra parte, en un título de habilitación de dicha participación, que puede ser triple, según el art. 24 CP: disposición inmediata de la Ley, o elección, o nombramiento por autoridad competente.

Si falta cualquiera de estos dos elementos (la participación en el ejercicio de funciones públicas o el título de habilitación o incorporación a tales funciones públicas) —ambos básicos e indispensables— no se es funcionario público a efectos penales⁴.

Al tratarse de un concepto funcional la cualidad de funcionario público a efectos jurídico-penales no acompaña forzosamente al sujeto como si de un estatuto personal se tratara. Así, quien es funcionario público por ejercer funciones públicas, no lo es si interviene en cuestiones particulares⁵.

Como puede observarse el concepto de funcionario público a efectos penales es mucho más amplio que el administrativo (STS 11.10.88) comprendiendo no sólo los funcionarios profesionales y permanentes, sino también los funcionarios políticos o electivos (STS 7.2.90).

En cuanto al elemento «participación en el ejercicio de funciones públicas» se ha sostenido que el ejercicio del cargo no constituye un

² Así DEL TORO, al comentar el artículo 119 CP73, en «Comentarios al Código penal» (Córdoba-Rodríguez Mourullo-Casabó) Ed. Ariel, 1976, p. 726.

³ Las expresiones: «A efectos penales» se reputará... autoridad, «se considerará funcionario...» indican que no son autoridad o funcionario público, sino que se consideran, aunque no lo sean administrativamente, autoridad o funcionario público... Dicha ficción ya ha venido siendo señalada desde los comentarios de GROIZARD. «El Código penal» IV, 1891, p. 321 y VIADA «Código penal» II, 1890, pp. 695 y ss. Vide ahora RODRÍGUEZ DEVESA PE, 1983, p. 1073; QUERALT «Concepto penal del funcionario público» CPC, p. 478, n.º 27, Madrid, 1985.

⁴ No es correcta, pues, la opinión doctrinal y jurisprudencial que se contenta exclusivamente con solo «la participación en el ejercicio de funciones públicas», para el concepto jurídico-penal de funcionario público.

⁵ Vide Del Toro, op. cit. p. 727 y STS 12 de mayo de 1992.

concepto idéntico al **participar** en el ejercicio de funciones públicas (COBO⁶, OCTAVIO DE TOLEDO⁷), lo que es negado por QUERALT, para quien ejercer el cargo y participar en el ejercicio de funciones públicas es **lo mismo a efectos penales**⁸, al entender que el lenguaje del código al respecto es coloquial.

Sea lo que fuere, existen principalmente tres concepciones de «**función pública**»:

a) La **teleológica** o **finalista**: la función pública se caracteriza, en cualquiera de sus manifestaciones, por su contenido **final** (ZANOBINI). La función administrativa es la que persigue la satisfacción de necesidades materiales de interés general. Es la que tiende al bien común. La que tiene la finalidad de alcanzar el interés general o público mediante la prestación de determinados servicios (así la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia⁹, que la combina con la concepción estrictamente subjetiva: función pública es la función o actividad realizada por un ente público).

b) La **concepción objetiva** o **formal**: Según esta concepción la función será pública o privada según el sector del ordenamiento jurídico que contemple el régimen de giro del ente público; es decir, si su giro, su actividad, está sometido a Derecho público, serán públicas las funciones y si está sometido a Derecho privado, serán funciones privadas (QUERALT, citando a GARCÍA DE ENTERRÍA, Curso Derecho Administrativo I, 1979, pp. 46 ss.).

c) La **concepción mixta**: Combina las concepciones teleológico-subjetiva y objetiva, exigiendo para la construcción del concepto de función pública tres criterios: el subjetivo (función pública es la actividad llevada a cabo por un **ente público**), teleológico (función pública es aquella que persigue fines públicos) y objetivo (función pública es la actividad reali-

⁶Así COBO DEL ROSAL, M.: «Examen crítico del párrafo tercero del artículo 119 del Código penal español» (Sobre el concepto de funcionario público a efectos penales. LRJ, 1962, p. 247 y 255 y nota 99).

⁷OCTAVIO DE TOLEDO: «La prevaricación del funcionario público», 1980, p. 139, afirma que el ejercer el cargo supone más que participar en el ejercicio de funciones públicas, porque la participación en tal ejercicio no implica el del cargo; en cambio, el ejercicio de tal cargo sí supone el ejercicio de la función.

⁸Cfr. QUERALT: «El concepto penal de funcionario público», op. cit. p. 484.

⁹Así la sentencia de 23 de abril de 1973 RA 1772 dice: «Es aquella actividad determinada por el interés servido, por la tendencia y finalidad de los actos realizados para conseguir actividades públicas y no privadas, dirigidas al bien común y desde dentro de un órgano oficial, estatal, provincial o corporativo de igual condición pública».

Vide también SSTs de 9.2.76. RA 371, de 20.1.78, RA 81, 13.3.82, RA 1710. 27.3.82, RA 2029, 10.6.84, RA 3497, 9.3.90, RA 1985.

En la doctrina, MUÑOZ CONDE identifica función pública con «la función proyectada al interés colectivo o social, al bien común y realizada por órganos estatales o paraestatales, op. cit., p. 687 y 688.

zada mediante actos sometidos al Derecho público) (Así, VIVES ANTÓN, MORILLAS-PORTILLA¹⁰).

Para esta concepción, sin embargo, el elemento teleológico sería el **esencial**, en el sentido de que su ausencia privaría en todo caso del carácter público a la función.

No se exige, pues, la nota de **incorporación** a la función pública, propia del concepto administrativo de funcionario público, **bastando la mera participación en la función pública**, no exigiendo el CP la nota de permanencia, ni tampoco la oposición o el concurso, ni figurar en plantilla (siempre que, además, como veremos, dicha participación se conecte con uno de los tres títulos de **habilitación** establecidos en el artículo 24 CP).

En cuanto a los títulos de habilitación el CP exige uno cualquiera de los tres siguientes:

a) **disposición inmediata de la Ley**; b) **elección**; c) **nombramiento por autoridad competente**.

a) Respecto de la **disposición inmediata de la Ley**, es ésta la que habilita **inmediatamente** a una persona a participar en el ejercicio de funciones públicas.

Así por ejemplo, el art. 135 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio establece: «1. A los efectos de este Capítulo (delitos e infracciones electorales) son funcionarios públicos los que tengan esta consideración según el Código penal, quienes desempeñen alguna función pública relacionada con las elecciones, y en particular los Presidentes, Vocales, Interventores de las Mesas Electorales y los correspondientes suplentes» (Otro ejemplo es la Ley de Policía de Ferrocarriles de 1877, art. 23).

RODRÍGUEZ DEVESA y a QUERALT, entienden que dicha Ley habilitante ha de ser en sentido estricto, Ley formal, o norma con fuerza de Ley (decretos-leyes, decretos-legislativos) estatal o autonómica, pero no disposiciones de rango inferior (en sentido contrario, a favor de esto último DEL TORO y un sector de la jurisprudencia).

Se ha dicho que «toda disposición inmediata de la Ley que permite adscribir un sujeto al ejercicio de funciones públicas contiene bien un nombramiento, bien una elección¹¹», de modo que los tres títulos habilitantes en realidad vendrían a ser dos: **la elección y el nombramiento por autoridad competente por disposición inmediata de la Ley**.

¹⁰ VIVES ANTÓN: «La detención». Barcelona, 1977, p. 51.

MORILLAS CUEVA, L. y PORTILLA CONTRERAS, G.: «Revelación de secretos, cohecho y tráfico de influencias» en Comentarios a la legislación penal. Edersa, XVI, p. 203.

¹¹ Así DEL TORO, op. cit., p. 737.

Sin embargo, ello puede refutarse diciendo que el art. 24 CP— y antes el artículo 119 CPA — se refiere a tres títulos y no a dos, y que si bien la elección y el nombramiento por la autoridad competente tienen también como origen una disposición legal que regula la elección o el nombramiento, dicha disposición legal no es «inmediata»¹²⁻¹³.

b) Elección

En todos los Códigos anteriores al de 1944 —así CP 1870, 1928, 1932— se hablaba de **elección popular**, si bien a partir de la Reforma de 1944 se suprimió el adjetivo **popular**, lo que se ha mantenido en el nuevo Código penal, pues, si bien en nuestro contexto democrático el sufragio es universal, sin embargo, ciertos funcionarios a efectos penales, normalmente autoridades, no son directamente elegidos por los ciudadanos (así el Alcalde es elegido por los Concejales). De este modo, cabe la **elección secundaria o terciaria**. En definitiva, se está contraponiendo, con claridad el acceso al cargo por nombramiento —o designación— al acceso al cargo por voluntad popular —elección¹⁴—.

c) Nombramiento por autoridad competente

Se trata de actos de la autoridad competente (así Reales Decretos, Órdenes ministeriales, Acuerdos gubernativos, etc.) que tienen por origen **mediato** una Ley (así por ejemplo, el Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial que nombre jueces sustitutos en una Comunidad Autónoma; o el Acuerdo del Tribunal Superior de Justicia de una Comunidad Autónoma que nombre a un juez de paz, propuesto por un Ayuntamiento. Todos estos casos tienen como origen la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985).

Entendemos que dicha disposición legal mediata, ha de tener el carácter de Ley en sentido estricto o con fuerza de Ley, que tras la entrada en vigor de la Constitución habrá de tener probablemente el carácter de **orgánica** (art. 81. 1 C.E.).

En consecuencia, siguiendo QUERALT, no será funcionario públi-

¹² Así OLAIZOLA FUENTES, Inés: «Concepto de funcionario público a efectos penales», en *Delitos contra la Administración pública*. IVAP 1997, (edición al cuidado de Adela Asúa).

¹³ Las SSTs de 9.2.76 y 5.2.91 dicen: «La condición de funcionario público a efectos penales, depende de la concurrencia de un doble elemento: —«El subjetivo o personal», requiriendo nombramiento debido a disposición inmediata de la Ley, elección o nombramiento por autoridad competente—; y el «objetivo: participación en el ejercicio de funciones públicas».

¹⁴ Así QUERALT, op. cit., p. 488.

co a efectos penales quien sea nombrado por autoridad competente sólo en base a una **disposición reglamentaria**¹⁵.

— La **jurisprudencia** del Tribunal Supremo más reciente considera funcionario público a efectos penales a un Ayudante Técnico Sanitario que desempeñaba el puesto de enfermero supervisor del laboratorio de Análisis Clínicos del Hospital Nuestra Señora del Prado, perteneciente al **Ministerio de Sanidad**, por haber sido nombrado por autoridad competente y al participar en el ejercicio de funciones públicas (así el Auto de 26 de noviembre de 1997, RA 8410); la Sentencia de 10 de octubre de 1997, RA 7601 consideró funcionario a efectos penales al Presidente del Colegio Oficial de Diplomados de Enfermería de Barcelona, al haber sido elegido por los colegiados y participar de funciones públicas en el desempeño de sus competencias como tal Presidente de una Corporación de Derecho Público, en la que legalmente está previsto que se ejercite una intervención o inspección por parte de la Administración; la STS de 12.6.90, RA 5276 afirma que: «Los empleados de los entes públicos, **independientemente de que ostenten un contrato laboral**, son siempre funcionarios a efectos penales; las SSTS de 21.2.89, 7.2.90 y 9.10.92 consideran funcionarios públicos a efectos penales a los Concejales de Ayuntamiento; la STS de 5.2.86 a los Secretarios de Ayuntamiento; la STS de 3.6.88 a los Secretarios de Juzgados de Paz; la STS 26.2.91, a los Catedráticos de Universidad; la de 28.2.74, a los empleados de Notarías; la de 15.2.90, RA 1934, a los empleados del Registro de la Propiedad que actúan en la Oficina recaudadora; las SSTS de 27.9.74 y 9.2.76, al personal de entidades estatales autónomas; la STS 20.12.88, al personal integrante del Instituto Nacional de la Salud, etc.

Respecto a los empleados de las empresas públicas, parece que no hay duda de que ostentan la condición de funcionarios públicos a efectos penales, tanto el personal sujeto a un régimen estatutario como el sometido al Derecho laboral, de las empresas públicas sometidas a un **régimen de Derecho Público**.

En cuanto a los representantes de la Administración en las empresas públicas **en régimen de Derecho privado**, cabe entender también que tienen la consideración de funcionarios públicos a efectos penales (así, los alcaldes y concejales, habituales representantes de la Administración Local, en tales empresas, en las que la condición de consejero o administrador está inescindiblemente unida a la del cargo electo —respecto del Ayuntamiento de Barcelona, TRANSPORTES DE BARCELONA, S.A. y S.M.A.S.A.—. Desde el punto de vista administrativo no son funcionarios, pero sí para el Derecho penal.

Como dice RAFAEL ENTRENA en lo últimos tiempos se ha produ-

¹⁵ Cfr. QUERALT, op. cit., p. 490.

cido lo que se ha denominado como «la huida del Derecho Administrativo» en la gestión del servicio público. Mediante tal fenómeno se han utilizado, cada vez con mayor asiduidad formas mercantiles para la prestación de auténticas funciones públicas. La expresión «en el ejercicio de funciones públicas» empleada en el art. 24 CP debe quedar subsumida en el desempeño de una actividad de servicio público, y puede llegar a considerarse una cuestión accidental la forma concreta de gestión a través de la cual este se desempeñe¹⁶. Por ello, no es descabellado plantear la posible comisión de los delitos comprendidos en el Título XIX en el ámbito de las empresas públicas bajo régimen de Derecho privado. Tal conclusión evitaría que la «huida del Derecho Administrativo», llevara aparejada una «huida del Derecho Penal»¹⁷.

Respecto al concepto de «autoridad», el art. 24 CP —al igual que hiciera el artículo 119 CPA— exige dos elementos, en forma alternativa: «el mando» o «el ejercicio de jurisdicción propia».

Pero, además para ser autoridad se ha de ser, *al mismo tiempo*, «funcionario público a efectos penales», es decir, poseer la habilitación que la Ley penal exige (*nombramiento por disposición inmediata de la Ley, elección o nombramiento por autoridad competente*) y participar en funciones públicas¹⁸.

El *mando*, que implica coerción jurídica aunque no física, ha de entenderse como la *potestad de reclamar obediencia* (así el concepto de *mando* se identifica con el de «imperium»), de modo que la desatención abierta de los mandatos emanados de la autoridad, dictados dentro del ámbito de su respectiva competencia y revestidos de las formalidades legales, que no sean manifiestamente antijurídicos, por parte de los funcionarios engendra el delito de *desobediencia funcional* del art. 410 del Código penal; y si dicha desatención se efectúa por los particulares, *el delito de desobediencia grave* del artículo 556, o la falta del artículo 634 del Código penal si la desobediencia fuere leve.

El *mando* tiene diversos ámbitos: la esfera interna y la esfera externa.

La *potestad interna* del *mando* hace referencia al poder autoritario del que ciertos funcionarios están revestidos cuando ocupan determinados

¹⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, en «Curso de Derecho Administrativo». I, Madrid, 1984, afirma: el carácter instrumental de la utilización del derecho privado por la Administración.

¹⁷ En apoyo de este planteamiento cabe invocar la STS de 5.2.93, en la que se afirma que el recurrente vino a participar del servicio y función pública de una sociedad de ente público, si bien le niega la condición de funcionario público a efectos penales por no contar con alguno de los títulos de habilitación del artículo 119 CPA —hoy art. 24 CP— para su incorporación a las funciones públicas (aunque le condena por el delito de malversación impropia del art. 399 CPA).

¹⁸ Así QUERALT, op. cit., p. 493; DEL TORO, Comentarios..., p. 730 y ss., etc.

escalones dentro de la pirámide jerárquica y en relación a sus subordinados.

Esta relación interna del mando, es lo que el art. 24 CP denomina «*tener mando*», porque la relación externa, es decir, con relación al resto de los ciudadanos, se integran en el elemento de «*ejercicio de jurisdicción propia*»¹⁹, entendiéndose por jurisdicción, *la potestad de resolver* los asuntos sometidos a la consideración del funcionario que implica la aplicación del Derecho objetivo.

Dicha jurisdicción ha de ser **propia**, no delegada por otra autoridad.

En la más reciente jurisprudencia se observa una tendencia **restrictiva**, según la cual, se afirma que el concepto penal de autoridad no se identifica necesariamente y en todo caso con el de la periférica **normativa administrativa**²⁰.

Así, «*no bastará que en las respectivas reglamentaciones administrativas se atribuya a los funcionarios la condición de autoridad, sino que habrá de comprobar si gozan de mando o jurisdicción propia que son las notas esenciales que vertebran la noción penal de autoridad*» (así las STS de 25.10.91, que niega a efectos penales el carácter de autoridad a los *vigilantes jurados*, pese a que el artículo 18 del Decreto de 10.3.78 se lo atribuye expresamente —no lo menciona hoy la Ley de Seguridad Privada de 1992— porque de lo contrario supondría, «una **extensión** del concepto de autoridad pública establecido en el art. 119 CP —hoy 24—»; las SSTs de 26.10.79 y 25.6.86 niegan ahora la condición de autoridad a los Inspectores de Trabajo, porque sus funciones inspectoras «*carecían de esa substancia de jurisdicción propia*»; la STS de 12.5.92 deniega la condición de autoridad a los Concejales).

El artículo 24 CP establece ahora expresamente —aunque ya venía reconocido por la jurisprudencia— que: «**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.**

Ya en plano casuístico se ha reconocido la cualidad de la autoridad

¹⁹ Así QUERALT, op. cit., pp. 496 y 497.

El artículo 9 del Código penal Militar de 1986 dice: «A los efectos de este Código se entenderá que son autoridades militares:

1.º El Jefe del Estado, el Presidente del Gobierno y el Ministro de Defensa y quienes le sustituyen en el ejercicio de las atribuciones constitucionales o legales inherentes a sus prerrogativas o funciones.

2.º Los militares que ejerzan Mando Superior o por razón del cargo o función, tengan atribuida jurisdicción en el lugar o Unidad de su destino, aunque actúen con dependencia de otras Autoridades militares principales...

²⁰ Así RODRÍGUEZ MOURULLO, G. en Comentarios al Código penal. Ed. Civitas, 1996, p. 159.

a efectos penales a los miembros pertenecientes a la organización jerárquica judicial, desde los cargos más altos hasta los Jueces de Paz, los Notarios, los Inspectores y Directores de Prisiones, los Ministros (STS 21.7.07), los Alcaldes, los Delegados de Hacienda, el Presidente de la Junta Electoral, los Jefes Provinciales de Correos (STS 6.11.84), etc.

D) LA CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE GENÉRICA DEL ART. 22.7.^a CP Y LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

En cuanto a la circunstancia agravante genérica del artículo 22.7.^a CP de «prevalerse del carácter público que tenga el culpable», debe decirse que en principio no se aplicará esta agravante a ninguno de los delitos del Título XIX del CP, porque dicha agravante tiene su ámbito de aplicación en aquellos casos en los que el funcionario o autoridad actuando «*como particular*» se aprovecha de su condición de funcionario (así SSTs 6.7.90 RA 6254; 23.9.92 RA 7246). Pero si el funcionario *actúa ejerciendo la función pública*, no es de aplicación la agravante, pues si se aplicara se incurriría en el *bis in idem* prohibido (art. 25 CE), pues su cualidad de funcionario ya ha sido tenida en cuenta por el legislador al fijar el tipo de injusto y la correspondiente pena (artículo 67 CP) (Vide la STS de 12.4.93, RA 3083).

E) COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DEL JURADO

Respecto de los de *infidelidad en la custodia de documentos* (arts. 413 a 415), *cohecho* (arts. 419 a 426), *tráfico de influencias* (arts. 428 a 430), *malversación de caudales públicos* (arts. 432 a 434), *fraudes y exacciones ilegales* (arts. 436 a 438), *negociaciones prohibidas a los funcionarios* (arts. 439 a 440) conoce el Tribunal del Jurado (artículo 1 de la Ley del Jurado, modificado por la disposición final segunda de la LO 10/1995 de 23 de noviembre, de Código Penal).

Quedan fuera del conocimiento del Tribunal del Jurado los delitos de *prevaricación administrativa* (y judicial) (arts. 404, 405, 406), los delitos de los artículos 407 a 412 (abandono de destino, desobediencia funcional, etc.), los delitos de los artículos 415, 416, 417 —*revelación de secretos*—, 418, 441, 442, 443 y 444.

En la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado en su redacción actual (La Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, modificada por la Ley Orgánica 8/1995, de 16 de noviembre y por la disposición final 2.^a de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre de nuevo Código Penal) se atiende en la determinación de la competencia del Tribunal del Jurado al pre-

sunto *hecho delictivo* (art. 5.º apartado 1 de la Ley)²¹ —en lugar de la cuantía de la pena— y se sigue «*el sistema de lista de tipos*», basado en la individualización de tipos penales básicamente diversificado en relación con las rúbricas del Código Penal (artículo 1º apartados 1 y 2 de la LOTJ)²². Sin embargo, se echa en falta que en la disposición final 2ª de

²¹ El artículo 5.º apartado 1 de la LOTJ en su redacción actual dice: «*Determinación de la competencia del Tribunal del Jurado.*— 1. La determinación de la competencia del Tribunal del Jurado se hará atendiendo al presunto hecho delictivo, cualquiera que sea la participación o el grado de ejecución atribuido al acusado. No obstante, en el supuesto del artículo 1.1 a) sólo será competente si el delito fuese consumado».

En su redacción original, sin embargo, dicho precepto decía: «*Determinación de la competencia del Tribunal del Jurado.*— 1. La determinación de la competencia del Tribunal del Jurado se hará atendiendo a la pena en abstracto que corresponda al presunto hecho delictivo...».

²² El artículo 1º de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo decía en su redacción original: «*Competencia del Tribunal del Jurado.*— 1. El Tribunal del Jurado como institución para la participación de los ciudadanos en la Administración de Justicia, tendrá competencia para el enjuiciamiento de los delitos atribuidos a su conocimiento y fallo por esta u otra Ley respecto de los contenidos en las siguientes rúbricas: a) Delitos contra la vida humana. b) Delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos. c) Delitos contra el honor. d) Delitos de omisión del deber de socorro. e) Delitos contra la intimidad y el domicilio. f) Delitos contra la libertad. g) Delitos contra el medio ambiente». «2. Dentro del ámbito de enjuiciamiento previsto en el apartado anterior, el Tribunal del Jurado será competente para el conocimiento y fallo de las causas por los delitos tipificados en los siguientes preceptos del Código Penal (CPA): a) 9 Artículos 405 a 410, ambos inclusive (homicidio e infanticidio). b) Artículos 362 a 366, ambos inclusive (infidelidad en la custodia de presos e infidelidad en la custodia de documentos). c) Artículos 385 a 396, ambos inclusive (cohecho y malversación de caudales públicos). d) Artículos 400 a 404 bis. e) Ambos inclusive (fraudes y exacciones ilegales, negociaciones prohibidas a funcionarios y tráfico de influencias). f) Artículo 489 ter (omisión del deber de socorro). g) Artículos 490 a 492 bis, ambos inclusive (allanamiento de morada). h) Artículo 493 (amenazas). i) Artículos 553 bis a) a 553 bis c), ambos inclusive (delitos medioambientales). 3. El juicio del Jurado se celebrará sólo en el ámbito de la Audiencia Provincial y, en su caso, de los Tribunales que corresponda por razón del aforamiento del acusado. En todo caso quedan excluidos de la competencia del Jurado, los delitos cuyo enjuiciamiento venga atribuido a la Audiencia Nacional».

El artículo primero de la Ley Orgánica 8/1995, de 16 de noviembre en su apartado 6 dice: «Los apartados 1 y 2 del artículo 1 quedan redactados como sigue»: 1. El Tribunal del Jurado como institución para la participación de los ciudadanos en la Administración de Justicia, tendrá competencia para el enjuiciamiento de los delitos atribuidos a su conocimiento y fallo por esta u otra Ley respecto de los contenidos en las siguientes rúbricas: a) Delitos contra las personas. b) Delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos. c) Delitos contra el honor. d) Delitos contra la libertad y la seguridad. e) Delitos de incendios. 2. Dentro del ámbito de enjuiciamiento previsto en el apartado anterior, el Tribunal del Jurado será competente para el conocimiento y fallo de las causas por los delitos tipificados en los siguientes preceptos del Código Penal: a) Artículo 405 (parricidio). b) Artículo 406 (asesinato). c) Artículo 407 (Homicidio). d) Artículo 409 (auxilio o inducción al suicidio). e) Artículo 410 (infanticidio). f) Artículos 362 y 363 (infidelidad en la custodia de presos). g) Artículos 364 a 366, ambos inclusive (infidelidad en la custodia de documentos). h) Artículos 385 a 393, ambos inclusive (cohecho). i) Artículos 394 a 396, ambos inclusive (malversación de caudales públicos). j) Artículos

la LO 10/1995 de nuevo Código Penal no se corrigiera o reformara el apartado 1 del artículo 1º de la LOTJ, adecuando el párrafo b) «delitos cometidos por los funcionarios en el ejercicio de sus cargos» —anterior rúbrica del Título VII del Libro II del CPA— a la nueva del Código Penal de 1995 de «delitos contra la Administración Pública», del Título XIX del Libro II de dicho cuerpo legal.

En el primer Anteproyecto de Ley del Tribunal del Jurado, de 20 de enero de 1994²³, carente de Preámbulo y sobre el que el CGPJ formularía un crítico Informe, se incluía en el ámbito competencial del Tribunal del Jurado a «los delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos», —incluyendo al delito de prevaricación administrativa y judicial— *sin efectuar listado alguno*. (Hoy el delito de prevaricación se excluye expresamente en el artículo 5.º apartado 2 último párrafo «in fine» del LOTJ: «en ningún caso podrá enjuiciarse por conexión el delito de prevaricación...»).

La exclusión actual del delito de prevaricación es *acertada*, por cuanto este delito presenta *especial complejidad técnica* mayormente en el ámbito urbanístico, que exige el conocimiento de la legislación administrativa (vide las SSTs de 18 de enero de 1994 y de 10 de julio de 1995, a título de ejemplo), de modo que no es oportuno ni conveniente que *jueces legos* —que carecen de conocimientos técnico jurídico administrativos— deban de enjuiciar aquel delito.

Dicha complejidad técnica tiene lugar cuando el tipo penal incorpora

400 a 403, ambos inclusive (fraudes y exacciones ilegales). k) Artículo 404 (negociaciones prohibidas a funcionarios públicos). l) Artículos 404 bis a) a 404 bis c), ambos inclusive (tráfico de influencias). m) Artículo 489 ter (omisión del deber de socorro). n) Artículos 490 a 492 bis, ambos inclusive (allanamiento de morada). ñ) Artículo 493.1º (amenazas) o) Artículos 553 bis a) a 553 bis c), ambos inclusive (incendios forestales)».

La disposición final 2.ª de la Ley Orgánica 10/1995 de nuevo Código Penal dice: «El apartado 2 del artículo 1 de la Ley Orgánica 5/1995 sobre el Tribunal del Jurado, queda redactado en los siguientes términos: «2. Dentro del ámbito de enjuiciamiento previsto en el apartado anterior, el Tribunal del Jurado será competente para el conocimiento y fallo de las causas por los delitos tipificados en los siguientes preceptos del Código Penal: a) Del homicidio (artículos 138 a 140). b) De las amenazas (artículo 169.1º). c) De la omisión del deber de socorro (artículos 195 y 196). d) Del allanamiento de morada (artículos 202 y 204). e) De los incendios forestales (artículos 352 a 354). f) De la infidelidad en la custodia de documentos (artículos 413 a 415). g) Del cohecho (artículos 419 a 426). h) Del tráfico de influencias (artículos 428 a 430). i) De la malversación de caudales públicos (artículos 432 a 434). j) De los fraudes y exacciones ilegales (artículos 436 a 438). k) De las negociaciones prohibidas a funcionarios (artículos 439 y 440). l) De la infidelidad en la custodia de presos (artículo 471)».

²³El artículo 1 del Anteproyecto decía así: «Jurisdicción del Tribunal del Jurado. 1. El Tribunal del Jurado, como institución para la participación de los ciudadanos en la justicia, tendrá jurisdicción para el enjuiciamiento de los delitos atribuidos a su conocimiento y fallo por ésta y otra Ley respecto de los contenidos en las siguientes rúbricas a) Delitos contra la vida humana. b) Delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos. c) Delitos contra el honor...».

determinados *elementos normativos*, cuya exacta comprensión remite a ordenamientos sectoriales de extraordinaria complejidad, incluso para el profesional o perito en derecho²⁴.

Tal vez hubieran debido excluirse también de la competencia del Tribunal del Jurado los delitos de malversación de caudales públicos y de tráfico de influencias, ambos delitos de especiales dificultades técnicas para los jurados (como así pone de manifiesto la STS de 28 de mayo de 1995).

e') Extensión de la competencia por conexión

El artículo 5.º apartado 2 de la Ley Orgánica del Jurado en su redacción actual dice: «La competencia del Tribunal del Jurado se extenderá al enjuiciamiento de los delitos conexos, siempre que la conexión tenga su origen en alguno de los siguientes supuestos: a) que dos o más personas reunidas cometan simultáneamente los distintos delitos; b) que dos o más personas cometan más de un delito en distintos lugares o tiempos, si hubiere precedido concierto para ello; c) que alguno de los delitos se haya cometido para perpetrar otros, facilitar su ejecución o procurar su impunidad».

«No obstante lo anterior, y sin perjuicio de lo previsto en el art. 1 de la presente Ley, *en ningún caso*²⁵ podrá enjuiciarse, por conexión el delito de prevaricación, así como aquellos delitos conexos cuyo enjuiciamiento pueda efectuarse por separado sin que se rompa la continencia de la causa».

Se recogen, así, los supuestos 1.º, 2.º, 3.º y 4.º del artículo 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal —que establece qué delitos se consideren conexos—, salvo el 5.º, relativo a la llamada *conexidad subjetiva* («los diversos delitos que se imputen a una persona al incoarse contra la misma, causa por cualquiera de ellos, si tuvieren analogía o relación entre sí, a juicio del Tribunal, y no hubiesen sido hasta entonces sentenciados»).

En el primer Anteproyecto de 20 de enero de 1994, el artículo 7.2

²⁴AGUSTÍN-JESÚS PÉREZ-CRUZ MARTÍN. «La competencia del Tribunal del Jurado», en «Comentarios Sistemáticos a la Ley del Jurado y a la reforma de la prisión preventiva». Instituto de Estudios Penales Marqués de Beccaria, Granada-1966, p. 37.

²⁵En la redacción original de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo no figuraban los términos «*en ningún caso*», que se introdujeron en la LO 8/1995, de 16 de noviembre y vienen a reforzar la exclusión del delito de prevaricación de la competencia del Tribunal del Jurado.

Tampoco se incluía en la redacción original la expresión: «*sin que se rompa la continencia de la causa*», que también se introdujo posteriormente por la LO 8/1995, de 16 de noviembre.

decía: «El juicio por Jurado alcanzará a los delitos y faltas conexos que lo sean conforme a los dos primeros números del artículo 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal».

En la actualidad, pues, se ha *ampliado la extensión de la competencia por conexión* del Tribunal del Jurado a los números 3.º y 4.º del artículo 17 de la LECr.

Sin embargo, debe tenerse muy en cuenta la *salvedad de carácter general* —antitética— del último párrafo del apartado 2 del art. 5 de la LOTJ, de que, «en ningún caso podrá enjuiciarse por conexión el delito de prevaricación, así como aquellos delitos conexos cuyo enjuiciamiento pueda efectuarse por separado sin que se rompa la continencia de la causa».

Esta *salvedad general* viene a dejar prácticamente sin efecto la regla general, asentada inmediatamente más arriba en el mismo precepto, de la *vis atractiva* del delito competencia del Tribunal del Jurado respecto de otros delitos —que no son per se de su competencia expresa— por su conexidad, máxime porque los delitos conexos pueden *siempre o casi siempre* ser enjuiciados por separado²⁶.

Ahora la *salvedad* antes indicada se ve limitada por la expresión «sin que se rompa la continencia de la causa».

Por *continencia de la causa* se entiende la unidad y conexión que deben existir en todo juicio. Dicha terminología la extrae el legislador del artículo 161.5.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que establece: «Las causas por que deberá decretarse —la acumulación de autos— son: 5.º Cuando, de seguirse separadamente los pleitos se divida la continencia de la causa»²⁷.

²⁶Cfr. DE LA OLIVA SANTOS, A. «El Proyecto de Ley del Jurado de 1994», op. cit., p. 770.

²⁷JOSÉ M.ª MANRESA Y NAVARRO, en sus «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil» al referirse al art. 161.5º de la LEC dice: «Por continencia de la causa se entiende la unidad y conexión que deben existir en todo juicio relativamente a la acción, a la cosa litigiosa, a la persona del Juez, a la de los litigantes, a los trámites y al fallo definitivo. Cuando entre dos pleitos existe tal analogía que, de seguirse por separado, se quebrantaría, se destruiría esa unidad y conexión, se dice que *se divide la continencia de la causa*; y para evitar los inconvenientes que de aquí se seguirían, y el peligro de que se pronuncien fallos contradictorios debe decretarse la acumulación de autos que tengan entre sí dicha unidad, conexión o analogía».

El artículo 162 de la LEC dice: «Se entiende dividirse la continencia de la causa, para los efectos de la disposición que contiene el párrafo último del artículo anterior: 1º Cuando haya entre los dos pleitos identidad de personas, cosas y acción. 2º Cuando haya identidad de personas y cosas, aun cuando la acción sea diversa. 3º Cuando haya identidad de personas y acciones, aun cuando las cosas sean distintas. 4º Cuando las acciones provengan de una misma causa, aunque se den contra muchos y haya, por consiguiente, diversidad de personas. 5º Cuando las acciones provengan de una misma causa, aunque sean diversas las personas y las cosas. 6º Cuando haya identidad de acciones y de cosas, aunque las personas sean distintas».

Me parece totalmente desacertada dicha terminología trasladada del ámbito del proceso civil al penal, de difícil concreción interpretativa. Parece que en realidad puede inferirse, como dice M. A. GIMENO JUBERO: «que ante la disyuntiva de economía procesal, que se traduciría en *vis atractiva* del Jurado, y *delimitación del objeto de enjuiciamiento* que supone juzgar sólo aquello competencia expresa y limitar la adhesión por conexidad, la LOTJ se pronuncia por esto último»²⁸⁻²⁹.

De este modo, el legislador viene a establecer —tal vez siguiendo la recomendación del CGPJ— muy restrictivamente la competencia por conexión del Tribunal del Jurado, siendo de aplicación supletoria, vía artículo 24.2 LOTJ, el artículo 18 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, norma que soluciona los problemas competenciales que la conexión plantea³⁰.

En el caso de **concurso real**, en principio *se excluye la conexión*, pues el artículo 5.º de la LOTJ no recoge el supuesto del apartado 5 del artículo 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal —o sea la conexidad subjetiva— como posible supuesto de conexión. En el caso del **concurso medial**, parece que será competente el Tribunal del Jurado por conexión al tener origen en el supuesto c) del apartado 2 del art. 5.º de la LOTJ, que dice: «*que alguno de los delitos se haya cometido para perpetrar otros...*».

Así, por vía de conexión, el Tribunal del Jurado conocerá del delito de *falsedades* como *medio* de cometer, por ejemplo, un delito de malversación de caudales públicos.

En el caso del **concurso ideal**, el propio artículo 5.º de la LOTJ en el apartado 3 establece que: «*Cuando un solo hecho pueda constituir dos o más delitos será competente el Tribunal del Jurado para su enjuiciamiento si alguno de ellos fuera de los atribuidos a su conocimiento*».

Y en el caso del **delito continuado**, el art. 5 apartado 3 último párrafo prescribe: «*Asimismo, cuando diversas acciones y omisiones consti-*

²⁸Cfr: MIGUEL ÁNGEL GIMENO JUBERO, «Ámbito objetivo del proceso del Tribunal del Jurado», en «El Tribunal del Jurado». CGPJ, 1995, p. 132.

Dicho autor argumenta: «No parece desacertado afirmar que la Ley del Tribunal del Jurado parte de un principio, repetido en la exposición de motivos: *la concreción del objeto de enjuiciamiento, su perfecta delimitación*. Por eso, pese a que el párrafo 2 del artículo 5 de la LOTJ atrae competencia de otros delitos, por conexidad, concluye, excluyendo el delito de prevaricación y, lo que ahora más interesa, a aquellos conexos cuyo enjuiciamiento pueda efectuarse por separado sin que se rompa la continencia de la causa».

²⁹F. MARÉS también dice que: «parece que la piedra de toque viene constituida por la previsión obstativa que excluye de los supuestos de la conexión a aquellos delitos conexos cuyo enjuiciamiento pueda efectuarse por separado». Comentarios a la Ley del Jurado. Tirant lo Blanch, Valencia-1996, p. 91.

³⁰Así también lo entiende F. MARÉS ROGER. *Ibídem* p. 91.

nayan un delito continuado será competente el Tribunal del Jurado si éste fuere de los atribuidos a su conocimiento».

e'') *Extensión de la competencia por conexión de las faltas incidentales*

El Anteproyecto de 20 de enero de 1994 en el art. 7.2 prescribía que: «El juicio por Jurado alcanzará a los delitos y faltas conexos que lo sean conforme a los dos primeros números del artículo 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal».

Sin embargo, en la LOTJ se omite la referencia expresa a las faltas al tratar de la conexidad, que refiere expresamente a los «delitos». (Art. 5.2 LOTJ). También la Ley de Enjuiciamiento Criminal en el art. 14.3.º último apartado y el art. 14.4.º último apartado se refieren sólo a «delito»).

En principio, pues cabe deducir que en la LOTJ se excluye a las faltas de la conexidad.

Sin embargo, cabe afirmar la conexidad de las faltas incidentales, por aplicación supletoria via art. 24.2 de la LOTJ³¹ del artículo 142 regla 4.ª quinto del procedimiento ordinario, que establece: «...pronunciándose por último el fallo, en el que se condenará o absolverá no sólo por el delito principal y sus conexos, sino también por las faltas incidentales de que se hubiere conocido en la causa, reputándose faltas incidentales las que los procesados hubiesen cometido antes, al tiempo o después del delito como medio de perpetrarlo o encubrirlo».

Parece que no cabe la conexidad por las faltas que no sean incidentales —a pesar de que cabría efectuar una remisión supletoria al artículo 790.5 del procedimiento abreviado de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que prescribe que: «La acusación se extenderá a las faltas imputables al acusado del delito o a otras personas cuando la comisión de la falta o su prueba estuviera relacionada con el delito...»— por cuanto el legislador del Jurado pretende que los jueces legos tengan una clara concreción en el objeto de enjuiciamiento, lo que evidencia que su voluntad es restrictiva³².

³¹ El artículo 24.2 de la LOTJ dice: «La aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal será supletoria en lo que no se oponga a los preceptos de la presente Ley».

³² Así también M. A. GIMENO JUBERO, op. cit., p. 132. Dicho autor dice que: «...parece absurdo que la amplitud de competencia que asume el Juez de lo Penal o la Audiencia Provincial, según el art. 14 de la LECr., que incluye atracción de las infracciones leves de otras personas, sea trasladada al Tribunal del Jurado. Además, el art. 29 de la L.O.T.J indica que el contenido de la calificación provisional será la del artículo 650 de la LECr., rompiendo con el criterio del art. 790.5 LECr., que establece la extensión a las faltas imputadas al acusado o a otras personas si hay relación en su comisión o prueba».

F) LAS CUESTIONES PREJUDICIALES JURISDICCIONALES ADMINISTRATIVAS

En los delitos contra la Administración Pública —en especial el delito de prevaricación administrativa o no judicial— la norma penal suele utilizar *elementos normativos* (de orden jurídico extrapenal, que normalmente pertenecen al orden jurídico administrativo) para la integración del tipo: así, por ejemplo, el «dictar resolución arbitraria a sabiendas de su *injusticia*» en asunto administrativo», de modo que es necesario determinar con *carácter previo* a la sentencia condenatoria o absolutoria cuándo una resolución es contraria al Derecho administrativo y si dicha determinación la deberá hacer el propio órgano jurisdiccional penal que conoce del hecho presuntamente punible o si corresponderá a otro órgano jurisdiccional diferente especializado en la materia, en nuestro caso a un órgano jurisdiccional contencioso-administrativo.

En nuestro sistema jurisdiccional existen, dentro de la unidad orgánica jurisdiccional, órganos jurisdiccionales *especializados* según las diversas ramas del Derecho: así, los órganos jurisdiccionales que conocen de los asuntos civiles (Juzgados de Primera Instancia y Tribunales del orden civil); los órganos jurisdiccionales que conocen de los asuntos laborales (Juzgados de lo Social y Tribunales del orden social); los órganos jurisdiccionales que conocen de los asuntos contencioso-administrativos, es decir, de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho administrativo y con las disposiciones reglamentarias (Juzgados de lo Contencioso-administrativo y Tribunales del orden Contencioso-administrativo); los órganos jurisdiccionales penales que conocen de las causas y juicios criminales (Juzgados de Instrucción, Juzgados de lo Penal y Tribunales del orden penal) (art. 9 LOPJ).

Ahora bien, si el conocimiento de las cuestiones reguladas en las diversas ramas jurídicas se atribuye a titulares diversos del órgano jurisdiccional, cuando para la resolución de una cuestión es preciso someter a juicio cuestiones de diversa naturaleza jurídica, surge el problema de determinar a qué órgano especializado de la jurisdicción se entregará el conocimiento de la cuestión prejudicial.

La regla general la establece el artículo 10 de la LOPJ que dice: «A los solos efectos prejudiciales, cada orden jurisdiccional podrá conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente».

En el proceso penal, la Ley de Enjuiciamiento Criminal regula el tema en los artículos 3 a 7, en los que se distingue dos clases de prejudicialidad —la prejudicialidad presupone una conexión entre materias penales y otras materias pertenecientes a distintas ramas jurídicas de carácter heterogéneo que necesariamente han de ser resueltas con carácter previo a la resolución de la cuestión penal— según la doctrina (STS

5.11.1991, RA 7948): *la prejudicialidad no devolutiva o no excluyente* (arts. 3, 4.2 y 6 LECr.) y *la prejudicialidad devolutiva o excluyente* (arts. 4.1 y 5 de la LECr.).

La prejudicialidad no devolutiva es la propia de aquellas cuestiones cuyo enjuiciamiento puede ser llevado a cabo por el propio Tribunal penal y en el mismo proceso³³. Así, el artículo 3 de la LECr. prescribe: «Por regla general, la competencia de los Tribunales encargados de la justicia penal se extiende a resolver, *para sólo el efecto de la re-presión*, las cuestiones civiles y administrativas prejudiciales propuestas con motivo de los hechos perseguidos cuando tales cuestiones aparezcan tan íntimamente ligadas al hecho punible que sea racionalmente imposible su separación»³⁴.

La prejudicialidad devolutiva es la que surge cuando el juicio previo debe o puede encomendarse a distinto Tribunal del que conoce del proceso penal. Así, el artículo 4 apartado primero de la LECr. establece: «Sin embargo, si la cuestión prejudicial *fuese determinante de la culpabilidad o de la inocencia*, el Tribunal de lo criminal suspenderá el procedimiento hasta la resolución de aquélla por quien corresponda; pero puede fijar un plazo, que no exceda de dos meses, para que las partes acudan al Juez o Tribunal civil o contencioso-administrativo competente»³⁵.

Según este precepto, en principio —y hecha la salvedad del apartado segundo del art. 4 LECr.³⁶—, siempre que la relación o situación jurídica extrapenal sea *determinante de la existencia o inexistencia del delito*³⁷, debe ser decidida por el Juez del órgano jurisdiccional que corresponda.

³³ Cfr: M. FENECH, «El proceso penal», José M.^a Bosch editor, Barcelona-1956 p. 411.

³⁴ Y el artículo 6 de la LECr. establece: «Si la cuestión civil prejudicial se refiere al derecho de propiedad sobre un inmueble o a otro derecho real, el Tribunal de lo criminal podrá resolver acerca de ella cuando tales derechos aparezcan fundados en un título auténtico o en actos indubitados de posesión».

³⁵ El artículo 5 de la LECr. dice: «No obstante lo dispuesto en los dos artículos anteriores, las cuestiones civiles prejudiciales, referentes a la validez de un matrimonio o a la supresión de estado civil se deferirán siempre al Juez o Tribunal que deba entender de las mismas, y su decisión servirá de base a la del Tribunal de lo criminal». Se trata de una cuestión prejudicial devolutiva absoluta, porque forzosamente debe referirse el conocimiento a Tribunales no penales, a diferencia de la del artículo 4 apartado primero que lo es relativa, porque se permite al Tribunal penal la resolución de la cuestión prejudicial si las partes no acreditan haber entablado el proceso civil o contencioso-administrativo dentro del plazo de dos meses conferido para evitar dilaciones indebidas (art. 4 apartado segundo de la LECr.).

³⁶ El artículo 4 apartado segundo de la LECr. dice: «Pasado el plazo sin que el interesado acredite haberlo utilizado, el Tribunal de lo criminal alzará la suspensión y continuará el procedimiento».

³⁷ Los términos legales «*determinante de la culpabilidad o de la inocencia*» deben en-

En cuanto al tratamiento procesal, cabe distinguir los problemas que surgen de la existencia de cuestiones o causas prejudiciales devolutivas relativas: a) quién puede proponerlas; b) ante qué Juez o Tribunal; c) en qué momento se proponen; d) qué órgano jurisdiccional las resuelve; y e) los efectos que produce su planteamiento.

a) En cuanto a quién puede proponerlas, no hay duda que son las partes incluido el Ministerio Fiscal³⁸, pero también puede plantearlas el Juez o Tribunal de oficio³⁹.

b) ¿Ante qué órgano jurisdiccional pueden proponerse?: pueden plantearse ante el Juez instructor en la fase sumarial, quien las elevará al órgano sentenciador⁴⁰ (a la Audiencia Provincial —o TSJ o TS si el imputado es persona aforada— al Juez de lo Penal, etc.) para que decida su admisión y la suspensión del proceso hasta la resolución de la cuestión prejudicial por el órgano jurisdiccional que corresponda —el Juzgado de lo Contencioso-administrativo o el Tribunal Superior de Justicia sección de lo contencioso-administrativo si la cuestión prejudicial es administrativa— o decida declarar no haber lugar a la pretensión prejudicial acordar la continuación del procedimiento penal (lo que se efectúa mediante auto motivado contra el cual no cabe recurso de casación— art. 848.I LECr—, así la STS 3.10.83, RA 4967). También pueden plantearse las cuestiones prejudiciales devolutivas ante el propio Tribunal sentenciador⁴¹.

c) En cuanto al momento en que pueden ser planteadas según la doctrina: en el momento de la fase sumarial si se plantean ante el Juez instructor, o en el trámite previsto legalmente para los artículos de previo pronunciamiento (art. 666 y 667 LECr.) en el procedimiento ordina-

tenderse en el sentido de determinante de la tipicidad o atipicidad del hecho objeto del proceso penal, por concurrir o no todos los elementos antijurídicos que integran el tipo de injusto penal descrito por la norma, excluyendo los presupuestos de culpabilidad. (Así FENECH, op. cit., p. 414).

³⁸FENECH, op. cit., p. 418 entiende que las cuestiones prejudiciales devolutivas deben ser propuestas por *parte legítima*.

³⁹Así CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. en «Derecho Procesal Tomo. II (Vol. I) El Proceso Penal (I), Tirant Lo Blanch, Valencia-1987, p. 214. Dicho autor argumenta: «La cuestión prejudicial que deviene causa prejudicial no existe por el hecho de que alguien lo proponga; surge, por el contrario, como cualquier otro elemento «fáctico» del tipo penal... Si esto es así, la cuestión y por consiguiente la causa, puede «proponerse» o por las partes o por el propio órgano judicial de oficio». Así también J. PIQUÉ-J. M. RIFÀ-J. SAURA-J. F. VALLS GOMBAU, en «El Proceso Penal Práctico» Comentarios, Jurisprudencia y Formularios LA LEY-1990, p. 683.

⁴⁰Así la STS de 14.12.1976 RA. 5.340.

⁴¹Como la mayoría de los delitos contra la Administración Pública son de la competencia del Tribunal del Jurado las cuestiones prejudiciales podrán ser propuestas ante el Magistrado-Presidente designado de la Audiencia Provincial.

rio⁴²⁻⁴³; en el procedimiento abreviado se formularán en el escrito de acusación o al comienzo del juicio oral (art. 793.2 LECr.); en el procedimiento del Tribunal del Jurado el artículo 36 de la LOTJ permite plantear alguna de las cuestiones o excepciones previstas en el art. 666 de la LECr. o alegar lo que las partes estimen oportuno sobre la competencia, al tiempo de personarse las partes, dentro del término de 15 días ante el Tribunal, siendo resueltas por el Magistrado-Presidente designado; en el juicio de faltas, podrán plantearse en el momento del juicio oral.

d) En cuanto al órgano que debe resolver la cuestión, debe distinguirse entre el órgano que la *decide* (que es el órgano jurisdiccional penal sentenciador) y el órgano jurisdiccional de otro orden —civil o contencioso administrativo— que propiamente *resuelve* la cuestión planteada.

e) En cuanto a los efectos, cabe distinguir los propios del auto decisorio del órgano jurisdiccional penal que es *la suspensión* del proceso por dos meses y si se acredita que en dicho plazo se ha acudido al Juez o Tribunal civil o contencioso-administrativo (para entrar en la jurisdicción contencioso-administrativa antes deberá hacerse un pedimento a la Administración, con lo cual su acuerdo —luego recurrible— forma parte de la cuestión prejudicial en cuanto inicio del proceso contencioso administrativo) la suspensión es indefinida hasta que se resuelva la cuestión

⁴²El art. 667 LECr. dice: «Las cuestiones expresadas en el artículo anterior podrán proponerse en el término de tres días, a contar desde el de la entrega de los autos para la calificación de los hechos». Vide STS de 14.12.1976, RA 5340 que establece que: «el término *ad quem* de su proposición alcanza hasta el período de calificación..., reconduciendo su tramitación como artículos de previo pronunciamiento pues se trata de incidentes atípicos». Así también la STS de 3.10.83, RA 4967. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. sostiene que la cuestión prejudicial devolutiva se puede plantear hasta el mismo momento de la declaración de tener por concluso el juicio para sentencia —art. 740 LECr.—, op. cit., p. 214.

⁴³En realidad las cuestiones prejudiciales devolutivas y los artículos de previo pronunciamiento no tienen semejanza alguna, ya que estos últimos se refieren a cuestiones o excepciones de carácter procesal penal, que sólo accesoriamente deben ser tratadas con anterioridad a la decisión de las cuestiones de fondo, las cuestiones prejudiciales devolutivas se refieren al fondo del proceso, y su conocimiento debe ser deferido a un Tribunal no penal. Por otra parte, no puede otorgarse a las cuestiones prejudiciales el mismo tratamiento que a los artículos de previo pronunciamiento, ya que en éstos la suspensión se declara antes de que se inicie el incidente, y la resolución que se dicte debe ser, normalmente, de que no ha lugar a la excepción o de sobreseimiento libre, alzándose la suspensión en el primer caso; en cambio, la decisión sobre las pretensiones prejudiciales devolutivas debe limitarse a declarar o no la suspensión, y para ello no es necesario que se siga ningún procedimiento incidental, que la Ley no autoriza ni determina en parte alguna, por lo que el Tribunal deberá resolver de plano si admite o deniega la pretensión. Cfr: FENECH, op. cit., p. 418. Las SSTs de 14.12.1976, RA 5340, 4.12.78, RA. 3865 y 3.10.83, RA. 4967 precisan que no cabe confundir las cuestiones prejudiciales con los artículos de previo pronunciamiento, a pesar de su tratamiento procesal. La última de estas resoluciones declaró que no se trata de declinatorias, pues «...las Audiencias no declinan su competencia al admitirlas y defieren el conocimiento de las mismas a otro Tribunal de distinto orden jurisdiccional, sino que simplemente *las suspenden* hasta que recaiga ejecutoria en la causa sustanciada ante Tribunales de otra jurisdicción...»

por estos últimos. Y de no acreditarse haberlo efectuado en dicho plazo, la suspensión deberá ser alzada por el órgano jurisdiccional penal sentenciador ex art. 4.2 LECr.; cuestión distinta es el efecto que produce la resolución propia de la cuestión prejudicial devolutiva por el Juez o Tribunal civil o contencioso-administrativo respecto del juicio penal: si se trata de una sentencia contencioso-administrativa puede decirse que el juez o Tribunal penal queda vinculado por la sentencia extrapenal (la STS 5.11.91, RA 7948 dice que «*las cuestiones prejudiciales jurisdiccionales constituyen un medio para la fijación de los hechos de la sentencia penal en cuanto que los Tribunales de lo penal no pueden disentir, ni prescindir de lo resuelto por la jurisdicción civil o contencioso-administrativa para formar las premisas lógico jurídicas de su propio fallo...*») —la norma ha querido que el Tribunal penal tenga en cuenta el fallo de otro titular especializado del órgano para emitir su decisión—, pero en este supuesto la sentencia extrapenal tiene la eficacia de *hecho jurídico*, de modo que el efecto de cosa juzgada administrativa no puede impedir al Tribunal penal apreciar y valorar este hecho en el orden represivo⁴⁴. «El Tribunal penal deberá dar como cierta la calificación de los hechos llevada a cabo por el no penal con arreglo a las normas administrativas, pero teniendo en cuenta el resultado de ésta, y los demás elementos de juicio, puede luego condenar o absolver libremente en conciencia, sin que pueda alegarse que infringió la autoridad de la sentencia no penal sea cual fuere el contenido de su decisión»⁴⁵. Así, por ejemplo, en el caso del delito de prevaricación administrativa el Tribunal penal puede absolver al acusado si entiende que la resolución dictada —a pesar de ser contraria al Derecho administrativo según resuelve la sentencia contencioso administrativa recaída en una cuestión prejudicial devolutiva relativa— «no ha torcido el Derecho» y no es, por tanto, «injusta».

⁴⁴ Así FENECH, op. cit., p. 426. Si se trata de una sentencia civil constitutiva —la que crea una nueva situación jurídica, nacida *ex nunc*, como la que resuelve favorablemente una acción de anulabilidad (la rescisión de un contrato) o una sentencia de divorcio— vincula al Tribunal penal teniendo eficacia de hecho jurídico. Si se trata de una sentencia merodeclarativa o de condena, deben distinguirse dos hipótesis: a) que la decisión se refiera a la validez de un matrimonio o a la supresión del estado civil, en cuyo caso el art. 5 LECr. establece expresamente que «*la decisión —del juez o Tribunal civil— servirá de base a la del Tribunal de lo criminal*», o sea que la sentencia civil o canónica produce efecto de cosa juzgada; b) si la decisión se refiere a otras cuestiones, en caso de prejudicialidad externa —cuando la sentencia ha recaído con anterioridad a la iniciación del proceso penal y se aporta su testimonio— no produce efecto de cosa juzgada que vincule al Tribunal penal, debiendo el Tribunal penal efectuar un enjuiciamiento completo de los hechos y el derecho aportados al proceso, prescindiendo de la valoración que otro Tribunal haya podido dar a los hechos investigados; y en caso de prejudicialidad interna —cuando la sentencia civil haya recaído a consecuencia de una pretensión prejudicial devolutiva relativa— la sentencia civil tiene eficacia de hecho jurídico que debe ser apreciado y valorado en el orden represivo por el Tribunal penal.

⁴⁵ *Ibíd.*, p. 426.

PRIMERA PARTE

**EL DELITO DE PREVARICACIÓN DE LOS
FUNCIONARIOS PÚBLICOS Y OTROS
COMPORTAMIENTOS INJUSTOS
(ARTS. 404, 405 y 406)**

I. EL ARTÍCULO 404 CP. DIFERENTE SISTEMATIZACIÓN

Dice así: «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 por tiempo de siete a diez años».

El nuevo Código Penal intitula el nuevo Título XIX: «Delitos contra la Administración Pública»; y el Título XX: «Delitos contra la Administración de Justicia».

Dentro del Título XIX, en el Capítulo I se contempla la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos; y dentro del Título XX, en el Capítulo I, la prevaricación (judicial).

Así pues, se constata una segregación sistemática del delito de prevaricación del funcionario público (la denominada prevaricación administrativa o no judicial) y del delito de prevaricación judicial, que antes se contemplaban ambos unilateralmente en el Código Penal derogado de 1973 bajo el Capítulo I: «De la prevaricación» (art. 351 y siguientes) del Título VII titulado: «De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos».

Esta diferencia sistemática deriva del proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1992, que también separa ambos delitos de prevaricación (la del funcionario público o administrativa y la judicial) en los Títulos XVI: «Delitos contra la Administración Pública», y en el Título XVII: «Delitos contra la Administración de Justicia».

La Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal de 1983, ya

había separado también el delito de prevaricación administrativa (sin darle el calificativo de prevaricación) del delito de prevaricación judicial (que llama sólo «prevaricación»); el primero, contenido en la sección segunda: «De los abusos en el ejercicio de la función pública» del Capítulo IV del Título XVI: «Delitos contra la Administración Pública»; el segundo, contenido bajo el Capítulo VII «De la prevaricación» del Título XVII: «Delitos contra la Administración de Justicia».

Esta diferencia sistemática del nuevo Código Penal viene a resaltar que en los delitos contra la Administración Pública existe un *bien jurídico común* que es genéricamente la *función pública como actividad de prestación a los administrados*, la *función pública* que los funcionarios han de ejercitar conforme al interés general según la *legalidad existente*¹, que permite huir de una concepción de estos delitos exclusivamente como *infracciones de los deberes* de los funcionarios respecto de la Administración. La Administración Pública *como objeto de protección* no se corresponde con el *conjunto orgánico* ni con su *dignidad o prestigio*, sino con la *función pública* antes referida^{2,3}. Más concretamente, *se protege en el delito de prevaricación del funcionario público el deber de objetividad* (art. 103 CE y 106 CE).

Y en el delito de prevaricación judicial (delitos contra la Administración de Justicia) se protege dentro de la función pública el *ejercicio de la función jurisdiccional* (art. 117.1 y 3 de la CE) por jueces y magistrados imparciales y responsables, sometida al imperio de la ley. El delito de prevaricación judicial lesiona dicho bien jurídico «*desde dentro del Estado*». En cambio, los restantes delitos contra la Administración de Justicia «*lo hacen desde fuera*», impidiendo o dificultando la tarea de los jueces.

El nuevo Código *ha optado* por recoger dentro de un mismo título las conductas que, *desde dentro o desde fuera*, afectan a la Administración de Justicia⁴; lo que ha sido valorado positivamente por la doctrina⁵.

¹Cit. José Luís GONZÁLEZ CUSSAC. «El delito de prevaricación de funcionario público». p. 20. Tirant lo Blanch, Valencia-1994. También Mercedes GARCÍA ARAN. «La prevaricación judicial» p. 30 Tecnos-1990.

²En la doctrina alemana es mayoritaria la concepción del bien jurídico como *infracción del deber de cargo*. En la italiana, se defiende mayoritariamente que el bien jurídico está constituido por la *dignidad, el decoro o prestigio* de la Administración Pública.

Sin embargo, cabe hablar de una «dignidad entendida *funcionalmente*, como un requisito imprescindible de su buen funcionamiento» (así, González Cussac. Op. cit., p. 21, siguiendo las observaciones de VIVES respecto de la idea del «interés del Estado en el respeto al principio de autoridad».

³Así también J. MARTÍN CANIVELL. «Prevaricación» LA LEY de 9.2.96 p. 1, siguiendo a BACIGALUPO en su obra «Sobre la reforma de los delitos de los funcionarios» en D.J., enero 1983, vol. 2, p. 1099.

⁴Cit. Joaquín CUELLO CONTRERAS. «Jurisprudencia y prevaricación» LA LEY 1993, T. I, p. 1053, siguiendo a WAGNER (Amtsdelikte. P.100 y ss.).

II. INNOVACIONES O MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR EL NUEVO CÓDIGO: A) LA SUPRESIÓN DE LA MODALIDAD IMPRUDENTE EN EL DELITO DE PREVARICACIÓN DEL FUNCIONARIO PÚBLICO

El Capítulo I del Título XIX reza: «De la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos», regulando el art. 404 la prevaricación del funcionario público y los arts. 405 y 406 *otros comportamientos injustos* (los antes denominados nombramientos ilegales del art. 382 del Código Penal derogado y la aceptación de la propuesta de nombramiento o toma de posesión careciendo de los requisitos legales).

A) La supresión de la modalidad imprudente

Lo primero que salta a la vista de la regulación del nuevo Código Penal —atendido que introduce *un sistema de incriminación cerrada* o específica de los delitos imprudentes (*numerus clausus*) que cumple de manera más precisa el principio de taxatividad (aspecto formal que garantiza la seguridad jurídica) y favorece el *carácter excepcional de la incriminación culposa* (aspecto material)— es la falta de regulación de la prevaricación imprudente del funcionario público no judicial, a diferencia de la incriminación expresa del anterior Código en el art. 358 apartado segundo, que establecía: «Con la misma pena —inhabilitación especial— será castigado el funcionario público que dictare, por negligencia o ignorancia inexcusable, resolución manifiestamente injusta en asunto administrativo»; y a diferencia de la incriminación *también expresa* de la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal de 1983, art. 391.2.

Esta *destipificación* del delito de *prevaricación imprudente* del funcionario público no judicial— no así de la del judicial, cuya incriminación se mantiene—, que sigue al proyecto del Código Penal de 1992, viene a coincidir con la regulación del Código Penal alemán— que no distingue entre la prevaricación administrativa y la judicial—, en que no se tipifica específicamente la prevaricación en su modalidad imprudente, en un sistema en que rige el *numerus clausus*, afirmando la doctrina dominante alemana que no cabe ni siquiera la prevaricación (*Rechtsbeu-*

⁵Vide entre otros: María José MAGALDI y Mercedes GARCÍA ARÁN. «Los delitos contra la Administración de Justicia ante la reforma penal» en D.J., 1983, Vol. 2, p. 1189; Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, «Estudios Penales», 1991, p. 580; Manuel GARCÍA MIGUEL. «Los delitos contra la Administración de Justicia en la Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código Penal» en D.J., 83, II, p. 1115., etc.

gung) por dolo eventual⁶, por entender que el juez que es consciente de su tarea interpretativa *siempre* «cuenta con» la posibilidad de que la aplicación del Derecho que realiza no sea la correcta y estimar que, en tales casos, puede prevaricar a título de dolo eventual supone coartarle en su función y limitarle en la decisión sobre la interpretación correcta. Así pues, la prevaricación imprudente no se castiga, castigándose sólo la **dolosa**⁷. En cambio, el nuevo Código, paradójicamente, y *distanciándose* del Código Penal alemán, castiga *expresamente* en el art. 447 al «juez o magistrado que por imprudencia grave o ignorancia inexcusable dictara sentencia o resolución manifiestamente injusta», *manteniendo* la prevaricación judicial *imprudente* que el Código Penal derogado recogía expresamente en el art. 355 («El juez que, por negligencia o ignorancia inexcusables, dictare sentencia manifiestamente injusta»), sustituyendo el término «negligencia» por «*imprudencia grave*», de modo que se excluye expresamente a la imprudencia leve, como ya entendía la doctrina mayoritaria, que estimaba que se trataba de imprudencia temeraria la del art. 355⁸.

El nuevo Código Penal en su camino a suprimir el delito de prevaricación imprudente, lo hace respecto de la prevaricación administrativa, pero no llega a culminar dicho proceso en el ámbito del delito de prevaricación judicial, y ello, a pesar de que en el Código Penal alemán no se tipifica específicamente la modalidad imprudente ni siquiera en el ámbito judicial, y en contra de un sector doctrinal que aboga por la total supresión de la prevaricación imprudente, tanto en el ámbito administrativo como en el judicial⁹.

Así pues, el nuevo Código Penal vuelve, en lo que se refiere al delito de prevaricación administrativa, a la situación anterior al Código Penal de 1870 —que introdujo la modalidad imprudente en el delito de prevaricación—, en que sólo se incriminaba la prevaricación dolosa o «a

⁶Vide SEEBODE. «Das Verbrechen der Rechtsbeugung» p. 108; HEINITZ. «Probleme der Rechtsbeugung», p. 32; BEMMAN «Wie muss der Rechtsbeugungsvorsatz sein...», JZ (1973) p. 547 y ss. A favor del dolo eventual, LACKNER «Strafgesetzbuch», p. 931, y CRAMER, en SHÖNKE-SCHRÖEDER, StGB, p. 1883.

⁷Vide párrafo 366 StGB, que se refiere al Juez que a favor o en perjuicio de una parte tuerce culpablemente el Derecho en la decisión o conducción de un asunto jurídico.

⁸RODRÍGUEZ DEVESA. Derecho Penal Español. Parte especial, 1003 y P.G. 417; MUÑOZ CONDE. P.E. p. 661, etc. Ya antes LÓPEZ-REY, D.P. II, 175, afirmaba que el Código: «tipifica especialmente en los artículos 360, 363 y 365 (arts. 355, 358 y 360 del Código penal ahora derogado) la comisión por imprudencia temeraria». También GROIZARD, «El C.P. IV 134-135 y JASO. P.E. 196, aunque críticamente abogando por culpa leve.

⁹Así Joaquín CUELLO CONTRERAS. «Jurisprudencia y prevaricación», op. cit., p. 1037, 1053.

sabiendas» en el nuevo Código Penal de 1848; la *prevaricación verdadera*, en palabras de VIADA y VILASECA¹⁰.

El legislador de 1995 parte de la idea de que no conviene, con criterios de Política Criminal, punir la prevaricación eventualmente dolosa ni la imprudente del funcionario público, pues, como concluye Wolfgang FRISH *el riesgo* de lesionar bienes jurídicos —por medio de una resolución—, que el Derecho *le permite* al funcionario, es mayor, por lo general, que el que concede a quienes lesionan bienes jurídicos realizando otras actividades (por ejemplo, conduciendo un automóvil)¹¹. En nuestra doctrina, recientemente GONZÁLEZ CUSSAC era partidario de despenalizar la modalidad imprudente¹².

El delito de prevaricación administrativa se ve, por tanto, *restringido* en el tipo subjetivo al *dolo directo*, por el Código Penal de 1995, al igual que ocurre, *también*, en el delito de malversación de caudales públicos. En qué medida esto puede suponer una cierta *invulnerabilidad penal* del funcionario público en importantes aspectos de su actividad es algo que merece una valoración (¿inaceptable privilegio frente al juez y el médico?).

Finalmente, el mantenimiento de la prevaricación judicial imprudente parece que da a entender que para el legislador de 1995 el juez *es quien mejor debe conocer el Derecho*, y por ello, se le puede *exigir más* que al funcionario público, aunque en realidad se trata de un argumento poco sólido, pues ambos, el juez y el funcionario público, pueden aplicar incorrectamente *el mismo Derecho positivo*, y algunos funcionarios no judiciales *tienen jurisdicción* al estar constituidos en autoridad estando en este aspecto equiparados a los jueces.

¹⁰ VIADA y VILASECA. «Código Penal Reformado, II», p. 533. También PACHECO afirmaba que: «No hay prevaricación donde la injusticia no se ha cometido a sabiendas.» Código Penal. Concordado... II, p. 401.

¹¹ W. FRISH «Vorsatz und Risiko. Grundfragen des tatbestandmässigen Verhalten» 1983, p. 364 y ss., 398, aunque no resuelve el problema en el tipo subjetivo, sino en el tipo objetivo: la prevaricación lo que tolera es más situaciones de riesgo.

¹² GONZÁLEZ-CUSSAC, «Los delitos de los Funcionarios Públicos». Cuadernos de Derecho Judicial, C.G.P.J., 1995, p. 67. Dicho autor argumentaba: «Yo propongo, retomando argumentos de PACHECO, despenalizar la modalidad imprudente. Y este es por ejemplo el camino adoptado, entre otros, por el sistema alemán, donde el parágrafo 336 sólo castiga las conductas dolosas: el resto pertenecen al Derecho Administrativo-Disciplinario. Esta fórmula encuentra más argumentos a favor: a) Gramaticalmente, ya decía QUINTANO, que prevaricar equivale a «torcer el Derecho» y no tuerce el Derecho, quien simplemente se equivoca, porque no abusa de su oficio; b) Históricamente, cuando el Código Penal de 1870 extendió la punición a la imprudencia, sí tenía una cierta explicación, porque no existía ninguna clase de responsabilidad disciplinaria de los funcionarios. Pero esta situación hoy en día ha cambiado radicalmente; c) Por último, el carácter fragmentario y subsidiario del Derecho Penal aconseja tanto por razones de gravedad como de oportunidad, abandonar a la jurisdicción contencioso-administrativa la vigilancia y sanción de las conductas imprudentes».

B) Dictare una resolución «arbitraria»

El artículo 358, apartado primero, del Código Penal ahora derogado establecía: «*El funcionario público que, a sabiendas, dictare resolución injusta en asunto administrativo, incurrirá en la pena de inhabilitación especial*».

Y, en cambio, el actual artículo 404, siguiendo lo establecido en el artículo 384, primer inciso, del Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1992, dice: «*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 por tiempo de siete a diez años*¹³ ».

Como puede apreciarse, se sustituye «*resolución injusta*» por «*resolución arbitraria*¹⁴».

Ya SUÁREZ MONTES hace unos años propugnaba una reforma del delito de prevaricación del funcionario público en el sentido de que «*el núcleo de la infracción fuera el acto administrativo no ajustado a Derecho, esto es, arbitrario*¹⁵», para así abarcar el delito de prevaricación *la resolución conforme al arbitrio y la discrecionalidad legal administrativa, en caso de desviación de poder o infracción del poder discrecional*, afirmando que: «*Hay infracción del poder discrecional cuando, aun obrando dentro de las condiciones formales previstas por la ley para el ejercicio de su poder discrecional, se ordena o realiza un acto por un fin diverso de aquel en vista del cual se le ha confiado el poder discrecional mismo. Dicho de otra forma, cuando la manifestación de voluntad, inherente al acto discrecional, procede de motivos (tales como sectarismo político o religioso, enemistad, vejación, prepotencia, corrupción por cohecho u otro motivo) contrarios a la finalidad de orden público y de carácter objetivo e imparcial que debe conducir al ejercicio del poder discrecional. Cuando el acto no refleje el interés público, sin causa legítima, es arbitrario y abusivo, y esto deberá estimarse suficiente para*

¹³El artículo 391.1 de la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal de 1983 establecía: «*La autoridad o funcionario público que, a sabiendas, dictare resolución manifestamente injusta en asunto administrativo incurrirá en las penas de prisión de seis meses a dos años e inhabilitación especial de seis a doce años si causare con ello un grave daño a la causa pública o a un tercero, y en las de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial de tres a seis años si no lo causare*».

¹⁴En cambio, se mantienen los términos «*sentencia... injusta*», en el artículo 446 del nuevo Código penal que regula el delito de prevaricación judicial, sin que aparezca para nada la locución «*resolución arbitraria*».

¹⁵R. Fabio SUÁREZ MONTES, «*Consideraciones Político-criminales sobre el delito de tráfico de influencias*», en «*Política Criminal y Reforma Penal*». Homenaje a la memoria del profesor Dr. Don Juan del Rosal, p. 1092 Edersa-1993.

considerar el acto como *una forma de prevaricación*¹⁶» (la cursiva y subrayado son míos).

Dicho autor decía asimismo que en el marco de la prevaricación tendrá cabida *el acto arbitrario*, tanto si se trata de actividad reglada, como de actividad discrecional¹⁷.

Por su parte, GONZÁLEZ CUSSAC afirma que la esencia del delito de prevaricación administrativa «se encuentra en *la idea de arbitrariedad*. Y precisamente esta idea constituye el eje para el entendimiento del término «*injusticia*», que se contiene en el delito de prevaricación. Pues en realidad, para la intervención del Derecho Penal no basta con dictar una resolución contraria a Derecho, pues ello toparía con la misma concepción del sistema de recursos. Por tanto, se requiere, *algo más*, para que exista «*la injusticia*» requerida por el tipo, y ese algo más lo aporta la idea de *arbitrariedad*, como equivalente a «*torcer el derecho*», a «*forzarlo*», en el sentido de tomar una decisión que se sitúa completamente fuera del Ordenamiento Jurídico, y que jamás podría tener cabida en el mismo; que nunca podría *convalidarse*. Se trata, en consecuencia, de un parámetro interpretativo puramente objetivo y muy cercano a la noción de abuso de poder^{18, 19}».

Así, pues, la relación entre *injusticia* y *arbitrariedad*, que aparece en el artículo 404 del nuevo Código Penal de 1995 («a sabiendas de su injusticia... dictare una resolución arbitraria...»), debe entenderse como *resolución claramente opuesta a la legalidad* (injusta) que se castiga cuando es, además, *arbitraria*, es decir, dictada con absoluto apartamiento de las normas, no sólo sustantivas, sino también procedimentales esenciales y, sobre todo, de los principios constitucionales, que, junto al de legalidad, dominan la actuación de la Administración. Arbitrariedad que cabe estimar, tanto en las decisiones discrecionales (especialmente cuando infringen la imparcialidad), como en las regladas. En suma, por resolución arbitraria debe entenderse, *resolución notoriamente injusta, es decir, de ilegalidad burda, evidente y expresiva del desprecio por los principios que rigen la actuación administrativa*, al igual que ocurría en el art. 358.2 del anterior Código Penal, que en el caso del tipo imprudente se requería que se dictare «*resolución manifiestamente injusta*».

¹⁶ Ibídem, p. 1093.

¹⁷ Ibídem, p. 1092.

¹⁸ GONZÁLEZ CUSSAC, «Los delitos de los funcionarios públicos: cuestiones generales. La prevaricación como figura residual» en Cuadernos de Derecho Judicial C.G.P.J. 1995, p. 68.

También de dicho autor «El delito de prevaricación de funcionario público», op. cit., p. 64 y ss.

¹⁹ El término «arbitraria», como dice MARTÍN CANIVELL, en «Prevaricación» LA LEY de 9.2.96, op. cit.: «se acerca más a la interpretación jurisprudencial que se viene dando del término "injusta"».

Al desaparecer este tipo imprudente se ha facilitado la nueva interpretación del término resolución *arbitraria*, en igual sentido que resolución manifiestamente injusta. Esta interpretación explica también que en los nombramientos ilegales (arts. 405 y 406) baste la utilización del término **ilegalidad**, puesto que ésta consiste en la inobservancia de las normas reguladoras de nombramientos —contraposición sistemática de dichos preceptos en relación con el art. 404, que debe tenerse muy en cuenta—.

De este modo, la prevaricación administrativa dolosa se distingue de la prevaricación judicial dolosa del artículo 446 del nuevo Código Penal, que se conforma con que la sentencia o resolución sea *sólo injusta* (exigiéndose, en cambio, que la resolución sea *manifiestamente* injusta en el tipo de imprudencia grave o ignorancia inexcusable del art. 447 del nuevo Código Penal —antes art. 355—, relativo a la prevaricación judicial)^{20, 21}.

C) El término «injusticia»

1. Teorías.

Respecto del término «*injusticia*», equivalente a torcimiento del Derecho (Rechtsbeugung) —el término prevaricación procede de «varicare» (andar torcido)²²— en la doctrina alemana se han elaborado diversas teorías de la prevaricación: así la *subjetiva*, la *objetiva*, la *intermedia* y la *mixta*²³.

a) Teoría subjetiva.

Según la teoría subjetiva²⁴, existe injusticia en la resolución cuando el que la dicta lo hace de manera distinta a como, según su convicción

²⁰ La referencia a la arbitrariedad fue criticada por el Sr. Pillado (Grupo Popular), entendiendo que o la arbitrariedad está ya incorporada al concepto de injusticia o se trata de un plus injustificado cuando se parte de que la resolución debe ser injusta (C/ 516/ 15756). En respuesta y defensa del texto aprobado, el Sr. Cuesta (Grupo Socialista) expuso la necesidad de diferenciar la prevaricación judicial de la administrativa, entendiendo que el concepto de resolución arbitraria va más allá del mero concepto de resolución ilegal, en la línea del Código Penal alemán. (C/516/15761).

²¹ Curiosamente en el Código penal de 1848 la prevaricación entonces sólo dolosa (art. 262) exigía que se dictare resolución manifiestamente injusta, si bien al introducirse en el nuevo Código Penal de 1870 el tipo imprudente (art. 366), se amplió el tipo doloso a que se dictare resolución *sólo* injusta, pasando al tipo imprudente la exigencia de que se dictare resolución manifiestamente injusta.

²² QUINTANO, «Comentarios al Código Penal», p. 694, Madrid, 1966.

²³ Vide E. OCTAVIO DE TOLEDO, «La prevaricación del Funcionario Público», p. 337 y ss. Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1980. También Mercedes GARCÍA ARÁN «La prevaricación judicial», op. cit., p. 106 y ss.

²⁴ Vide L. OPPENHEIM, «Die Rechtsbeugungsverbrechen des Deutschen Reichsstraftge-

jurídica, debería hacerlo; es decir, *prevarica* el que *traiciona con su decisión la idea que se ha formado en su conciencia sobre qué es justo en el caso concreto que ha de decidir*. El criterio último reside en su *propia conciencia*. No *prevarica*, pues, el funcionario que resuelve *de acuerdo con su convicción jurídica*; y *prevarica* quien actúa *contra la propia convicción de lo que es Derecho*, siendo la convicción un elemento subjetivo, todo ello *con independencia* de que la resolución sea *no adecuada al Derecho*. Como dice García Arán, «las tesis subjetivistas han tenido su mayor eco en Alemania Federal, donde se deja sentir el recuerdo de la época nacional socialista».

Así, no es extraño que ante la evocación de disposiciones aberrantes en su contenido y la existencia de lo que, a estos efectos, KAISER denomina «penas crueles», se plantee en la doctrina la posibilidad de que el juez resuelva conforme a su convicción y en contra de la ley, sin que por ello prevarique²⁵ «Para la teoría subjetiva el "Beugung des Rechts" del parágrafo 336 StGB es únicamente un *elemento subjetivo del injusto*».

Un argumento a favor de la tesis subjetiva lo constituye *la gran dificultad de establecer cuál es la decisión correcta en el caso concreto*, cuando los principios jurídicos indudables y la lesión indudable del Derecho *son de muy escasa claridad* (existiendo normalmente *diferentes teorías doctrinales* para cada institución jurídica)²⁶ por lo que, se dice, «el punto de vista subjetivo debe ser decisivo²⁷».

Para SARSTEDT, representante de la teoría subjetiva, el bien jurídico es la pureza del ejercicio del cargo de llevar a cabo una administración de justicia sin tacha, y sólo mediatamente la corrección de la decisión²⁸.

Pero, como dice GARCÍA ARÁN, «los inconvenientes de la tesis subjetiva son evidentes: lo primero que cabe objetarle Sarstedt es que si

setzbuches», p. 46, 87 y ss. y 226; Wilhelm JOLY, «Die Rechtsbeugung des Richter», tesis de Gotinga 1954, p. 21 y ss.; Hans-Joachim MUSIELAK, «Die Rechtsbeugung», Tesis de Colonia, 1960, p. 18 y ss.; Werner SARSTERDT, «Fragen zur Rechtsbeugung» en Festschrift für Ernst Heinitz (editado por Hans Lüttger y otros), 1972, pág. 427 y ss.; SCHREIBER, G.A. 72, p. 197.

²⁵ Mercedes GARCÍA ARÁN. «La prevaricación judicial», op. cit., p. 106, citando a E. KAISER. «Verantwortlichkeit von Richtern und Staatsanwälten wegen ihrer Mitwirkung an rechtswidrigen Taten erteilen», NYW (1960) p. 1329.

²⁶ Así, W. SARSTEDT «Fragen zur...», op. cit., p. 428.

²⁷ MUSIELAK. «Die Rechtsbeugung...», op. cit., p. 23-26.

²⁸ Así SARSTEDT «Fragen...», op. cit., 434-435. Este autor ve confirmada la teoría subjetiva en el hecho de que «cuando en un asunto tiene que pronunciarse un órgano judicial colegiado, la circunstancia de que las normas procesales obliguen al juez que discrepa de la decisión de la mayoría a hacer lo posible para aproximarse a la de ésta, muestra que el primer criterio de justicia de la decisión es la conciencia jurídica del juez, que prevaricaría si plegase su decisión a la de la mayoría sin estar convencido de que es la más justa.» p. 433.

es discutible la corrección de una decisión y difícil probar su incorrección, los problemas para establecer la contradicción entre una decisión judicial y la convicción del que la toma, son inconmensurablemente mayores. Pero es que, además, las tesis subjetivistas, al mismo tiempo que defienden la impunidad del juez (o funcionario) que resuelve contra la ley con arreglo a su conciencia (con lo que logra justificar decisiones de justicia material contraria a las leyes injustas), admiten la posibilidad de incriminar como prevaricación la decisión adecuada a la ley, pero contraria a la conciencia del juez o funcionario. De esta forma, el juez de ideología contraria al contenido de las leyes que debe aplicar prevaricaría siempre que las aplicara con arreglo a su propio sentido, cuestión que constituye obviamente, el punto más burdo de la tesis subjetiva y así ha sido denunciado por autores que, como RUDOLPHI, no aceptan tampoco en toda su plenitud las tesis objetivas contrarias²⁹.

El planteamiento de la teoría subjetiva, a pesar de sus apelaciones al holocausto nacional-socialista y a las dificultades de hallar baremos objetivos, no ha encontrado demasiado eco en la doctrina alemana actual y mucho menos en la española. Su desprecio al ordenamiento jurídico, al sistema de fuentes y a la división de poderes es realmente sobrecedor³⁰.

b) La teoría objetiva es seguida por la doctrina dominante en Alemania y en España³¹.

Según esta teoría, el término *injusticia* debe medirse en relación al Ordenamiento Jurídico, de modo que *injusta* será toda *resolución contraria a Derecho*.

El núcleo de la conducta prevaricadora lo constituye la lesión *objetiva* del Derecho aplicable. Dicho Derecho no es el Derecho Natural, sino

²⁹ Cit. GARCÍA ARAN, «La prevaricación...», op. cit., p. 107, quien cita a Rudolphi «Zum Wesen der Rechtsbeugung», ZStW, 82 (1970) p. 610 y ss.

³⁰ Así GONZÁLEZ CUSSAC, «El delito de prevaricación...», op. cit., p. 50.

³¹ Así la sostienen en Alemania: Ernst HEINITZ, «Probleme der Rechtsbeugung», 1961; Günther SPENDEL, «Rechtsbeugung durch Rechtsprechung. Sechs Strafrechtliche Studien» 1984, pp. 25 y s., 41 y ss. y 74 y ss.; BEMMAN, GA, 69 «Wie muss der Rechtsbeugungsvorsatz beschaffen sein?», JZ, 1973, p. 550; Hans-Joachim HIRSCH, ZstW, 1970, p. 428. Por su parte la doctrina española se inclina casi unánimemente por la teoría objetiva: FERRER SAMA, «Comentarios, IV, p. 65 y ss., es el primero en que se decanta terminantemente por la teoría objetiva. Su posición ha sido compartida por la doctrina posterior: CUELLO CALÓN, P.E. II p. 350; PUIG PEÑA, P.E. III. p. 406; OCTAVIO DE TOLEDO, «Prevaricación...», op. cit., p. 354; ORTS BERENGUER, PE, p. 447; RODRÍGUEZ DEVEZA, PE, p. 1133; MUÑOZ CONDE, PE, p. 749; BELLO LANDROVE, RGLJ, 77, p. 253; BACIGALUPO, D.J. II, p. 1103 (teoría objetiva complementada con la del incumplimiento del deber), BUSTOS RAMÍREZ, PE, p. 437; VIVES ANTÓN, EPC, IX, p. 247; GARCÍA ARÁN, «La prevaricación...», op. cit., p. 110 y ss.; MARTÍNEZ PÉREZ, ADP, 91 Fasc. II, p. 383 y ss., etc.

el Derecho objetivo —positivo—, contemplado, no sólo en un plano *formal*, sino también, *material* —no se trata de una dimensión sólo formalista en contradicción con otra material, el elemento «*summum ius, summa iniura*»—, con respeto del sistema de fuentes y de las normas del ordenamiento jurídico de interpretación y de integración.

De este modo, una resolución dictada por funcionario público que *sea conforme a Derecho*, nunca podrá ser *constitutiva del delito de prevaricación*, aunque el funcionario se aparte de su convicción jurídica.

En los casos *claros* la aplicación del Derecho al caso concreto puede ser sencilla.

El problema se plantea cuando la cuestión de lo que debe entenderse por Derecho en el caso concreto, en muchas ocasiones, se contesta *differentemente*, es decir, cuando existen *diversas soluciones dogmáticas posibles, todas ellas defendibles*, es decir, *justificables teóricamente*.

Para los seguidores de la teoría objetiva, en principio, *no prevarica* el funcionario que adopta una decisión justificable teóricamente, *utilizando las normas de interpretación del Ordenamiento Jurídico*³².

La teoría objetiva se refiere tanto a la infracción de las leyes *materiales*, como *procesales*, y tanto a la *determinación de los hechos objeto del proceso*, como a su *correcta subsunción*, y respecto del bien jurídico dicha teoría entiende que es *el dominio efectivo del derecho*, es *evitar decisiones objetivamente incorrectas*, es *preservar la legalidad*, en el *desempeño del servicio a la sociedad*, que la Administración presta a través de sus funcionarios —legalidad entendida como ordenamiento jurídico íntegro³³—.

Para la teoría objetiva, en caso de error «al revés» de prohibición, o sea en caso de que un funcionario estuviera plenamente convencido de estar dictando una resolución objetivamente injusta, *no incurriría en responsabilidad penal alguna si su creencia era errónea*, y en realidad, *estaba decidiendo en forma objetivamente correcta*, debiendo de ser considerado, dicho error, como un supuesto de *delito putativo impune*³⁴.

El problema que se plantea a la teoría objetiva es que el Derecho no es unívoco, especialmente en los casos de *leyes multívocas*, de dis-

³² Así SPENDEL, «Richter und Rechtsbeugung» en Fest f. Peters. Tubinga, 1974, p. 166.

³³ Así BEMMAN, «Zum Wesen...», op. cit., p. 67; SPENDEL «Justizmord durch Rechtsbeugung» p. 541; Carlos MARTÍNEZ PÉREZ: «Lo objetivo y lo subjetivo en el delito de prevaricación de funcionarios», p. 389, en ANDP, 1991, Fasc. II.

³⁴ Cfr. COBO DEL ROSAL, M., y VIVES ANTÓN, T.S., «Derecho Penal. Parte General 3.ª edición. Valencia 1990, p. 514. También ANTÓN ONECA, P.G., p. 418; RODRÍGUEZ MOURULLO, Comentarios II p. 226 y ss.; RODRÍGUEZ DEvesa, P.G., p. 744; S. MIR PUIG, D. Penal, PG, 3ª edición PPU-1990, p. 378 y ss. La razón es que la determinación de lo que es delito o no lo es corresponde a la ley y no a la opinión del sujeto, que no puede convertir en punible un hecho que la ley no quiere castigar.

crecionalidad, de conceptos indeterminados, con lo que ya el propio legislador renuncia a soluciones uniformes de los casos, y quiere que sea el juez o el funcionario quien diga la última palabra sobre la aplicación concreta de la ley.

Para resolver estos casos difíciles los partidarios de la teoría objetiva como SEEBODEN optan por *ampliar el concepto de «resolución objetivamente correcta»*: *Todas las decisiones que caen dentro de los límites de la discrecionalidad otorgada por el legislador son decisiones justas*, sea cual sea el camino y las motivaciones que han llevado al juez o funcionario a seguirla, sin que caigan éstos en prevaricación. Y además, precisan que *para prevaricar no basta una mera ilegalidad*, sino que la resolución *contradiga el Derecho objetivo* de una manera *manifiesta, indiscutible*.

c) La teoría intermedia defendida por RUDOLPHI, también denominada «teoría del incumplimiento del deber»³⁵ comparte con la teoría objetiva el criterio de que hay casos donde una *única solución* es la *correcta*, dándose prevaricación si la decisión judicial *no coincide con ella*: *se tratará de normas que no admiten más que una determinada interpretación*.

Sin embargo, discrepa de la teoría objetiva en el tratamiento de los casos difíciles de las leyes multívocas, la discrecionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados.

Así, rechaza que *cualquiera* de las *diversas interpretaciones posibles* en el caso de las leyes multívocas, *sea correcta*, y afirma que *prevarica* el funcionario que *no utiliza los métodos y medios científico-jurídicos de encontrar el derecho*, es decir, los métodos y medios de la interpretación científico-jurídica del Derecho. Es la ley que es multívoca, no el **Derecho**. Derecho es aquí la interpretación de la ley realizada por el juez o funcionario para el *caso concreto*, efectuada con los citados medios y métodos. La prevaricación sería la *lesión del deber del juez de encontrar el derecho, de actuar en interés de la verdad*, consistirá, entonces, en la *resolución no alcanzada con tales medios y métodos científico-jurídicos*³⁶.

Otro criterio, que ofrece Rudolphi para apreciar prevaricación allí

³⁵RUDOLPHI, ZStW, 70, p. 628; también WAGNER, «Antsverbrehen», p. 203, 206 y ss.; SCHMIDT-SPEICHER, «Hauptprobleme der Rechtsbeugung», p. 81. En España se han adherido a esta teoría Octavio de Toledo —«Prevaricación...», op. cit., p. 350 y ss.—; BACIGALUPO, en Documentación Jurídica, II, 1983 p. 1103 y GARCÍA ARAN, «Prevaricación...», op. cit., p. 109.

³⁶Sin embargo, cabe objetar que los medios y métodos de interpretación así como las fuentes del derecho, son también normas del ordenamiento jurídico, de modo que si no se utilizan se estaría ya vulnerando el Derecho, y cabría hablar de prevaricación en el sentido de la teoría objetiva.

donde la teoría objetiva no puede hacerlo en el caso de leyes multívocas, es el de tener en cuenta si el juez o funcionario decide, guiado por *consideraciones extrañas* al asunto, en contra de su convicción jurídica, es decir si actúa por *estímulos, móviles o intereses ajenos al Derecho* al resolver. La teoría intermedia, introduce, así, un elemento subjetivo del injusto. Así prevaricará quien tenga una actitud de desprecio hacia la solución más ajustada a Derecho, conforme a la ciencia jurídica. Criterio éste último también utilizado en el caso de *discrecionalidad*. Si un juez o funcionario ha de aplicar la misma norma discrecional a casos iguales, y los resuelve en los límites opuestos de la discrecionalidad (máxima benignidad para unos y máxima dureza para otros) habrá prevaricación, a pesar de que el límite de la discrecionalidad no se ha sobrepasado³⁷.

d) Finalmente la *teoría mixta*³⁸ entiende que para que haya prevaricación se requiere una *objetiva injusticia* y además la *subjetiva tendencia* del funcionario o juez que resuelve *de contradecir el Derecho*, (o sea un elemento subjetivo del injusto), tendencia subjetiva que deriva del término «torcimiento del Derecho» (*Beugung des Rechts* o *Rechtsbeugung*)³⁹. Se trata de una teoría que restringe el concepto de *Rechtsbeugung* a la versión dolosa⁴⁰, única que el legislador alemán ha considerado punible, al no tipificar la modalidad imprudente⁴¹.

Según esta teoría, pues, «no tuerce el Derecho» ni la resolución que es objetivamente contraria al Derecho realizada sin la intención de contradecir el derecho —o de ir contra la propia convicción jurídica—, ni la realizada con esa tendencia que es objetivamente correcta.

2. El nuevo Código Penal español de 1995 parece que en lo que se refiere al delito de prevaricación administrativa del art. 404 se acerca a la *teoría mixta*, que acabamos de exponer, por un lado al exigir que la resolución sea *arbitraria* (lo que conecta con la expresión «torcimiento del Derecho»), es decir notoriamente contraria al ordenamiento jurídico, y que además concorra más allá del dolo un elemento subjetivo del injusto constituido por el ánimo de desprecio de los medios

³⁷Cfr. RUDOLPHI, ZsTW, 70, p. 617.

³⁸La siguen Karl ENGISH, «Zur Natur der Sache im Strafrecht.» Fest f. Eberhard Schmidt (ed. por Paul Bockelmann y Gallas) 1961, 119 y Klaus ROXIN, «Täterschaft und Tatherrschaft» 4ª edición 1984, p. 429.

³⁹No debe olvidarse que el artículo 336 StGB se refiere al juez que en favor o en perjuicio de una parte *tuerce el derecho*.

⁴⁰Cfr. Octavio DE TOLEDO, «La prevaricación...», op. cit., 351.

⁴¹Ello sucede así también en el nuevo Código Penal español de 1995, que sólo castiga la modalidad dolosa de la prevaricación administrativa, si bien en la prevaricación judicial, sigue castigando la modalidad imprudente (imprudencia grave) en el art. 447 —en el Código Penal derogado también lo hacía en el art. 355 CP—.

o métodos científico-jurídicos, es decir, del Derecho, o en un ánimo de favorecer o perjudicar al destinatario de la resolución al margen de la normativa aplicable que se pone de manifiesto en la expresión «a sabiendas de su injusticia», a la vez que se deja de incriminar la prevaricación administrativa imprudente en un sistema de incriminación «numerus clausus», del nuevo Código Penal al igual que ocurre en el C.P. alemán.

De este modo, se restringirían, tanto el tipo objetivo (resolución arbitraria), como el tipo subjetivo («a sabiendas de su injusticia») a la sola modalidad de dolo directo, excluyendo el dolo eventual. Finalmente se aclararía que el término «resolución *arbitraria*» incluiría expresamente los casos de desviación de poder en la actividad discrecional de la Administración, en concreto, los casos de *desviación de poder máxima*, consistente en el empleo de potestades administrativas para conseguir fines contrarios al interés público o distintos a él, pero no así la que persigue un interés igualmente público pero que utiliza un procedimiento externamente legal, pero distinto del que la ley prevé para producir el acto en cuestión (desviación de poder mínima)⁴² como es sabido, la doctrina administrativa señala que la libertad de actuación no es ilimitada, pese a un muy amplio ámbito de discrecionalidad de la actividad administrativa, y que si la administración pública ejercita sus potestades para una finalidad distinta de aquella predeterminada por el Ordenamiento Jurídico incurrirá en el vicio de desviación de poder (arts. 83.2 de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa y 63.1 LRJAP y PAC) y la actividad será constitutiva de arbitrariedad. A estos efectos, será determinante la existencia o no de motivación, cuando menos sucinta, de los actos en cuestión (art. 54.1f de LRJAP y PAC) y el examen de los datos objetivos sobre los que opere la discrecionalidad.

D) «A sabiendas de su injusticia»

En el Código Penal ahora derogado ya existía en el art. 358 y en el 351 el término «a sabiendas» (así, «el funcionario público que, a sabiendas, dictare resolución injusta...»; o «el juez, que a sabiendas, dictare resolución injusta...»; o «el juez que, a sabiendas, dictare sentencia...»).

La expresión «a sabiendas» significa propiamente conocimiento, y con tal sentido apareció en el art. 1 (definición de delito) del proyecto de Código Penal de 1822, como expresión distinta de «voluntariamente»

⁴² Así RAFAEL ENTRENA, en un comentario todavía no publicado sobre el artículo 404 del nuevo Código Penal.

y «de mala intención»^{43, 44}. Sin embargo, no tiene un sentido unívoco, equivaliendo a veces a deliberada intención o malicia, (así en las Partidas) más frecuentemente al dolo, como conocimiento y voluntad, y más raramente como elemento subjetivo del tipo.

La doctrina española mayoritaria ha entendido que comprende sólo al *dolo directo*, descartando la imprudencia y el dolo eventual, tanto si se parte de la teoría del consentimiento como de la teoría de la probabilidad, al igual que sucede en la doctrina alemana mayoritaria, y en la jurisprudencia española⁴⁵.

Sin embargo, algunos autores entienden que cabe también el dolo eventual en la expresión «a sabiendas» —(así, Octavio De Toledo, González Cussac⁴⁶—, éste último atendiendo al sentido gramatical de la referida expresión como equivalente a conocimiento, pues cuando el código Penal quiere incidir en el elemento intencional lo hace claramente, utilizando los términos «de propósito» (art. 418 y 419 CP 1973) o «intencionadamente» (art. 534, 562 CP 1973, etc.).

En el nuevo Código Penal la nueva expresión «a sabiendas de su injusticia» puede ser interpretada en el sentido de conocimiento o intención referidos exclusivamente a la injusticia (no a los otros elementos objetivos del tipo, como dictar resolución en asunto administrativo, lo que ya hacía la jurisprudencia del Tribunal Supremo español), o como un verdadero elemento subjetivo del injusto (al desaparecer la punición de la imprudencia en la prevaricación administrativa) entendido como ánimo o actitud de desprecio ante el Derecho, la ciencia jurídica, como hace González de Cussac⁴⁷, con un acercamiento a las teorías mixtas de

⁴³ Vide OCTAVIO DE TOLEDO. «La prevaricación...», op. cit., p. 365.

⁴⁴ Dicho sentido le da SUÁREZ MONTES, en el delito de cheque en descubierto —hoy destipificado— «El cheque en descubierto», p. 50.

⁴⁵ Así MUÑOZ CONDE, Derecho Penal, PE, p. 706; ORTS BERENGUER, Derecho Penal, PE, p. 434; RODRÍGUEZ DEVESA, PE, p. 1000; JASO, PE, p. 196; GARCÍA ARÁN, «La prevaricación...», op. cit., 125 y ss.; CUELLO CONTRERAS, «Jurisprudencia y Prevaricación», op. cit., p. 1050, nota 30.

En la doctrina alemana, cabe citar a BINDING, «Lehrbuch...», BT., 759; CRAMER, en Schönke-Schröder Strafgesetzbuch Kommentar 18. Auf. P. 1797; HAVER, «Rechtsbeugung im Steuerverwaltungsverfahren», p. 1095; MAURACH, B.T., p. 759, etc.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo suele equiparar «a sabiendas» con «intención» (STS 9.10.1872) o con «malicia» (STS 8.10.1872; 13.1.48, entre muchas otras).

⁴⁶ E. DE TOLEDO. «La prevaricación...», op. cit., p. 372; GONZÁLEZ CUSSAC, «El delito de prevaricación...», op. cit., p. 102; Tácitamente BUSTOS RAMÍREZ, «Derecho Penal...», p. 437 y 438; MARTÍNEZ PÉREZ, C., «Lo objetivo y lo subjetivo...», op. cit., p. 386.

En Alemania a favor del dolo eventual, cabe citar a TREPPER, «Richter bestechung...», p. 76; SWARZENSKI, «Fahrlässige Rechtsbeugung...» p. 242; SEEBODE, «Rechtsblindheit...», p. 207; BEMMAN, «Wie muss...», op. cit., p. 547 y ss.; MUSIELAK, «Die Rechtsbeugung...», op. cit., p. 76, etc.

⁴⁷ Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, «El delito de prevaricación...», op. cit.

la doctrina alemana; elemento subjetivo del injusto al que deberá añadirse el dolo referido a todos los elementos objetivos del tipo, incluida la condición de funcionario público a efectos penales.

Esta última comprensión de la expresión «a sabiendas de su injusticia» como elemento subjetivo de injusto, implica o significa una *restricción* del tipo subjetivo, que impediría el dolo eventual (aparte de la imprudencia), lo cual podría ser coherente con la idea del carácter fragmentario del Derecho Penal, de modo que los casos de dolo eventual entrarían dentro del ámbito del Derecho Disciplinario administrativo.

Sin embargo, es obvio que el tipo subjetivo del delito de prevaricación administrativa sería distinto del tipo subjetivo del delito de prevaricación judicial, ya que el nuevo Código Penal de 1995 a pesar de importantes reformas (así, la inclusión de toda resolución judicial —también las providencias—) ha mantenido la redacción del código anterior en los términos "*a sabiendas*" y "*sentencia... injusta*" (art. 446 CP 1995), así como la punición expresa de la imprudencia grave o ignorancia inexcusable (art. 447), no así la imprudencia leve.

Es decir, el nuevo legislador habría separado con un tratamiento distinto ambas regulaciones de la prevaricación (administrativa y judicial).

Ello significaría un mayor rigor o exigencia a los jueces, que a los funcionarios administrativos, tal vez basada en que los jueces saben o deben saber más el Derecho, que los funcionarios administrativos, y que como dice Rudolphi les compete «*garantizar y realizar*» el bien jurídico protegido en el delito de prevaricación judicial (así, el dominio del Derecho, preservar la legalidad, la función del Derecho de crear un ordenamiento adecuado a la vida social. evitar decisiones objetivamente falsas, etc.) y no infringirlo, no agotándose el injusto de la prevaricación judicial en la mera consecución de una lesión del bien jurídico, sino que también comprende la lesión de un deber específico del juez: el de proteger el bien jurídico amparado por el actual art. 446⁴⁸.

III. LA POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

La doctrina jurisprudencial con anterioridad a la reforma del Código Penal de 1995, al interpretar el art. 358 señala la necesidad de que la *injusticia* de la resolución consista no en una mera ilegalidad de posible

⁴⁸CUELLO CONTRERAS, «Jurisprudencia y Prevaricación», op. cit., p. 1053 ya divisa una discriminación, con la nueva regulación del Proyecto de Código Penal de 1992, entre prevaricaciones judiciales y de funcionarios, viendo como un peligro la entrada de la teoría del incumplimiento del deber, abogando por la desaparición del Proyecto de 1992 de la prevaricación judicial imprudente, lo que no ha hecho el legislador de 1995.

corrección en el propio proceso administrativo o por vía de recurso, sino sólo en aquella *injusticia clara y manifiesta*, verdadero y patente *torcimiento del Derecho* en grosera, e incluso esperpéntica, contradicción con el ordenamiento jurídico. El T.S. asume plenamente la teoría objetiva de la prevaricación y además relaciona el término «a sabiendas» con la *injusticia* de la resolución, entendiéndose aquél término como sinónimo de intención deliberada y plena conciencia de la ilegalidad.

El propio Magistrado de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo, Sr. Joaquín Martín Canivell acaba afirmando que el nuevo término «arbitraria» del art. 404 del CP 1995 se acerca más a la interpretación jurisprudencial que se viene dando al término «injusta»⁴⁹.

Veámoslo con mayor detenimiento.

La jurisprudencia viene recomendando desde antiguo una interpretación del término injusticia en el sentido de *que no deje lugar a dudas su contrariedad a Derecho*: Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 17.6.52 ha exigido que aquella sea tan patente que «no pueda explicarse por una interpretación razonable»; la sentencia de 30 de Diciembre de 1972 ha requerido el conculcamiento de «normas elementales de observancia»; la de 2 de Noviembre de 1978 ha enfatizado «el carácter inequívoco y relevante que ha de tener la infracción penal»; la de 3 de Mayo de 1986 —en un caso de prevaricación judicial, el denominado «caso Bardelino»—, RA 4.666, en cuyo fundamento jurídico tercero afirma que: «El Tribunal Supremo, a lo largo de una jurisprudencia copiosa, ha venido señalando, respecto al elemento objetivo de la prevaricación, que una resolución es injusta cuando se contraría a la ley manifiestamente (citando la sentencia de 9.3.1910), patentemente (citando las SS de 19.2.1891 y 17.6.50, RJ 970), o cuando produzca lesión del Derecho (Sentencia de 8.7.1916), ya que el mero error en la aplicación de las leyes no es base de responsabilidad para el que incurre en él, a menos que sea de tal naturaleza que envuelva una injusticia de aquellas que no pueden explicarse por una interpretación razonable de la ley y resulte de un modo claro e indiscutible la violación de un precepto legal (sentencias de 25 de Enero de 1911 y 31 de Enero de 1914) y también cuando los términos precisos y categóricos en que se halle redactado un precepto excluyan toda posibilidad de equivocada interpretación (Sentencias de 9 de marzo de 1910), con lo que ha venido a sentar la doctrina que, de conformidad con la ley, no existe injusticia alguna en sentido legal».

La sentencia de 10 de Noviembre de 1989 (RA 8.609), en el Fundamento de Derecho decimotercero dice: «La resolución únicamente puede ser reputada «injusta» cuando sea manifiestamente contraria a lo que

⁴⁹ Cfr. MARTÍN CANIVELL, «Prevaricación», LA LEY, de 9.2.96, p. 3.

requieran las normas aplicables a los derechos afectados y sin que quepa atribuir el acto a una interpretación jurídica razonable".

La sentencia de 17 de setiembre de 1990 (RA 7.322), «caso Barreiro» —comentada críticamente por Carlos MARTÍNEZ PÉREZ⁵⁰— en el Fundamento de Derecho 3º, apartados B y G, citando la STS de 25.4.88, RA 2.864, enseña que «el requisito de la injusticia de la resolución puede entenderse referido a *la falta absoluta de competencia jurídico-decisoria del inculpado, a la carencia de los elementos formales indispensables (u omisión de aquellos trámites inexcusables para llegar a la misma) o a su propio contenido sustancial (o a la contradicción patente, notoria e incuestionable con el ordenamiento jurídico, en el fondo)*».

Y añade en el apartado I) que: «Si la injusticia de la resolución se predica de su contenido sustancial no habrá tal si frente a una norma multívoca la decisión es, de alguna manera, defendible, aunque su signo no se comparta, o, incluso, cuando sea corregible o corregida en vía administrativa o contencioso-administrativa».

La Sentencia de 10 de abril de 1992 insiste «en que la injusticia ha de ser clara y manifiesta, pues si en este punto existiera alguna duda razonable, desaparecería el aspecto legal de la infracción para quedar reducida la cuestión a una mera ilegalidad a depurar en el ámbito de los correspondientes procedimientos administrativos y contencioso-administrativos...»; aclarando que «la injusticia de la resolución a que se refiere el art. 358 del Código Penal puede provenir tanto de una infracción de las normas sustantivas, como de las procesales... y siendo lo decisivo que la decisión de la autoridad suponga un ataque a la legalidad, una contradicción con el ordenamiento jurídico (art. 9.1 I. de la Constitución)» (así también la STS de 2.11.92 y la de 26.2.92).

La Sentencia de 16 de Mayo de 1992 prescribe que: «El concepto de resolución injusta queda limitado a aquellas infracciones que de un modo flagrante y clamoroso desbordan la legalidad vigente, adentrándose en la esfera de la ilicitud penal».

Más recientemente la Sentencia de 10 de Mayo de 1993 (LA LEY nº 13.221, Ponente Sr. GARCÍA DE MIGUEL), en su Fundamento de Derecho cuarto dice que: «la injusticia a la que el precepto se refiere puede ser referida a la absoluta falta de competencia del inculpado, a la inobservancia de las esenciales normas de procedimiento o al propio contenido sustancial de la resolución, de modo que la resolución implique "un torcimiento del Derecho" o una contradicción con el Ordenamiento Jurídico, ya se trate de normas sustantivas o procesales, que por ser de tal manera patente y grosera pueda ser perfectamente apreciable

⁵⁰MARTÍNEZ PÉREZ, C., «Lo objetivo y lo subjetivo...», en ADP 1991, Fasc. II, p. 363 y ss.

por cualquiera, no bastando, pues, la mera ilegalidad, que pueda ser producto de una interpretación errónea o equivocada o discutible, como en tantas ocasiones ocurre en Derecho».

Y en el Fundamento de Derecho quinto, aclara: «Si bien la determinación de la "injusticia" de la resolución no suele ofrecer mayores dificultades en los primeros supuestos de los tres anteriormente referidos, como son los de absoluta falta de competencia o inobservancia de las elementales normas de procedimiento, sí puede ofrecerlas y, muchas, cuando la injusticia se haya de deducir del *contenido sustancial* de la propia resolución, y, como es sabido, de las tres teorías que procedentes del campo alemán se han mantenido para pretender, mediante ellas, resolver el arduo problema de determinar cuándo una resolución debe reputarse "injusta", como son: *la subjetiva, la objetiva y la mixta*, aun sin dejar de reconocer que el Derecho Penal, como realista que es, podría reputar punibles y sancionar resoluciones en las que no obstante su conformidad con el derecho positivo o su adaptación a la legalidad podrían encubrir la conocida por los romanos *summa iniuria*, por ser contraria a lo supralegal o por desviación de poder, porque el funcionario la dicte contra su convicción motivado por intenciones o persiguiendo fines espúreos, es lo cierto que, debido a la inseguridad jurídica que se derivaría de tal aplicación de semejante teoría, *«la generalidad de la doctrina y la Jurisprudencia española han optado por la teoría objetiva, conforme a la cual no cabe hablar de injusticia de la resolución, no solamente cuando ésta se ajuste a la legalidad, sino cuando aún siendo ilegal, la ilegalidad se halle justificada por un error o equivocación en la interpretación por alguna supuesta falta de claridad, pues la propia ley, al estructurar los recursos, reconoce la posibilidad de que el funcionario judicial o administrativo se equivoque, de manera que no por el hecho de que el órgano superior a quien compete conocer de los recursos declare que la resolución recurrida no es conforme a Derecho se deriva de ello responsabilidad penal para el funcionario, sino que para que ésta surja es menester que la "desviación" o el "torcimiento del derecho" sea de tal manera grosera, clara y evidente, que sea de apreciar el "plus" de antijuridicidad que se requiere para el enmarcamiento de la conducta del funcionario en el ámbito de lo penal, lo que ha de deducirse del contraste entre la resolución dictada y la que en realidad debió dictarse»*.

En iguales o parecidos términos se expresa la Sentencia de 27 de Mayo de 1994, si bien matiza que: «No es, pues, la simple desviación de poder en el agente por motivos espúreos, como preconiza la teoría subjetiva, la que determina ese carácter de injusto, *a no ser que tal desviación se encuentre materializada objetivamente en una resolución drásticamente incompatible con el orden jurídico y con las normas esenciales inherentes a la Justicia más elemental*.

En conclusión, vendrá determinada la injusticia si no existe ningún método racional que permita sostener el criterio adoptado por los presuntos inculpados culpables⁵¹».

La Sentencia de 18 de Enero de 1994 (LA LEY nº 13.794), Ponente Sr. Ruiz Vadillo, dice: «Desde el punto de vista de su estructura y la relación con el tipo objetivo, la resolución que dicte el funcionario —ha de ser *injusta*. Como con acierto señala la doctrina científica, la injusticia de las resoluciones puede consistir en la infracción *manifiesta* de una norma sustantiva o procesal, en la aplicación de una norma anticonstitucional, en el retraso de la aplicación de ella, en la aplicación indebida de una norma inadecuada u obsoleta e, incluso, en la contravención del derecho suprallegal (SS TS de 25.4.88, RA 2.864, y 17 de sep. de 1990, RA. 7.322)».

La Sentencia de 12 de septiembre de 1994 (LA LEY nº 14.077), Ponente Sr. E. Bacigalupo Zapater, acogiendo la *teoría del incumplimiento del deber de Rudolphi*, afirma: «En lo que concierne a la prevaricación de funcionarios públicos (art. 358 CP) la jurisprudencia y la doctrina han coincidido ampliamente en que la finalidad de este tipo penal es, en primer lugar, *la protección de la función creadora de un orden social que corresponde al derecho*. Pero a ello se debe agregar que mediante el delito de prevaricación de funcionarios, no sólo se quiere *impedir la frustración de esta función del derecho*, sino que la autoridad puesta en manos del funcionario sea utilizada *en forma abusiva... La ilicitud de la prevaricación se agota en la infracción del deber de aplicar el derecho respetando su supremacía... El deber de aplicar el derecho sin abuso de la función se refiere a las normas que en el momento de la decisión tienen fuerza vinculante (aunque luego dichas normas sean declaradas nulas)*».

En sentencias más recientes se vincula por el T.S. el principio de «*ultima ratio*» o intervención mínima (o carácter fragmentario del Derecho penal) con el concepto de resolución injusta del delito de prevaricación (aunque ya lo hiciera antes la STS de 2 de noviembre de 1978).

Así, cabe citar la sentencia de 28 de diciembre de 1994, que establece: «Pero, además —se exige— que la resolución adoptada sea injusta..., para lo cual es preciso que exista una contradicción patente, notoria e incontestable con el ordenamiento jurídico, sin que baste la mera ilegalidad que pueda remediarse y depurarse en vía distinta de la penal, *pues el recurso al ius puniendi constituye una ultima ratio*, a la que

⁵¹ Parece que esta sentencia acepta la teoría intermedia de Rudolphi, al acoger el criterio de no utilizar el funcionario los métodos científico-jurídicos de interpretación del Derecho para constatar la existencia del delito de prevaricación, como complemento de la teoría objetiva.

hay sólo que acudir cuando no basten los remedios administrativos, según criterios que señala *el principio de intervención mínima...*».

La Sentencia de 25 de Marzo de 1995 afirma: «No cabe aplicar apresuradamente una norma penal ante una simple irregularidad administrativa o ante la discordancia interpretativa de las normas, porque si así lo hiciéramos *se correría el riesgo de criminalizar toda la actividad administrativa, y convertir los Tribunales de lo Penal en un trámite previo a la aprobación de cualquier actuación administrativa*».

También la Sentencia de 5 de Mayo de 1995: «Una reiterada jurisprudencia de esta Sala ha declarado que el delito de prevaricación del artículo 358 del Código Penal se integra de dos elementos: uno fáctico y normativo, el que se dicte una resolución injusta, y para que se aprecie tal injusticia, no basta con que tal resolución no sea la correcta en Derecho, sino que exige que vaya más allá de la simple ilegalidad, y entre en los términos de la injusticia, que existe siempre que se dé una patente, notoria e incuestionable contradicción con el ordenamiento jurídico, por lo que la infracción *desborde la legalidad vigente, pues constituyendo el Derecho Penal, en cuanto al ius puniendi, la ultima ratio sancionadora, en virtud del principio de intervención mínima, sólo debe actuar cuando en los otros ordenamientos jurídicos no existen remedios para corregir el error producido con la resolución, o ésta sea de tal naturaleza evidente y grave, de tal modo que haya de apreciarse el "plus" de antijuridicidad que requiere y debe dar vida a todo precepto penal...*».

También insiste en el principio de intervención mínima la STS de 10 de Mayo de 1993 (LA LEY nº 13.221).

En cuanto al tipo subjetivo, el T.S. lo refiere al término «a sabiendas», que conecta con el término «injusticia». Así, en la Sentencia de 3 de Mayo de 1986, RA 4.666, dice que «el término «a sabiendas» es el «ánimo deliberado de faltar a la justicia» (citando las SSTs de 28.3.1896, 22.11.1901 y 14.5.1914); es el propósito conocido de quebrantar un mandato legal (citando las SSTs de 29.1.1883, 16.5.1910).

La Sentencia de 10 de Noviembre de 1989, RA. 8.609, habla de «conciencia... de la injusticia».

La Sentencia de 14 de febrero de 1990 afirma: «Es de notar que el precepto (art. 358CP) alude... en el plano subjetivo, que se tome la resolución «a sabiendas de su injusticia». El refuerzo del dolo exigido en este tipo penal, excluye también su concurrencia».

La Sentencia de 17 de Setiembre de 1990, RA. 7.322, identifica comportamiento doloso con el término «a sabiendas».

La Sentencia de 26 de Febrero de 1992 (LA LEY nº 12.424), Ponente Sr. MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, en el Fundamento de Derecho segundo dice: «La figura del artículo 358.1 parece no admitir otra forma comisiva que el dolo directo». «La doctrina de esta Sala ha manifestado que la intención dolosa no basta deducirla de consideraciones

más o menos fundadas que se presten a juicios diferentes, sino que es preciso que haya una prueba que no deje lugar a ninguna duda... se requiere en el sujeto activo una **clara conciencia de la ilegalidad o arbitrariedad**» (citando la STS de 30.12.72)». En cuanto a la locución «a sabiendas» que utiliza el precepto penal, se ha entendido por reiterada doctrina jurisprudencial, como *equivalente* a la comisión del hecho con *malicia de una acción reprobada* (STS. 8.10.1879) siendo preciso que el acusado tenga *conciencia de la infracción de sus deberes* (SS 5 de Jun. 1899 y 13.6.1900). Supone, así, la conducta del agente un **ánimo deliberado de faltar a la justicia**, es decir, un **propósito de quebrantar un mandato legal...** o sea, y en definitiva, que el sujeto *sepa y le conste que la resolución que dicta es injusta por contraria a la Ley y que, no obstante, la dicte voluntaria y conscientemente*».

La sentencia de 10 de abril de 1992 dice que «el elemento subjetivo se refiere a que el sujeto activo obre, al dictar la resolución injusta, *con conocimiento de la ilegalidad de su actuación*».

La Sentencia de 16 de Mayo de 1992 prescribe que «Tiene que existir una certeza o *convencimiento común* sobre la ilegalidad cometida».

La Sentencia de 2 de Noviembre de 1992 afirma: «Subjetivamente el acusado ha de proceder con *conocimiento de la ilegalidad* de su actuación. *Tal intención dolosa* no basta deducirla de consideraciones más o menos fundadas, pues es preciso que haya una prueba que no deje duda alguna. El acusado tuvo *clara conciencia de la ilegalidad o de la arbitrariedad... la intención dolosa implica la comisión del hecho con la malicia de una acción reprobada*».

La Sentencia de 28 de Diciembre de 1994, al tratar del requisito subjetivo del delito de prevaricación, exige que la resolución se dicte *a sabiendas de ser injusta con dolo y con la malévola intención del torcimiento del Derecho*».

La Sentencia de 5 de Mayo de 1995 en el elemento subjetivo afirma «**la conciencia en el sujeto activo de la injusticia** de la resolución que dicta, conciencia que se comprende en la mención "*a sabiendas*" que contiene la descripción típica del art. 358 del Código Penal». (La sentencia de 17 de marzo de 1995 también exige que «el acuerdo se dicte a sabiendas de su injusticia, lo que ha de entenderse como sinónimo de intención deliberada y plena conciencia de la ilegalidad del acto realizado»).

Finalmente en cuanto al bien jurídico protegido por el delito de prevaricación, la sentencia de 10 de abril de 1992 dice que: «**es el recto y normal funcionamiento de la actividad de la Administración Pública**» (abundan en esta idea las sentencias de 25.10.93, 21.2.94 —esta última exige que la Administración Pública esté «**sujeta**» al sistema de valores instaurado en la Constitución, salvaguardando siempre las

proclamaciones contenidas en los artículos 103 y 106 de dicho Texto fundamental, plataforma esencial de toda actuación administrativa, aludiendo el primero al deber de la Administración Pública de servir con objetividad los intereses generales, con sometimiento a la Ley y al Derecho; y el artículo 106 a la sujeción de la actuación administrativa al *principio de legalidad* —y de 18.1.94, que cita expresamente la STS de 17 de Sept. de 1990).

La sentencia de 16 de Mayo de 1992 afirma que: «Aunque el tipo penal no lo diga expresamente, se entiende que además de la incidencia sobre el administrado, la resolución ha de tener una especial repercusión o afectación sobre *la comunidad* atacando en cierto modo a los intereses generales, o lo que en otros tipos se ha dado en llamar *la causa pública*»

Finalmente la sentencia de 12 de setiembre de 1994, Ponente Sr. Bacigalupo, dice que: «*la finalidad de de este tipo penal es la protección de la función creadora de un orden social que corresponde al derecho*».

La Sala 2.^a del Tribunal Supremo ha dictado muy recientemente la sentencia de 15 de octubre de 1999, de rabiosa actualidad, en la que se condena al Magistrado Sr. Gómez de Liaño como autor de un delito de prevaricación judicial continuada (del art. 446.3 del Cp), habiendo recaído un voto particular por parte del Magistrado del TS Sr. Martínez Pareda, y que ha dado lugar a diversos comentarios por parte de la doctrina: así, en sentido crítico, del profesor Enrique Gimbernat Ordeig en «El Mundo» de 17.10.99 y 1.11.99, así como a favor de la sentencia, de Rodríguez Ramos en «El Mundo» de 17.10.99; Zugaldía Espinar en «El País» de 27.10.99; de Mercedes García Arán «El País» de 20.10.99; Muñoz Conde en «El País» de 4.11.99 y el de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, en la Actualidad Jurídica de Aranzadi de 25 de noviembre de 1999, número 415.

En dicha Sentencia parece que se acoge *la teoría objetiva* de la prevaricación complementada por *la teoría del incumplimiento o infracción del deber* del Juez o teoría intermedia a que supra se ha hecho mención (vide RUDOLPHI) —teoría asumida por BACIGALUPO en D.J. II, 1983, p. 1103, miembro de la Sala que ha dictado la sentencia—, según la cual es injusta la resolución cuando la aplicación de la ley no haya sido deducida de ningún método o modo de interpretar el Derecho o sus principios, por lo que el Juez quebraría los deberes que le incumben como tal. No basta para que una resolución sea justa con que se adopte una decisión defendible jurídicamente, sino que ésta, además, ha de haber sido adquirida a través de métodos de interpretación válidos, no sirviendo que se haya llegado a ella por otros cauces o incluso por casualidad. En el caso de autos el magistrado condenado dictó varias medidas cautelares que la ley le permitía dictar *discrecionalmente* lo que compli-

ca la cuestión. La STS de 3 de mayo de 1986 había absuelto a los magistrados Varón Cobos y Rodríguez Hermida (que habían puesto en libertad, bajo irrisoria fianza, al conocido mafioso Bardellino, buscado por Interpol y acusado de graves delitos, que inmediatamente huyó de España) porque la ley les permitía decidir entre la libertad y la prisión e hicieran lo que hicieran actuaban justamente. Sin embargo, más adelante en la STS de 4 de julio de 1996, caso del Juez Pascual Estivill, el Tribunal Supremo admitió que había prevaricación cuando se decidía la prisión provisional sin fundamento, en el caso concreto, pese a que la Ley permite al Juez elegir entre ésta y la libertad.

La STS de 15.10.99 *radicaliza* la teoría objetiva dando a entender que el delito de prevaricación *no requiere más* que una «*resolución injusta*», sin embargo, puede objetársele, como hace GIMBERNAT⁵², que la *mera ilegalidad* que puede ser producto de una interpretación errónea o equivocada del Derecho no basta para fundamentar una prevaricación (sentencia de 7 de febrero de 1997), ya que esa «*mera ilegalidad*» tiene sus posibilidades de corrección en el ámbito de los recursos propios del caso, constituyendo *elemento objetivo* del tipo que la resolución sea tan grosera, espermética y disparatada, que su contradicción con el ordenamiento jurídico pueda ser apreciada por *cualquiera* (lego en derecho). (Cabe citar también las sentencias de 27 de enero de 1998 RAJ. 98, y la de 9 de junio de 1998, RAJ 5.161).

IV. LA PROBLEMÁTICA DE LA COMISIÓN POR OMISIÓN.

¿Delito de resultado? o ¿Delito de mera actividad? Posición personal.

La Jurisprudencia y un importante sector de la doctrina españolas aceptan la posibilidad de la *comisión por omisión no expresa* en los tipos denominados de resultado, tanto en la modalidad dolosa —aunque entonces con fuertes restricciones— como en la modalidad imprudente, entonces mucho más ampliamente⁵³

⁵² Dicho autor argumenta que «si de 11 personas no legas en derecho —tres magistrados de la Sala de lo Penal de la Audiencia nacional, un fiscal, un fiscal jefe de la Audiencia Nacional, un fiscal de la Sala 2.ª del TS, un fiscal general del Estado y un magistrado del TS, todos ellos no legas, sino juristas de la más alta cualificación— *sólo dos* han tenido el contenido de los tres autos objeto de la causa dictados por el magistrado Gómez de Liaño por "grosero, espermético y disparatado", entonces es evidente que esas características "no han sido apreciadas por cualquiera", sino sólo por un círculo de dos personas... y, entonces, es evidente también que en la conducta del acusado falta un elemento objetivo del tipo...».

⁵³ Vide «La Comisión por omisión». Cuadernos de Derecho Judicial. C.G.P.J., Madrid, 1994. Director Dr. E. GIMBERNAT ORDEIG. Especialmente «La posición de garante en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo». C. MIR PUIG.

Sin embargo, un amplio sector doctrinal echaba en falta, en el Código penal español, una *cláusula de equivalencia o correspondencia expresa* del omitir respecto de la realización del tipo mediante un hacer, al estilo de la contenida en el parágrafo 13 del Código Penal alemán, y entendía que la introducción y aplicación de la comisión por omisión en nuestro derecho podría infringir el *principio de legalidad*, por infracción de la prohibición de la analogía o del mandato de determinación, al no existir dicha cláusula de equivalencia⁵⁴.

Pues bien, el nuevo Código penal de 1995 en el artículo 11 establece que: «*Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación. A tal efecto se equipará la omisión a la acción: a) cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.*» (Los subrayados son míos).

Por consiguiente, *el criterio rector* lo constituye la *equivalencia*, explicitado en las fuentes del deber jurídico o de la posición de garante: la ley, el contrato y el actuar precedente.

Al establecer el nuevo artículo 11 del Código Penal de 1995 —al igual que ocurre en el parágrafo 13 del StGB— la exigencia de que se trate de delitos o faltas que consistan en la *producción de un resultado* (Erfolg), cabe entender que los delitos de comisión por omisión sólo son realizables si se tratan de *delitos de resultado*, de modo que los *delitos de mera actividad* quedarían, en principio, fuera de la estructura de la comisión por omisión⁵⁵, si bien los delitos de mera actividad son, simplemente, «*realizables por omisión*»⁵⁶.

En la doctrina se han debatido ambas cuestiones: se plantea, en primer lugar, *la imposibilidad de comisión de un delito de mera actividad mediante la peculiar estructura de la comisión por omisión*; esto es, mediante la no evitación de la lesión del bien jurídico por una persona en posición de garante, es decir, en posición de responsabilidad cualificada en los términos requeridos por aquella figura.

Y en segundo lugar, se plantea *la posibilidad de que delitos de*

⁵⁴ Vide José M^a SILVA SÁNCHEZ, «El delito de omisión. Concepto y Sistema». Librería Bosch, 1986.

⁵⁵ Ésta es la postura dominante en la doctrina alemana (así, STEINER, «Die Begehung Schlichter Tätigkeitsdelikte durch Unterlassen, de lege lata et ferenda», MDR 1971, p. 260-262; MEYER-BAHLBURG, Beitrag, p. 9 y 10; HAFT, J.A. 1982, 474. Existe, sin embargo, un sector que interpreta el término «Erfolg» —resultado— del parágrafo 13, en sentido amplio, con lo que éste podría abarcar supuestos de mera actividad (JAKOBS, «Lehrbuch», p. 646, núm. 2).

⁵⁶ Así STEINER, op. cit., 260 y 261.

mera actividad sean realizados «directamente» por omisión, a través de lo que alguna doctrina denomina «omitir concluyente»⁵⁷.

A favor de lo primero —la exclusión de la posibilidad de realización de un delito de mera actividad en comisión por omisión— cabe alegar el siguiente argumento: hay razones derivadas de la función de garantía de la ley penal expresadas en el principio de determinación típica. Al tratarse de tipos —los de mera actividad— en los que no se requiere la presencia de un resultado trascendente a la mera realización de una conducta concreta, ésta no se halla descrita por referencia a aquél (a diferencia de los delitos o tipos de resultado), sino mediante una configuración más o menos clara de su contenido. Parece, entonces, imposible que la no evitación de la lesión del bien jurídico por un garante cualificado pueda ser equiparable a la realización activa. Parece claro que en los delitos de mera actividad, no se trata tan sólo de la lesión del bien jurídico típicamente descrita, sino, fundamentalmente, de su producción a través de una acción configurada en determinada manera⁵⁸.

Debe, pues, abordarse el difícil problema de la naturaleza del delito de prevaricación del funcionario público. ¿Es un delito de resultado? o ¿es un delito de mera actividad?

En la doctrina española y en relación al artículo 358 CP ahora derogado hay un sector doctrinal que entiende el delito de prevaricación del funcionario público como «un delito de resultado»⁵⁹.

Así, OCTAVIO DE TOLEDO afirma que: «La resolución constituye el resultado del delito de prevaricación del art. 358 CP. Paralelamente a la afirmación de RODRIGUEZ DEVESA respecto al art. 407 CP 73, se puede decir del 358 que dictar resolución no es «la actividad» de resolver, sino ésta más el resultado resolución», singularmente si se considera que el resultado-resolución debe reunir todos los requisitos jurídico-administrativos exigidos por la ley para los actos o las normas, en el sentido de requisitos necesarios para entrar en el tráfico jurídico (así, resolución de obligada inserción en el B.O.E.)⁶⁰

Argumenta OCTAVIO DE TOLEDO que si se admite la comisión por omisión y la frustración, inmediatamente se niega su hipotética configuración como delito de mera actividad, quedando abierta la posibilidad

⁵⁷ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J.Mª, «El delito de omisión...», op. cit., p. 351, quien cita a PFANDER, «Die Rechtspflicht», p. 3 y ss. 33 ss. y 36 y 37. HERZBERG, «Die Unterlassung», p. 74, 105 y 279.

⁵⁸ SILVA SÁNCHEZ, J.Mª, ibídem, citando a Steiner MDR, 1971, p. 260-261.

⁵⁹ Así OCTAVIO DE TOLEDO, «La prevaricación...», op. cit., p. 408, quien afirma: «que es un delito especial propio (no de propia mano), que no tiene típicamente especificada la actividad que conduce a ese resultado. Y afirma que para la consumación del delito ha de esperarse a que la resolución ingrese en el tráfico jurídico.

⁶⁰ Le sigue Carlos MARTÍNEZ PÉREZ, «Lo objetivo y lo subjetivo...», op. cit., p. 396.

comisivo-omisiva en el caso de *resolución presunta por silencio administrativo positivo* —más dudosa si el silencio administrativo es negativo—.

Otro sector de la doctrina⁶¹, al parecer mayoritario, considera, por contra, que el delito de prevaricación es un delito *de mera actividad*, no cabiendo, por consiguiente la comisión por omisión.

González Cussac aclara que «el delito de prevaricación, en cuanto a su contenido de injusto, *es un delito de lesión*. Pero si con el vocablo "*resultado*" se quiere decir que esta infracción requiere la producción de un cambio en el mundo exterior (concepto estricto de resultado), o sea, la práctica de un acontecimiento en el cual acción y evento puedan separarse espacial y temporalmente, no estamos en absoluto conformes con que el delito de prevaricación sea un delito de resultado. Porque ambas categorías —el delito de lesión y el delito de resultado— como ya expusiera perfectamente RODRÍGUEZ MOURULLO no coinciden perteneciendo a planos diversos (el resultado se refiere al plano del objeto de valoración; y la lesión al de la valoración del objeto) en el análisis del tipo. Y en el delito de prevaricación no se exige necesariamente ningún cambio en el mundo externo (cambio perceptible sensorialmente), sino únicamente realizar una actividad: dictar una resolución injusta... En conclusión, podría decirse que el bien jurídico protegido en la prevaricación consiste en la lesión de la función pública entendida como servicio social, y éste, es un bien de naturaleza ideal que no se materializa o corporiza en nada, impidiendo, por consiguiente, su estimación como delito de resultado⁶²».

En mi opinión el delito de prevaricación es, en efecto, *un delito de mera actividad*.

En efecto, como enseña de forma magistral GIMBERNAT, «en realidad, los delitos de actividad no se caracterizan porque no producen un resultado —pues todos los delitos tienen un resultado y si no lo tuvieran no perjudicarían a nadie y entonces el Derecho Penal no tendría ninguna

⁶¹Entienden que el delito de prevaricación es un delito de mera actividad: RODRÍGUEZ RAMOS, «El resultado en la teoría jurídica del delito». Cuadernos de Política Criminal» nº 1 de 1977; FERRER SAMA respecto del art. 351 y niega la frustración e incluso la tentativa, por ser de un solo acto en «Comentarios...». IV, p. 64-65; en el mismo sentido TEJERA, «La prevaricación...», p. 61-64, 82, 163-164, 170, 175, 201, 234 y 237; GONZÁLEZ CUSSAC, «La prevaricación...», op. cit., entiende que es un delito de *lesión y de mera actividad*, p. 73.

⁶²Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, *ibídem*, p. 24, 25 y 26. En el Proyecto de 1992 el artículo 384 exigía expresamente la causación de un grave daño a la causa pública o a un tercero, por lo que podría hacer pensar en un *delito de resultado*, que también niega dicho autor, al entender que dicho daño habría de interpretarse como equivalente a *lesión* (ideal) del bien jurídico, y en su caso, como una condición objetiva de punibilidad. (pp. 138, 139 y 140).

legitimación para intervenir—, *sino únicamente porque el resultado se produce simultáneamente* con la actividad⁶³».

Así, en los *delitos de resultado* es imaginable *teóricamente* —y por ello se distinguen de los de mera actividad— la existencia de **una distancia espacio-temporal** entre movimiento corporal y resultado material; en cambio, en los *delitos de mera actividad* el resultado **siempre** tiene lugar **simultáneamente** con la *actividad desplegada* por el agente.

No será, pues, resultado material, en el sentido de los delitos de resultado, la *mera exteriorización de la conducta* —que es el resultado de los delitos de mera actividad, al menos desde la perspectiva del sujeto pasivo—.

Planteada así la distinción entre los delitos de resultado y los delitos de mera actividad —ambos producen un cambio en el mundo externo, y por ello no puede hablarse de delitos *formales* y delitos *materiales*, como ya puso de manifiesto VON LISZT en su *Lehrbuch des Deutschen Strafrecht*, 2ª edición, Leipzig, 1884, pág. 108, nota 1— no se aprecia esa distancia espacio-temporal entre la *actividad* de dictar a sabiendas una resolución injusta y la *resolución* dictada, sino, que más bien dicha resolución tiene lugar *simultáneamente* con la actividad de dictarla, tratándose de una *mera exteriorización* de la conducta de dictarla.

Si pasamos al campo de la **omisión**, podemos afirmar que el tipo de la prevaricación del funcionario público del art. 404 del nuevo Código Penal no puede realizarse por vía de la **omisión propia o pura**, puesto que el legislador utiliza el verbo «*dictar*», que tiene un sentido inequívocamente *positivo*, y por razones *sistemáticas*, dado que el legislador «cuando quiere castigar las conductas omisivas lo hace expresamente».

De este modo, GONZÁLEZ CUSSAC afirma que *la teoría de los actos presuntos* en Derecho Administrativo es una *ficción procesal* para facultar el acceso a la vía revisora propia de la Administración y a la vía judicial, pero *nunca resuelve*, sólo *figuradamente* puede considerarse una resolución, y termina concluyendo que «desde luego no parece aconsejable castigar penalmente una conducta con el solo apoyo de una ficción. Si a ello le añadimos la imposibilidad de admitir la omisión desde un punto de vista gramatical y sistemático, la respuesta ha de ser claramente negativa⁶⁴».

Comparto la opinión de QUERALT según la cual la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 1992, al superar el concepto procesal del silencio administrativo, da carta de naturaleza a las resoluciones presuntas (arts.

⁶³ E. GIMBERNAT ORDEIG, en «Política Criminal y Reforma Penal». «Otra vez: los delitos contra la propiedad intelectual», Editorial Revista de Derecho Privado, 1993. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal, p. 600.

⁶⁴ GONZÁLEZ CUSSAC, *Ibidem* p. 76 y 77.

43 y ss.) y que dicha Ley altera el sentido tradicional del delito de prevaricación administrativa como delito de acción positiva. **El objeto del tipo se ha ampliado** sensiblemente abarcando tanto a *las resoluciones expresas como a las presuntas*. Las resoluciones no expresas producen efectos jurídicos (art. 43.1 LRJAPYPC). Si el acto presunto puede ser recurrido, declarado nulo o revisado de oficio es porque es una resolución (resolución subsidiaria).

Respecto de la **comisión por omisión**, es decir, de la no evitación de un resultado pudiendo evitarlo el funcionario, como *equivalente* a la propia causación del mismo, *debería ser negada*, si se considera al delito de prevaricación —como lo hacemos nosotros— como un delito de mera actividad, siguiendo a la doctrina mayoritaria que entiende que la comisión por omisión no cabe en los delitos de mera actividad, y sí sólo en los delitos de resultado sin limitar las modalidades de la acción (aunque cabe entender el término «producción de un resultado» del art. 11 del nuevo Código Penal, utilizando un sentido amplio de *resultado*, de modo que abarcara el resultado típico de los delitos de resultado y el resultado de los delitos de mera actividad, como hace JAKOBS al interpretar el parágrafo 13 del StGB, si bien este autor reduce la comisión por omisión de los delitos de mera actividad «siempre que la actividad se describa como intervención activa sobre un objeto —conducir un automóvil—; la intervención cabe separarla, como resultado, de la acción⁶⁵»).

El legislador del Código Penal de 1995 parece que en el artículo 404 se ha inclinado por entender que el delito de prevaricación del funcionario es un delito de mera actividad en que no cabe la comisión por omisión, máxime al no haber seguido al Proyecto de Código penal de 1992, que exigía *la causación de un grave daño a la causa pública o a un tercero*.

En cuanto a la **Jurisprudencia del Tribunal Supremo**, cabe citar la Sentencia de 25 de abril de 1988 (RA 2.864), que afirma: «El delito de que se trata —prevaricación del art. 358— sólo puede cometerse mediante una actuación positiva, no siendo posible la comisión por omisión, ya que la propia literalidad del precepto, y su interpretación desde cualquier ángulo hermenéutico, así nos lo impone cuando en el primer párrafo habla del funcionario público que a sabiendas dictase resolución injusta...».

La Sentencia de 16 de Mayo de 1992 (RA 4.318) dice que: «El delito de prevaricación sólo admite como modalidad comisiva la conducta activa no siendo posible la comisión por omisión, ya que en todo caso,

⁶⁵Cfr. GÜNTHER JAKOBS, «Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la imputación». Traducción del alemán de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, SA, Madrid-1995, p. 951 y 952.

se trata de enjuiciar una acción positiva como es la de dictar una determinada resolución».

La Sentencia de 18 de Enero de 1994 (LA LEY nº 13.794) afirma que: «En el delito de prevaricación la injusticia... ha de cometerse mediante una actuación positiva, no siendo posible la comisión por omisión, teniendo en cuenta la propia literalidad del art. 358 CP, que en su primer párrafo emplea la locución "dictare" —por lo que la inclusión de esta modalidad es un problema de lege ferenda—».

Sin embargo, la Sentencia de 29 de octubre de 1994 (RA 10.146), Ponente Sr. E. Bacigalupo Zapater, establece que: «Este punto de vista, tendente a excluir la tipicidad por *no* haberse *dictado* una resolución en la que se haya cometido el quebrantamiento del derecho aplicado, es erróneo. En efecto, la **omisión** del concejal, que contó con el informe del Secretario del Ayuntamiento de 25.6.85, consiste, en realidad, en *el mantenimiento* de una *resolución de suspensión* (preventiva de funciones del funcionario) *en forma contraria a su deber* (había transcurrido el plazo legal). La equivalencia de tal omisión con el dictado de una resolución cumple todas las exigencias de los delitos impropios de omisión, dado que el procesado era garante de la no producción de un quebrantamiento del derecho respecto del perjudicado, y, además, la omisión es **materialmente equivalente** a la acción en la medida en la que el tipo del art. 358 no requiere una especie determinada de comportamientos activos que condicionen la realización del mismo». (El supuesto de hecho era que el procesado fue designado por el Alcalde instructor de un expediente disciplinario contra el Jefe de la Policía Municipal, proponiendo resolución de suspensión preventiva de funciones del mismo, lo que se hizo efectivo por Decreto del Alcalde, permaneciendo suspenso el referido Jefe de la Policía, pese haber transcurrido el plazo de duración máxima de suspensión legal, y pese a ser avisado el procesado por informe del Secretario del Ayuntamiento de dicho extremo, no dictando ninguna resolución.)

Todas las sentencias a que hemos hecho referencia, con salvedad de la última de 29 de octubre de 1994, se refieren a **la omisión propia o pura**, y lo que vienen a decir es que el tipo del art. 358 CP —hoy 404— dada su literalidad —utiliza el verbo inequívocamente activo de «dictarse»— no permite su realización mediante la modalidad omisiva propia. Es cierto que hablan de comisión por omisión, pero es sabido que en muchas ocasiones el Tribunal Supremo utiliza dicha locución en un sentido «no preciso doctrinalmente», como ha hecho en multitud de sentencias referidas al párrafo tercero del artículo 489 bis —después, ter del CPA— que trata de la omisión del deber de socorro por parte del causante del accidente, en que se utiliza la locución comisión por omisión —que nada tiene que ver con la verdadera comisión por omisión suprallegal—, tratándose claramente de una **omisión pura de garante**, según la

terminología de SILVA SÁNCHEZ—, como ha puesto de relieve el profesor Diego LUZÓN al comentar la STS de 24.4.74 y la STS de 3.3.1980⁶⁶.

Respecto a la Sentencia de 29 de octubre de 1994, ponente Sr. Bagalupo, sí parece tratarse de una **comisión por omisión** en sentido técnico, que la Sala 2ª del Tribunal Supremo *admite en el tipo del art. 358 CP* —del delito de prevaricación del funcionario público— (hoy art. 404 CP 1995).

Cabría, sin embargo, pensar que, en realidad, *el mantener una resolución de suspensión* preventiva del Jefe de la Policía Municipal por parte del procesado, que fue *el mismo* que la dictó o efectuó la propuesta de dicha suspensión, a pesar de haber sido informado por el Secretario del Ayuntamiento de su ilegalidad por haber expirado el plazo legal máximo de suspensión, tiene una **significación activa indudable**, por lo que podría afirmarse que dicho supuesto no sería un propio caso de omisión sino de **comisión activa** —un acto concluyente—. Ello ha sido estudiado por la doctrina en especial respecto del delito de estafa en que se niega su realización por omisión.

Además, debe tenerse presente que en todos los delitos **especiales propios**, y el delito de prevaricación lo es porque sólo puede ser autor un funcionario público, el sujeto activo por definición tiene *siempre* una **posición de garante** respecto del bien jurídico, lo que puede *confundir* al intérprete a la hora de afirmar la presencia de la modalidad de la comisión por omisión.

Como puede observarse, el debate sobre la posibilidad o no de la comisión por omisión en el delito de prevaricación del funcionario público queda abierto.

Estando esta obra en pruebas de imprenta debe de añadirse a lo dicho que en la reunión de fecha 30 de junio de 1997 por el Pleno del TS se acordó una unificación de criterios en el sentido de estimar que cabe incurrir en responsabilidad por prevaricación en comisión por omisión, cuando es imperativo realizar una determinada actuación administrativa, y su omisión tiene efectos equivalentes a una denegación, dictándose en dicha línea las SSTS de 2 de julio de 1997, RAJ 5684 y la de 9 de junio de 1998, RAJ 5161. En esta última sentencia se condenó a un alcalde que se negó a expedir a un vecino con el que estaba enfrentado un certificado de empadronamiento, a pesar de que la práctica administrativa habitual consistía en la solicitud verbal del certificado por el vecino que lo precisaba, y su expedición inmediata, si bien lo expidió tras presentarse la querrella tres meses más tarde.

⁶⁶ Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, «Derecho Penal de la Circulación» (Estudios de la jurisprudencia y del Tribunal Supremo), 2ª edición PPU, 1990, p. 167 y ss y 179 y ss.

V. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN. POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA. RECIENTE DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DE LA SALA 2ª DEL TRIBUNAL SUPREMO QUE ATENÚA LA RESPONSABILIDAD DEL PARTICIPE EN LOS DELITOS ESPECIALES PROPIOS.

El delito de prevaricación del funcionario público, como es sabido, es un delito especial propio, lo que significa que el **círculo de autores** está limitado (no está abierto a cualquiera) a determinados sujetos: los **funcionarios públicos** —debiéndose exceptuar a los jueces y Magistrados cuya prevaricación está expresamente tipificada en los artículos 446 y 447 del nuevo Código Penal, y antes en los artículos 351 a 357 CP antiguo—. El delito especial es aquél que requiere condiciones o cualidades especiales de autoría, y es propio si no se corresponde con un delito común subyacente.

En principio, la **teoría dominante** (especialmente en Alemania) sostiene que es posible la autoría mediata del funcionario que utiliza un instrumento no cualificado⁶⁷ (un extraneus, un no funcionario), poniéndose el ejemplo del funcionario que solicita a su secretaria particular —no funcionaria— que destruya papeles que el primero tiene confiados por razón de su cargo. Y así se sostiene con carácter general que el «extraneus» no puede ser autor mediato del delito especial⁶⁸ —porque no reúne la condición típica de autoría de ser funcionario—, mientras que el «intraneus» sí **puede ser autor mediato**, si utiliza a un extraneus (sin

⁶⁷Vide WELZEL, ZStW 58, pág. 548 nota 77, citado por E. Gimbernat en «Autor y Cómplice en Derecho Penal». Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, 1966, pág. 230, nota 27.

⁶⁸Vide BELING, «Die Lehre vom Verbrechen», 1906, pág. 239, y también «Methodik der Gesetzgebung», 1922, pág. 101 y 102. Dicho autor afirma que si un extraneus utiliza a un funcionario como instrumento no por ello se convierte aquél en autor mediato del delito especial pues «*falta un elemento típico en el aspecto personal*».

Vide asimismo, HÖPFNER, ZStW 22 (1902), pág. 209: «Cuando ... el agente no funcionario determina a un funcionario inimputable a que ejecute una acción prohibida al funcionario, no es posible que la acción no prohibida al no funcionario se convierta en una prohibición porque se haya servido para su realización de un determinado medio, esto es: de un funcionario, a no ser que, expresamente un precepto jurídico prohíba aquella acción a los no funcionarios para el caso de que se sirvan, de un funcionario como medio de ejecución».

Vide WACHENFELD, «Lehrbuch», 1914, págs. 197, 198: «Si el no funcionario actúa coaccionado o engañado es un mero instrumento mediante el cual el funcionario comete el delito especial».

Vide VON LISZT «Lehrbuch», 1919, pág. 205: «Aquí pertenecen aquellos tipos que exigen la comisión por un sujeto determinado (un alemán, un funcionario ...). Sólo estas personas pueden ser autores inmediatos o mediatos; los otros, en cambio, sólo partícipes (inductores o cómplices)». Vide STS de 18 de Enero de 1994 (caso de la construcción en la Alcaldía de Burgos). LA LEY 13.794 (nº 3538 y 3539), que niega al extraño la condición de autor mediato.

conocimiento o libertad, por ejemplo, por actuar engañado y desconocer la situación típica, o ser inimputable o actuar con miedo insuperable, e incluso en el caso de instrumento doloso no cualificado, aunque en éste último caso existen voces discrepantes⁶⁹).

Existe una excepción a la afirmación por la doctrina dominante a que el intraneus pueda ser autor mediato: en el supuesto de que el delito, además de especial propio, sea de **propia mano**, en cuyo caso el sujeto que pertenece al círculo de autores **no puede valerse de un instrumento** para realizar el delito, sino que ha de **realizar por sí mismo** el comportamiento típicamente antijurídico. En los delitos de propia mano, el contenido de lo injusto lo constituye, no la causación de un resultado, sino **el ejercicio de una acción especialmente reprochable**. Autor sólo lo será quien lleve a cabo esta actividad (son delitos de propia mano además de especiales propios, por ejemplo, el incesto: sólo será autor el pariente que realice el coito).

Para la teoría dominante, pues, resumiendo, en los delitos especiales propios de resultado, todo intraneus puede ser autor mediato, pero no, en cambio, en los delitos especiales propios que son, al mismo tiempo, **delitos de propia mano**.

Así puede defenderse que el delito de prevaricación del funcionario público no judicial es un delito especial propio, que, asimismo es de propia mano, pues es preciso que el funcionario público a efectos penales realice todo el hecho por sí mismo: dictar, a sabiendas de su injusticia, una resolución arbitraria en asunto administrativo ex. Art. 404 CP 1995. De modo que, por ello, estaría **excluida la autoría mediata**.

⁶⁹ Rechazan la teoría o figura del «instrumento doloso no cualificado» VON LISZT en «Lehrbuch», 1919 pág. 222; WACHENFELD, «Lehrbuch», 1914, pág. 197 y 198, y DAHM «Täterschaft und Teilnahme», 1927 pág. 122, 123, F-Chr SCHROEDER, «Täter hinter dem Täter», 1965, pág. 88.

En España rechaza la autoría mediata por utilización de instrumento doloso no cualificado E. Gimbernat, al entender que «es muy distinto convencer a un niño, o a un loco para que realicen un delito u obligar a un sujeto, mediante miedo insuperable, a delinquir, que no inducir a una persona plenamente responsable, y defiende que también en los delitos especiales propios de actividad tipificada autor en sentido estricto lo es sólo el inmediato, respondiendo el mediato como inductor o cooperador necesario al hecho cometido por el ejecutor», en «Autor y Cómplice», op. cit., pág. 236, 239 y ss. 261, 262.

Vide también ANTÓN ONECA, PG, pág. 436. RODRÍGUEZ MOURULLO, ADPCP 1969, pág. 470 ss; QUINTERO OLIVARES, «Delitos Especiales», pág. 90 ss.; RUIZ ANTÓN, «Agente Provocador...», p. 167; COBO-VIVES, PG III, p. 337 s.

A favor de la autoría mediata con instrumento doloso no cualificado, S. MIR PUIG, Derecho Penal. PG. PPU. 1990, pág. 403, y Adiciones al Tratado de D. Penal de H.H., JESCHECK, pág. 934 s., que entiende la autoría como una «relación de pertenencia» del hecho a su autor que concurre en el sujeto causante del mismo.

«En la medida en que haya algún sujeto causante del hecho, éste no puede quedar sin autor. De otro modo surgiría una inadmisibile laguna, pese a causar la lesión del bien jurídico protegido, el funcionario quedaría impune».

Dicho planteamiento sería coherente con la tesis de que el delito de prevaricación del funcionario público no judicial se agota en **un injusto de pura actividad**, defendida por un importante sector de la doctrina española. (Así J.L. GONZÁLEZ CUSSAC, que defiende que el delito de prevaricación es un delito de lesión, de mera actividad⁷⁰).

Pero también, OCTAVIO DE TOLEDO que defiende que el delito de prevaricación es un delito especial propio de resultado, rechaza la posibilidad de la autoría mediata en el delito de prevaricación del funcionario público no judicial —rechazando asimismo que se trate de un delito de propia mano—⁷¹.

Welzel, otro portavoz de la doctrina dominante decía que *«en los delitos de funcionarios... la situación es la siguiente... En relación a la lesión del deber de fidelidad, todos ellos son delitos especiales y por ello está excluida la autoría mediata del sujeto no cualificado. Allí donde el delito de funcionario se agote en un injusto de pura actividad es preciso, además, que todo el hecho sea cometido por el sujeto cualificado, quedando excluida, por ello, la autoría mediata para el sujeto cualificado (por ejemplo en la prevaricación judicial). En cambio, cuando la lesión del deber de fidelidad vaya vinculada típicamente a la lesión de un bien jurídico (por ejemplo, malversación y los delitos especiales de lesiones y coacciones cometidas por funcionarios en el ejercicio de sus cargos) es posible la autoría mediata respecto de la lesión del bien jurídico»*⁷².

Respecto a la coautoría, no es posible, si uno de los sujetos no es funcionario, pues el particular no puede realizar ningún acto ejecutivo directamente, tratándose el delito de prevaricación de un delito especial propio.

En cambio, es posible la coautoría en los órganos colegiados, si to-

⁷⁰J.L. GONZÁLEZ CUSSAC afirma expresamente que «Al tratarse de un delito especial propio no cabe la autoría mediata del "extraneus" (particular) sobre el intraneus (funcionario). Tampoco cabe en este delito el supuesto contrario, esto es, la instrumentalización por parte del "intraneus" (funcionario) de un "extraneus" (particular), habida cuenta que sólo los sujetos cualificados son capaces de realizar la conducta típica ...».

«El delito de prevaricación de funcionario público», op. cit., p. 126.

En cambio, acepta siguiendo a Octavio de Toledo, la autoría mediata de funcionario sobre funcionario siempre y cuando ambos tengan una vinculación directa con la función pública abusivamente empleada. Op. cit., ibídem.

⁷¹OCTAVIO DE TOLEDO, «La Prevaricación del Funcionario Público», op. cit., p. 402 y 407 y ss. En contra, estimando que el delito de prevaricación no es sólo un delito especial propio, sino también de propia mano CÓRDOBA RODA, en Notas, II, 312.

⁷²WELZEL ZStW 58, 1939, pág. 548, nota 77, citado por E. Gimbernat en Autor y Cómplice, op. cit., p. 230. Vide también J.J. QUERALT, «Delitos contra la Administración Pública en el Nuevo Código Penal. Una aproximación desde la nueva regulación de la prevaricación administrativa» en Estudio y Aplicación Práctica del CP95 (Jimeno-Queralt, Martín Pallín, Marchena Gómez). Ed. Colex, Madrid, 1997, p. 433.

dos los sujetos del órgano son funcionarios públicos a efectos penales (art. 24 CP 1995), que conjuntamente dictan una resolución arbitraria a sabiendas de su injusticia.

Respecto de la participación, es posible, según la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que el «extraneus» (particular) responda como inductor o cooperador necesario —y, en su caso, como cómplice— del delito cometido por el «intraneus» (funcionario)⁷³.

Sin embargo, un importante sector de la doctrina⁷⁴ y la doctrina jurisprudencial dominante⁷⁵, por razones de justicia material, tradicionalmente aplica el artículo 60 CPA (art. 65 CP 1995), en los delitos especiales impropios (en el delito de malversación de caudales o efectos públicos se castiga al partícipe por el artículo 403 CPA).

Una reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo atenúa la responsabilidad del partícipe (en particular) en los delitos especiales propios aunque sin ruptura del título de imputación.

Así ocurre en la Sentencia de 12 de Febrero de 1992 (RA.1157), ponente Enrique Bacigalupo Zapater, en que condena como autor de un delito de apropiación indebida a Manuel L.A., y como cooperador necesario de dicho delito a Domingo MA. aplicando, respecto de este último la pena en el grado mínimo (dos meses de arresto mayor). En el Fundamento de Derecho quinto afirma: *«asimismo se debió tomar en cuenta (por la Audiencia) que la acción del partícipe no cualificado en un delito especial propio se debe sancionar teniendo en cuenta que en él no concurría el especial elemento personal que fundamenta la punibilidad»*.

«Ciertamente, cuando se trata de las relaciones personales con el ofendido, el derecho vigente sólo contiene una disposición referente a los elementos personales que modifican la responsabilidad (art. 60

⁷³ Vide VIADA en «El Código Penal, II, 1890, página 387: «El coautor, cómplice o encubridor, no funcionario público, de una falsedad cometida en una escritura por un funcionario público, incurrirá en la pena de este artículo 314 (302 CPA) o en la del 315 (303 CPA.). Para nosotros es indudable que será responsable del mismo delito de falsedad cometido por funcionario público».

Vide también GROIZARD, en el Código Penal. IV, 1912, págs 307 y 308; QUINTANO RIPOLLÉS, en «La falsedad documental», 1952, pág. 149 y ss.; RODRÍGUEZ MUÑOZ/JASO, en Derecho Penal, II, 1949, pág. 193; RODRÍGUEZ DEVESA, Derecho Penal, Partes Especial, II, 1965, págs. 43, 122, 308, 402, 454; FERRER SAMA, Comentarios, IV, 1956, págs. 58, 59, 185, 186.

SS del TS de 18.6.1951 (RA. 1737) y 18.5.63 (RA. 2428) referidas ambas a delitos de malversación de caudales públicos.

⁷⁴ Vide PACHECO, El Código Penal II, 1848, pág. 510, respecto de la malversación; CAMARGO. ADPCP 1957, pág. 532; CUELLO, Derecho Penal II, 1961, respecto de la malversación.

⁷⁵ SS TS 26.2.1889, C.L. págs 589, 593; 7.3.57 (RA. 617) al funcionario se le aplica el art. 302 CP y al no funcionario el art 303; SS. 2.1.61 (RA. 202); 10.10.62 (RA. 3650), 34.10.62 (RA.3953).

CPA, o art. 65 CP 1995). La ley no contiene, por el contrario, una norma que establezca cuál es el criterio que se debe aplicar en aquellos casos en los que la circunstancia de la que carece el partícipe tiene una función fundamentadora de la punibilidad, como ocurre con las características de la autoría en los delitos especiales propios como la apropiación indebida. Sin embargo, es un imperativo del principio de proporcionalidad que la individualización de la pena debe adecuarse a la gravedad de lo ilícito de la culpabilidad y ésta última, como es comúnmente admitido es menor cuando menor es la entidad de lo ilícito».

«A partir de estos principios se debe aplicar el criterio del artículo 60.1º (efecto individual de las relaciones personales) en forma analógica *in bonam partem*, dado que la falta de la relación personal que fundamenta la punibilidad, debe tener efectos similares a los de una circunstancia atenuante⁷⁶».

La Sentencia de 2 de Febrero de 1994 (RA. 759), ponente Eduardo Moner Muñoz, condena a José Antonio C.P. (no funcionario) como cómplice de un delito de fraude, aplicándole la atenuante analógica del artículo 9.10 CPA; y condena a Fernando M.M (no funcionario) como autor del art. 14.3º CPA —cooperador necesario— de un delito de fraude del art. 400 CPA, aplicándole también la atenuante analógica del artículo 9.10 CPA puesta en relación, por vía **indirecta**, con el **contenido** del artículo 60 CPA, pero sin ruptura del título de imputación.

En el Fundamento de Derecho undécimo dice: «El problema que se plantea es el tema de la participación en los delitos especiales, o sea, aquéllos en los que no toda persona puede ser autor, sino que los autores están limitados a determinados sujetos; categoría pues, contrapuesta a la de los delitos comunes».

«A su vez, dentro de los primeros, hay que distinguir entre delitos especiales propios e impropios, según que tengan correspondencia con un delito común, ya que la calidad del sujeto es determinante para la existencia del delito, por lo que al no concurrir, el hecho sería atípico. En los especiales impropios, que tienen correspondencia con un delito común, existe un delito común subyacente que puede ser cometido por cualquier persona».

«Si un funcionario —intrañeus— realiza la acción típica, su autoría no plantea problemas específicos, pero si en la persona que participa en el delito cometido por aquél no concurre la cualificación exigida por el tipo, al tratarse de un particular —extrañeus— la solución no es totalmente pacífica. La doctrina mayoritaria entiende que el art. 60 CPA no es de aplicación (directa), *dado que dicho artículo se refiere a circuns-*

⁷⁶El subrayado es mío.

tancias agravantes y atenuantes, y en los delitos de los funcionarios públicos, la cualificación del sujeto no funciona como una circunstancia agravante, y por tanto, no existe razón alguna para excluir la participación y romper el título de imputación. En consecuencia, el extrañus debe responder como partícipe del delito cometido por el funcionario. Tal postura es la mantenida por la reciente Sentencia de esta Sala de 18 de Enero de 1994, y así el que presta su indispensable colaboración a la realización de un delito que exige la condición de funcionario público en el sujeto activo, como el de fraude que aquí se examina, comete como autor del número 3 del artículo 14 CPA, tal figura penal, si bien puede utilizarse, por vía indirecta, el contenido del artículo 60 del Código Penal⁷⁷, que se refiere a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal como determinantes, cuando haya lugar a ello de una atenuante analógica del artículo 9.10 del propio Código, con el fin de conseguir una mayor individualización de la pena».

«La contribución del cooperador necesario no funcionario al resultado es decisiva, aunque el desvalor de la acción pueda ser menor al no ser el partícipe cualificado y no infringir deberes derivados de especiales relaciones personales».

La Sentencia de 18 de Enero de 1994, Ponente Ruiz Vadillo, LA LEY nº 13. 794, números 3538 y 3539, dictada en delito de prevaricación de funcionarios públicos (caso de la construcción en la Alcaldía de Burgos) también insiste en que el partícipe no funcionario público debe ser castigado en base al delito especial propio de prevaricación, sin ruptura del título de imputación pero con aplicación de la atenuante analógica del art. 9. 10 CPA en relación con el contenido del artículo 60 CPA, por vía indirecta. Dice así: *«Aquel que conociendo la condición de funcionario del sujeto activo llamado a decidir, le inclina decisivamente a dictar una resolución manifiestamente injusta, induce a prevaricar y es autor, en consecuencia por el artículo 14. 2º CP del correspondiente delito, lo mismo que el que presta su indispensable colaboración a la realización de tal delito, comete, como autor del art. 14. 3 CP, tal figura penal. En el mismo sentido ocurre con las falsedades cometidas por el particular: éste no puede ser coautor porque falta la calidad de funcionario indispensable para que el delito se produzca, pero responderá como inductor, cooperador o encubridor, pues la estructura misma del delito construida sobre la base de los principios de la parte general, conducen a castigar al inductor con la misma pena que al autor material, aunque puede utilizarse, por vía indirecta, el contenido del artículo 60 CP, que se refiere a las circunstancias modi-*

⁷⁷El subrayado es mío.

ficativas de la responsabilidad criminal como determinantes, cuando haya lugar a ello, de una atenuante analógica del artículo 9. 10 CP, a fin de obtener una mejor individualización de la pena».

En la Sentencia de 24 de Junio de 1994 (RA 5.031), Ponente Ruiz Vadillo (en el caso Juan Guerra) se consideró a éste y a otros como **partícipes de un delito de prevaricación no judicial de funcionario público**, aplicando la circunstancia atenuante, por vía analógica (art. 60 y 9.10 del CPA) de no ser funcionario público.

Y afirma en el Fundamento Jurídico sexto: *«La Doctrina científica y jurisprudencial están hoy de acuerdo en que en los delitos de prevaricación la participación del extraño o extraneus no puede entenderse impune, lo que repugna a la justicia material y a la propia conciencia social, datos éstos que, con toda obviedad, no podrían dar lugar a tipificar un hecho como delito, sino fuera porque en este caso, y en todos los demás de análogo contenido y significación, con la más absoluta ortodoxia en el entendimiento de los principios que informan la parte general del derecho penal, no sólo es posible, sino que es obligado aplicar en estos supuestos las modalidades de autoría o coautoría del artículo 14 citado, tanto la inducción como, en el último término, la cooperación necesaria, puesto que la actividad de los implicados absueltos (por la Audiencia) por no ser funcionarios era absolutamente indispensable... pero que tal decisión administrativa fuera adoptada por quienes, como autores, fueron condenados por prevaricación, decisivo, al ser, finalmente resueltos los problemas en los términos que a los inductores convenían».*

Y en el Fundamento de Derecho Octavo cita otras sentencias en que se acepta la responsabilidad del extraneus en el delito de prevaricación como inductor o cooperador necesario (así SS 18.6.1951 RA. 1737; 18.5.63, RA 2428; 15.10.69, RA 5069; 12.12.75, RA 5046; 16.7.85, RA 4110; 8.3.80, 22.11.90, RA 9081; 10.2.92, 2 de Marzo de 1992, RA 1673 supuesto de malversación y sanción penal para uno por el art. 14.1 y a otro por el 14.2 CPA; y la de 10.4.92, RA 2954) y cita expresamente de STS de 18 de Enero de 1994 (caso de la construcción de Burgos) a la que se remite íntegramente, y a la que nos hemos referido con anterioridad.

Finalmente la Sentencia de 14 de Marzo de 1996 (RA 2459) insiste en la posibilidad de castigar al partícipe «extraneus» de un delito de prevaricación, como inductor o cooperador necesario (art. 14.2º o 3º CPA)

En dicha sentencia se condena a los partícipes, en calidad de cooperadores necesarios, a la pena de 6 años y un día de inhabilitación especial (igual que la Audiencia Provincial), que constituye la pena mínima legal, aunque sin mencionar la aplicación de atenuante alguna.

VI. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

En el delito de prevaricación de funcionario público no judicial no cabe, en principio, causa de justificación alguna que permita admitir la adopción de resoluciones arbitrariamente injustas⁷⁸. En efecto, no cabe aplicar las eximentes de legítima defensa (art. 20 4ª CP95), ni de estado de necesidad justificante (art. 20. 5º CP95), ni de cumplimiento de un deber o del ejercicio legítimo de oficio o cargo.

Cuestión distinta es que el funcionario público dicte una resolución acogiendo la interpretación de una opinión doctrinal minoritaria, pero posible jurídicamente que no sea rotundamente incasable con el ordenamiento jurídico, es decir, que no signifique un **torcimiento del ordenamiento jurídico**, en ese caso el hecho ya no sería constitutivo de delito al faltar el elemento normativo del tipo de que la solución sea arbitraria e injusta.

VII. CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD

En el delito de prevaricación de funcionario público, cabe la eximente del miedo insuperable (art. 20 6º CP 1995: «*El que obre impulsado por miedo insuperable*».) Por ejemplo, el funcionario que dicta una resolución arbitraria sabiendo que es injusta al haber sido amenazado con matar al hijo de éste secuestrado de no dictarla.

Asimismo caben las causas de inimputabilidad: trastorno mental transitorio, mental, etc. (art. 20 1º CP 1995).

VIII. CONCURSOS

Se ha dicho por la doctrina que el delito de prevaricación de funcionario público es un delito medial de los funcionarios por excelencia⁷⁹. Así sucede cuando la resolución prevaricada haya de ser llevada a la práctica y su realización suponga el delito que aquélla prevé (concurso ideal de delitos).

En las situaciones, donde además de irrumpir irregularmente en el ámbito legislativo o judicial se dicta una resolución en sí injusta, habrá que concluir que estamos ante un concurso ideal de delitos. (Así, con el art. 506 y 508.1 CP 1995). En cambio, habría un concurso de leyes si la

⁷⁸ Así JOAN J. QUERALT. Derecho Penal Español, PE. Vol. II, 1987, pág. 601, al tratar del tipo negativo.

⁷⁹ Vide J.J. QUERALT, opus cit., pág. 602.

injusticia consiste sólo en la invasión de atribuciones legislativas o judiciales.

Asimismo cabe concurso ideal de delitos entre la prevaricación y la estafa o las falsedades.

Respecto de la malversación de caudales públicos, si la resolución injusta constituye el vehículo para sustraer los caudales o efectos públicos (art. 432 CP 95) o para destinarlos a usos ajenos a la función pública (art. 433 CP 95), cabe afirmar concurso de leyes.

Respecto del delito de cohecho (art. 419 CP 95) se da **concurso real de delitos** con la prevaricación, debiéndose penar separadamente. En cambio, deberá apreciarse concurso de leyes con el art. 420 CP 1995 si ejecutare un acto, injusto, aumentando la pena del cohecho, en lo que se absorbe mayor contenido de injusto, a resolver aplicando la regla de subsidiariedad expresa, debiéndose tener en cuenta que el artículo 420 impone además, la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público.

No cabe la posibilidad de concurso con la figura contenida en el artículo 421 CP 95 si se descarta la modalidad omisiva en la prevaricación.

Respecto del delito de nombramientos ilegales del artículo 405 CP 1995, ahora llamado «otros comportamientos injustos» (se cobija en el mismo capítulo, que el delito de prevaricación, titulado «De la prevaricación de los funcionarios públicos y **otros comportamientos injustos**»), existe un concurso de leyes a resolver por el principio de especialidad o de consunción (en el caso de la propuesta).

Cabe concurso ideal o medial con los artículos 428 y 429 respecto del funcionario influyente inductor de la resolución injusta, al tratarse de **una sola acción** y no comprender uno de los tipos el total desvalor del hecho.

Finalmente es de destacar el concurso de leyes con las denominadas «**prevaricaciones específicas**» de los artículos 320.2 y 322.2 CP 1995, a resolver por el principio de especialidad.

IX. NOMBRAMIENTOS ILEGALES. LOS ARTÍCULOS 405 Y 406 CP 1995.

El artículo 405 CP 95 reza: «*A la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de su competencia y a sabiendas de su ilegalidad propusiere, nombrare o diere posesión para el ejercicio de un determinado cargo público a cualquier persona sin que concurran los requisitos legalmente establecidos para ello se le castigará con las penas de multa de tres a ocho meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años*».

Este precepto se corresponde con el artículo 382 del Código Penal anterior que decía: *«El funcionario público que a sabiendas, propusiere o nombrare para cargo público persona en quien no concurren los requisitos legales, será castigado con las penas de suspensión y multa de 100.000 a 500.000 pesetas»*.

Además, y como novedad, el nuevo Código Penal de 1995 introduce un nuevo artículo que castiga al particular que acepta la propuesta, nombramiento o toma de posesión.

Dice así el artículo 406: *«La misma pena de multa se impondrá a la persona que acepte la propuesta, nombramiento o toma de posesión mencionada en el artículo anterior, sabiendo que carece de los requisitos legalmente exigibles»*.

A ambos preceptos, como ya se ha dicho anteriormente, el legislador les denomina: *"otros comportamientos injustos"* (así reza el título del Capítulo Primero del Título XIX) cambiando la ubicación sistemática del delito de nombramiento ilegales, que ahora pasa a estar junto a la prevaricación en vez de junto a la usurpación de atribuciones, con la que no guardaba apenas relación.

Ello viene a indicar que los nombramientos ilegales del artículo 405 tienen una naturaleza de «cuasi-prevaricación⁸⁰», que ataca explícitamente el bien jurídico de la Administración Pública.

Respecto al artículo 405 CP 95 cabe afirmar que el delito de nombramientos ilegales al igual que el delito de desobediencia funcional afecta directamente a la **organización interna** de la Administración, y sólo indirectamente al servicio público que debe prestar a los ciudadanos, es decir, a la **pureza de la función ante los ciudadanos**⁸¹. Se su-

⁸⁰ Así los denomina J.L. GONZÁLEZ CUSSAC en su ponencia «la nueva regulación de los delitos de funcionarios públicos en el Código Penal de 1995: la prevaricación» en el curso del Consejo General del Poder Judicial: Los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995, de 1996.

⁸¹ Cfr. S. MIR PUIG, Ponencia: «Nombramientos ilegales, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función» en el Curso del C.G.P.J. de 1996: Delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995, pág. 307 y ss. Vide además la STS de 9.3.94 (R.A. 1836). Fundamento de Derecho Primero que dice:

«Pese a la infrecuencia en la aplicación del precepto indicado (art. 382 CPA) la importancia del mismo no puede pasar desapercibida en cuanto propende a evitar que se soslayen los requisitos y exigencias que deben secundar el nombramiento de una persona, para un cargo público, con el consiguiente riesgo de que, acusable un fallo de objetividad en la designación o de capacidad, y condiciones, en el designado, padezca un servicio público o se dañe gravemente el ente en que aquél quede adscrito. El desconocimiento de las garantías legales concebidas en orden al nombramiento de una persona para un cargo público directamente afecta a la estructura organizativa del poder público; pero indirectamente puede incidir sobre intereses sociales alterados cuando en su gestión se interfiera la ineptitud o la incompetencia» (los subrayados son míos).

pone que los requisitos legales que deben concurrir en la persona que haya de ser nombrada para un cargo público se exigen para garantizar el correcto desempeño por su parte de dicho cargo. La falta de los requisitos legales sólo implica la **ausencia de garantías** suficientes, por lo que el delito de nombramientos ilegales sólo supone necesariamente **una puesta en peligro** del bien jurídico protegido. No es un delito de lesión, sino un **delito de peligro abstracto**⁸².

El nuevo Código Penal de 1995 viene a insistir en el mantenimiento del delito de nombramientos ilegales, pese a afectar el mismo, como ya se ha dicho, en primer lugar a los intereses internos de la Administración Pública, y por ende, dificultar su distinción cualitativa con las infracciones meramente disciplinarias, con los peligros de bis in idem, así como a redundar en una mayor esfera de lo penal en España, a diferencia de Alemania en que los delitos de funcionarios sólo atacan la pureza de la función pública ante los ciudadanos, es decir, los intereses externos (sociales), poco compatible con una concepción del Derecho Penal como **ultima ratio**, motivo por el que hace años S. MIR PUIG ya abogaba por la supresión del delito de nombramiento ilegales, de tan mínima aplicación práctica⁸³.

Las modificaciones literales del artículo 405 del nuevo Código Penal de 1995 en relación al artículo 382 del Código Penal anterior aluden a la inclusión junto al funcionario público como sujeto activo del delito de la **Autoridad**, como ocurre en tantos otros preceptos contra la Administración Pública, lo que **no añade nada nuevo**, atendido el concepto de funcionario a efectos penales que da el nuevo artículo 24 CP 95 —antes art. 119 CPA—, asimismo exige que dicho sujeto activo actúe «**en el ejercicio de su competencia**» —lo que **literalmente** no sería exigido por el artículo 382 CPA, aunque la doctrina dominante y la jurisprudencia del Tribunal Supremo exigían ya en dicho precepto la competencia **abstracta** del sujeto activo (funcionario) para efectuar la clase de nombramientos de que se tratara—. Y así la Sentencia de 9 de Marzo de 1994 (RA.1836) absolvió del delito de nombramientos ilegales del art. 382 CPA al Alcalde que nombró Secretario de Ayuntamiento a persona que sólo contaba con el título de Bachiller, porque carecía dicho Alcalde de la competencia abstracta necesaria para poder nombrar Secretario de Ayuntamiento, afirmando en el Fundamento de Derecho segundo que:

Atacan directamente la pureza del ejercicio de la función pública, el delito de malversación de caudales públicos y el cohecho.

⁸² S. MIR PUIG, *ibídem*.

⁸³ Cfrs. S. MIR PUIG, Nombramientos ilegales en Nueva Enciclopedia Jurídica, Seix XVII, p. 246. Dicho ilícito podrá, entonces, merecer la sanción administrativa que corresponda, al igual que sucede en el Derecho Alemán.

«... es parecer coincidente en el ámbito doctrinal, que para que un funcionario público incurra en el tipo penal que nos ocupa ha de gozar al efecto de competencia para efectuar la designación. No se castiga al intruso designante sino al facultado funcionario que, competente de modo abstracto para el nombramiento en entredicho, lo realiza a favor del sujeto carente de los requisitos legales para el desempeño del cargo o función. Se destaca que el funcionario que careciendo de competencia para efectuar una determinada clase de nombramientos verifique uno de ellos, no incurre en el delito del artículo 382 del CP, sino, en su caso, en el de usurpación de funciones públicas recogido en el artículo 320 del propio texto primitivo».

El nuevo artículo 405 CP, sin embargo, presenta respecto del anterior artículo 382 verdaderos cambios importantes:

a) La adición del nuevo supuesto típico «dare posesión» para el ejercicio de un determinado cargo público; b) la introducción del término «de su ilegalidad», referido al «a sabiendas»; y c) la adición del término: «para el ejercicio de un determinado cargo público».

En cuanto al primer cambio de ampliación de las posibles conductas típicas con la inclusión de la dación de posesión, debe decirse que tal cambio es coherente con la legislación administrativa. En efecto, la dación de posesión constituye el último de los requisitos que establece el artículo 36 de la ley de Funcionarios Civiles del Estado, para la adquisición de la condición de funcionario (vide igualmente el artículo 1 del Real Decreto 707/1979, de 1 de Abril y artículo 48 del RD 364/1995, de 10 de Marzo). Debe tenerse presente que la doctrina administrativista ha señalado que el acto de nombramiento es un acto condición, por lo que, desde el punto de vista formal, sus efectos están condicionados a la aceptación del funcionario nombrado, que tendrá lugar, precisamente mediante la toma de posesión.

En cuanto al segundo cambio de añadir el término «de su ilegalidad» al «a sabiendas», significa no sólo que el sujeto sepa que propone, nombre o da posesión a determinada persona para un cargo sin que concurren los requisitos legalmente establecidos para ello, sino que tiene, además, conciencia de que no se obra amparado por una causa de justificación que autorice el acto⁸⁴.

Parece que la contraposición de locuciones «a sabiendas de su injusticia» del artículo 404 CP 1995 relativo al delito de prevaricación del funcionario público no judicial, y «a sabiendas de su ilegalidad» en el artículo 405 CP para el delito de nombramientos ilegales no persigue diferenciación alguna, tratándose de locuciones sinónimas, máxime cuando

⁸⁴ Cfrs. S. MIR PUIG, Ponencia ..., op. cit., pág. 316, quien cita el ejemplo del estado de necesidad en el nombramiento de un interino.

el Capítulo Primero del Título XIX tiene como título: «De la prevaricación de los funcionarios públicos y **otros comportamientos injustos**», cobijando sólo dicho capítulo los artículos 404, 405 y 406 CP 95, por lo que claramente se evidencia que «**otros comportamientos injustos**» no son sino los de los artículos 405 y 406 CP.

No se trata, pues, de que el delito de nombramientos ilegales se cometa por la **mera inobservancia** de los requisitos exigidos para acceder a determinados cargos, **conocida** por el sujeto activo, sino que se exige, al igual que ocurre en el delito de prevaricación que dicho sujeto activo tenga la conciencia de actuar injustamente (de torcer el Derecho), es decir, de que no obra amparado por una causa de justificación.

El desconocimiento de alguno de estos extremos (de que se propone, nombra o da posesión a determinada persona para un cargo, sin que concurren los requisitos legalmente establecidos, y de que no se obra amparado por una causa de justificación) implicará un error de tipo positivo que desplaza el tipo del delito siendo impune el error vencible al no ser posible la comisión imprudente: aunque afecte a los presupuestos típicos de una causa de justificación (art. 14.1 CP 95). Error de tipo que también se dará si se produce error sobre la admisión jurídica de una causa de justificación (art. 14.1 CP).

Respecto al tercer cambio, véase infra al tratar de los elementos del tipo objetivo.

Los **elementos del tipo objetivos** son los siguientes: a) que el sujeto activo sea autoridad o funcionario público a efectos penales (art. 24CP 95) en el ejercicio de su competencia abstracta (no concreta). Se trata de un **delito especial propio**, porque sólo puede ser cometido por un círculo determinado de sujetos —el de autoridades o funcionarios competentes— y no guarda correspondencia con ningún otro delito común. Vale para este delito todas las consideraciones efectuadas con anterioridad respecto de la autoría y participación en el delito de prevaricación a que nos remitimos.

La persona sobre la que recae la propuesta, el nombramiento o la toma de posesión no puede considerarse ni coautor en sentido estricto ni autor mediato porque no concurren en él las condiciones de autoría exigidas (ser un funcionario público competente en abstracto para efectuar la clase de nombramientos de que se trate).

En el Código Penal anterior, que no incluía, como hace el de 1995, en el art. 406 una figura delictiva castigando al particular que acepte la propuesta, nombramiento o toma de posesión, se había defendido la impunidad de aquel particular o funcionario no competente como cooperador en el hecho, por ser normal su connivencia con el sujeto activo del art. 382 (lo que se denomina doctrinalmente la participación necesaria), como ocurre con delitos como el estupro que exigen la colaboración o connivencia de la víctima, la cual no es castigada.

Pero hoy el art. 406 castiga al particular que acepta la propuesta, nombramiento o toma de posesión para un cargo determinado, sabiendo que carece de los requisitos legalmente exigibles, por lo que parece que el nuevo Código declara punible una actividad de participación en el delito de nombramientos ilegales⁸⁵.

Sobre la necesidad de que el sujeto activo actúe en el ejercicio de su competencia abstracta nos remitimos a lo dicho más arriba.

b) que la acción típica consista en proponer, nombrar o dar posesión para el ejercicio de un determinado cargo público.

El artículo 382 CPA decía: «El funcionario público que, a sabiendas, propusiere o nombrare para cargo público ...».

El cambio operado tiene la virtud de hacer más difícil sino impedir la interpretación restrictiva mantenida por S. MIR PUIG, según la cual no cabía castigar por el delito de nombramientos ilegales al funcionario que propusiera o nombrara a determinada persona para el cargo de **funcionario interino**, porque el artículo 382 CPA hablaba de proponer o nombrar «para cargo público» y el nombramiento de un interino no otorga el cargo, no se le **adjudica definitivamente**, sino que sólo habilita para su desempeño provisional, y dicho nombramiento ilegal no parecía tan grave como la adjudicación definitiva de un cargo, al no ser lo mismo conferir con carácter definitivo, por ejemplo, la condición de Profesor Titular de Universidad a quien no posee el Título de Doctor que nombrar a esta misma persona para el desempeño interino de la plaza⁸⁶.

Según dicho autor no constituyen actos de nombramiento los de contratación de personal laboral por la Administración, siquiera los de contratación administrativa, a pesar de existir argumentos para considerar funcionarios a quienes se hallan vinculados con la Administración por un contrato administrativo y pese a la naturaleza jurídica de dicho contrato⁸⁷.

c) que falten los requisitos legalmente establecidos.

La Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, ley 30/1992, de 26 de Noviembre (BOE de 27 de Noviembre de 1992, núm. 285, R.1992, 2512) distingue entre los actos **nulos de pleno derecho** (art. 62.1); los **actos anulables** (art. 63.1.2 y 3); y los actos que **ni siquiera son anulables** (art. 63.2 y

⁸⁵ Cabe, sin embargo, entender que el art. 406 tipifica un delito distinto al del art. 405, del cual sería autor el propuesto, nombrado o receptor de la toma de posesión (vide S. MIR PUIG, Ponencia..., op. cit., p. 314).

⁸⁶ Cfrs. S. MIR PUIG, Ponencia ..., op. cit., pág. 315 y el mismo autor: «Nombramientos ilegales» en Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, págs. 347 y ss.

⁸⁷ *Ibidem*.

3), estableciendo que la Administración podrá **convalidar los actos anulables**, subsanando los vicios de que adolezca (art. 67)⁸⁸.

Parece que sólo se dará el delito de nombramientos ilegales por falta de requisitos **no subsanables** según el propio Derecho Administrativo, que parte del principio de **favor acti**, que conduce a considerar **excepcional** la nulidad de pleno derecho, a admitir la convalidación de los actos anulables y a admitir incluso que determinados defectos de forma o de actuación fuera de plazo no supongan ni siquiera la anulabilidad del acto⁸⁹.

El **elemento subjetivo del tipo** está constituido por la locución: «**sabiendas de su ilegalidad**», (que es un elemento normativo del tipo), que exige **dolo**, impidiendo la comisión imprudente y según un sector

⁸⁸El artículo 62 de la Ley 30/1992 dice así «Nulidad de pleno derecho.

1.— Los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

a) Los que lesionen el contenido esencial de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.

b) Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio.

c) Los que tengan un contenido imposible.

d) Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta.

e) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.

f) Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico, por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.

g) Cualquier otro, que se establezca expresamente en una disposición de rango legal».

El artículo 63 reza: «Anulabilidad.

1.— Son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder.

2.— No obstante el defecto de forma solo 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.

3.— La realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas sólo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término y plazo.»

Y el artículo 67 establece, «Convalidación.

1.— La Administración podrá convalidar los actos anulables, subsanando los vicios de que adolezcan.

2.— El acto de convalidación producirá efecto desde su fecha, salvo lo dispuesto anteriormente para la retroactividad de los actos administrativos.

3.— Si el vicio consistiera en incompetencia no determinante de nulidad, la convalidación podrá realizarse por el órgano competente cuando sea superior jerárquico del que dictó el acto viciado.

4.— Si el vicio consistiese en la falta de alguna autorización, podrá ser convalidado el acto mediante el otorgamiento de la misma por el órgano competente».

⁸⁹Vide S. MIR PUIG, Ponencia op. cit., pág. 315.

doctrinal⁹⁰ y el Tribunal Supremo el dolo eventual⁹¹. Nos remitimos a lo dicho anteriormente.

Respecto del tipo negativo, cabe destacar la posibilidad de que concurra la causa de justificación de estado de necesidad (art. 20.5º CP) en el caso del nombramiento ilegal de un funcionario interino, cuando sea imprescindible y necesario acudir al nombramiento de un interino en quien falte algún requisito importante (como el Título de Doctor, por ejemplo), pero no los más básicos, por falta momentánea de personas en quienes sí concurran todos⁹².

X. LAS MAL LLAMADAS «PREVARICACIONES ESPECÍFICAS».

Son las conductas contenidas en los artículos 320, 322 y 329 que castigan a la autoridad o funcionario que haya informado favorablemente o haya resuelto o votado a favor, a sabiendas de su injusticia en relación al «delito urbanístico» (art 319), al «delito contra el patrimonio histórico» (art. 321) o al «delito ecológico».

El artículo 320 dice así:

«1.— La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente proyectos de edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes será castigado con la pena establecida en el artículo 404 de este Código y, además con la de prisión de seis meses a dos años o la multa de doce a veinticuatro meses».

«2.— Con las mismas penas se castigará a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado haya resuelto o votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia».

El artículo 322 CP 95. reza:

«1.— La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente proyectos de derribo o alteración de edificios singularmente protegidos será castigado además de con la pena establecida en el artículo 404 de este Código con la de

⁹⁰ Vide RODRÍGUEZ DEVESA. P.E, p. 1000 y P.G., p. 414; MUÑOZ CONDE. D. Penal PE p. 660, respecto del «a sabiendas» en el delito de prevaricación del anterior art. 358 C.P.

⁹¹ El Tribunal Supremo equipara «a sabiendas» a «intención» (STS 9.10.1872); «a sabiendas, o lo que es lo mismo, con malicia de ejecutar una acción reprobada» (STS 8.10.1879); «el propósito o intención deliberada de faltar a la justicia» (STS 14.5.29, igualia de 22.12.41); «a sabiendas significa actuar con «malicia», es con intención deliberada y plena conciencia de la ilegalidad del acto» (STS 13.1.48); STS 30.12.72 etc.

⁹² Así S. MIR PUIG, Ponencia op. cit., pág. 315.

prisión de seis meses a dos años o la de multa de doce a veinticuatro meses».

«2.— Con las mismas penas se castigará a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado haya resuelto o votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia».

Y el artículo 329 establece: *«1.— La autoridad o funcionario público que a sabiendas hubiere informado favorablemente la concesión de licencias manifiestamente ilegales que autoricen el funcionamiento de las industrias o actividades contaminantes a que se refieren los artículos anteriores, o que un motivo de sus inspecciones hubieren silenciado la infracción de leyes o disposiciones normativas de carácter general que las regulen será castigado con la pena establecida en el artículo 404 de este Código y, además, con la de prisión de seis meses a veinticuatro meses».*

«2.— Con las mismas penas se castigará a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado hubiese resuelto o votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia».

Dichos preceptos efectúan una expresa remisión al artículo 404 del propio Código que describe el tipo de prevaricación, aunque sea a efectos de determinación de la pena, si bien dicha remisión es indicativa de la naturaleza de las infracciones tipificadas en aquéllos, tal y como se evidencia tras el examen de los mismos.

El legislador añade, a dichas infracciones, a la pena de inhabilitación especial propia del delito de prevaricación del funcionario público no judicial, la pena de **prisión** de seis meses a dos años (en los arts. 320 y 322) o incluso hasta tres años (en el art. 329) o alternativamente la pena de multa temporal de doce a veinticuatro meses (arts. 320 y 322) y de ocho a veinticuatro meses.

Todo ello pone de manifiesto el deseo del legislador de crear **tipos agravados** de prevaricaciones especiales, en ciertos sectores sociales: el urbanístico, el patrimonio histórico y el medio ambiente, sectores en que, considera más sensibles, dignos y necesitados de protección los bienes jurídicos hipotéticamente lesionados a través de **resoluciones injustas**, y son más frecuentes las conductas delictivas prevaricadoras, dada la rígida intervención administrativa a que estén sometidos, existiendo un contexto de desconfianza hacia la actuación de la Administración. (Arts. 320.2, 322.2 y 329.2 CP 95)

Y, además, el legislador ha criminalizado al funcionario público que **informa** (no dicta resolución) **favorablemente**, a sabiendas de su injusticia, en dichas materias, con lo que viene a tipificar expresamente conductas de participación en un delito de prevaricación (pues el que informa favorablemente en una materia administrativa contra la norma

colabora o contribuye a que otro funcionario dicte una resolución arbitraria o injusta), elevando al partícipe a la categoría de autor (arts. 320.1, 322.1 y 329.1 CP), probablemente para corregir una errática jurisprudencia que se mostraba reacia a castigar como partícipe en una prevaricación a los funcionarios que emitían informes favorables a tomar una resolución injusta, de suerte que para modificar este régimen de impunidad creó estas nuevas figuras delictivas⁹³, pero castigándolas más gravemente (incluso con pena de prisión) que la prevaricación del art. 404 CP, y, con las mismas penas que a los funcionarios que hubieren resuelto o votado injustamente en dichas materias o ámbitos de actuación: urbanístico, patrimonio histórico, medio ambiente. (En los arts. 320.2, 322.2 y 329.9 se tipifican expresamente tipos de autoría y coautoría de prevaricaciones específicas).

Lo específico de los artículos 320.2, 322.2 y 329.2 es su carácter **pluriofensivo**, pues en atención a la gravedad de las penas, además de la lesión o peligro al correcto ejercicio de la función pública (la llamada **pureza de la función pública** ante los ciudadanos —intereses sociales—) se añade la afectación a los respectivos bienes jurídicos tutelados (urbanismo, patrimonio histórico y medio ambiente). En cambio, lo común de los artículos 320.2, 322.2 y 329.2 con el delito de prevaricación del artículo 404 CP, es: a) el sujeto activo: autoridad o funcionario público a efectos penales (art. 24 CP); b) la **resolución injusta o arbitraria**; c) «*a sabiendas de su injusticia*» elemento normativo del tipo, que sólo permite la comisión dolosa, lo que tiene consecuencias importantes en caso de error de tipo, como la de desplazar el tipo de delito incluso en caso de error vencible, que es impune al no castigarse la comisión imprudente.

Lo específico de los artículos 320.1, 322.1 y 329.1 es: a) no se precisa que exista una resolución, bastando la **emisión de un informe favorable** para que se resuelva injustamente⁹⁴ y b) el carácter **pluriofensivo** de los bienes jurídicos protegidos.

Por ello entre las llamadas prevaricaciones específicas y la figura de prevaricación contenida en el artículo 404 existe un concurso de normas a resolver a favor de las primeras, según el principio de especialidad (art. 8.1º CP) y en su defecto por ser los preceptos penales más graves castigados con pena mayor (art. 8. 4º CP).

⁹³ Vide J.L. GONZÁLEZ CUSSAC. Ponencia ... op. cit.

⁹⁴ Se discute en la doctrina si el tipo de los arts. 320.1, 322.1 y 329.1 se refiere a cualquier informe, (consultas, dictámenes, etc.) o sólo al *informe preceptivo*, aunque no sea vinculante. Vide J.L. GONZÁLEZ CUSSAC. Ponencia ..., op. cit., p. 44 y 45.

**EL DELITO DE OMISIÓN DEL DEBER DE PERSEGUIR DELITOS.
EL ARTÍCULO 408 CP 1995**

El artículo 408 CP 95 dice: *«La autoridad o funcionario que, faltando a la obligación de su cargo, dejare intencionadamente de promover la persecución de los delitos de que tenga noticia o de sus responsables, incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años».*

I. ANTECEDENTES: El artículo 359 CPA y el art. 389 del Proyecto de Código Penal de 1992.

El art. 408 CP se corresponde con el art. 359 CPA, regulado como una modalidad omisiva expresa de prevaricación. Dicho precepto establecía:

«El funcionario público que, faltando a la obligación de su cargo dejare maliciosamente de promover la persecución y castigo de los delincuentes, incurrirá en la pena de inhabilitación especial».

Y el art. 389 del Proyecto de CP de 1992 rezaba: *«La autoridad o funcionario que, faltando a la obligación de su cargo, dejare intencionadamente de promover la persecución de los delitos de que tuviere noticia o de sus responsables, incurrirá en la pena de suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años».*

«Si la omisión del deber de persecución se debiera a imprudencia grave se impondrá la pena de multa de seis a diez meses».

II. EL BIEN JURÍDICO

El bien jurídico protegido lo constituye el correcto desempeño de la función pública, pero tal desempeño se protege en tanto que, por su mediación, se prestan unos servicios a la comunidad, siendo los intereses directamente tutelados: el servicio de administración de justicia y el de policía⁹⁵.

El nuevo Código Penal castiga este delito fuera del Capítulo destinado a la prevaricación, y junto al abandono de funciones públicas.

⁹⁵ Así Enrique ORTOS BERENGUER. Ponencia: «Consideraciones sobre los delitos de abandono de destino y omisión del deber de perseguir delitos y de desobediencia y denegación de auxilio en el Curso», «Los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal 1995», organizado en 1996 por el C.G.P.J, pág. 339 y ss. Cuadernos de Derecho Judicial, XXX.

III. NO INCRIMINACIÓN DE LA IMPRUDENCIA GRAVE

Tanto en el actual artículo 408 como en el art. 359 CPA sólo se castiga la conducta dolosa (con dolo directo), a diferencia del proyecto de 1992 que en el apartado segundo del art. 389 castigaba expresamente la modalidad de imprudencia grave, que viene a coincidir con la tradicional imprudencia temeraria del anterior artículo 565 CPA, dejando el legislador prácticamente las cosas donde estaban, siendo coherente con la no incriminación tampoco de la prevaricación administrativa por imprudencia grave, teniendo, además, carácter excepcional la incriminación de la modalidad imprudente en el sistema cerrado de «numerus clausus» o crimina culposa que adopta el nuevo Código Penal en beneficio de la seguridad jurídica.

IV. SUJETO ACTIVO

Es el funcionario público o autoridad que tiene asignada la función de promover la persecución de los delitos y de sus responsables, con lo que el círculo de posibles autores se limita a jueces, Magistrados, fiscales, Secretarios judiciales (STS 30.3-64), funcionarios de Juzgado, funcionarios señalados en el art. 283 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y los cuerpos y fuerzas de Seguridad (art. 5 LOFCS) aún cuando se encuentren fuera de servicio (SSTS de 27.10.92, (RA. 8613) 2.6.94 (RA 6003) 18.5.94 RA 3934, etc.

V. CONDUCTA TÍPICA

Se trata de un delito de omisión pura de garante, siguiendo la terminología de J.Mª Silva Sánchez⁹⁶ que consiste en dejar de promover la persecución de los delitos de que se tenga noticia o de sus responsables⁹⁷.

Las conductas omitidas pueden ser de muy diversa naturaleza, desde la no detención del responsable del delito, siendo éste conocido (STS de

⁹⁶ Vide J.Mª SILVA SÁNCHEZ. en el «Delito de omisión, concepto y sistema «Librería Bosch. 1986, pág 340 y ss.

Así, distingue entre *omisiones puras* basadas en consideraciones de solidaridad general (ej. el delito de omisión del deber de socorro del art. 489 ter. apartado primero del C.P.A. o art. 195.1 CP 95); *omisiones de garante no equivalentes a la comisión*, en que el sujeto ostenta o asume una posición de garantía; y *omisiones equivalentes a la comisión* (comisión por omisión).

⁹⁷ Así también Fermín MORALES PRATS y Mª José RODRÍGUEZ PUERTA, «Comentarios al Nuevo Código Penal «Ed. Aranzadi, pág. 1793, Madrid, 1996.

20 de abril de 1991, RA. 2834), hasta la no formulación de atestado o la ilícita puesta en libertad de los responsables del delito (STS 9 de julio de 1994 RA 5703) hasta la simulación en una diligencia de lo que negaba realidad al delito perpetrado (STS 14.2.45). No basta el mero retardo sino que la dejación ha de ser total y definitiva (STS 18.3.42).

Se requiere, además, que el funcionario **conozca la perpetración de hechos delictivos** (no de faltas ni infracciones administrativas), por cualquier medio (así por denuncia o querella —STS 9 julio 1994, RA. 5703— o haberlos presenciado como testigo —STS 18.5.94, RA 3934, y 5.6.94, RA 4519).

Finalmente, aparte de la posición de garantía que corresponde al sujeto activo del delito, es precisa la **capacidad de actuar** por parte del sujeto activo.

Respecto del **tipo subjetivo**, el delito sólo puede cometerse por dolo (dolo directo), con exclusión del dolo eventual al requerir «**intención**».

VI. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN. LA COLISIÓN DE DEBERES

Cabe pensar en que un funcionario (por ejemplo de policía) teniendo el deber de auxiliar o de socorrer a una víctima desamparada y en peligro manifiesto y grave (art. 195.1 CP 95) la asiste infringiendo el deber de perseguir y detener al agresor (art. 408 CP).

En dicho caso se daría la figura de la colisión de deberes, pues el funcionario tiene el deber de evitar el mal «ajeno», y, para cumplir con éste, sólo cabe infringir otro deber (art. 20. 5º CP).

EL DELITO DE ABANDONO DE DESTINO. LOS ARTÍCULOS 407 Y 409 CP 95.

I. EL ARTÍCULO 407 CP 95

Dice así:

«1.— A la autoridad o funcionario público que abandonare su destino con el propósito de no impedir o no perseguir cualquiera de los delitos comprendidos en los Títulos XXI, XXII, XXIII y XXIV se le castigará con la pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación absoluta para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años. Si hubiera realizado el abandono para no impedir o no perseguir cualquier otro delito, se le impondrá la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público, por tiempo de uno a tres años».

«2.— Las mismas penas se impondrán respectivamente cuando el

abandono tenga por objeto no ejecutar las penas correspondientes a estos delitos impuestas por la autoridad judicial competente».

A) Antecedentes: el art. 376 CPA y el art. 388 del proyecto de Código penal de 1992

El artículo 376 CPA en el apartado segundo establecía: *«Si el abandono de destino se hiciere para no impedir, no perseguir o no castigar cualquiera de los delitos comprendidos en los títulos I y II de este libro, se impondrá al culpable la pena de prisión menor y si tuviera por motivo el no impedir, no perseguir o no castigar cualquier otro delito, la de arresto mayor».*

Y el artículo 388 del Proyecto de 1992 decía:

«1.— La autoridad o funcionario público que abandonare su destino con el propósito de no impedir o no perseguir cualquiera de los delitos comprendidos en los títulos XVIII, XIX, XXI y XXII será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación absoluta para tiempo de seis a diez años. Si realizare el abandono para no impedir o no perseguir cualquier otro delito, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años».

«2.— Las mismas penas se impondrán, respectivamente, cuando el abandono tuviera por objeto no ejecutar las penas correspondientes a estos delitos impuestas por la autoridad judicial competente».

B) El nuevo precepto sólo tipifica los dos tipos cualificados del art. 376.2 CPA en el art. 407.1 CP

En el nuevo Código Penal se destipifica, pasando a ser sólo infracción administrativa, el abandono de destino con o sin daño a la causa pública por otros motivos o móviles distintos a los expresados en el art. 407 CP sin habersele admitido la renuncia de su destino (el tipo base del art. 376.1 CPA), y sólo se mantienen los dos tipos cualificados del art. 376.2 CPA.

Se delimita el art. 407 CP del art. 408, en que en el primero tiene que darse el abandono de destino, mientras que en el art. 408 no se requiere tal abandono de destino, sino sólo no promover la persecución de delitos y de sus responsables.

C) El art. 407.2 figura «ex novo».

En cambio, el nuevo Código Penal añade una nueva figura delictiva «ex novo» (ya prevista en el Proyecto de Código Penal de 1992) en el artículo 407.2 CP, consistente en castigar el abandono de destino que

tenga por objeto no ejecutar las penas correspondientes a los delitos referidos en el 407.1 CP impuestas por la autoridad judicial competente.

D) Conductas típicas. El término «delito» en sentido estricto: exclusión de la falta.

Las conductas típicas son tres: a) el abandono de destino para no perseguir o impedir alguno de los delitos de los Títulos XXI, XXII, XXIII, y XXIV —del libro II—, o sea delitos contra la Constitución, delitos contra el orden público, delitos de traición y contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la defensa nacional y delitos contra la Comunidad Internacional; b) el abandono de destino para no impedir o perseguir cualquier otro delito —no falta— y c) el abandono de destino para no ejecutar las penas correspondientes a un delito.

El bien jurídico protegido en la primera y segunda conductas típicas lo constituye los concretos servicios de los poderes públicos relacionados con la administración de justicia; policía judicial y orden público⁹⁸ y en la primera se afecta también el sistema jurídico político y la tercera conducta típica afecta directamente a la administración de justicia.

El abandono de destino requiere cierta duración temporal, no bastando la mera inasistencia al trabajo, pero no se exige que sea definitivo pudiendo ser expreso (dimisión) o tácito (inasistencia).

Se trata de delitos de omisión de mera inactividad, mutilado de dos actos⁹⁹, es decir, de tipos incongruentes por exceso de la parte subjetiva respecto de la parte objetiva, siendo portadores de elementos subjetivos del injusto. La intención del autor al ejecutar la acción típica debe dirigirse a otra conducta posterior del mismo sujeto, conducta esta última que en el presente artículo 407 CP examinado, la constituye el favorecimiento de delitos, mediante el no impedir, no perseguir los mismos o no ejecutar las penas impuestas.

Si el funcionario solicita y obtiene el traslado a un destino diferente o la excedencia, y le conceden uno u otra, aunque las haya solicitado para no perseguir o impedir delitos, no incurre en responsabilidad criminal, porque desde el momento en que obtiene una de aquellas situaciones su alejamiento no puede considerarse abandono¹⁰⁰.

El abandono, además, no precisa tener éxito. Si un funcionario o autoridad abandonan su destino para no impedir, no perseguir delitos —no faltas— o no ejecutar las penas impuestas, han realizado el tipo del

⁹⁸ ORTS BERENGUER, en Ponencia: ... Op. cit.

⁹⁹ Vide MIR PUIG, S., Derecho Penal PG, pág. 219, PPU, 1990.

¹⁰⁰ ORTS BERENGUER, Ponencia. Op. cit.

artículo 407 CP, con independencia de que su marcha no haya afectado en lo más mínimo a dichos fines¹⁰¹.

Las tres conductas típicas giran en torno a la idea de *simpatía* con los rebeldes —o a cobardía o a simple oportunismo—, más que a colaboración con ellos, que de darse se produciría una coautoría o participación con aquéllos decayendo el delito del art. 407 CP¹⁰².

E) Comisión dolosa. La STS 6.5.85

Respecto al aspecto subjetivo se trata de un abandono de destino «doloso», es decir, con la intención dolosa de dejar de cumplir las funciones encomendadas a su cargo, (STS 6.5.85, RA 2440) concurriendo el elemento subjetivo del injusto del ánimo de no impedir o perseguir delitos o no ejecutar las penas impuestas.

F) Algunas consideraciones sobre el sujeto activo

En la doctrina, F. MORALES y M^a José RODRÍGUEZ PUERTA sostienen que puede ser sujeto activo de las conductas del artículo 407 CP, cualquier funcionario que abandone el servicio si se prueba que lo hace con cualquiera de las tres finalidades indicadas en el tipo, no requiriéndose que aquél tenga entre sus atribuciones la de impedir, perseguir o ejecutar las penas impuestas por la comisión de un delito¹⁰³.

Mientras que ORTS BERENGUER entiende, que sólo pueden ser sujeto activo aquellos funcionarios que tienen alguna competencia o vinculación, cuanto menos genérica, en punto a perseguir o impedir delitos o a ejecutar las penas impuestas. El abandono de servicio ha de ser potencialmente apto para obstaculizar dichas finalidades «*Y es que si un funcionario o una autoridad no pueden incidir de alguna forma con su incuria en estorbar una de las funciones destacadas, en definitiva, en cuestionar el bien jurídico tutelado está ayuno de fundamento el castigo de su abandono*»¹⁰⁴.

Soy de la opinión de que tiene razón ORTS BERENGUER, pues también en los delitos de mera actividad o inactividad es necesaria la categoría doctrinal de la imputación objetiva. Si el funcionario no puede incidir de alguna forma mediante el abandono de su destino, con el no

¹⁰¹ Ibídem

¹⁰² Vide J.J. QUERALT, «Derecho Penal Español. P.E. pág. 585 del Vol. II. Librería Bosch. 1987.

¹⁰³ F. MORALES/MARÍA JOSÉ RODRÍGUEZ PUERTA, en Comentarios al nuevo Código Penal, op. cit, pág. 1790.

¹⁰⁴ ORTS BERENGUER, Ponencia..., op. cit.

impedir, no perseguir los delitos o no ejecutar las penas impuestas, faltaría la creación de un riesgo típicamente relevante —no excluido por el riesgo permitido— y, por tanto, la propia imputación objetiva en el delito de mera inactividad que es el artículo 407 CP.

Sin embargo, ya F. MORALES y María JOSÉ RODRÍGUEZ vienen a exigir que *«deberá probarse una relación entre el destino abandonado y la posibilidad de impedir la persecución del delito o la imposición de la pena, lo que podrá conducir a una restricción del ámbito de los sujetos activos»*.

Con ello, ambas posturas se aproximan en el sentido de limitar el círculo de los posibles autores del delito.

G) Concursos

Cabe concurso de leyes entre el art. 407 y los artículos 483 y 549 CP; que deberá resolverse con el principio de especialidad, según la finalidad perseguida por el sujeto activo: si pretende al abandonar el destino no impedir o no perseguir los delitos de rebelión o sedición, se aplicará el art. 407 CP y en caso contrario los arts. 483 o 549 CP —que son además tipos menos graves castigados con la pena de inhabilitación especial, para empleo o cargo público de, seis a doce años, mientras que el abandono de destino para no impedir, no perseguir los delitos del Título XXI (rebelión) se castiga con la pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación absoluta para empleo o cargo público por tiempo de 6 a 10 años—.

Del artículo 408 se distingue en que en éste no hay abandono del destino.

II. EL ARTÍCULO 409 CP 95.

Dice así: *"A las autoridades o funcionarios públicos que promovieren, dirigieren u organizaren el abandono colectivo y manifiestamente ilegal de un servicio público, se les castigará con la pena de multa de ocho a doce meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años."*

"Las autoridades o funcionarios públicos que meramente tomaren parte en el abandono colectivo o manifiestamente ilegal de un servicio público esencial y con grave perjuicio de éste o de la comunidad, será castigado con la pena de multa de ocho a doce meses."

A) Antecedentes; el art. 390 proyecto de CP de 1992.

El artículo 390 del Proyecto de 1992 decía: «Las autoridades o funcionarios públicos que promovieren, dirigieren u organizaren el abandono colectivo e ilegal de un servicio público, serán castigados con la pena de multa de ocho a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años».

Dicho precepto coincide con el artículo 386 del Proyecto de Código Penal de 1994.

La diferencia entre ambos proyectos y el apartado primero del artículo 409 radica en la locución «*manifiestamente ilegal*», que contiene este último precepto, a diferencia de los dos proyectos que sólo hablan del abandono colectivo e ilegal de un servicio público.

Además se incluye un segundo apartado inédito en los anteriores proyectos, referido a los que tomen parte en el abandono colectivo o —y— manifiestamente ilegal de un servicio público esencial y con grave perjuicio de éste o de la comunidad.

B) Bien jurídico

El legislador tras haber destipificado el castigo del mero abandono del destino (regulado en el art. 376.1 CPA) en los presentes tipos sanciona aquéllas conductas que a consecuencia del abandono del destino afectan a los servicios que la Administración debe prestar a la comunidad, siendo el bien jurídico protegido, pues, la regular prestación de los servicios públicos por la Administración a la sociedad.

C) Conducta típica

Ha de distinguirse entre la conducta del apartado primero y la del apartado segundo del art. 409.

a) En el apartado primero la conducta típica consiste en que la autoridad o funcionario público promuevan, dirijan u organicen el abandono colectivo y manifiestamente ilegal de un servicio público.

Normalmente el sujeto activo de este tipo será plural, pero nada hay que impida que el sujeto activo pueda serlo un funcionario individual, siempre que promueva, dirija u organice el abandono colectivo y manifiestamente ilegal de un servicio público.

La consumación del delito exige que el sujeto activo haya logrado que la mayoría generalizada de funcionarios de un servicio público lo abandonen. De no lograrlo, cabe apreciar tentativa.

No es necesario que el promotor, organizador o director sea parte en el abandono del servicio que otros funcionarios hayan llevado a cabo,

bastando las conductas de promover, dirigir u organizar dicho abandono colectivo que ha de ser además manifiestamente ilegal, es decir, de una contrariedad al derecho palmaria y evidente a los ojos del funcionario medio, y referirse a un servicio público, la adscripción del funcionario a un servicio público únicamente debe concurrir en aquellos que materialmente llevan a cabo la conducta de abandonar el servicio debiéndose acudir a la legislación administrativa para la determinación de los funcionarios o autoridades que presten servicio público.

La incorporación al Código Penal de este tipo penal generó entre los grupos parlamentarios un encendido debate en torno a su posible colisión con el derecho de huelga, que se zanjó con una transaccional añadidura, por parte de IU-IC del término «**manifiestamente**» a «**ilegal**», que no figuraba en el proyecto de Código Penal de 1994, como ya se ha visto más arriba, y que fue asumida por el Grupo Socialista.

La conducta típica es **dolosa** (con dolo directo que se deriva de los términos promover, organizar o dirigir).

Y la pena es de multa de 8-12 meses y suspensión del empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años.

b) En el apartado segundo del artículo 409, la conducta típica consiste en que **las autoridades o funcionarios tomen meramente parte en el abandono colectivo o manifiestamente ilegal de un servicio público esencial y con grave perjuicio de éste o de la comunidad.**

Aquí el sujeto activo es pluriindividual, exige que sean varias autoridades o funcionarios públicos, pues una sola autoridad o funcionario que abandone el servicio público esencial de forma a todas luces ilegal y con grave perjuicio de éste no comete el presente tipo. Se trata, pues de un **tipo pluripersonal de los denominados de convergencia**¹⁰⁵.

Además los funcionarios o autoridad que tomen mera parte en el abandono no habrán de ser promotoras, organizadoras o directivas del mismo, pues de serlo sería de aplicación el apartado primero.

Respecto de los elementos objetivos de la conducta cabe mencionar: —el abandono (vale lo dicho para el artículo 407 CP)— **manifiestamente ilegal**: contrario a derecho de forma palmaria —**colectivo**: generalizado, mayoritario— **servicio público esencial**: deberá acudirse a las normas del Derecho Administrativo o a una valoración del servicio desde la perspectiva de la transcendencia para la comunidad¹⁰⁶, debiendo el juez determinar lo que sea un servicio público esencial en el caso concreto.— **con grave perjuicio del servicio público esencial o de la comunidad**: Tampoco el precepto aclara cuando se da dicho perjuicio, por lo que el mismo deberá ser también determinado por el juez en el caso concreto.

¹⁰⁵ Vide F. MORALES/MARÍA JOSÉ RODRÍGUEZ, en Comentarios al nuevo Código Penal, pág. 1795.

¹⁰⁶ *Ibidem*.

Son, pues, impunes las conductas de las autoridades o funcionarios públicos que tomen meramente parte en el abandono colectivo que no sea manifiestamente ilegal, del servicio público, aunque sea esencial y en perjuicio de éste o de la comunidad. También quedará fuera del tipo el tomar meramente parte en el abandono colectivo y manifiestamente ilegal de un servicio público que no sea esencial aunque se haya producido perjuicio para éste la comunidad. Y también cuando a pesar de tomar mera parte en el abandono colectivo y manifiestamente ilegal de un servicio público esencial, no se produce perjuicio de éste o de la comunidad.

Se trata, pues, de un delito de resultado, cabiendo la tentativa y todas las formas de participación que no consistan en abandonar el servicio público.

La interpretación efectuada es teleológica y correctora, pues literalmente se emplea la conjunción «o», en vez de la conjunción «y» tras la locución «abandono colectivo» y antes de la locución «manifiestamente ilegal» (a diferencia del apartado primero en que existe la «y»), lo que debe ser una errata del legislador, pues de lo contrario se podría inculpar al sujeto activo individual que abandonare el servicio público esencial de forma **palmaria**mente contraria al Derecho, y con grave perjuicio de éste o de la comunidad no exigiéndose el abandono colectivo, lo que parece que está fuera de la ratio del precepto¹⁰⁷.

En el aspecto subjetivo, dicho tipo es de comisión dolosa (dolo de primer grado).

EL DELITO DE DESOBEDIENCIA FUNCIONARIAL. LOS ARTÍCULOS 410 Y 411 CP 1995

I. LA RELACIÓN DE JERARQUÍA O EL PRINCIPIO DE SUBORDINACIÓN POR RAZÓN DE SERVICIO O DE FUNCIÓN COMO PRESUPUESTO DEL DELITO DE DESOBEDIENCIA. LA COMPETENCIA

Los artículos 410 y 411 del Código Penal se refieren a la desobediencia funcionarial, a diferencia de otros preceptos del propio código que se refiere a la desobediencia del ciudadano a las órdenes de la autoridad o agentes de la autoridad (arts 556 y 634 CP 95).

En este último supuesto constituye el presupuesto del deber de obediencia la mera o genérica relación de subordinación —o de obediencia

¹⁰⁷ Así opinan también F. MORALES/MARÍA JOSÉ RODRÍGUEZ, en Comentarios..., op. cit., págs. 1795 y 1796; también ORTS BERENGUER, Ponencia..., op. cit.

política— del ciudadano respecto de las autoridades o funcionarios competentes, que deriva de la ley (art. 9.1 CE) y que debe actualizarse mediante una orden concreta (relación de sujeción general).

En cambio, cuando se da una relación de sujeción especial —de un funcionario a efectos penales— el deber de obediencia tiene como presupuesto la **relación especial de subordinación**, que normalmente será una relación de jerarquía, aunque no siempre, pudiendo ser la relación de subordinación **orgánica** o **funcional**. Así constituye un ejemplo paradigmático de dependencia funcional el de la policía judicial para con jueces y fiscales, en base al artículo 283 de la ley de Enjuiciamiento Criminal, arts. 443 y ss. LOPJ, art. 29 y ss. de la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, y artículos 1 y 4 RD 769/1987¹⁰⁸.

Sin embargo, como ha puesto de relieve F.J. Álvarez García constituye un criterio decisivo en el deber de obediencia funcional, el **concepto de competencia** (objetiva, territorial y, en su caso, funcional). Así dicho autor dice:

«Baste indicar que cuando el párrafo primero del art. 369 CPA habla de autoridad superior, no debe entenderse como autoridad jerárquicamente superior en una estructura organizativa constante, sino como autoridad competente. Y es que aún siendo cierto que en muchos casos superior jerárquico es la autoridad competente e incluso, que es competente por ser superior jerárquico, también lo es que la autoridad competente no es siempre la superior en razón de su posición en una organización jerárquica, sino que es la autoridad superior por razón de que le está atribuida la competencia respecto a una cierta materia y, paralelamente a otro sujeto que puede estar alejado, no sólo en cuanto a organización, sino también por lo que respecta a la potestad ejercida del ámbito de actuación de aquél, le corresponde —porque también tiene atribuida una competencia, pero, en este caso, que incumbe a la ejecución— una posición jurídica de obligado respeto a los mandatos que imparta la «autoridad superior» así concebida»¹⁰⁹...

Dicha interpretación se compadece bien con los preceptos de la Ley de Jurisdicción Contencioso administrativa de 27.12.56 —hoy Ley 29/98, de 13 de julio— y el artículo 108 de la Constitución Española, que someten la Administración, en lo que respecta a la ejecución de sentencias, a la Jurisdicción¹¹⁰.

¹⁰⁸ Cfr. Francisco Javier ÁLVAREZ GARCÍA, «El delito de desobediencia de los funcionarios públicos», Bosch, casa editorial S.A., 1987, pags. 119, 120 y 121.

¹⁰⁹ cfr. Francisco Javier ÁLVAREZ GARCÍA, «El delito de desobediencia de los funcionarios públicos», Bosch, casa editorial S.A., 1987, pags. 119, 120 y 121.

¹¹⁰ El artículo 109 LJCA dice: «Será caso de responsabilidad civil y criminal la infracción de lo preceptuado en los artículos anteriores acerca de la ejecución de sentencia, entendiéndose como desobediencia punible, en forma igual a la establecida respecto a las

Álvarez García razona: «supongamos que el acto administrativo anulado (por una sentencia de la jurisdicción contenciosa administrativa) hubiere sido dictado por un ministro, teniendo en cuenta que según el artículo 103 de la LJCA dice: "La ejecución de las sentencias corresponderá al órgano que hubiere dictado el acto o la disposición objeto del recurso", si aplicáramos la interpretación según la cual la autoridad superior es igual a superior jerárquico, resultaría que la negativa por parte del ministro a ejecutar la sentencia no constituiría ilícito penal. O, ¿a caso cabe explicar que un ministro sea inferior jerárquico con respecto a un juez? Evidentemente, no. Más aún, tampoco será correcto lo contrario, ¿qué sucede pues? Sencillamente que el criterio de la jerarquía no es capaz de explicar, por sí solo, las muy diversas relaciones que pueden crearse entre distintos sujetos de la Administración. Y es por ello que debemos acudir al concepto de competencia»¹¹¹.

En los delitos de desobediencia funcionarial de los artículos 410 y 411 CP 95 se excluye la relación de coordinación entre los poderes del estado y sus entes, que constituye el presupuesto del delito de denegación de auxilio (art. 412 CP 95).

II. LOS ARTÍCULOS 410 Y 411 DEL CÓDIGO PENAL 1995

El artículo 410 dice así:

«1.— Las autoridades o funcionarios públicos que se negaren abiertamente a dar el debido cumplimiento a resoluciones judiciales, decisiones u órdenes de la autoridad superior, dictadas dentro del ámbito de su respectiva competencia y revestidas de las formalidades legales, incurrirán en la pena de multa de tres a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años».

«No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, no incurrirán en responsabilidad criminal las autoridades o funcionarios por no dar cumplimiento a un mandato que constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de Ley o de cualquier otra disposición general».

Y el artículo 411 reza:

«La autoridad o funcionario público que, habiendo suspendido, por cualquier motivo que no sea el expresado en el apartado segundo

sentencias de los Tribunales de lo Civil y de lo Criminal». El art. 118 CE reza: «Es obligado cumplir las sentencias, y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales...»

¹¹¹ cfr. F.J. ÁLVAREZ GARCÍA, op. cit., pág. 120 y 121.

del artículo anterior, la ejecución de las órdenes de sus superiores las desobedeciere después de que aquéllos hubieren desaprobado la suspensión, incurrirá en las penas de multa de doce a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años».

A) Antecedentes inmediatos. Los cambios introducidos por el nuevo Código penal 1995.

Dichos preceptos encuentran sus precedentes inmediatos en los artículos 369 y 370 del CPA, y los artículos 391 y 392 del Proyecto de Código Penal de 1992.

El artículo 369 CPA decía: *«Los funcionarios judiciales o administrativos que se negaren abiertamente a dar el debido cumplimiento a sentencias, decisiones u órdenes de la autoridad superior, dictadas dentro de los límites de su respectiva competencia y revestidas de las formalidades legales, incurrirán en las penas de inhabilitación especial y multa de 100.000 a 500.000 pesetas».*

«Sin embargo, de lo dispuesto en el párrafo anterior, no incurrirán en responsabilidad criminal los funcionarios públicos por no dar cumplimiento a un mandato que constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de Ley».

«Tampoco incurrirán en responsabilidad criminal los funcionarios públicos constituidos en autoridad que no den cumplimiento a un mandato en el que se infrinja manifiesta y terminantemente cualquiera otra disposición general».

Y el artículo 370 CPA: *«El funcionario público que, habiendo suspendido, por cualquier motivo que no fuere de los expresados en el segundo párrafo del artículo anterior, la ejecución de las órdenes de sus superiores, las desobedeciere después que aquéllos hubieran desaprobado la suspensión, sufrirá las penas de prisión menor e inhabilitación especial».*

El artículo 391 del Proyecto de Código Penal de 1992 coincide literalmente con el art. 410 CP 95, salvo en que se utiliza el término «**sentencias**» en el apartado primero, mientras que el art. 410 utiliza los términos: «**resoluciones judiciales**».

Y el artículo 392 del Proyecto de 1992 también coincide literalmente con el art. 411 CP, salvo en la duración de la pena de inhabilitación especial que es por tiempo de seis meses a dos años, mientras que en el artículo 411 es de uno a tres años.

Los cambios producidos por los artículos 410 y 411 CP respecto de los artículos 369 y 370 CPA son los siguientes:

- a) El artículo 369 se refiere, en cuanto al sujeto activo del delito, a

los funcionarios judiciales o administrativos mientras que el art. 410 se refiere a **las autoridades o funcionarios públicos**, siendo de aplicación el art. 24 CP, como antes lo fuera el art. 119 CPA.

b) El artículo 369 se refiere a «**sentencias**»; mientras que el art. 410 CP 95 hace alusión a «**resoluciones judiciales**», término más amplio que acoge a las **sentencias, autos y providencias**.

c) Las penas del artículo 369 CPA son inhabilitación especial y multa de 100.000 a 500.000 pts; en cambio, el art. 410 impone las penas de **multa de tres a doce meses e inhabilitación especial** para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años.

d) El segundo párrafo del art. 369 excluye de responsabilidad criminal a los funcionarios públicos por no dar cumplimiento a un mandato que constituya una infracción manifiesta y terminante de un precepto de Ley; y el párrafo tercero excepciona de responsabilidad criminal a la autoridad que no dé cumplimiento a un mandato en el que se infrinja manifiesta y terminantemente cualquiera otra disposición general.

En cambio, en el apartado segundo del artículo 410 se refunden ambos párrafos, desapareciendo la diferenciación de trato respecto del mero funcionario y la autoridad, y se excepciona de responsabilidad criminal a **las autoridades o funcionarios públicos** por no dar cumplimiento a un **mandato** que constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un **precepto de Ley o de cualquier otra disposición general**.

e) El artículo 370 se refiere, en cuanto al sujeto activo, al funcionario público, mientras que el artículo 411 se refiere a los funcionarios públicos y **autoridades**, por lo que ahora también los funcionarios constituidos en autoridad podrán ser sujetos activos del delito del art. 411 CP, dada su expresa remisión al apartado segundo del artículo 410 CP pues antes el artículo 370 CPA sólo remitía expresamente al párrafo segundo del art. 369 pero no al párrafo tercero.

f) Las penas señaladas por el art. 370 CPA son de prisión menor e inhabilitación especial; mientras que el artículo 411 CP castiga con las penas de **multa de doce a veinticuatro meses, e inhabilitación especial** para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años.

Asimismo debe tenerse muy presente que en el nuevo Código Penal de 1995 **desaparece la eximente de obediencia debida del art. 8. 12 CPA**, en el artículo 20 del CP 95.

Así el nuevo Código Penal acoge el criterio de algunos autores que consideraban **superflua** dicha eximente al considerar **suficiente** la eximente de **cumplimiento de un deber** en su vertiente de **ejercicio legítimo del cargo** (del art. 8. 11º CPA, hoy art. 20. 7º CP 95)¹¹², para justi-

¹¹² Vide J.J. QUERALT, «La obediencia debida en el Código Penal», op. cit., pág. 445 a 449. S. MIR PUIG, «Derecho Penal» Parte General. PPU-1990, pág. 534.

ficar el cumplimiento de órdenes debidas, que a su vez implicara la realización de una conducta típica y antijurídica.

En la doctrina un importante sector había defendido **la autonomía** de la eximente de obediencia debida afirmando que ésta sería la adecuada para proclamar la impunidad de aquellos obedientes que dieran cumplimiento a **mandatos antijurídicos obligatorios**, dictados por autoridad superior en el ámbito de sus competencias y revestidos de las formalidades legales que implicaran la realización de una conducta típicamente antijurídica, pues para el cumplimiento de las órdenes lícitas ya estaba el artículo nº 11 del art. 8 CPA¹¹³.

Sin embargo, si dichos mandatos no manifiestamente antijurídicos son **obligatorios**, es claro que son **debidos**, y, por ende, cabe también la eximente de cumplimiento del deber o ejercicio del cargo¹¹⁴.

Sobre los llamados mandatos antijurídicos obligatorios se tratará más adelante, dada su importancia.

Debe significarse, sin embargo, que los artículos 369 y 370 del CPA se corresponden casi exactamente con los artículos 380 y 381 del Código Penal de 1870, pero existían algunas importante diferencias. Veámoslas:

Los párrafos segundo y tercero del art. 380 dicen así:

«Sin embargo de lo dispuesto en el párrafo anterior, no incurrirán en responsabilidad criminal los funcionarios públicos por no dar cumplimiento a un mandato administrativo que constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto constitucional».

«Tampoco incurrirán en responsabilidad criminal los funcionarios públicos constituidos en autoridad que no den cumplimiento a un mandato de igual clase, en el que se infrinja manifiesta, clara y terminantemente cualquier otra ley».

A su vez, el artículo 30 de la Constitución de 1869 rezaba:

«No será necesaria la previa autorización para procesar ante los tribunales ordinarios a los funcionarios públicos, cualquiera que sea el delito que cometieron. El mandato del superior no eximirá de respon-

¹¹³ Cfr. FERRER SAMA, A, Comentarios al Código Penal I 1946, pp. 262/3; ANTÓN ONECA, Derecho Penal I, 1949, p. 273; L. JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado de Derecho Penal, VI, 1962, p. 765; CÓRDOBA RODA, «Las eximentes incompletas en el Código Penal» Oviedo 1966, p. 333; el mismo: Comentarios al Código Penal, I, 1976 p. 390; DÍAZ PALOS, Nueva Enciclopedia Jurídica XVII, 1982, p. 744; el mismo «En torno a la naturaleza de la obediencia debida», Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Octavio Pérez Vitoria, Barcelona, 1983, p. 194; MORILLAS CUEVAS, L., «La obediencia debida», Madrid, 1984, pp. 63 y ss, 167, siguiendo a VIVES ANTON, «Consideraciones político criminales en torno a la obediencia debida», Estudios Penales y Criminológicos V (ed. Fernández Albor) Santiago de Compostela, 1982, p. 140; CUELLO CALÓN, Derecho Penal, I, 1º (PG) 1980, p. 400.

¹¹⁴ Así, S. MIR PUIG, Derecho Penal, PG. P.534.

sabilidad en los casos de infracción manifiesta, clara y terminante, de una prescripción constitucional. En los demás casos sólo eximirá a los agentes que no ejerzan autoridad».

De una interpretación sistemática de dichos preceptos se infiere que se establece un régimen diferenciado para el mero funcionario y el constituido en autoridad; ni el uno ni el otro podrán acogerse a la eximente de obediencia debida (introducida en el CP de 1848) cuando el mandato que les haya sido impartido sea manifiestamente contrario a los preceptos constitucionales; a las autoridades, que se les haya impartido un mandato manifiestamente ilegal (contrario a cualquier disposición general) se las obliga necesariamente a rechazar la posibilidad de ejecución, es decir, a desobedecer —concediéndolas un cierto deber de examen referido a la posibilidad de infracción manifiesta de cualquier disposición general—, si no quiere incurrir en la responsabilidad, no siéndoles aplicable la eximente de obediencia debida.

En cambio, el mero funcionario que cumple un mandato, aunque sea manifiestamente antijurídico (ilegal), que implique una conducta delictiva, está amparado por la eximente de obediencia debida, pudiendo, de preferirlo, desobedecer tal mandato manifiestamente ilegal, sin que dicha desobediencia fuera punible, por lo que la obediencia, en puridad no era obligatoria, y por tanto, no debida.

Dicha diferenciación de tratamiento en la esfera de responsabilidad de los funcionarios dependiendo de que estuvieran o no constituidos en autoridad, se debe probablemente como se ha indicado por Álvarez García a dos razones: la primera consistiría en la situación de cesantía en que el funcionario podía caer si desobedecía la orden de la autoridad superior, hasta que fue instituido el principio de inamovilidad del funcionario. Así, en la práctica era impensable que el mero funcionario pudiera negarse a la ejecución de una orden, pues podía ser cesado. Esto hizo que, con buen criterio, el legislador de 1870 sometiera a responsabilidad al mero funcionario únicamente en el caso de que el mandato atentara a un precepto constitucional —estableciendo un cierto deber de examen para los meros funcionarios referido a la posibilidad de infracción manifiesta de preceptos constitucionales—; la segunda razón podría venir de un mal entendimiento del término «manifiesta»; es decir, se reconocía un mayor ámbito de examen al funcionario —autoridad basado en los presumiblemente mayores conocimientos de éste último sobre el simple funcionario¹¹⁵.

Otra razón que se me ocurre podría ser la consideración del principio de subordinación jerárquica como algo de mayor entidad que el

¹¹⁵ Vide F.J. ÁLVAREZ GARCÍA, «El delito de desobediencia de los funcionarios públicos», op. cit., pp. 243 y 244. Vide también PUIG PEÑA, F.: Derecho Penal, Tomo III, Parte Especial, 4ª ed, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, p. 328.

propio principio de legalidad, como residuo autoritario propio del antiguo régimen.

Así, el propio SILVELA, tras calificar a la obediencia debida expresamente como causa de justificación¹¹⁶, aunque se trate de una orden ilícita, afirma que «el hecho del injusto mandato y de su injusto contenido no pueden justificarse... sí (puede serlo) el de su cumplimiento por el inferior en fuerza a la subordinación jerárquica»¹¹⁷.

La redacción dada al delito de desobediencia de funcionarios por el artículo 380 CP de 1870 persistió hasta la reforma de 1944. En los párrafos segundo y tercero del artículo 369 CPA se eliminó el adjetivo «administrativos» que calificaba el sustantivo «mandatos» y se sustituyó la locución «precepto constitucional» por «precepto de ley» —en el párrafo segundo— y sustituyó la locución «cualquiera otra ley» por «cualquiera otra disposición general» —en el párrafo tercero, que dejaba las cosas tal y como estaban, pues era lo mismo «cualquier otra ley» que «cualquiera otra disposición general».

El término «Ley» utilizado en el párrafo segundo del artículo 369 debía entenderse como ley en sentido formal con lo que se ampliaba el ámbito de exención de responsabilidad del simple funcionario a que se refería el párrafo segundo del precepto, ya que podía no dar cumplimiento a mandatos que infringieran manifiestamente cualquier ley en sentido formal, ampliándose asimismo el ámbito del deber de examen del mero funcionario, y así, cabe concluir que los legisladores de 1944 quisieran ampliar las facultades de control de los funcionarios ejecutivos a todas las resoluciones judiciales —incluida la sentencia— (al suprimir el adjetivo «administrativos» que acompañaba el término «mandatos» del párrafo segundo del art. 380 del CP de 1870, o del art. 443 del CP de 1928 o del art. 374 del CP de 1932 que mantuvieron dicho adjetivo).

Como dice Álvarez García: «nunca las facultades de control de los mandatos del superior fueron tan amplias como a partir de la regulación establecida por el Código Penal franquista. ¿Cuál pudo ser la razón de esta desmesurada ampliación? Solo una se me alcanza: el deseo de control absoluto por parte del emergente régimen dictatorial de todas las decisiones, ya fueran administrativas o judiciales; tal perspectiva exigía, desde luego, arrumbar todo centro de poder independiente y por lo tanto,

¹¹⁶ Son partidarios de que la obediencia debida constituye una causa de justificación, en el siglo pasado, según opinión generalizada: CASTRO/ORTIZ, en Código Penal explicado, Granada, 1848, p. 92; VÍZMANOS ÁLVAREZ, Comentarios al Código Penal, Tomo I, Madrid, 1853, pp 94 y 95; PACHECO «El Código Penal comentado y concordado», Madrid, 1856, Tomo I, p. 177; el mismo: Estudios de Derecho Penal, Madrid 1895, pp. 75 y ss.; GÓMEZ DE LA SERNA. «Elementos de Derecho Civil y Penal de España», III, Madrid, 1874 p. 48; SILVELA, L., «El derecho penal estudiado en sus principios y en la legislación vigente en España, 2ª ed. a cargo de E. Silvela, vols. I, 1903, p. 134.

¹¹⁷ Cfr. L. SILVELA, op. cit., p. 138.

no sometido a control dentro del Estado. Esta visión unitaria del Estado plasmada legislativamente en el artículo segundo, II, de la Ley Orgánica del Estado: «*El sistema institucional del Estado español responde a los principios de unidad del poder y coordinación de funciones*», imponía la no diferenciación entre resoluciones administrativas y judiciales a los efectos del control político sobre la legalidad de las mismas. O, dicho de otra manera: era necesario que los funcionarios ideológicamente fieles, por cómplices en la rebelión del 36, corrigieran las «*debilidades*» o «*equivocadas orientaciones por parte de los jueces en el dictado de sus resoluciones*», a través de un efectivo control sobre las mismas. La santidad de la cosa juzgada no había de constituir obstáculo —de la misma forma que tampoco la constituyó el principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable— para la construcción del nuevo Estado una vez que se había terminado con la división de poderes»¹¹⁸.

Desaparecida, pues toda Constitución —y por tanto el art. 30 de la constitución de 1869— resultaba que la eximente de obediencia debida se aplicaba a los simples funcionarios que cumplían mandatos que constituían una infracción no manifiesta de precepto de Ley formal, que implicaran la realización de una conducta delictiva, siempre que tales mandatos se hubieran dictado por la autoridad superior competente y con las formalidades legales; y se aplicaba la eximente de obediencia debida a los funcionarios constituidos en autoridad que obedecieran mandatos no manifiestamente antijurídicos de cualquier disposición general, que implicaran una conducta delictiva concurriendo también la competencia y las formalidades legales en la autoridad superior que dictó el mandato; pues en ambos supuestos el funcionario simple y el constituido en autoridad debían obedecer, bajo amenaza de pena por desobediencia.

En cambio, a diferencia del sistema de 1870, la eximente de obediencia debida del artículo 8.12 CPA no era aplicable al simple funcionario que obedeciere un mandato manifiestamente antijurídico —infracción de precepto de ley—, pues en tal caso estaba autorizado legalmente (por el CP) a desobedecer, al no ser debida la obediencia.

Como certeramente ha expuesto QUINTERO: «*Los límites de la exculpación por obediencia debida dependerán del ámbito del deber de obediencia que se desprende del delito de desobediencia*»¹¹⁹. Al haberse ampliado el ámbito de la desobediencia justificada, se ha limitado el ámbito de la eximente de obediencia debida».

El nuevo Código Penal al eliminar la diferencia de tratamiento existente con anterioridad respecto del simple funcionario público y del fun-

¹¹⁸ Cfr. F.J. ÁLVAREZ GARCÍA, «El delito de desobediencia de los funcionarios públicos», pp. 114 y 115.

¹¹⁹ cfr. QUINTERO OLIVARES, «El delito de desobediencia y la desobediencia justificada» en Cuadernos de Política Criminal, núm. 12 de 1980, p. 75.

cionario constituido en autoridad¹²⁰, ha ampliado el ámbito de la desobediencia justificada del mero funcionario público —en comparación con el art. 369 CPA— y ha limitado el ámbito de aplicación de la eximente de cumplimiento del deber o ejercicio legítimo del cargo (al haber desaparecido la eximente de obediencia debida por superflua) —en el sentido de no ser aplicable en los supuestos de cumplimiento de mandatos manifiestamente contrarios a un precepto de Ley o de cualquier otra disposición general, (bloque de legalidad) que sean constitutivos de delito; en cambio, es aplicable la eximente de cumplimiento del deber en los supuestos de obedecer el ejecutor mandatos no manifiestamente contrarios a un precepto de Ley o de cualquier otra disposición general, siempre que tales mandatos sean dictados por autoridad competente y con las formalidades legales debidas, y siempre que no conozca ex ante la antijuridicidad de dichos mandatos^{121, 122}.

La idea central del cambio operado por el legislador de 1995 es, como dicen F. MORALES y MARÍA JOSÉ RODRÍGUEZ, «*que ni la eficacia de la Administración Pública, ni el principio de autoridad y jerarquía pueden colocarse nunca por encima del principio de legalidad penal*»¹²³.

B) El bien jurídico

El delito de desobediencia ataca directamente el correcto funcionamiento interno de la Administración, aunque no debe olvidarse que indirectamente también compromete el aspecto externo de la pureza de la función pública que compete a la Administración ante los ciudadanos, su eficacia frente a los mismos¹²⁴.

El Bien jurídico, más concretamente, lo constituye el principio je-

¹²⁰ Dicha diferencia al haber desaparecido el art. 130 Constitución de 1869 ya no tiene apoyo constitucional alguno, siendo hoy más inconstitucional, ya que cualquier relación de jerarquía independientemente de la posición ocupada concretamente por el funcionario, encuentra su límite en la «Ley y el Derecho» (STC. 10.10.83).

¹²¹ El Tribunal Supremo ya aplicaba la eximente de obediencia debida en el supuesto de mandatos no manifiestamente ilegales exigiendo que el ejecutor no conociera la antijuridicidad de dichos mandatos. Así SS. 20 de Noviembre de 1989, RA 8683; Auto de 20.12.90, RA 9685; STS 26 de Enero de 1988, RA, 474; STS 5 de Marzo de 1988, RA. 1563 entre otras.

¹²² La reforma operada por el art. 410 CP se adecua más a lo dispuesto en el art. 103.1 CE y Disposición Derogatoria tercera CE.

¹²³ Vide F. MORALES/MARÍA JOSÉ RODRÍGUEZ, en Comentarios al Nuevo Código Penal, Ed. Aranzadi, 1996, p. 1798.

¹²⁴ Vide S. MIR PUIG, Ponencia: «Nombramientos ilegales...», Curso del C.G.P.J., «Delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995», p. 3. También QUERALT, D.º Penal, p. 565. También H. ROLDÁN BARBERO, quien afirma que es «el buen funcionamiento de los poderes públicos», en «La Ley» de 10.4.80, p. 5 in fine.

rárquico en la organización de la Administración Pública en cuanto a través de él se tienda a la consecución de los intereses generales^{125, 126}.

Es decir, en palabras de ÁLVAREZ GARCÍA: *«el injusto exigido para la afirmación del delito de desobediencia se vería realizado cuando el funcionario no sólo incumple el deber que le corresponde como subordinado —al integrarse en una organización estructurada jerárquicamente— de dar cumplimiento a las órdenes de sus superiores, sino cuando a través de la infracción de ese deber, además de atacar la racional y eficiente organización de la función —representada por el principio jerárquico—, genera el riesgo de que pueden no llegar a realizarse los fines institucionales asignados a la Administración de que se trate»*^{127, 128, 129, 130}.

De dicho contenido del bien jurídico del art. 410 y 411 CP, deriva que los delitos de desobediencia funcional son delitos de peligro abstracto que no requieren resultado (en sentido naturalístico) alguno¹³¹.

C) Delito especial impropio

El delito de desobediencia funcional es un delito especial¹³²; por cuanto el círculo de autores está limitado a determinados sujetos: los funcionarios públicos y autoridades a efectos penales (art. 24 CP 95), o sea a aquellos sujetos que participan de funciones públicas por disposi-

¹²⁵ Cfr. F.J. ÁLVAREZ GARCÍA, op. cit., pp. 223 y 236.

¹²⁶ El artículo 103.1 CE, consagra esta forma de organización: la jerárquica, junto a otros principios organizativos como pueden ser los basados en la coordinación, descentralización, etc.

¹²⁷ El mismo autor, p. 223.

¹²⁸ También CARBONELL MATEU, en «La justificación penal», p. 160 afirma que el bien jurídico protegido, en el delito de desobediencia «no puede ser otro más que el correcto servicio de la Administración a los intereses generales».

¹²⁹ Ante la crisis de la jerarquía, en la Administración civil, algún autor, aboga a favor de que las insubordinaciones administrativas podrían quedar reservadas al Derecho Disciplinario, o, en todo caso, merecer la protección del Derecho Penal sólo si son particularmente perturbadoras para los servicios públicos. Así H. ROLDÁN BARBERO, en «El delito de desobediencia funcional», en LA LEY de 26.2.96, número 3982, pág. 2. Vide también QUINTERO OLIVARES, en «el delito de desobediencia y la desobediencia justificada» en CPC n. 12.1980, p. 81.

¹³⁰ La STS de 14 de marzo de 1994 (RA 2153) afirma que el bien jurídico protegido en este tipo delictivo es «La buena marcha y, el orden de la Administración en todas sus esferas, el servicio público que es obligación debida a la dignidad de todos los ciudadanos y, en definitiva, la legalidad de toda la función administrativa».

¹³¹ QUINTERO dice: «el delito de desobediencia se perfecciona «per se», en ella misma», quien aboga a favor de la inclusión en dicho delito del elemento de daño a la cosa pública.

¹³² En el mismo sentido, QUINTANO RIPOLLÉS, Curso, II, pág. 553; QUINTERO OLIVARES, en «el delito de desobediencia ...», op. cit., pág. 65; H. ROLDÁN BARBERO, en «el delito de desobediencia funcional», LA LEY de 26.2.96, pág. 2.

ción inmediata de la ley, por elección o nombramiento de autoridad competente.

Además dicho funcionario público o autoridad solamente puede ser autor del delito si existe una relación de subordinación especial por razón de servicio o de función respecto de la autoridad competente que le dirige un mandato, y tiene un específico deber personal de obedecer, de cumplir lo mandado, siendo competente en orden a la ejecución de lo mandado.

En mi opinión el delito de desobediencia funcionarial es además de un delito especial, impropio.

En la doctrina española existen dos posiciones enfrentadas, las de quienes consideran que se trata de un **delito especial impropio** —afirmando implícitamente una **relación de especialidad**, con el delito de desobediencia común del art. 556 y 634 CP95, antes 237 y 570 5º y 6º CPA—¹³³; y las de quienes entienden que se trata de un **delito especial propio**¹³⁴.

El delito especial impropio es aquel que tiene su correspondencia con un delito común, es aquél que consiste en un delito común especialmente cualificado¹³⁵; mientras que el delito especial propio es aquel que no tiene correspondencia con un delito común¹³⁶.

Quienes mantienen que el delito de desobediencia funcionarial es un delito especial propio invocan una falta de **equiparación estructural** entre ambas figuras —entre la desobediencia funcionarial y la del particular—, alegando que el bien jurídico protegido es en ambas figuras delictivas distinto y que en la desobediencia jerárquica **se amplía el ámbito**

¹³³ Así QUINTANO RIPOLLÉS, Curso de Derecho Penal, II, 1963, pp. 489, 553; CERREZO MIR, REP 1966, p. 372, el primero implícitamente y el segundo explícitamente se refieren a la existencia de una relación de especialidad entre el delito de desobediencia funcionarial y el de desobediencia común, J.J. QUERALT, «La obediencia debida en el Código Penal», pp. 79 a 95, en la página 90 «in fine» se inclina por la existencia de la relación de especialidad; H. ROLDÁN BARBERO, «El delito de desobediencia funcionarial» en LA LEY, pág. 2, quien afirma: «Si aquél no existiere (el delito de desobediencia funcionarial) habría que subsumir en éste (el art. 556 CP95 o desobediencia común) la conducta del funcionario desobediente».

¹³⁴ Así QUINTERO OLIVARES, «El delito de desobediencia y la desobediencia justificada», op. cit., pag. 65 «in fine»; OCTAVIO DE TOLEDO, en «El bien jurídico protegido en los capítulos VI y VII del Título II del Código Penal» en CPC, 1977, p. 129; el mismo, «La prevaricación del funcionario público» editorial Civitas S.A., 1980, p. 247; F.J. ÁLVAREZ GARCÍA, «El delito de desobediencia de los funcionarios públicos», op. cit., pág. 191 y ss. Sin embargo, dicho autor se contradice en las págs. 120 y 91 al referirse a la especialidad de los sujetos para aplicar el art. 369 y no el art. 237 CPA respecto de la Administración que se niega a ejecutar una sentencia contencioso-administrativa (art. 209 LJCA).

¹³⁵ Así E. GIMBERNAT, en «Autor y cómplice en Derecho Penal» Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, 1966, p. 252.

¹³⁶ Cfr. E. GIMBERNAT, op. cit., p. 253.

de la acción, pues en la desobediencia del particular se exige en la modalidad delictual que sea grave la desobediencia (en la falta basta que sea leve) mientras que en la desobediencia funcional la letra de la ley no exige que la desobediencia sea grave.

Ambas objeciones son rechazadas por quienes, por el contrario, entienden, como entiendo yo que el delito de desobediencia funcional es un delito especial impropio, que contiene todos los elementos del delito de desobediencia del particular más la exigencia de que el sujeto activo sea un funcionario público o autoridad a efectos del Código Penal (art. 24 CP95) y que concurra no ya una mera o simple relación de subordinación, (obediencia política) sino una especial relación de subordinación (u obediencia jerárquica) entre el sujeto activo funcionario público y la autoridad superior (competente) que emite el mandato.

El delito de desobediencia del particular se ha entendido, por un sector doctrinal, que protege como bien jurídico al orden público, que como es sabido es un concepto muy problemático y vaporoso, de ahí que se hayan mantenido posiciones limitadoras, como la de MUÑOZ CONDE que entiende por orden público *«la tranquilidad o paz en las manifestaciones colectivas de la vida ciudadana»*¹³⁷, pero como dice QUERALT: *«no siempre que se protege a los servidores del estado se está protegiendo el orden público en sentido estricto»*.

Cabe afirmar que el bien jurídico protegido por el delito o falta de desobediencia del particular es la función pública entendida como la capacidad estatal de prestación de servicios públicos¹³⁸, al igual que ocurre con el delito de desobediencia funcional (que nadie afirma que tenga como bien jurídico protegido al orden público, a pesar de existir, antes de la reforma de 1989, la falta de desobediencia funcional leve del art. 569.2 que se regulaba en el CP bajo el Capítulo II del Título I del libro III, titulado dicho Capítulo: *«De las faltas contra el orden público»*, pasando a constituir sólo un ilícito administrativo disciplinario).

El propio Tribunal Supremo ha entendido en algunas sentencias que el bien jurídico protegido en el delito de desobediencia común o del ciudadano es la función pública que la Autoridad está llamada a desem-

¹³⁷ Vide MUÑOZ CONDE, Derecho Penal, PF 1985, pp. 609 y ss.

Otras posiciones imitadoras en FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Las medidas de policía: su exteriorización y su impugnación», en Revista de Administración Pública, 1970, pp. 125 y así; GARCÍA DE ENTERRÍA, «Sobre los límites del poder de policía y del poder reglamentario» REDA, 1975, pp. 209 y ss.; el mismo, Curso de Derecho Administrativo, I., 1979, p. 667; OCTAVIO DE TOLEDO, CPC, op. cit., p. 122; el mismo «La prevaricación del funcionario público», 1980, p. 246; el mismo, «De nuevo sobre el interés protegido en atentados, desacatos y figuras afines», CPC, 1980, pp. 110 y ss.; CÓRDOBA, Comentarios al Código Penal, III, 1978, pp. 117 y ss., etc.

¹³⁸ Así también expresamente J.J. QUERALT en «La obediencia debida», op. cit., p. 83.

peñar (así en las sentencias de 30 de septiembre de 1983) (la STS de 8.6.84 dice que es *«la merma del prestigio de la función»*).

Ya el propio legislador del CP de 1850 incluyó el delito de desobediencia común (art. 285) entre los delitos contra la función pública.

De todo ello hay que inferir que **existe equiparación entre el bien jurídico protegido por el delito de desobediencia del ciudadano y el de desobediencia del funcionario público.**

También cabe afirmar que la desobediencia **grave** que exige el delito de desobediencia común (art. 556 CP 95, antes 237 CPA) también se da en el tipo del art. 410 del CP95, al exigir una negativa **abierta** por parte del funcionario público o autoridad a obedecer el mandato de la autoridad superior competente¹³⁹, tratándose los términos **«gravemente»** y **«abiertamente»** de adverbios conectados con el verbo típico desobedecer, al ser tanto el delito de desobediencia funcional de **mera actividad** (y no de resultado) y **de omisión**.

Así cabe afirmar que cuando el sujeto activo, particular o funcionario, interponga tal negativa a cumplir lo lícitamente ordenado, de modo que haga peligrar el buen fin del mandato, es decir, la **función**, habrá que considerar la desobediencia grave.

Finalmente si se comparan las penas señaladas por el legislador de 1995 a ambas figuras delictivas, resulta que se tratan en ambos tipos (arts. 410 y 556 CP95) de **penas** igualmente **«menos graves»** (art. 33. 3 CP95) aunque de **distinta naturaleza** (en el art. 556 CP la pena es de **prisión** de 6 meses a 1 año; y en el art. 410 es de **multa** de tres a doce meses e **inhabilitación especial** para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años).

Que se trata de un delito especial impropio tiene importantes consecuencias en el **ámbito de la participación delictiva**.

Así según la doctrina tradicional y el TS el **extraneus** (no funcionario público o no Autoridad o funcionario incompetente para ejecutar el mandato de la autoridad competente) que induzca o auxilie al **intraneus** (funcionario público o autoridad competentes ejecutores del mandato) a desobedecer será castigado aquél como partícipe de un delito de **desobediencia común**, por aplicación del artículo 65 CP95 antes art. 60 CPA —(en cambio, de considerarse el delito de desobediencia funcional un delito especial propio, el **extraneus** que indujera o auxiliare al **intraneus** debería responder por el tipo de desobediencia funcional, bien con la misma pena que el intraneus, o mediante una atenuación (por aplicación analógica in bonam partem del art. 65 CP 95, o atenuante analógica del art. 21.6 CP 95 en relación con dicho art. 65 CP **por vía indirecta**. De

¹³⁹ Así J.J. QUERALT, op. cit., pp. 90 y ss.

ellos hemos tratado más extensamente al estudiar el delito de prevaricación administrativa).

Asímismo el extraneus no puede ser autor mediato de un delito de desobediencia funcional por no concurrir en él las especiales condiciones de autoría ni el intraneus puede serlo —si se considera que el delito de desobediencia funcional es de propia mano y de mera actividad—.

Sin embargo, también cabe, según postura doctrinal más moderna respetuosa con el principio de accesoriedad limitada de la participación delictiva, castigar al extraneus que induce o auxilia al intraneus (funcionario público) a desobedecer un mandato legítimo de la autoridad superior, como partícipe de un delito de desobediencia funcional¹⁴⁰.

Existen varias sentencias del Tribunal Supremo que no aplican el art. 60 CPA en delitos especiales impropios como el delito de malversación de caudales públicos, de modo que el extraneus es considerado partícipe del delito especial impropio, o sea, partícipe del delito de malversación de caudales públicos (así SSTs de 18 de Junio 1951, RA 1737 y 18 de Mayo de 1963, RA. 2428).

D) El sujeto activo. La administración pública.

El sujeto activo del delito de desobediencia funcional es muy amplio: el concreto o concretable **funcionario público o autoridad** a efectos penales (art. 24 CPA) **competentes** para ejecutar el mandato de la autoridad superior. Aquí se incluye los funcionarios militares, los funcionarios de organizaciones estatales no administrativizadas (así las **CORTES GENERALES**, etc)¹⁴¹.

Pero, ¿qué ocurre cuando quien desobedece a la autoridad superior es la propia Administración Pública o uno de sus órganos? Por ejemplo cuando el Pleno de un Ayuntamiento tome el acuerdo, mediante el voto favorable de los concejales, de desobedecer una sentencia dictada por la

¹⁴⁰ Así S. MIR PUIG. Derecho Penal. PG. p. 429, si bien ya con anterioridad VIADA en el Código Penal. II, 1890, pág. 387, GROIZARD, en el Código Penal III, p. 1890, pág. 447, y QUINTANO RIPOLLÉS, en «La falsedad documental», 1952, p. 149 y ss., habían abogado a favor de que el particular responda en base al delito cometido por el funcionario.

También son de la misma opinión R. MUÑOZ/JASO en Derecho Penal, II, 1949. p. 193, RODRÍGUEZ DEVESA en Derecho Penal II, 1949, pp. 141, 190, y FERRER SAMA en Comentarios IV, 1956, pp. 8, 59, 185, 186, que mantienen la unidad del título de imputación para los partícipes de los números 2 y 3 del artículo 14 y los del art. 16 del CPA; pero se declaran por la ruptura del título respecto de los coautores del art. 14.1, en cuyo caso el particular extraneus respondería como autor de un delito de desobediencia común.

¹⁴¹ Así J.F. ÁLVAREZ GARCÍA. «El delito de desobediencia...», op. cit., pp 134 y ss., 137 y ss.

Sala de lo Contencioso —administrativo competente que anula un acuerdo anterior de dicho Pleno—.

¿Qué tipo de desobediencia es aplicable, la común o la funcional?

Ante este problema un sector doctrinal entiende que debe aplicarse el tipo de la **desobediencia común** (del art. 237 CPA o art. 556 del CP 95)¹⁴² porque el Pleno de un Ayuntamiento es un **órgano** del mismo y no es una autoridad o funcionario público mientras otro sector doctrinal entiende de aplicación el artículo 369 o art. 410 CP 95 de **desobediencia funcional**, toda vez que los sujetos integrantes en un **órgano** administrativo son necesariamente funcionarios públicos o autoridades¹⁴³.

El Tribunal Supremo no ha entrado en la discusión de un posible concurso de leyes entre el artículo 369 CPA —hoy 410— y el art. 237 CPA —hoy 556—, y aplica normalmente el art. 369 CPA (así STS 12.3.32, 9.4.36, 3.6.52 y 9.12.64, 14.3.94, RA 2150¹⁴⁴ donde se ventilaban las conductas de Administraciones locales contumaces al cumplimiento de las respectivas sentencias de Tribunales contencioso-administrativos). Las SSTs de 24.1.28 y 3.1.35 han sostenido la responsabilidad por desobediencia de «**todos los miembros del Ayuntamiento**». La de 12.3.32 la de los «**Concejales de la Permanente**» o en otro sentido del Alcalde como responsable el Ayuntamiento la STS 3.12.34.

¹⁴² Así CÓRDOBA, en «El cumplimiento de las resoluciones judiciales y el delito de desobediencia» en Actualidad Judicial, 1981, pp. 9 y ss; también J.J. QUERALT, quien tras invocar los arts. 118.3 CE y el 18 LOPJ entiende que en dicho caso la Administración Pública actúa como parte, al igual que el particular, de modo que respecto de la autoridad competente que dicta la sentencia contencioso-administrativa existe sólo una relación de simple subordinación y no de especial subordinación —como acontece en el delito de desobediencia funcional— vide «La obediencia debida», p. 127, el mismo autor. Derecho Penal Especial. PE. Barcelona 1987, p. 586. Vide asimismo STS de 27.6.51 y 5.12.51.

¹⁴³ Así H. ROLDÁN BARBERO, en «El delito de desobediencia y la resistencia de la Administración al cumplimiento de las sentencias y otras resoluciones judiciales» en LA LEY de 10.4.90, pág. 5. También F.J. ÁLVAREZ GARCÍA, El delito de desobediencia ..., opus. cit., pp. 91 y 92 y 120 y 121, alegando la *especialidad* de los sujetos (lo que contradice su opinión de que el delito de desobediencia funcional es un delito especial propio).

¹⁴⁴ El supuesto de hecho de esta última sentencia consiste en que la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia acordó la nulidad de un Acuerdo municipal adoptado bajo la presidencia del Alcalde por considerarlo contra legem, de 13.12.88; así mismo dicho Tribunal acordó la suspensión de la ratificación de dicho Acuerdo municipal para el nuevo período de llamadas para el servicio militar, el 31 de octubre de 1991, después de conocer el Alcalde, su nulidad, y la suspensión de una nueva ratificación el 14.12.91, propuestas personalmente por el Alcalde conociendo la suspensión judicial, quien acordó remitir el referido Acuerdo al Gobierno Civil, al Militar y a la prensa. Asimismo, tampoco acató ni cumplió la última suspensión judicial de fecha 8.1.92. El Alcalde siguió aplicando los acuerdos suspendidos.

La Audiencia Provincial condenó al Alcalde como autor de un delito de desobediencia funcional y el TS no dio lugar al recurso de casación interpuesto por el Alcalde.

Asimismo surge el **problema de la determinación del concreto autor o autores** de la negativa de la Administración al cumplimiento de las resoluciones contencioso-administrativas.

Para ello debe procederse a la **individualización** de los sujetos que materialmente han realizado el tipo penal, o sea, han desobedecido.

Así, cabe una **autoría directa** por omisión o bien una **participación por omisión**.

Será responsable el Alcalde cuando de él sólo ha dependido el incumplimiento del mandato judicial: por ejemplo, por no haber dado pie a que los Concejales se pronunciaran en el Pleno (o, en la Comisión de Gobierno), o incluso, habiéndose podido pronunciar éstos en favor de una determinada manera de efectivizar la resolución judicial, por no ejecutar el acuerdo.

En cambio, los Concejales pueden ser coautores de la desobediencia si, sometida la cuestión al órgano colegiado, han votado en contra de la ejecución del fallo¹⁴⁵ y ha prosperado dicho acuerdo, quedando indemnes en principio los que han votado a favor de su ejecución (art. 27.4 Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado).

E) El sujeto pasivo

El sujeto pasivo del delito de desobediencia funcional de los artículos 410 y 411 CP 95 es «la Autoridad Superior» o «sus superiores», respectivamente.

Por «**autoridad superior**» debe entenderse **no sólo** la autoridad superior jerárquicamente (así en la Administración Pública), en el sentido **orgánico**, que **además tenga competencia** para dirigir el mandato al funcionario o autoridad competentes para su ejecución, sino también **la autoridad competente**, de la que no depende orgánicamente el funcionario ejecutor, pero sí **existe relación de subordinación**. Así ocurre respecto de las resoluciones judiciales dictadas por los Tribunales de Justicia que han de ser obedecidas por los funcionarios públicos y autoridades integrantes de la Administración Pública (art. 117.3), 118.1, 106.1 y 24.2 y 9.1 de la CE y artículos 109 y 110.3º y 4º de LJCA— hoy art. 112 b) Ley 29/1998 de 13 de julio—, y STS. 14.3.94, RA 2150).

Lo importante y decisivo no es, pues, la superioridad en el orden jerárquico de la autoridad que imparta el mandato, sino que resulte **competente** para efectuarlo¹⁴⁶ por razón de la materia, territorio o función.

¹⁴⁵ Vide H. ROLDÁN BARBERO. «El delito de desobediencia y la resistencia ...», op. cit., pp. 6 y 7.

¹⁴⁶ Así F.J. ÁLVAREZ GARCÍA. «El delito de desobediencia de los funcionarios públicos», pp. 119 y 120.

Además en el art. 410 CP el mandato ha de ser impartido por quien ostente la condición de **autoridad** no bastando ser un mero funcionario público, aunque sea superior del funcionario ejecutor, pues de ser un simple superior, estaríamos ante una falta disciplinaria¹⁴⁷.

F) La conducta típica del artículo 410 CP

1.1. Tipo objetivo. La locución: «que se negaren abiertamente»

1.— La conducta típica consiste en «**negarse abiertamente a dar el debido cumplimiento a resoluciones judiciales, decisiones u órdenes dictadas dentro del ámbito de su respectiva competencia y revestidas de las formalidades legales**».

La desobediencia funcional típica consiste, pues, en **negarse abiertamente a dar el debido cumplimiento a resoluciones judiciales, decisiones u órdenes** constitutivas de un mandato, entendido como imperativo singular judicial o administrativo dirigido a un determinado o determinable funcionario público o autoridad a efectos penales subordinado a la Autoridad competente que lo imparte revestido de ejecutoriedad al derivarse de la aplicación del Derecho objetivo y para un supuesto concreto.

Se trata, pues, de un tipo penal **omisivo**, que tiene lugar cuando no se cumple el mandato debido impartido por la autoridad competente en el ámbito de su competencia y revestido de las formalidades legales. No deja pues el delito de ser omisivo cuando el sujeto activo hace algo distinto que cumplir el mandato, por lo que es irrelevante que se omita por una pura inactividad o mediante la realización de una acción distinta de lo mandado.

En cuanto a la locución «**se negaren abiertamente**» que se utiliza en el art. 410 CP 95, manteniendo la que ya existía en el artículo 369 CPA, y en el artículo 380 del Código Penal de 1870¹⁴⁸ —que modificó el artículo 483 del CP de 1822¹⁴⁹— debe interpretarse en el sentido de exigir que la desobediencia sea grave, pues la leve se castigaría ya en el

¹⁴⁷ Así QUERALT, «Derecho Penal Español» PE, VII, p. 587.

¹⁴⁸ El artículo 380 del Código Penal de 1870 en su primer apartado decía «Los funcionarios judiciales o administrativos que se negaren abiertamente a dar el debido cumplimiento a sentencias, decisiones u órdenes de la Autoridad superior dictadas dentro de los límites de su respectiva competencia y revestidas de las formalidades legales, incurrirán en las penas de inhabilitación temporal especial en su grado máximo a inhabilitación perpetua especial y multa de 150 a 1.500 pesetas».

¹⁴⁹ El artículo 483 del CP 1822 decía: «Cualquier funcionario público o agente del Gobierno que tocándole como tal el cumplimiento y ejecución de una orden superior que legalmente se le comunique, *no la cumpla y ejecute*, o no la haga cumplir y ejecutar en su caso inmediatamente que pueda, bien sea *por lentitud, bien por omisión o descuido*, sufrirá la privación de su empleo o cargo además del resarcimiento de perjuicios».

Derecho disciplinario administrativo (por ejemplo en el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado).

Ello no significa adoptar una posición extrema restrictiva de entender que sea necesario que la desobediencia sea «directa», pudiendo ser también «indirecta», que es la desobediencia más usual en la práctica. Lo importante es que no se trate de un mero retraso —sino de un tal retraso que implique una desobediencia clara—, o de un mero entorpecimiento —sino de importantes trabas que tengan manifiestamente el significado de una verdadera desobediencia o mandato de cierta importancia, por razón de la materia, de modo que ante la duda deben ser reiterados, y si nuevamente son desatendidos estaremos ante una negativa abierta a su cumplimiento.

Es decir, la negativa abierta que exige el tipo, puede ser expresa o tácita.

Se trata de una interpretación teleológica dentro del sentido literal posible del precepto, máxime cuando hemos defendido que el artículo 410 CP constituye un tipo especial respecto del art. 556 CP que también exige que la desobediencia sea grave.

Así, la desobediencia funcional leve que da al margen del Derecho Penal, tras haber desaparecido la falta del art. 569.2 en la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, que debe considerarse un ilícito administrativo.

En resumen, no cualquier inexecución de un mandato constituye el «negarse abiertamente» a darle un debido cumplimiento, quedando fuera, como se ha dicho los casos de inexecución por lentitud, descuido, o negligencia.

Esta interpretación es la que parece ser la dominante en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en que se aplica una evolución consistente en entender que la negativa sea «expresa, franca, sin reservas» SSTs 12.3.32, 7.11.44, 13.11.47, 23.3.53 y 6.3.87 a otras sentencias más recientes en que se admite que la negativa no sea explícita, y que permita descubrir una actitud de rebeldía hacia la obligación; así, los casos de «pasividad reiterada», «simulación de acontecimientos unida a dificultades para hacer ineficaz el mandato» (STS 14.10.92, 16.3.93, 11.6.93, 5.2.94, 26.4.94, auto TS 31.5.95 etc.)¹⁵⁰.

Asimismo de la locución «se negaren abiertamente», la doctrina y jurisprudencia derivan la necesidad de dolo directo, de modo que no puede cometerse el tipo por imprudencia, (STS 15.2.90, RA 1548) lo que viene confirmado por el legislador de 1995 al no haber tipificado ninguna conducta de desobediencia funcional imprudente, en un siste-

¹⁵⁰ Así QUINTERO OLIVARES, en «Comentarios al Nuevo Código Penal», p. 1797.

ma, instaurado por el mismo, de «**numerus clausus**», según el cual sólo pueden castigarse las modalidades imprudentes expresamente tipificadas en el Código Penal (art. 12 CP95).

1.2. Las formas del mandato: las resoluciones judiciales, las decisiones y las órdenes. El problema de los llamados mandatos antijurídicos obligatorios.

El mandato ha de ser **específico y singular** dirigido a funcionario o autoridad concreta o concretable, con lo que se excluyen las disposiciones reglamentarias del tipo penal aquí estudiado (también las circulares, porque van dirigidas a colectivos de funcionarios)¹⁵¹.

El mandato, término que se menciona expresamente en el párrafo segundo del artículo 410, ha de consistir en **resoluciones judiciales, decisiones u órdenes** de la autoridad superior, dictados dentro del ámbito de su **competencia** y revestidos de las **formalidades legales**.

Es de notar que ahora el legislador de 1995 utiliza el término de «**resoluciones judiciales**» —término más amplio que incluye las sentencias, autos y providencias— en vez del término «**sentencias**» utilizado por el art. 369 CPA y desde el Código Penal de 1870 (art. 380).

Debe significarse que en el término «**decisiones**», concepto muy amplio, la doctrina y la jurisprudencia ya incluían a los autos y providencias judiciales y actos administrativos distintos de la orden¹⁵² (vide STS 11 de Diciembre de 1991, RA 9134 que se incluye en la decisión a la **carta-orden** dictada por un juez de Distrito a un juez de paz).

Todas estas resoluciones judiciales deberán encerrar un **mandato**, según interpretación sistemática derivada del párrafo segundo del art. 410 CP, para que puedan integrar el objeto de la desobediencia típica.

Debe decirse que según la Ley Orgánica del Poder Judicial las resoluciones judiciales pueden ser de **carácter jurisdiccional** (sentencias, autos y providencias) o de **carácter gubernativo** (acuerdos) (arts. 245 y 244).

Asimismo el artículo 297 de la Ley del Enjuiciamiento Civil establece que «*se utilizará la forma de mandamiento para ordenar el libramiento de certificaciones o testimonios y la práctica de cualquier diligencia ju-*

¹⁵¹ En este sentido QUINTERO OLIVARES, «Comentarios al nuevo Código Penal», p. 1799.

¹⁵² Así F.J. ÁLVAREZ, «El delito de desobediencia de los funcionarios públicos», op. cit., pp. 99 y 100; H. ROLDÁN BARBERO, «El delito de desobediencia y la resistencia de la Administración...», op. cit., LA LEY, 1990. II, p. 955.

Dicho autor dice: «De otra forma quedarían sin respaldo penal los muy frecuentes entorpecimientos administrativos respecto del envío del expediente (en el proceso contencioso-administrativo, por parte de la Administración al Tribunal) el cual se recaba mediante providencia...» y QUERALT, «Obediencia debida», pp. 267 y ss.

dicial, cuya ejecución corresponda a los Registradores de la Propiedad, Mercantiles, de Buques, de ventas a plazos de bienes muebles, Notarios, Agentes de Cambio y Bolsa, Corredores Colegiados de Comercio o Agentes de Juzgado o Tribunal».

Y el art. 289 de dicha ley dice: «cuando los Jueces y Tribunales tengan que dirigirse a autoridades y funcionarios de otro orden usarán la forma de oficios o exposiciones, según el caso lo requiera».

Y el art. 275 establece: «Los requerimientos se harán notificando al requerido, en la forma prevenida, la providencia en que se mande, expresando el actuario en la diligencia haberle hecho el requerimiento en aquélla ordenado».

En la ley de Enjuiciamiento Criminal se prescribe la forma de **mandamiento** para llevar a efecto el auto de prisión (art. 505), para que se haga la anotación preventiva de embargo de la ley Hipotecaria, cuando se decreta el embargo de bienes inmuebles (art. 604), para ordenar libramientos de certificaciones, testimonios u otra diligencia (art. 186).

Dicha ley asimismo hace referencia a las cartas —órdenes (art. 184).

En la doctrina existen diversas posiciones respecto a si en nuestro Derecho positivo y en el ámbito del artículo 369 del Código Penal anterior debe darse en un **tratamiento igual o diferenciado**, en cuanto al deber de obediencia y al deber de desobedecer al alcance de la desobediencia específicamente justificada de los párrafos segundo y tercero de dicho precepto, en relación a los **mandatos administrativos** (los producidos en una relación de subordinación jerárquica) y los **mandatos judiciales** (los producidos bajo una relación de subordinación al poder judicial, entendido como jurisdicción).

E incluso hay algunos que dentro de los mandatos judiciales distinguen entre la **sentencia**, en sentido estricto y las **demás resoluciones judiciales** (autos y providencias) que los contienen, abogando por un **tratamiento diferenciado** entre la sentencia, por un lado, y los autos y providencias, por el otro.

Todo ello se enmarca en la más amplia problemática de si los **mandatos antijurídicos son o no vinculantes** y si caben en nuestro Estado de Derecho en el primer caso.

La doctrina dominante entiende que, en base al artículo 369 CPA y «a **contrario sensu**» de los párrafos segundo y tercero (en el art. 410 CP95 sólo el segundo párrafo) que dicen: «Sin embargo de lo dispuesto en el párrafo anterior (que dice: «Los funcionarios judiciales o administrativos que se negaren abiertamente a dar el debido cumplimiento a sentencias, decisiones u órdenes de la autoridad superior, dictadas dentro de los límites de su respectiva competencia y revestidas de las formalidades legales...»), **no incurrirán en responsabilidad criminal los funcionarios públicos por no dar cumplimiento a un mandato que constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de Ley**».

«Tampoco incurrirán en responsabilidad criminal los funcionarios públicos constituidos en autoridad que no den cumplimiento a un mandato en el que se infrinja manifiesta y terminantemente cualquier otra disposición legal».

«A contrario sensu» los párrafos segundo y tercero dicen que sí incurrirán en responsabilidad penal los simples funcionarios que desobedezcan un mandato que no infrinja manifiestamente un precepto de Ley, o los funcionarios constituidos en la autoridad que desobedezcan un mandato que no infrinja manifiestamente cualquier otra disposición general (por ejemplo. un reglamento).

Con lo cual se afirma mayoritariamente que en nuestro derecho existen mandatos **antijurídicos obligatorios o vinculantes bajo amenaza penal**, lo que parece una contradicción con una forma política de Estado como la que afirma el art. 1 de la Constitución Española de que España es un **Estado social y democrático de Derecho**, y por ello algunos afirman categóricamente que no son admisibles en una tal forma política la existencia de mandatos **antijurídicos vinculantes**, y además. bajo amenaza de pena en caso de incumplimiento o desobediencia.

La cuestión, nada pacífica, parece que debe ser resuelta del siguiente modo: Los mandatos derivados de resoluciones judiciales, decisiones y órdenes emanados de una autoridad competente y dictados dentro del ámbito de su competencia respectiva y con las formalidades legales y dirigidas a funcionarios públicos **competentes** para su ejecución, en principio y en una perspectiva "**ex ante**" (en el momento de la ejecución) gozan de una **presunción de legalidad**, de modo que **deben ser obedecidos** (siempre en el caso de las resoluciones judiciales, en mi opinión —independientemente de que sean o no manifiestamente antijurídicos, por lo que luego se dirá— y sólo respecto de los **mandatos** que no infrinjan manifiestamente la Ley o cualquier otra disposición legal, si son **administrativos**), pues **«ex ante» dichos mandatos no son antijurídicos** —todavía no han sido invalidados o anulados (trátase de actos nulos o anulables) por lo que producen efectos hasta que "**ex post**" se declare su **«antijuricidad»** (la antijuricidad será pues siempre **«ex post»**, pero nunca **«ex ante»**).

De ahí que sean compatibles los mal denominados mandatos antijurídicos obligatorios con un Estado de Derecho, es decir, sometido al imperio de la Ley, pues, **ex ante todavía no son antijurídicos**.

Ahora bien, por lo que respecta a los **mandatos administrativos** —no a los mandatos judiciales— si aparecen **«ex ante»** como **manifiestamente ilegales no deberán ser obedecidos** por el funcionario ejecutor —aquí cuenta el criterio objetivo del funcionario **medio** situado en la misma posición que el funcionario y con sus conocimientos especiales fácticos y jurídicos para valorar la ostensibilidad de la antijuricidad del mandato— porque ya **«ex ante»** su antijuricidad es **ostensible**, no siendo

coherente con un Estado de Derecho obligar a ningún funcionario, bajo la amenaza de pena por desobediencia funcional, a obedecer mandatos antijurídicos **manifiestos**, es decir, cuya antijuricidad debe ser conocida —según los conocimientos **normales** del funcionario **medio**— de ahí que tenga un **deber de desobedecerlos**, no cometiendo el delito de desobediencia al estar amparado por la **específica causa de justificación** de los párrafos segundo y tercero del art. 369 CPA o del párrafo segundo del art. 410 CP95 —llamada «**desobediencia justificada**», y si, a pesar de la manifiesta antijuricidad del mandato administrativo, el funcionario ejecutor obedece y ello implica la comisión de un delito, será responsable del mismo sin que esté amparado por la eximente en el CPA de obediencia debida (al no ser **debida**) o por la causa de justificación de ejercicio legítimo del cargo (pues dicho ejercicio no es legítimo) en el nuevo CP 95 al haber desaparecido la eximente de obediencia debida, que ya en el Código anterior era considerada por algunos como eximente **superflua**.

Si los mandatos administrativos aparecen «**ex ante**» como no manifiestamente antijurídicos, **deberán ser obedecidos**, de modo que su desobediencia constituirá el tipo penal de desobediencia funcional, siempre que se den los requisitos esenciales de competencia y forma. Si faltaran la orden sería nula, art. 62, Ley 30/1992, de 26 de Noviembre LRJAPY-PAC, y no obligatoria¹⁵³.

Respecto de las resoluciones judiciales firmes opino que todos los mandatos derivados de las mismas son siempre en cuanto a su conte-

¹⁵³ CEREZO MIR afirma que no cabe deducir del art. 369 párrafo segundo, en rigor que son obligatorios todos los mandatos antijurídicos que no lo son manifiestamente, porque el párrafo primero del art. 369 sólo castiga al funcionario que se niega a dar el debido cumplimiento a mandatos; y porque, cabe añadir, podría haber preceptos no penales en virtud de los cuales un mandato antijurídico, aunque no manifiesto, no fuera obligatorio. Añade CEREZO MIR acertadamente que del art. 369 párrafo primero tampoco cabe deducir que cualquier vicio de competencia o de forma provoque la no obligatoriedad del acto, pues éste puede ser obligatorio, aunque su desobediencia no sea punible; por ello para determinar el límite de la obligatoriedad de los mandatos antijurídicos hay que acudir a la doctrina de los vicios del acto del Derecho administrativo y procesal.

Vide CEREZO MIR en REP. p. 340 y ss., y LUZÓN PEÑA, en «Aspectos fundamentales de la legítima defensa» pp. 306 y 307.

Este autor sustenta la tesis de que puede haber órdenes administrativas antijurídicas y, sin embargo, obligatorias, por lo que al ser obligatoria la ejecución, al realizarse en virtud de obediencia debida, tal obligatoriedad supone un efecto justificante para la acción de ejecución, que es por ello lícita y, en consecuencia, al particular no le cabrá legítima defensa contra la acción ejecutada por el funcionario obediente. Vide pág. 305.

Entre los autores alemanes es frecuente la opinión de que sólo pueden ser obligatorias las órdenes materialmente antijurídicas, pero no las que tienen vicios de competencia o forma, porque a esas cuestiones se extiende el deber de examen del inferior (así NEUMANN, GA, 22 (1874), págs. 222, 224.; VON BAR, Gesetz, V. Schuld, 1909, págs. 171 y 173; MERKEL-LIEPMANN, Die Lehre, 1912, págs. 180, 181; y BLAKE, Die Grenzen, 1934, págs. 14-15, quienes niegan también la legítima defensa ante la acción de ejecución del funcionario inferior de una orden antijurídica del superior obligatoria.

nido de cumplimiento obligatorio y vinculante por el funcionario o autoridad a los que vayan dirigidos, **independientemente de que ex ante sean o no manifiestamente antijurídicos**, siempre que sean dictados por autoridad **competente** y dictados con **las formalidades legales** no concurriendo los vicios a que se refiere el art. 238 LOPJ dirigidos a funcionarios o autoridades también **competentes** para su ejecución.

El tratamiento diferenciado de los mandatos administrativos se funda en que en la misma Constitución Española se da un tratamiento expresamente **excepcional** a las **resoluciones judiciales**, que no da a las resoluciones administrativas.

En efecto, el art. 118 de la CE establece: «*Es obligatorio cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales...*», pronunciamiento que no efectúa la Constitución Española respecto de las resoluciones administrativas firmes en ningún precepto constitucional.

Además el artículo 117.3 de la CE prescribe: «El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, **juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado**, corresponde **exclusivamente** a los Juzgados y Tribunales determinados por las Leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan».

Si se permitiera al funcionario ejecutor del mandato **examinar la juridicidad** o legalidad del mismo, sería, en realidad, dicho funcionario —que puede ser el funcionario más inferior— quien estaría **de nuevo** juzgando e invadiendo una competencia **exclusiva** de los Jueces o Tribunales en el ámbito jurisdiccional —no gubernativo— (imaginemos un mandato judicial procedente del Tribunal Supremo o del Tribunal Constitucional).

Pero es que además el artículo 24 de la CE en su apartado 1 dice: «Todas las personas tienen derecho a obtener la **tutela efectiva** de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión».

Y el apartado 2 reza: «*Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley...*»

Como dice la Sentencia del Tribunal Constitucional número 207/1989 de 14 de Diciembre (RTC 1989, 207): «*la efectividad de las resoluciones judiciales forma parte de la tutela judicial efectiva*».

Si el funcionario ejecutor pudiera desobedecer un mandato judicial dictado por Juez o Tribunal competente con las formalidades legales —por más que ex ante, en su contenido fuera manifiestamente antijurídico— se atentaría contra la **tutela efectiva** proclamada por el art. 24CE, produciendo **indefensión efectiva** al ciudadano afectado.

Finalmente el artículo 106. 1 de la CE reza: «*Los Tribunales controlan* la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa...».

No es la Administración pública quien tiene encomendado el control de legalidad de la actuación judicial.

Eso significa que quienes tienen siempre, constitucionalmente, la última palabra son los Jueces y tribunales al dictar sus resoluciones jurisdiccionales firmes.

Todo ello tiene explicación en un Estado social y democrático de Derecho basado en el principio de separación de poderes, en que se confía en la imparcialidad e independencia de los Jueces, máximos garantes de la legalidad, donde existe un sistema de recursos ordinarios para invalidar los pronunciamientos antijurídicos de los jueces por Tribunales Superiores, incluso en el caso de que la resolución fuere firme (así en los recursos extraordinarios de revisión y de amparo constitucional expresamente regulados por las Leyes procesales y del Tribunal Constitucional siendo la Ley, la única que puede habilitar la suspensión de una resolución judicial (así, por ejemplo, el art. 4.4 del nuevo código de 1995 en caso de petición de indulto habilita al Juez o Tribunal ejecutor para suspender la ejecución de la sentencia, si por el cumplimiento de la pena puede resultar vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, o cuando de ser ejecutada la sentencia la finalidad del indulto pudiese resultar ilusoria; o la Ley del Tribunal Constitucional que obliga al mismo a acordar la suspensión de la ejecución de una resolución judicial en un recurso del amparo de que conozca, «cuando la ejecución hubiere de ocasionar un perjuicio que haría perder al amparo su finalidad», art. 56.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional; constituye también una excepción legal a la obligatoriedad del cumplimiento de las resoluciones judiciales el artículo 18 de la Ley Hipotecaria que impone al Registrador de la Propiedad de calificar los títulos inscribibles o la legislación notarial que obliga a los Notarios a guardar las escrituras públicas y demás documentos públicos en sus protocolos, sin que los originales puedan ser aportados a un Juzgado, aunque sí copias testimoniales por el propio Notario de aquéllos, etc.).

La propia Ley Orgánica del Poder Judicial habilita a los Jueces y Tribunales a acordar incluso de oficio la nulidad de resoluciones judiciales (art. 240 LOPJ).

Todas estas excepciones legales no plantean problema alguno (STC de 7 de Junio de 1984, BJC 39).

Otro argumento o favor de nuestra toma de posición lo constituye la existencia de mecanismos de reparación en caso de error judicial (art. 121 CE y arts. 292 y 55 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), lo que presupone el deber del funcionario ejecutor de cumplir obligatoriamente todos los mandatos judiciales.

Y en caso de que el mandato judicial infringiera manifiestamente una disposición legal —lo cual sería muy extraño, dadas las exigencias de competencia y forma de toda resolución judicial para que deba ser

atendida, y las numerosas garantías existentes en los procedimientos judiciales— existen legalmente otros mecanismos como la **denuncia** penal, la **acción pública** —art. 102 CE, Cn—, la **acción popular** por **prevaricación** (art. 101 LEG.), la comunicación a la Inspección de Tribunales o al Ministerio Fiscal.

Finalmente cabe aducir como **argumento material**: «*la seguridad jurídica*» que en el fondo prima sobre la justicia individual. Ejemplo de ello lo constituye el artículo 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: «*Las sentencias declarativas de inconstitucionalidad de Leyes disposiciones o actos con fuerza de Ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad*».

Resumiendo, nuestra postura es: los **mandatos administrativos**, dándose los requisitos esenciales de competencia y de forma sólo deberán ser obedecidos cuando infrinjan no manifiestamente la Ley —la Constitución (al menos los preceptos relativos a los derechos fundamentales y libertades públicas), la Ley en sentido material que abarca también a los decretos-leyes y decretos-legislativos, ley penal o de otra rama jurídica, civil, laboral, etc.— o cualquier otra disposición general.

En cambio, si tales mandatos son infracción **manifiesta** de un precepto de Ley o de cualquier otra disposición general **deberán ser desobedecidos**, estando amparado el funcionario ejecutor desobediente por la eximente específica de justificación del párrafo segundo del art. 410 del Código Penal y si obedece el acto de ejecución que sea delictivo no vendrá amparado por la eximente de cumplimiento legítimo del cargo, por no ser tal cumplimiento legítimo, todo ello sin perjuicio de los efectos legales del «**error**» en caso de sufrirlo el funcionario ejecutor.

Respecto de los **mandatos judiciales**, el tratamiento es distinto:

Todos los **mandatos judiciales** de carácter jurisdiccional dictados dentro del ámbito de la competencia de la autoridad judicial que efectúa y con las formalidades legales, son siempre de cumplimiento obligatorio¹⁵⁴ salvo el caso de excepciones legales expresas como hemos visto —independientemente de que infrinjan manifiestamente o no un precepto de Ley o cualquier otra disposición general.

¹⁵⁴No cabe afirmar que cualquier vicio de competencia o de forma provoque la no obligatoriedad del mandato, sino sólo los vicios de nulidad de pleno derecho a que se refiere el art. 238 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Dicha desigualdad de tratamiento tiene, según hemos visto, un fundamento constitucional a lo que debe añadirse que en el ámbito judicial, la legalidad de lo resuelto se presume siempre.

Ya en el Código Penal de 1870, basado en la Constitución de 1869 que instauraba la separación de poderes, el artículo 380 en sus párrafos segundo y tercero establecía la causa específica de justificación de la desobediencia respecto de los funcionarios públicos referida exclusivamente a los mandatos **administrativos** que infringieran manifiestamente un precepto constitucional, o respecto de los funcionarios constituidos en autoridad que desobedecieran mandatos de **igual clase** (administrativos) que infringieran manifiestamente cualquier otra ley.

Dicho precepto fue modificado en la reforma de 1944, en un estado autoritario como era el franquista, no basado ya en la separación de poderes sino en la unidad del poder, eliminándose el adjetivo «**administrativos**», que seguía al término «**mandatos**», en los párrafos segundo y tercero del art. 369 CPA. Así el funcionario ejecutor tenía un amplio ámbito de deber de examen, pudiendo **controlar** los mandatos judiciales¹⁵⁵.

Una posición muy cercana a la expuesta mantienen QUINTERO OLIVARES¹⁵⁶, S. MIR PUIG¹⁵⁷, LUZÓN PEÑA¹⁵⁸, JASO ROLDÁN, RODRÍGUEZ MUÑOZ¹⁵⁹, RODRÍGUEZ DEVESA¹⁶⁰.

¹⁵⁵ Venimos a seguir la postura de J.J. QUERALT. «La obediencia debida», op. cit., pp. 256 y ss., especialmente 265, 266, 267, 268, 269 y 270.

¹⁵⁶ QUINTERO OLIVARES, «El delito de desobediencia y la desobediencia justificada» CPC, núm. 12, 1980, p. 76 en que afirma que «La causa específica de justificación no es planteable en las sentencias firmes», por lo que parece incluir a las demás resoluciones judiciales (autos, providencias) en el término «mandatos» de los párrafos segundo y tercero del art. 369 CPA, respecto de los cuales sí sería planteable dicha causa de justificación específica. (Como todos los demás mandatos administrativos). No explica dicho autor, sin embargo, el porqué distingue las sentencias firmes de las demás resoluciones judiciales.

También manifiesta esta opinión el mismo autor en «Comentarios al nuevo Código Penal», op. cit., p. 1799 cuando dice: «Respecto de las ordenes judiciales es de notar que el tipo emplea la expresión «resoluciones» que incluye desde sentencias a cualquier mandato de la autoridad judicial. Ello no obstante, cuando el párrafo segundo regula la posibilidad de no dar cumplimiento a mandatos abiertamente injustos, se excluyen las sentencias pues frente a ellas no cabe, en ningún caso, desobediencia justificable, con independencia de que en alguna hipótesis pueda concurrir la eximente de estado de necesidad».

¹⁵⁷ S. MIR PUIG, Derecho Penal, P.G., 1985, p. 535, donde dice: «El artículo 369 CP. Castiga la desobediencia de toda sentencia judicial, aunque sea manifiestamente antijurídica...». Tampoco explica, empero, el por qué se refiere sólo a la sentencia y no a las demás resoluciones judiciales.

¹⁵⁸ Diego. Manuel LUZÓN PEÑA, prólogo de E. Gimbernat, en «Aspectos esenciales de la legítima defensa» ed. Bosch 1978, p. 319 «in fine», quien afirma que «las sentencias firmes son siempre obligatorias, concretamente desde el punto de vista material, aunque su contenido sea injusto. Por lo cual, la ejecución de la sentencia se justificará por la obediencia debida, luego no será una agresión antijurídica contra la que quepa legítima defensa».

CEREZO MIR mantiene que «sería preciso negar la obligatoriedad de las sentencias que fueran evidentemente antijurídicas», en una posición algo distinta¹⁶¹.

Igualmente CÓRDOBA¹⁶², sostiene que no deben ser obedecidas las resoluciones judiciales —no distingue entre sentencias y demás resoluciones judiciales— manifiestamente antijurídicas, aunque sí las no manifiestamente antijurídicas.

Dicho autor siguiendo la teoría de los actos administrativos, o teoría de la nulidad afirma que en cuanto a los mandatos administrativos sólo los actos anulables son obligatorios, pero no así los actos nulos del pleno derecho (en base al art. 47 LPA) que entiende como actos inexistentes —aunque en realidad los actos nulos también despliegan efectos hasta que no son invalidados— todo ello con independencia de que sean manifiestamente o no antijurídicos. Viene a sí a confundir la gravedad de la infracción con la ostensibilidad de la misma. Según dicha teoría **nunca podría ser vinculante una orden constitutiva de delito** —porque el delito es un acto nulo—, sin embargo, dicho delito **puede no ser manifiesto** (aunque en muchas ocasiones los delitos constituyen infracciones manifiestas de la Ley penal), pudiendo resultar de difícil apreciación para el subordinado en el momento que recibe la orden, y, viceversa, una ilegalidad menor puede aparecer a veces como evidente desde el primer instante¹⁶³.

Otra corriente doctrinal se pronuncia por un **tratamiento unitario** respecto del deber de obedecer y desobedecer los mandatos, fueren administrativos o judiciales, en base a que actualmente el art. 410 CP95 —y antes el art. 369 CP tras la reforma de 1944— utilizan el término «**mandatos**» sin distinguir entre administrativos o judiciales, por lo que la causa de justificación específica del párrafo segundo del art. 410 CP o de los párrafos segundo y tercero del art. 369 CPA —tras la reforma de 1944—, se plantea por igual respecto de mandatos judiciales que fueran manifiestamente antijurídicos¹⁶⁴.

Dicho autor no distingue entre sentencias no manifiestamente injustas y sentencias manifiestamente injustas, por lo que cabe pensar que se refiere a ambas modalidades de sentencias con el término «sentencias antijurídicas».

Dicho autor tampoco explica por qué cabría legítima defensa ante una resolución judicial que no fuere una sentencia, tema que no trata.

¹⁵⁹ JASO ROLDÁN, T./RODRÍGUEZ MUÑOZ, en Derecho Penal, T. II, 1949, p. 205.

¹⁶⁰ RODRÍGUEZ DEvesa, Derecho Penal Español, P.E., 9ª ed. Madrid, 1983. p. 1100.

¹⁶¹ CEREZO MIR, REP, 1966, p. 351.

¹⁶² CÓRDOBA, Comentarios al Código Penal, T. I, p. 397.

¹⁶³ Así S. MIR PUIG, quien rebate la teoría de la nulidad y se pronuncia a favor de la teoría de la apariencia. Derecho Penal, op. cit., p. 537.

¹⁶⁴ Esta es la tesis de F. JAVIER ÁLVAREZ GARCÍA, «El delito de desobediencia

El término «órdenes» utilizado en el párrafo primero del artículo 410 CP95 —o del art. 369 CPA— es un concepto fundamentalmente administrativo, se trata de un **acto administrativo recepticio**, y por consiguiente se trata de un elemento normativo del tipo.

No existe una definición precisa de «orden» en las leyes de procedimiento administrativo, a diferencia del Código Penal Militar que sí ofrece una definición en el artículo 19, válida sólo para el ámbito castrense¹⁶⁵.

En la Administración Civil, la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común se refiere a las órdenes en el artículo 21.1: «*Los órganos administrativos podrán dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes mediante instrucciones y órdenes de servicio*».

Podría definirse la «orden» como una «manifestación de voluntad efectuada por el titular de un órgano de la Administración Pública en el ejercicio de un poder jurídico y dirigida a otro sujeto a él subordinado para que opere en el mundo»¹⁶⁶.

Dicha manifestación o declaración de voluntad puede ser expresa o tácita, por escrito o verbal¹⁶⁷.

de los funcionarios públicos», op. cit., pp. 78 y 79, quien afirma que «el funcionario ejecutor está obligado a obedecer el mandato contenido en la sentencia, pero sólo cuando ésta cumpla los requisitos de forma y competencia y no sea manifiestamente ilegal». ¿Cómo se compatibiliza esta declaración con la contenida en el artículo 118 de la Constitución, según el cual «es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los jueces y tribunales ...»?

«La aparente contradicción sólo es salvable, a mi parecer, dando un contenido distinto al concepto de desobediencia. Es decir, mientras que en el Estado absoluto la obediencia no estaba sujeta a condición alguna de legalidad, en el Estado liberal, en cambio, al pasar la referencia desde el soberano a la Ley —entendida como trasunto de la voluntad colectiva— únicamente debían ser obedecidas aquéllas órdenes que se ajustaran a la legalidad: en cuanto el mandato apareciera en oposición grosera con la ley, aquél debía ser suspendido».

«El artículo 118 de la Constitución establece, en cambio, una tercera vía: se debe obediencia a las resoluciones firmes de jueces y tribunales, pero esta declaración ha de ser entendida poniéndola en relación con el resto del Ordenamiento Jurídico».

Sin embargo, parece que lo más correcto es lo contrario, o sea que es el resto del Ordenamiento Jurídico el que debe adaptarse a la Constitución, como «norma de las normas».

Así la STC 17.2.1984, BJC 35.

¹⁶⁵ Define el artículo 19 del CPM, la orden como «todo mandato relativo al servicio que un superior da, en forma adecuada y dentro de las atribuciones que legalmente le corresponden a un inferior o subordinado para que lleve a cabo u omita una actuación concreta».

¹⁶⁶ Cfr. F.J. ÁLVAREZ, op. cit., p. 55.

¹⁶⁷ Reconoce mayoritariamente la jurisprudencia la posibilidad de que la orden pueda ser verbal, así STS de 16.12.1966.

En la actualidad el artículo 55.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común, dice: «En los casos en que los

En los elementos de la orden se encuentra la caracterización del acto administrativo, que según GARCÍA DE ENTERRÍA sería «la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la Administración en el ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria¹⁶⁸».

Materialmente, pues, la orden es un acto administrativo receptivo —que requiere notificación—.

Las «decisiones» incluye a los actos administrativos resolutorios (art. 89.3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), así como los «acuerdos» (art. 26 de dicha Ley).

En la interpretación del art. 369 CPA la jurisprudencia incluía los autos y providencias judiciales distintos de las sentencias, pero al desaparecer este último término en el art. 410 CP y ser sustituido por el más amplio de «resoluciones judiciales», los autos y providencias pasarán a estar incluidas en esta última locución, pues son resoluciones judiciales.

Pueden incluirse entre las decisiones los «Acuerdos» gubernativos de las Salas de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, etc. que son órganos de carácter administrativo y no jurisdiccional.

Volviendo a las «órdenes» el principal problema hermenéutico que se plantea es que el párrafo primero del art. 410 CP utiliza el término «órdenes», en el sentido técnico administrativo, como vehículo de los mandatos (término usado en el párrafo segundo del art. 410 CP). Pero, el artículo 411 utiliza también el término «órdenes». Y así, existen principalmente dos corrientes doctrinales. La primera, entiende que el término «órdenes» del párrafo primero del art. 410 CP está utilizado en su acepción técnica de acto administrativo recéptico, mientras que el término «órdenes» del artículo 411 CP viene utilizado en sentido amplio o genérico como similar a «mandatos» (Así F.J. ÁLVAREZ GARCÍA)¹⁶⁹. La segunda, entiende que tanto en el párrafo primero del art. 410 CP como en el art. 411 CP el término «órdenes» se utiliza en su acepción técnica, de modo que quedarían fuera del art. 411 CP, los mandatos con forma de resoluciones judiciales y de decisiones. (Así, Horacio ROLDÁN BARBERO)¹⁷⁰.

Parece que la interpretación más correcta desde el punto de vista te-

órganos administrativos ejerzan su competencia de forma verbal ...», por lo que consagra por principio la eficacia de los actos administrativos verbales.

¹⁶⁸ Vide GARCÍA DE ENTERRÍA, E., Curso de Derecho Administrativo, vol. I, pp. 504 y ss.

¹⁶⁹ F.J. ÁLVAREZ, El delito de desobediencia... p. 115.

¹⁷⁰ HORACIO ROLDÁN BARBERO, «El delito de desobediencia funcional» en «LA LEY» de 26.2.96, número 3982, pag. 4.

leológico como político-criminal es la primera interpretación, aunque matizada.

En efecto, atendido que el bien jurídico protegido en el artículo 411 CP es el mismo que el del art. 410 CP, o sea el correcto funcionamiento de los Poderes Públicos, la eficacia de la Administración ante los ciudadanos, no existe motivo para restringir «las ordenes» del art. 410 CP, máxime cuando en el art. 411 CP, existe una remisión expresa al párrafo segundo del art. 410 CP, que utiliza el término «mandato», por lo que el término «ordenes» del art. 411 CP equivale al término «mandato» del apartado segundo del art. 410 CP, entendido como mandato administrativo que comprende a las decisiones y órdenes siempre que contengan un mandato (en mi opinión se excluyen las resoluciones judiciales firmes, por ser su cumplimiento, obligatorio: si se dictan en el ámbito de la competencia y formalidades legales de la Autoridad judicial, aunque sean manifiestamente ilegales, por cuanto a ellas no le es aplicable la causa de justificación específica del apartado segundo del art. 410 CP, como antes se ha expuesto)¹⁷¹.

Político-criminalmente no existen motivos, para excluir del término «órdenes» del art. 411 CP a las decisiones constitutivas de mandato, pues ambas pueden ser suspendidas en su ejecución.

1.3. El «debido cumplimiento» a los mandatos.

Por un sector doctrinal se ha afirmado que la expresión «debido cumplimiento» que se utiliza en el párrafo primero del art. 369 CPA y también en el apartado primero del art. 410 CP 95, equivale a «cumplimiento jurídicamente debido» según la legislación administrativa. Así, CÓRDOBA¹⁷² indica que «dichas órdenes —se refiere a las órdenes de las Autoridades administrativas cuyo cumplimiento suponga la comisión de un delito, lo cual constituye un acto nulo ex art. 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo, y que por tanto según dicho autor, no son

¹⁷¹ Además de los argumentos argüidos supra a favor de la obligatoriedad de los mandatos judiciales que revisten la forma de resoluciones judiciales (sentencias, autos y providencias) aunque ex ante sean manifiestamente ilegales, cabe alegar que en la mayoría de resoluciones judiciales firmes (así especialmente las sentencias y los autos resolutorios) la Autoridad judicial que las ha dictado ya no puede jurídicamente revocar su resolución, porque ha ganado firmeza —cosa juzgada formal— y cosa juzgada material, pudiendo ser sólo revocada en el correspondiente recurso extraordinario (de revisión o de amparo constitucional) por otro Tribunal superior (el Tribunal Supremo o Tribunal Constitucional, respectivamente).

Sólo en casos excepcionales la propia ley permite a un Juez revocar una resolución anterior cuya firme (así el juez de instrucción puede reformar los autos de prisión provisional aunque sean firmes, o puede el juez sentenciador penal revocar la condena condicional, etc.).

¹⁷² Así CÓRDOBA, Comentarios.... pp. 392 y ss.

obligatorias—, caso de ser desobedecidas, no podrán motivar la estimación del delito de desobediencia del artículo 369 del Código Penal, por la razón de tener las mismas el carácter de nulas y no ser **debido** su cumplimiento...».

S. MIR PUIG combate dicha interpretación diciendo: «Los dos últimos párrafos del mismo artículo 369 CP se hallan vinculados de tal forma al primero que presuponen que el funcionario niega el «debido cumplimiento» a la orden manifiestamente antijurídica (esta vinculación se manifiesta en la expresión inicial del segundo párrafo: «Sin embargo de lo dispuesto en el párrafo anterior ...» —el segundo apartado del art. 410 CP 95 dice: «No obstante lo dispuesto en el apartado anterior». Ello supone que los últimos párrafos del art. 369 CP se refieren al hecho de no prestar el «debido cumplimiento» a órdenes manifiestamente antijurídicas. Pero si el «debido cumplimiento» fuese— según quiere la opinión doctrinal combatida —el «cumplimiento jurídicamente debido», habría que extraer la insatisfactoria conclusión de que el art. 369 CP considera «jurídicamente debido» el cumplimiento de las órdenes manifiestamente antijurídicas. Para evitarlo hay que admitir que «debido cumplimiento» no significa «cumplimiento jurídicamente debido», sino, **adecuado o correcto cumplimiento**»^{173, 174}.

La expresión «cumplimiento debido» constituye un elemento normativo del tipo cuyos perfiles concretos son establecidos —dependiendo de la naturaleza del mandato— por el Derecho Administrativo, procesal, penitenciario, etc. Por «debido cumplimiento» habrá de entenderse el exigido, por las normas que disciplinen la materia en concreto, o sea, el acto concreto cuya obediencia se requiera.

2. Tipo subjetivo

El delito de desobediencia funcional, como ya se ha adelantado supra constituye un **tipo doloso**, que exige, **dolo directo**, derivado de la locución «**que se negaren abiertamente** a dar el debido cumplimiento» que utiliza el artículo 410 CP, pues es necesario el conocimiento del mandato y la intención de incumplirlo para negarse abiertamente a obedecerlo, sin que el nuevo Código Penal tipifique expresamente ninguna conducta de desobediencia por imprudencia, por lo que atendido el sistema de «**numerus clausus**» que introduce (el artículo 12 CP dice: «Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley») no cabe en nuestro nuevo Código Penal ninguna modalidad imprudente de desobediencia funcional que sea típicamente

¹⁷³ S. MIR PUIG, Derecho Penal, op. cit., p. 540.

¹⁷⁴ A favor F.J. ÁLVAREZ, op. cit., p. 179.

antijurídica. Así, pues, el nuevo Código Penal ha seguido el **parecer dominante** de la doctrina (FERRER, QUINTANO, QUERALT, MUÑOZ CONDE) y de la jurisprudencia (SSTS 7.11.44, 3.5.62, 6.3.87, 31.1.90, 15.2.90, 14.10.92, 5.2.94 y 26.4.94) bajo la vigencia del Código anterior, contrario a la incriminación de la desobediencia funcional culposa.

Además, el nuevo Código Penal en su Disposición Derogatoria Única ha derogado expresamente el segundo párrafo del artículo 24 de la Ley Orgánica 2/1.981, de 6 de abril del Defensor del Pueblo, que establecía que incurrirá en delito de desobediencia el funcionario que obstaculice la investigación del Defensor del Pueblo, mediante la negativa o *negligencia* en el envío de informes que éste solicite. Por lo que hay que entender que, también en esta esfera sólo es posible la desobediencia dolosa (así, H. ROLDÁN).

El error sobre los elementos del tipo objetivo (por ejemplo error sobre la competencia de la autoridad que imparte el mandato: se desobedece porque el funcionario ejecutor cree que la autoridad es incompetente para dirigir el mandato concreto pero en realidad es competente), constituye un error de tipo a tratar conforme establece el artículo 14.1 del Código Penal, sin embargo, al no permitir la estructura del artículo 410 la comisión imprudente, el error, sea invencible o vencible excluirá el tipo.

Es posible asimismo un error por parte del funcionario ejecutor sobre los presupuestos objetivos de la causa de justificación específica del apartado segundo del art. 410 CP (por ejemplo, el funcionario ejecutor cree erróneamente que el mandato administrativo constituye una infracción manifiesta de la legalidad cuando es ajustado a Derecho) error que entiendo es de tipo negativo o sobre el supuesto de hecho típico de dicha causa de justificación específica (de modo que también será de aplicación el art. 14.1 CP) y no un error de permisión, pues sólo se incurriría en tal error de permisión si el funcionario ejecutor desobedeciere el mandato al creer erróneamente que le asistía una causa de justificación que en realidad el Derecho no admite, o al errar sobre los límites normativos de una causa de justificación admitida legalmente.

Puede ocurrir también que el funcionario ejecutor crea errónea y venciblemente que el mandato es ajustado a la legalidad y obedece, cuando en realidad es ex ante manifiestamente ilegal. Si al cumplir el mandato no comete ningún delito podrá incurrir en responsabilidad disciplinaria, y si comete un delito, sería de aplicación el art. 14.1 CP, o, sea, podrá castigarse la infracción como imprudente —si la modalidad imprudente del tipo realizado está tipificada por la Ley penal—, no estando amparada por la causa de justificación del cumplimiento de un deber o de obrar en el ejercicio legítimo de un cargo.

3. La exención de responsabilidad específica del párrafo segundo 410 CP ¿causa de justificación? o ¿causa de exclusión de la tipicidad?

Como sabemos, el apartado segundo del artículo 410 CP. Dice: «No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, no incurrirán en responsabilidad criminal las autoridades o funcionarios por no dar cumplimiento a un mandato que constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de Ley o de cualquier otra disposición legal».

La doctrina dominante entiende, y así lo entiendo yo, que el legislador introduce una **causa de justificación específica**¹⁷⁵, si bien existe un sector doctrinal y jurisprudencial minoritario que considera que estamos ante una **causa de exclusión de la tipicidad**¹⁷⁶.

La razón material de la justificación, escribe S. MIR PUIG, puede verse en una situación de **conflicto** que se produce en el momento de la conducta (ex ante), entre el valor propio del bien jurídico atacado y otros intereses que el Derecho considera **prevalentes**, o al menos, **equivalentes**... Las causas de justificación no eliminan la agresión del bien jurídico; sino que se limitan a **permitir... dicha agresión**. Tal permisión tiene lugar porque concurren ciertas circunstancias que a los ojos del legislador aparecen como tanto o más importantes que la protección del bien jurídico atacado¹⁷⁷.

El tipo positivo del delito de desobediencia funcional se ha descrito en el apartado primero del art. 410 CP cuando castiga a «**las autoridades o funcionarios públicos que se negaren abiertamente a dar el debido cumplimiento a resoluciones judiciales, decisiones u órdenes de la autoridad superior, dictadas dentro del ámbito de su respectiva competencia y revestidas de las formalidades legales**».

La autoridad o funcionario público que realice dicho **tipo positivo**

¹⁷⁵ Así QUINTERO, «El delito de desobediencia y la desobediencia justificada», op. cit., pág. 75, 76, 77; QUERALT, «La obediencia debida», op. cit., pp. 271 y ss.; S. MIR PUIG, Derecho Penal, op. cit., p. 538; MUÑOZ CONDE. D., Penal PE. p. 704. H. ROLDÁN BARBERO. «El delito de desobediencia funcional» LA LEY. 26.2.96, núm. 3982, p. 4.

¹⁷⁶ Así ORTOS BERENGUER, Ponencia: «Consideraciones sobre los delitos... de desobediencia y denegación de auxilio» Curso C.G.P.J. «Los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995». También F.J. ÁLVAREZ, op. cit., p. 240; VIVES ANTÓN: «Consideraciones político criminales en torno a la obediencia debida» estudios penales y criminológicos Santiago de Compostela p. 183, CARBONELL MATEU, «La justificación penal» pp. 160 y ss. Madrid, 1982.

La STS de 16.11.90, RA.8994 afirma que «la conducta punible excluye los mandatos que constituyan infracciones manifiestas claras y terminantes de un precepto de ley... lo que sucede es que *se excluye* nada menos que la *tipicidad de la conducta*, siendo, por consiguiente, el hecho lícito penalmente».

¹⁷⁷ Cfr. S. MIR PUIG. Derecho Penal, P.G., p. 449.

ataca ya al bien jurídico protegido (de ahí, «la función de llamada» o «de advertencia» de injusto de la tipicidad): «directamente» el correcto funcionamiento interno de la Administración (el principio jerárquico o de subordinación competencial en la organización de la Administración Pública e indirectamente, el aspecto externo la pureza de la función pública de la Administración frente a los ciudadanos (eficacia, consecución de los intereses generales, etc.).

Ataque al bien jurídico referido que no desaparece, sino que sólo se justifica, cuando concurre alguna causa que excluya la antijuricidad.

En el delito de desobediencia funcionarial del art. 410 CP el propio legislador —como ya hiciera el de 1870— permite expresa y de modo específico en el apartado segundo del art. 410 CP al funcionario o a la autoridad ejecutores desobedecer el mandato de la autoridad competente cuando constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de Ley o de cualquier otra disposición general.

Permisión excepcional (en el sentido de no prohibir) resultado de un conflicto que se produce en el momento de la conducta (ex ante) entre el valor propio del bien jurídico atacado, a que antes se ha hecho referencia, y otro interés, cual es el bloque de legalidad (la juridicidad del mandato, el cual ex ante ya no tiene la presunción de legalidad) que se resuelve a favor de la legalidad frente al correcto funcionamiento interno de la Administración y frente a la eficacia de la misma ante los ciudadanos. La ratio de la desobediencia justificada se encuentra, pues, en el razonable deseo del legislador de impedir la comisión de actos que contradigan abiertamente el ordenamiento jurídico, lo que, según nuestra interpretación del art. 410 CP —y del art. 369 CP— es aplicable a los mandatos administrativos (órdenes, decisiones) y judiciales (decisiones judiciales gubernativas), pero no a los mandatos judiciales en forma de resoluciones judiciales jurisdiccionales firmes.

Pues estos últimos mandatos, aunque infrinjan manifiestamente la ley o cualquier otra disposición general, deben ser obedecidos ex art. 410 CP apartado primero, pues aquí no se plantea conflicto a los ojos del legislador, o si se plantea se da entre la licitud o juricidad y la efectividad de las resoluciones jurisdiccionales (arts. 118, 117.3, 24.1, 106.1, CE), que se resuelve en principio a favor de dicha efectividad (tutela efectiva, potestad jurisdiccional exclusiva —para juzgar y ejecutar lo juzgado— de los juzgados y Tribunales determinados en las leyes, control de los Tribunales sobre la actuación administrativa, etc.), hasta tanto no sea invalidada o anulada la correspondiente resolución judicial firme (por ejemplo, por declararse nula una sentencia constitutiva de prevaricación judicial, etc.)¹⁷⁸

¹⁷⁸ En mi opinión ocurre que las resoluciones jurisdiccionales de Jueces y Tribunales

No es cierto, pues, que el apartado segundo del art. 410 CP constituya una causa de exclusión de la tipicidad, porque, como hemos dicho, se da una **estructura de conflicto de intereses**, en que vence uno de ellos, de modo que la conducta del funcionario que desobedece un mandato de la Autoridad superior **ya afecta o ataca** al bien jurídico protegido en dicho precepto. No es, pues, cierto, en mi opinión, que en la conducta descrita en el apartado primero del art. 410 CP **no se afecte** al bien jurídico protegido por dicho precepto cuando se desobedece un mandato manifiestamente ilegal, como pretende ORTS BERENGUER, lo que sucede es que, como ocurre con cualquier causa de justificación, se produce un conflicto de intereses, decantándose el legislador por considerar no prohibida —permite ya— la desobediencia de mandatos administrativos que infrinjan manifiestamente un precepto de ley o de cualquier otra disposición general al considerar prevalente el principio de legalidad frente a la eficacia administrativa, cuando ya no hay «ex ante» una presunción de legalidad por parte del funcionario medio situado en la posición del sujeto activo.

En fin, una vez puesto de manifiesto mi opinión cabe afirmar que en la axiología del delito de desobediencia no existe ni el automatismo ni la obediencia ciega.

4. Las dudas y la remonstratio.

La autoridad o funcionario público ejecutores pueden siempre evacuar consultas a la Autoridad que les ha impartido el mandato, si no lo ha entendido bien o tiene dudas sobre su legitimidad. Dicha conducta es totalmente atípica.

gozan «ex ante» de una *mayor presunción de legalidad* que las órdenes y decisiones administrativas de los órganos de la Administración Pública, pues a parte de una usualmente mayor preparación profesional se toman en procesos bien regulados por las leyes procesales, en que se garantizan las máximas garantías (el principio de contradicción, igualdad de armas de las partes, inmediación, etc.), por lo que, *en principio*, la Constitución y las leyes se pronuncian por la efectividad de los mandatos jurisdiccionales judiciales; desconfiando más de los órganos administrativos que de los órganos judiciales, quienes además tienen la última palabra, ya que controlan la actividad administrativa (art. 106 CE.), obligatoriedad en el cumplimiento de los mandatos judiciales jurisdiccionales que cesa finalmente en el momento en que la resolución judicial firme es *declarada nula* por el Tribunal competente, momento en que ya no puede jugar ningún tipo de presunción de legalidad, pero no antes.

En cambio, en contrapartida, la Ley es más severa y rigurosa respecto de la actuación delictiva de jueces y tribunales (así no sólo el nuevo Código Penal castiga la prevaricación judicial dolosa, sino también la *prevaricación culposa* —por imprudencia grave— (art. 447 CP.), mientras que no castiga la prevaricación administrativa culposa. (El nivel de exigencia es menor para el funcionario no Juez o Magistrado) permitiendo (no prohibiendo) al funcionario ejecutor obedecer los mandatos de carácter administrativo que infrinjan «ex ante» manifiestamente el bloque de legalidad.

Es unánime la doctrina al señalar que en caso de dudas respecto a cualquier extremo del mandato, el subordinado o funcionario ejecutor, si las circunstancias del caso lo permiten, se ha de dirigir al superior en solicitud de aclaraciones¹⁷⁹; si éste confirma el mandato, **ha de ejecutarse siempre que el mandato no presente ex ante una ilegalidad manifiesta** —en cuyo caso ha de desobedecer el mandato, salvo si se trata de una resolución judicial de carácter jurisdiccional (argumento ex 410, apartado segundo CP)—.

El funcionario ejecutor, puede pues si tiene dudas, suspender por cualquier motivo la ejecución del mandato para evacuar consultas, suspensión que es perfectamente lícita (ello se deriva de la combinación del art. 410 apartado primero —«desobediencia abierta»— y del art. 411 CP —«habiendo suspendido, por cualquier motivo que no sea el expresado en el apartado segundo del artículo anterior»— que permite a las autoridades y funcionarios públicos ejecutores el suspender por cualquier motivo las órdenes recibidas y no caer por ello ni en los tipos de desobediencia punible del art. 410 CP ni de la desobediencia agravada del art. 411 CP).

La «Remonstratio» o «representación» es una teoría formulada por primera vez por GÖNNER¹⁸⁰, según la cual si un funcionario recibe de su superior una orden en la que observe, **a su criterio**, una contradicción con el Derecho o su falta de oportunidad **debe exponer** al superior los motivos que le hacen dudar de la **legalidad u oportunidad** del mandato para obtener la revocación de éste por el superior. Si el superior reitera el mandato, **éste deberá ser obedecido** por el funcionario inferior.

En realidad, la remonstratio o representación suponía una comprensión saludable de las relaciones de jerarquía, siendo creada dicha teoría para solventar las cuestiones de diversidad de pareceres, que llevaba, si el mandato era a pesar de la representación de las objeciones por el inferior, reiterado por el superior, **a la obediencia ciega**.

La remonstratio pasó al Código Penal de 1822, al artículo 484 que permitía al funcionario ejecutor suspender la orden superior y efectuar la representación (planteamiento de objeciones al superior que dio la orden) por cuatro motivos (infracción de la Constitución o de la Ley, engaño sufrido por el superior, daños a tercero imprevistos por el superior) y bajo la responsabilidad del funcionario inferior, quien debía acreditar en

¹⁷⁹ Cfr. PACHECO, I, 1856 p. 177; GROIZARD, I, 1870, p. 288; CÓRDOBA, «Las eximentes incompletas en el Código Penal», Oviedo 1966, 388; el mismo, «Comentarios al Código Penal», op. cit., p. 400; MIR PUIG, S., «Adiciones» I al Tratado de Jescheck, 1981, p. 549; el mismo Derecho Penal, P.G. 1985, p. 434; DÍAZ PALOS, en NEY, XVII, 1982, p. 757; MORILLAS, «La obediencia debida», Madrid, 1984, p. 150; MUÑOZ CONDE, «Teoría General del delito» Bogotá, 1984, p. 115, etc.

¹⁸⁰ «Der staatsdienst aus dem gesichtspunkt des Rechts und der Nationalökonomie. Landshurt. 1808, pp. 209 y 210. Citado por V. BAR, III, 1909, p. 107.

la representación la certeza de sus objeciones. De reiterar la orden el superior, el inferior debía cumplirla y ejecutarla inmediatamente, excepto que la orden fuera manifiestamente contraria a la Constitución, incurriendo de incumplirla —salvo este supuesto— en las penas del art. 483 del CP 1822. al CP de 1870.

Luego la remonstratio pasó al CP de 1870, luego al CPA. al art. 370 y al art. 411 CP95.

G) La conducta típica del art. 411 CP

Dicha conducta evidencia el principio de intervención mínima del Derecho Penal. al retrasar la apreciación de la desobediencia al momento de recibir la confirmación de la orden suspendida. Consiste en desobedecer la Autoridad o funcionario público las órdenes de sus superiores después que éstos hubieren desaprobado la suspensión de su ejecución por aquéllos, por cualquier motivo que no fuere el expresado en el apartado segundo del artículo 410 CP, o sea, por infringir manifiesta, clara y terminantemente un precepto de Ley o de cualquier otra disposición general. (Se incluye aquí en mi opinión, también a los preceptos constitucionales relativos a los derechos fundamentales y libertades públicas).

Como puede observarse, opera aquí la teoría de la remonstratio o de la representación, con una sola excepción: cuando la orden infringe manifiestamente ex ante la legalidad, en cuyo caso la desobediencia está justificada y es obligado incumplir la orden, si el funcionario o autoridad ejecutores advierten dicha ilegalidad manifiesta.

En todos los demás casos, es obligado que el funcionario o autoridad cumplan la orden de su superior, bajo la amenaza de penas más severas que las señaladas a la desobediencia abierta del artículo 410 CP, pues en el artículo 411 las penas señaladas para la desobediencia reiterada o insumisión son de multa de 12 a 24 meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años; mientras que para la desobediencia del artículo 410 CP las penas señaladas son de tres a doce meses de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años.

Ya en el Código Penal anterior existía una diferencia de tratamiento penal para la desobediencia del art. 369 CP y la desobediencia agravada del art. 370, siendo dicha diferencia todavía más acentuada que en el CP1995, pues la desobediencia del art. 370 se castigaba con las penas de **prisión menor e inhabilitación especial**, mientras que la del art. 369 se castigaba con multa de 100.000 a 500.000 ptas, e inhabilitación especial¹⁸¹.

¹⁸¹ En cambio en el Código Penal de 1822, el art. 484 señalaba la misma pena para ambos tipos de desobediencia.

Parece ser que el mantenimiento de la diferencia de tratamiento punitivo —aunque paliada— en el nuevo Código Penal obedece a la rebeldía contumaz y reiterada del funcionario o autoridad ejecutores, si bien debe aplaudirse la suavización de dicha diferencia de tratamiento penal.

Por «órdenes» deben entenderse las órdenes en sentido técnico administrativo (acto administrativo recepticio) y los mandatos judiciales gubernativos (decisiones), quedando fuera los mandatos judiciales en forma de resoluciones judiciales de carácter jurisdiccional cuyo cumplimiento es inexorable aunque constituyan infracción manifiesta de la legalidad (como se ha dicho supra) siempre que concurren los requisitos de competencia, y forma (la remonstratio se inspira originariamente en la relación estrictamente funcional en el ámbito interno de la Administración).

Finalmente, debe decirse que al unificar el art. 410 CP en el apartado segundo a los funcionarios públicos y a las autoridades como sujeto activo de la causa de justificación específica que contiene, y al extender dicha causa de justificación a los mandatos constitutivos de infracción manifiesta, clara y terminante de precepto de ley y de cualquier otra disposición general, al efectuar el art. 411 CP remisión expresa a este segundo apartado del art. 410 CP —desaparecido el párrafo tercero del art. 369 CPA— tanto los meros funcionarios públicos como las autoridades pueden cometer el delito de desobediencia agravada del art. 411 CP, pudiendo ampararse ambos en la misma causa de justificación específica (lo que no era pacífico en la interpretación del art. 370 CPA)¹⁸².

Así, las autoridades —al igual que los demás funcionarios públicos— deben desobedecer la orden reiterada en el caso que sea constitutiva de infracción manifiesta y clara de un precepto de Ley o de cualquier otra disposición general (con lo que se amplía el ámbito de extensión de la desobediencia justificada respecto de los simples funcionarios públicos no constituidos en autoridad).

¹⁸² Vide QUERALT, «La obediencia ...», op. cit., pp. 252 y 303. Así el funcionario público constituido en autoridad puede suspender indefinidamente la ejecución de cualquier orden que vulnere cualquier disposición de carácter general de forma manifiesta, de modo que aunque se reiterase la orden por la autoridad que la hubiese impartido deberá aquél desobedecerla, quedando justificada su desobediencia.

Mientras que el simple funcionario no constituido en autoridad debería obedecer la orden reiterada aunque fuera constitutiva de infracción clara y manifiesta de cualquier disposición general distinta de la ley (reglamento), debiendo desobedecer la orden reiterada sólo en caso de infracción manifiesta de precepto de ley.

H) La remonstratio y el ministerio fiscal. Efectos del art. 411 CP 1995: ¿el art. 411 CP deroga el art. 27.2 de la ley 50/1981, de 30 diciembre del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal?

a) Situación anterior a la Ley 50/1981:

Respecto del Ministerio Fiscal, la Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial de 15 de septiembre de 1870, en su artículo 842 número 4, disponía: «... cada fiscal: ... 4º) hará respetuosamente a su superior jerárquico las observaciones que estime conducentes, relativamente a las órdenes e instrucciones que considere contrarias a las leyes o que por apreciaciones equivocadas o por cualquier otro motivo sean improcedentes, **pero sin que pueda separarse de ellas hasta que así lo ordene su superior**».

El siguiente art. 843, disponía: «Para la ejecución de lo que se previene en los dos últimos números del artículo anterior, recibidas que sean las consideraciones emitidas por el inferior, cuando las considerare legales y procedentes, reformará o dejará sin efecto las órdenes o instrucciones que él mismo hubiere dado ...»; y el artículo 844 decía «cuando el superior no encontrase legales o procedentes las observaciones hechas por el inferior, **le dará las instrucciones que estime convenientes**».

En el mismo sentido se pronunciaban los artículo 42 número 4, 45 y 46 del R.D. de 21 de junio de 1926, que aprobó el Estatuto del Ministerio Fiscal.

Asimismo, el artículo 91 del Reglamento Orgánico del Estatuto del Ministerio Fiscal, de 27 de febrero de 1969 disponía: «2.— Los funcionarios subordinados del Ministerio Fiscal responderán siempre de su actuación en las funciones de su cargo, excepto cuando habiendo obrado por orden de sus jefes, hayan hecho por escrito las observaciones a que se refiere el número 4 del artículo 92 de este Reglamento». «... 4.— Los Fiscales pueden hacer a su superior jerárquico las observaciones que estimen conducentes relativas a **las órdenes e instrucciones que consideren contrarias a las leyes** o que por apreciaciones equivocadas o por cualquier otro motivo estimen improcedentes, **pero sin que puedan separarse de ellas hasta que así se lo ordene su superior**».

«...6. El superior que reciba las observaciones que el inferior le haga respecto a las órdenes e instrucciones recibidas, si estima que son ajustadas a la ley y procedentes, reformará o dejará sin efecto las órdenes e instrucciones que él mismo hubiere dado».

«...9. Cuando el superior no encuentre ajustada a la Ley o estimase improcedentes las observaciones hechas por el inferior, **dará a éste las instrucciones que estime convenientes**, y si lo considera oportuno, po-

drá nombrar otro funcionario Fiscal para que lo sustituya en el despacho de los asuntos a que las observaciones se refieran».

De todo ello, escribe CÓRDOBA, resulta que los funcionarios del Ministerio Fiscal **deben acatar las órdenes de sus superiores, aunque sean contrarias a las leyes**, mientras éstos no dispongan lo contrario¹⁸³.

Otro sector doctrinal, entendía que dicha obediencia ciega, incluso a órdenes manifiestamente ilegales, era contraria al sistema de los artículos 369 y 370 CPA, por lo que entendía que el Reglamento Orgánico del Ministerio Fiscal de 27.2.69, era nulo al contradecir al Código Penal, en lo concerniente a la responsabilidad criminal sujeta a la reserva de Ley, siendo el CP 1944, texto refundido de 1973, de carácter legal¹⁸⁴.

b) La Ley 50/1981 de 30 de diciembre reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal

Dicha ley promulgada después de la Constitución Española de 1978, dice en su artículo 27:

«1.— El Fiscal que recibiere una orden o instrucción que considere contraria a las leyes o que, por cualquier otro motivo estime improcedente, se lo hará saber así, mediante informe razonado, a su Fiscal Jefe. De proceder la orden o instrucción de éste, si no considera satisfactorias las razones alegadas planteará la cuestión a la Junta de Fiscalía y, una vez que ésta se manifieste, resolverá definitivamente reconsiderándola o ratificándola. De proceder de un superior, elevará informe a éste, el cual de no admitir las razones alegadas resolverá de igual manera, oyendo previamente a la Junta de Fiscalía. Si la orden fuere dada por el Fiscal General del Estado, éste resolverá oyendo a la Junta de Fiscales de Sala».

«2.— Si el superior se ratificase en sus instrucciones lo hará por escrito razonado con la expresa relevación de las responsabilidades que pudieran derivarse de su cumplimiento o bien encomendará a otro Fiscal el despacho del asunto a que se refiera».

En la disposición final segunda de esta ley se dice: «queda derogado el Estatuto del Ministerio Fiscal de 21.6.26. En tanto no se dicte el Reglamento a que se refiere la disposición anterior, seguirá aplicándose la hoy vigente en lo que no se oponga a la presente Ley».

Parece, pues, que el art. 27.2 obliga a obedecer al funcionario fiscal subordinado las órdenes reiteradas del superior aunque sean manifiestamente ilegales, tratándose ahora de una **norma legal** y no sólo **reglamentaria**. Norma legal posterior a los artículos 369 y 370 CPA que excepcionaría el sistema del CP en tema de obediencia funcional.

Sin embargo, un sector doctrinal interpreta el art. 27.2 como un pre-

¹⁸³ Vide CÓRDOBA, «Comentarios al Código Penal», Tomo I, p. 395.

¹⁸⁴ Así QUERALT, «La obediencia debida», op. cit., pp. 303 y 304.

cepto legal referido sólo a la **responsabilidad disciplinaria o patrimonial, pero no a la responsabilidad penal**, que seguiría el sistema de los artículos 369 y 370 CPA **también** para los funcionarios del Ministerio Fiscal. Además, dicho sector insiste en que la responsabilidad penal es reserva de Ley Orgánica, por lo que una ley ordinaria, como la 50/1981, no podría regular una materia sometida a Ley Orgánica¹⁸⁵.

No obstante, es difícil mantener que la regulación del art. 27.2 de la Ley 50/81 no incluye a la responsabilidad criminal y sí solo a la disciplinaria o patrimonial, pues en este último caso podría suceder que el funcionario del Ministerio Fiscal que desobedeciere la orden reiterada de su superior —aunque fuere manifiestamente ilegal— quedaría sometido a sanción administrativa; mientras que si obedeciere la misma orden quedaría sujeto a sanción penal (ex art. 369 y 370 CPA).

c) Situación actual

El nuevo Código Penal, Ley Orgánica 20/1995, de 20 de noviembre establece en su disposición derogatoria 2. «Quedan también derogadas cuantas normas sean incompatibles con lo dispuesto en este Código».

Así, pues, cabe entender que en todo caso es preferente la regulación de los artículos 410 y 411 CP 95. por ser **ley orgánica** y además **posterior** a la ley 50/81, a la del artículo 27.2 de esta última ley, de modo que los funcionarios del Ministerio Fiscal subordinados nunca deberán obedecer las órdenes reiteradas —o no— de su superior que infrinjan manifiestamente la legalidad (Constitución, leyes materiales, Reglamentos), lo cual es coherente con lo dispuesto en el artículo 124.2 de la Constitución Española¹⁸⁶, y con el art. 2.1 in fine de la propia Ley 50/1981 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

No cabe, pues, actualmente la existencia, en el ámbito de los mandatos del Ministerio Fiscal, de **órdenes manifiestamente antijurídicas obligatorias**.

Entiendo que el Código Penal en los artículos 410 y 411 no opera como **norma en blanco**, de modo que sea el Derecho administrativo en general, o el particular de algunos funcionarios, el que regule el nacimiento y contenido de las relaciones de jerarquía y subordinación, como

¹⁸⁵ Así QUERALT, ibídem, pp. 304 y 305.

¹⁸⁶ El artículo 124.2 CE dice: «El Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad».

El artículo 2.1 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (Ley 50/1981) dice: «1.— El Ministerio Fiscal, integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial, ejerce su misión por medio de órganos propios, conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad».

pretente QUINTERO¹⁸⁷, sino que el CP agota en su propia letra la regulación de dichas relaciones a los efectos de exención de la responsabilidad criminal. Los artículos 410 y 411 CP contienen normas penales completas por lo que al supuesto de hecho se refiere —por más que incluya elementos normativos— no necesitando que otra norma determine la conducta objeto de sanción¹⁸⁸.

EL DELITO DE DENEGACIÓN DE AUXILIO. EL ARTÍCULO 412 CP 1995

Dice así: «1.— El funcionario público que, requerido por autoridad competente, no prestare el auxilio debido para la Administración de Justicia u otro servicio público, incurrirá en las penas de multa de tres a doce meses, y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años».

2. Si el requerido fuera autoridad, jefe o responsable de una fuerza pública o un agente de la autoridad, se impondrán las penas de multa de doce a dieciocho meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de dos a tres años».

3. La autoridad o funcionario público que, requerido por un particular a prestar algún auxilio a que venga obligado por razón de su cargo para evitar un delito contra la vida de las personas, se abstuviera de prestarlo, será castigado con la pena de multa de dieciocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años».

«Si se tratase de un delito contra la integridad, libertad sexual, salud o libertad de las personas, será castigado con la pena de multa de doce a dieciocho meses y suspensión de empleo o cargo público de uno a tres años».

«En el caso de que tal requerimiento lo fuera para evitar cualquier otro delito u otro mal, se castigará con la pena de multa de tres a doce meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años».

I. EL BIEN JURÍDICO.

Así como en el delito de desobediencia (funcionarial o común) el llamado a dar cumplimiento a un mandato está, (respectivamente) espe-

¹⁸⁷ Vide QUINTERO, Cpc. Número 12 de 1980. Op.cit., p. 66.

¹⁸⁸ Así F.J. ÁLVAREZ, op. cit., pp. 209 y 209; también QUERALT, op. cit., p. 304 nota 188.

cial y genéricamente subordinado a aquél de quien proviene dicho mandato. en el delito de denegación de auxilio, el sujeto activo no está en dicha relación de subordinación (política y jerárquica) sino que se encuentra en una **relación de coordinación** con el órgano emisor del requerimiento. debiendo cumplirlo al objeto de obtenerse una unidad y eficacia en la prestación de los servicios públicos, persiguiendo ambas partes aunque a veces, contradictoriamente, la salvaguarda de derechos y libertades, quedando fuera del delito de denegación de auxilio el supuesto en que, por ejemplo, no se facilita un dato relevante para ocultar la comisión de un delito, pudiendo ser entonces de aplicación el delito de encubrimiento (art. 451.3 CP).

La relación de coordinación excluye, por definición, la relación de subordinación.

De la relación de coordinación nacen **deberes de colaboración**, necesaria y constitucionalmente asentada en la idea de unidad de fin¹⁸⁹, entre los diversos poderes tradicionales (ejecutivo, legislativo y judicial), sin que cada uno de dichos poderes llegue a alcanzar una parte o porción de la soberanía misma del Estado¹⁹⁰.

Por el delito de denegación de auxilio se castiga el mal funcionamiento de la **relación de colaboración** por parte de los funcionarios públicos y autoridades, exigida por el artículo 103.1 de la Constitución Española, que constituye el presupuesto constitucional y que establece: «La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía ... y **coordinación**, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho». (STC 18/1982).

El **bien jurídico** protegido en el delito de denegación de auxilio lo constituye el correcto funcionamiento de los poderes públicos en defensa de los intereses generales, no mediante la salvaguarda del principio de jerarquía o subordinación, sino mediante la salvaguarda del principio de coordinación, que exige la colaboración entre los poderes públicos.

El delito de denegación de auxilio sanciona la infracción **de los deberes de colaboración**. La prestación de colaboración no es, pues, una **mera facultad**, una **graciosa concesión**, una simple cortesía, sino que constituye un verdadero «**deber**». (Colaboración obligatoria). Pero el derecho a recabar colaboración tampoco es onmímodo, sino que está **limitado por el respeto a las competencias y misiones constitucionales de los órganos requeridos de colaboración**¹⁹¹.

Los modos principales de relación entre los distintos poderes son, pues, jerarquía, dependencia y colaboración obligatoria. La invasión de

¹⁸⁹ cfr. QUINTERO OLIVARES, «La Colaboración entre poderes y la denegación de auxilio en Poder Judicial, número especial VIII. Seguridad Ciudadana, pág. 24.

¹⁹⁰ QUINTERO, op. cit., p. 23.

¹⁹¹ Cfr. QUINTERO, op. cit., p. 25.

un poder en el área competencial o constitucional de otro puede dar lugar a la comisión de delitos de usurpación de funciones o de competencias judiciales, legislativas o administrativas, y la negativa a la colaboración requerida, al delito de denegación de auxilio —siempre que la colaboración requerida no exceda de los límites antes referidos—, colaboración que es debida, porque si fuera «graciosa» sería inexplicable el delito¹⁹².

El presupuesto o fundamento positivo del deber de colaborar puede encontrarse en leyes concretas. Así el artículo 17 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, prescribe: «... todas las personas y entidades públicas y privadas están obligadas a prestar en la forma que la ley establezca, la **colaboración requerida por los Jueces y Tribunales** en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto, con las excepciones que establezcan la Constitución y las Leyes...».

Y en relación con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, el deber de colaboración viene fundado en el artículo 5.1 e) de la Ley Orgánica 2/1986, de 15 de Marzo que dice: «Son principios básicos de la actuación de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad los siguientes: 1. La adecuación al ordenamiento jurídico, especialmente: **colaborar con la Administración de Justicia** y auxiliarla en los términos establecidos en la ley».

También el art. 11.1 segundo d) de la Llei de la Policia de la Generalitat 10/1994, de 11 de julio establece que: «De acuerdo con lo que establece la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, se aplican al Cuerpo de Mossos d'Esquadra los principios de actuación siguientes: ...Segundo. En sus actuaciones: los miembros del Cuerpo de Mossos d'Esquadra han de ajustarse al código de conducta siguiente:

d) Han de colaborar con la Administración de Justicia y auxiliarla en los términos establecidos por la Ley».

II. NATURALEZA JURÍDICA

El delito de denegación de auxilio constituye un **delito de omisión pura** que no requiere un resultado (espacio-temporalmente), en el artículo 412 CP 95, que ha suprimido la cualificación que obraba en el párrafo segundo del artículo 371 CPA (que de la omisión «resultare grave daño para la causa pública o para un tercero ...») ¹⁹³. Así, pues, el injusto de la omisión consiste en hacer algo distinto a la prestación obligada **por una norma preceptiva**.

¹⁹²QUINTERO, op. cit., p. 30.

¹⁹³QUINTERO, «Comentarios al Nuevo Código Penal», op. cit., pág. 1805.

III. SUJETO ACTIVO

El sujeto activo del delito de denegación de auxilio ha de ser **un funcionario público** (art.412. 1 y 3) estableciendo el apartado 2 de dicho precepto una cualificación para aquellos supuestos en los que el requerido tenga la condición de Autoridad o ejerza responsabilidades de mando sobre fuerza pública o sea agente de la autoridad.

El fundamento de la cualificación que ha sido introducida por el CP 95 parece ser la idea de que las Autoridades tienen **un deber especial de garantizar la colaboración entre Poderes**¹⁹⁴. Como es sabido debe partirse del concepto penal de funcionario público y Autoridad del artículo 24 CP 1995.

IV. SUPRESIÓN DE LA MODALIDAD TÍPICA CONTENIDA EN EL ART. 372 II CPA

El nuevo Código Penal ha suprimido el Capítulo relativo a la desobediencia y denegación de auxilio, la figura delictiva del «**perito y testigo que dejaren voluntariamente de comparecer** ante un Tribunal a prestar sus declaraciones cuando hubieren sido oportunamente citados al efecto».

Se trata de una obligación **personalísima** cuya inobservancia constituye una infracción de desobediencia común. En efecto, tanto el perito como el testigo están respecto del Tribunal o Juzgado en una **relación de sujeción ordinaria** y no especial, por lo que será de aplicación, el artículo 634 CP 95¹⁹⁵. En efecto, el nuevo artículo 463 CP 1995 de **obstrucción a la Justicia** (delito contra la Administración de Justicia), castiga al testigo y perito —entre otros— que citados en legal forma dejaren voluntariamente de comparecer sin justa causa, ante un Juzgado o Tribunal en proceso criminal con reo en prisión provisional, provocando la

¹⁹⁴ QUINTERO, ibídem, p. 1805.

¹⁹⁵ Cfr. QUERALT, en «La obediencia debida», viene a mantener que la denegación de auxilio de testigos y peritos es, en realidad, un delito de desobediencia al darse una subordinación de las partes, testigos y peritos a los órganos jurisdiccionales, en cuanto a la forma (no el contenido), y al mediar una orden (RODRÍGUEZ DEVESA ya había mantenido que la denegación de auxilio de testigos y peritos —art. 372.II— constituía una desobediencia privilegiada al castigarse menos que la desobediencia grave a la Autoridad del art. 237 CPA. Pe. 1980 p. 1110, nota 17.

QUERALT, sin embargo, siguiendo a LUZÓN entendía que «lo propio sería incluir dichas conductas en el título de los delitos contra la Administración de Justicia», op. cit., p. 104.

Vide LUZÓN PEÑA D.M. «Consideraciones sobre la sistemática y alcance de los delitos contra la Administración de Justicia, en la Reforma Penal y penitenciaria» (ed. A. Fernández Albor. Santiago de Compostela, 1980).

suspensión del juicio oral (no de otras actuaciones), o habiendo sido advertido lo hiciere por segunda vez, en causa criminal, sin reo en prisión, haya provocado o no la suspensión.

El nuevo Código Penal no ha llevado, pues, la incomparecencia del testigo (o perito) legalmente citado, fuera del supuesto del juicio oral en el proceso criminal, a constituir un **delito** contra la Administración de Justicia, por lo que desaparecido el artículo 372.2 CPA, debe entenderse, que la conducta del testigo o perito en causa criminal, que no comparezca al llamamiento judicial —diferente del llamamiento a comparecer al juicio oral— constituye una desobediencia leve, castigada como falta en el artículo 634 CP 1995 —o bien que dicha conducta ha quedado destipificada— pues los artículos 463 y 420 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establecen que «el que sin estar impedido no concurriere al primer llamamiento judicial, excepto las personas mencionadas en el art. 412 ... incurrirá en la multa de 5.000 a 25.000 pts, y si persistiere en su resistencia ... será procesado por el delito de denegación de auxilio».

Mientras que si el perito o testigo en causa criminal **se niegan a declarar o prestar su informe** incurrirán en el **delito de desobediencia grave a la Autoridad** (ex art. 420 y 463 Ley de Enj. Criminal).

Es más grave que el testigo o perito se nieguen a declarar o a presentar su informe que el que ambos se nieguen a comparecer, por lo que la diferencia de trato es materialmente razonable.

Más problemática es la regulación de los artículos 272.5º, 273 y 274 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que establecen que los testigos y peritos **si no comparecen** ni alegan causa justa que se lo impida serán procesados por el delito de desobediencia grave a la Autoridad.

Un sector doctrinal entendía que se producía un concurso de leyes entre el art. 272 LEC y ss y el art. 372.2 CPA, a resolver a favor de este último, al ser **ley posterior** que derogaba tácitamente los artículos 272 y ss L.E. Civil y tener **carácter de orgánica** con la promulgación de la Constitución Española. (El art. 372.2 contenía en realidad como ya se ha dicho más arriba una **desobediencia privilegiada**, vide nota 195, al estar menos castigada que la desobediencia grave a la autoridad).

Al desaparecer el artículo 372.2 CPA por mor del nuevo Código Penal, debe ser de aplicación el artículo 634 CP 1995 —falta de desobediencia leve—, pues de otro modo se castigaría igual y por el mismo delito de desobediencia grave a la Autoridad, **la incomparecencia voluntaria en el proceso civil y la negativa voluntaria a declarar o prestar informe** en el proceso penal, cuando la voluntad legal del art. 420 L.E.Cr. es la de diferenciar penalmente la incomparecencia, de **la negativa a declarar** o prestar informe por parte de testigos y peritos, en el proceso penal.

Parece que lo más adecuado es entender que tanto en el proceso civil como en el proceso penal la incomparecencia voluntaria sin justa

causa de los testigos y peritos constituye una falta de desobediencia leve a la Autoridad (art.634 CP 95), salvo en el supuesto del art. 463 CP 95, mientras que la negativa a declarar, salvo los supuestos legalmente eximidos, es constitutiva de un delito de desobediencia grave a la Autoridad del art. 556 CP 1995.

A todo ello puede oponerse que político criminalmente tanto la incomparecencia como la negativa a declarar o a prestar informe merecen el mismo tratamiento penal, siendo constitutivas ambas conductas de desobediencia grave a la Autoridad, lo que vendría respaldado por el artículo 272.5º LEC que expresamente establece para el caso de la segunda incomparecencia que será procesado (el citado) por el «delito de desobediencia grave a la Autoridad» (caso de entenderse que dicho precepto en este extremo no está derogado por el art. 372.2 CPA). Podría argüirse que tan grave es incomparecer (para así no declarar) que negarse a declarar el testigo lo que sabe, **y que ambas conductas podrían subsumirse en el actual artículo 556 CP 1995.**

Sin embargo, esta última interpretación tiene el obstáculo del artículo 420 (y 468) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal —posterior a la Ley de Enjuiciamiento Civil— que establece que el que no concurriere al primer llamamiento judicial será procesado **«por el delito de denegación de auxilio que respecto de peritos y testigos define el Código Penal»** refiriéndose al art. 372.II CPA, por lo que al no tipificar el actual Código Penal del 1995 el delito de denegación de auxilio **respecto de peritos y testigos**, ha de entenderse que se ha destipificado como delito dicha conducta de incomparecencia en el proceso penal, salvo el supuesto del art. 463 CP 95 de obstrucción a la Justicia, quedando siempre la posibilidad de subsumir la conducta de incomparecencia a la falta del artículo 634 CP 95, pues la incomparecencia al llamamiento del Juez penal constituye una desobediencia común que puede calificarse como leve.

De todos modos parece que lo más razonable político criminalmente es equiparar las conductas de incomparecencia de testigos y peritos, y de negativa a declarar o emitir su informe, como conductas constitutivas de desobediencia grave (común) a la Autoridad, a castigar por el delito del art. 556 CP 1995, siendo para ello necesaria la modificación del artículo 420 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en el sentido de expresar que la incomparecencia al primer llamamiento judicial sin justa causa, será constitutiva del delito de desobediencia grave a la Autoridad.

En resumen: la supresión de la modalidad de denegación de auxilio respecto de peritos y testigos, contenida en el art. 372 II CPA, por parte del nuevo Código Penal de 1995 es correcta pues **no existe una relación de coordinación** entre los testigos y peritos y los órganos jurisdiccionales, sino una verdadera **relación de subordinación común**, presupuesto del delito de desobediencia (común) grave a la Autoridad, castigado en el artículo 556 CP 95, sin embargo, al no haberse modificado el art. 420

de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la consecuencia es político-criminalmente insatisfactoria, pues sólo puede castigarse la incomparecencia de testigos y peritos al llamamiento del Juez en el proceso penal por la falta de desobediencia leve del art. 634 CP 95, si no se quiere infringir el principio de legalidad.

V. SUPRESIÓN DE LA MODALIDAD TÍPICA DEL ARTÍCULO 372.I CPA

Asímismo el nuevo Código Penal suprime del Capítulo III relativo a la desobediencia funcionarial y denegación de auxilio del Título XIX «Delitos contra la Administración Pública», la modalidad típica del párrafo primero del artículo 372 CPA que decía «El que rehusare o se negare a desempeñar un cargo público obligatorio sin presentar ante la autoridad que corresponda excusa legal, o después de que la excusa fuere desatendida ...».

La razón de dicha supresión se halla en que dicha modalidad puede subsumirse en el artículo 556 del CP 1995, al tratarse de prestaciones personalísimas (si la prestación no es personalísima y los poderes públicos pueden ejecutar por su cuenta y a costa del particular lo que se haya acordado en Derecho —ej: el caso de la ejecución forzosa, por vía de apremio etc...— no engendrará el delito de desobediencia común la desatención a dicha obligación no personalísima) que ya están reguladas en la Ley (así el deber de desempeñar la función de jurado para quienes no estén incurso en causa de incompatibilidad o prohibición ni puedan excusarse conforme a la Ley Orgánica del Jurado, así art. 6 LO 5/1995, del Tribunal del Jurado; el deber de ejercer de Presidente, vocal o interventor de las Mesas electorales, cuya incomparecencia o abandono de sus funciones injustificadas castiga el artículo 143 LO 5/1985, de 19 de Junio con las penas establecidas en dicho precepto: arresto mayor y multa de 30.000 a 300.000 ptas. —o sea, arresto de 7 a 15 fines de semana y multa de 3 a 10 meses, Disp. Transitoria 11ª CP 95—, debe tenerse en cuenta que la Disposición Derogatoria 1 f) del nuevo Código Penal de 1995 deroga expresamente los artículos 24.2 LO 2/1981, 6 de abril del Defensor del Pueblo, el artículo 4 de la Ley Orgánica 5/1984, de 24 de Mayo de Comparecencia ante las Comisiones de Investigación del Congreso y del Senado o de ambas Cámaras, porque dicha materia se regula en el nuevo Código Penal —art. 556 CP—: así, por ejemplo, de desobediencia dolosa y grave del funcionario que se niega a enviar los informes solicitados por el Defensor del Pueblo, o a facilitar su acceso a expedientes o documentación administrativa necesaria para la investigación si bien la nueva regulación no tipifica la desobediencia culposa que ve-

nía recogida expresamente en el apartado 2 del art. 24 LO 3/1981, de 6 de abril, por lo que se entiende que no se castiga).

En dichos supuestos se da una **relación de subordinación común** o general, y no una subordinación especial jerárquica o funcional.

VI. TIPOS BÁSICOS, EL ART. 412.1 y 412.3 ÚLTIMO PÁRRAFO CP 95

En ambos tipos las penas señaladas por la Ley en abstracto son las mismas: multa de tres a doce meses, y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años.

Dice así el artículo 412.1 CP:

«El funcionario público que, requerido por autoridad competente, no prestare el auxilio debido para la Administración de Justicia u otro servicio público incurrirá en las penas...».

Y el art. 412.3 último párrafo establece:

«En el caso de que tal requerimiento (efectuado por un particular) lo fuera para evitar cualquier otro delito (distinto de los delitos contra la vida, la integridad, libertad sexual, salud o libertad) u otro mal, se castigará con ...».

Sujeto activo lo es siempre el funcionario público simple en el art. 412.1 CP, que sea competente para prestar el deber de auxilio demandado —es decir, no constituido en autoridad—, pertenezca al ente que pertenezca y el funcionario público o autoridad en el artículo 412.3 último párrafo (en el sentido penal del artículo 24 CP).

Sujeto pasivo lo es el ente al que pertenece la autoridad competente, y eventualmente un particular, respectivamente:

A) La conducta típica del art. 412.1 consiste en, una vez requerido por autoridad competente el sujeto activo, no prestar el auxilio debido para la Administración de Justicia u otro servicio público.

a) La situación típica la constituye el **requerimiento de auxilio debido**, efectuado por la autoridad competente, es decir, la **petición de ayuda o cooperación**, términos estos dos últimos sinónimos. El artículo 371 CPA decía «no prestare la debida cooperación». La colaboración puede ser activa como pasiva (no interferir o dificultar la misión del requirente).

Dicho **auxilio debido** no puede consistir en una actuación pública diferente a prestar un **servicio público** (lo que constituye un límite normativo al objeto del requerimiento), quedando fuera del tipo, la administración de gestión.

Así delimitado el auxilio por la propia Ley penal, el mismo constituye un **deber**, una obligación (que deriva del art. 118.CE y del propio

artículo 412.1 CP, que utiliza el adjetivo «debido» calificando el sustantivo «auxilio».

b) la ausencia de la acción esperada por la norma, la constituye el «no prestar el auxilio debido para la Administración de Justicia u otro servicio público», es decir, hacer otra cosa distinta de lo exigido por la Ley (infracción de la norma imperativa propia de toda omisión pura).

c) capacidad de realizar la acción debida o esperada, o posibilidad de acción.

Así, el funcionario o autoridad requeridos ha de tener capacidad de acción debiendo ésta concurrir en el concreto autor (poder personal), no bastando el que otro pudiera actuar según el mandato normativo.

El sujeto activo si bien en principio no puede poner en duda la legalidad o procedencia de lo solicitado, si puede apreciar su propia incompetencia.

En cuanto al tipo subjetivo se trata de una omisión pura dolosa, al no castigar expresamente el nuevo Código Penal la omisión imprudente (el artículo 12 CP establece que «Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley»). Así el sujeto activo ha de conocer efectivamente la situación típica y los demás elementos del tipo objetivo. En mi opinión, se requiere dolo directo al tratarse de un delito eminentemente intencional (así STS 22.3.86, RA 1183 F.J.2C). En cuanto a las causas de justificación, podrá desplegar ciertos efectos el estado de necesidad, aunque de forma restringida, especialmente en la versión de la colisión de deberes: así, cuando se deniega el auxilio debido para evitar un grave mal ajeno, (siempre que la autoridad competente requirente y el funcionario requerido persigan la salvaguarda de derechos y libertades, pues si lo que se pretende es el ocultamiento de la comisión de un delito, podría en su caso, aplicarse el delito autónomo de encubrimiento —art. 451.3 CP— y, en todo caso, afirmarse la preeminencia del deber de cooperación o auxilio a la Administración de Justicia, para así evitar zonas de impunidad inexplicables en un Estado de Derecho —art.1 y art. 118 CE—).

Es interesante la Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 22 de Marzo de 1986 (RA 1683) recaída en un supuesto de hecho en que un funcionario responsable de la lucha antiterrorista niega, tras más de cuatro oficios judiciales apoyados por sendas resoluciones judiciales (providencias y autos) del Juez de Instrucción en que se le requería, revelar la identificación de unos colaboradores confidenciales de la Brigada de Información de la Policía.

El Fundamento de Derecho 2 dice así:

«El artículo 371 del Código Penal ... prevé y sanciona la falta de colaboración bajo los siguientes condicionamientos: 1º., que el funcionario sea requerido por la Autoridad Judicial dentro del marco de su com-

petencia y con las formalidades que el caso exija; 2º., que pese sobre el funcionario un deber de cooperación y no preste la que le compete; 3º., que le negativa sea maliciosa, es decir, con conciencia del deber de prestar la cooperación requerida y con voluntad de rehusarla».

«B) En las funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente la Policía Judicial está bajo la dependencia de los Jueces, de los Tribunales y del Ministerio Fiscal —dice el artículo 126 de la Constitución Española—, y en esa misión específica reiteran el principio de dependencia, el artículo 443 y siguientes de la Ley orgánica del Poder Judicial de 1 de Julio de 1985, el artículo 5º 1.e) de la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de 13 de Marzo de 1986, y, en un rango inferior la Ley de Enjuiciamiento Criminal (artículo 283)».

«Esta preeminencia de la Autoridad Judicial, y la dependencia de los funcionarios policiales en el ámbito penal, con sus inherentes deberes de cooperación y auxilio incondicionados, es principio básico de una comunidad que se constituye como Estado de Derecho y que propugna, como valores superiores de su ordenamiento jurídico, la libertad, la justicia y la igualdad (artículos 1 y 118 CE); y si bien la organización policial en su cometido de prevención y averiguación del delito y del delincuente puede valerse para potenciar su eficacia y de hecho se valen todos los sistemas policiales de las naciones democráticas de informadores y confidentes, con exención de revelar su identidad y circunstancias de su localización y actuación, cede esta dispensa, y el deber del auxilio y cooperación recobra vigencia, si el informador en su actuación de tal incurre en hechos punibles... pues de otro modo surgirían intolerables privilegios de impunidad».

«...La Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de 13 de Marzo de 1986, dedica un capítulo, a modo de código deontológico, a los que titula «Principios básicos de actuación», que sigue las pautas marcadas en Resolución 690 del Consejo de Europa, y en el «código de conducta para los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley» de la Asamblea de las Naciones Unidas, imponiendo a los miembros de los Cuerpos Policiales un «absoluto» respeto a la Constitución —que por mor del **principio de igualdad no consiente parcelas de inmunidad**— eximiéndoles, asimismo de revelar las fuentes de información «salvo que el ejercicio de sus funciones o las disposiciones de la Ley les imponga actuar de otra manera» (art. 5º 1a) y 5)».

Ante la interferencia de un **hecho delictivo** en la actuación de los informadores, cede o claudica la obligación —deber de reserva sobre la identidad... En resumen, y en relación con el elemento normativo del delito, el acusado tenía el deber de revelar las circunstancias identificativas de los confidentes, sin pretextar, para mantener la reserva, un juicio so-

bre el alcance penal de los hechos— delitos menores en su opinión que no le competía».

En dicha Sentencia se argumenta la existencia de una **colisión o conflicto de deberes: el deber de acatar el requerimiento judicial** facilitando el nombre de los autores de los hechos punibles realizados en territorio español, y **el deber de mantenerlos reservados** por estar integrados en un grupo de información de la lucha antiterrorista a cuyo mando pertenecían (con el subsiguiente riesgo en el primer caso para dichos confidentes, el desprestigio del mando, la desmoralización y posible desmantelamiento de sus cargos, etc), optando el sujeto activo por el sigilo en la **creencia errónea** de que los bienes jurídicos a cuya protección atendía eran superiores y le autorizaban a obrar como lo hizo, apreciando el TS **error vencible sobre el elemento normativo del delito** (art. 6 bis a) CP73), que desplaza el dolo, no pudiendo ser castigado por imprudencia al no consentir la estructura del delito de denegación de auxilio la modalidad imprudente, exigiendo el dolo. (F.J. 2 c) «in fine»).

Debe tenerse presente que en las diligencias previas incoadas para la investigación del suceso se habían excluido los gravísimos hechos acaecidos en territorio francés (tres individuos habían ametrallado a ciudadanos en el interior del bar «Hendayais» de la localidad francesa de Hendaya). limitándose los hechos ocurridos en territorio español a la irrupción violenta de un turismo conducido por los confidentes en el paso fronterizo cercano a Hendaya, al parecer sin armas, produciendo daños en las barreras y en un vehículo estacionado, a lo que se sumaban el robo del turismo y sustitución de placas de matrícula. Y en estos términos quedaba acotado el campo de la competencia judicial y de la existencia del requerimiento, aunque sobre la sentencia de instancia pesa la trascendencia de los hechos de Hendaya cometidos el mismo día 23.11.80 en que se cometieron los hechos en territorio español, llegando a una presunción de autoría en base a elementos fácticos de los tres confidentes.

B) La conducta típica del artículo 412.3 último párrafo CP 95 consiste en «**abstenerse la autoridad o funcionario público, requerido por un particular a prestar algún auxilio por razón de su cargo para evitar cualquier otro delito** (distinto de los referidos expresamente en los párrafos primero y segundo del apartado 3 del art. 412: se excluyen, pues, los delitos contra la vida de las personas, contra la integridad física, libertad sexual, salud o libertad de las personas) **u otro mal**».

En esta modalidad delictiva no está en riesgo ni el principio de jerarquía ni el principio de coordinación entre los diversos poderes públicos, sino que el bien jurídico es solo la **eficacia de la Administración en el ámbito de la seguridad de los ciudadanos**, a los que debe ayudarse o auxiliar ante situaciones peligrosas, a través de sus funcionarios y autoridades.

El mero deber de solidaridad —que compete a todo miembro de la comunidad por el hecho de serlo ex arts. 195 y 450 CP95, antes 489 Ter y 338 bis— trasciende en **un deber impuesto al Estado social**, a los funcionarios públicos y autoridades encargadas por razón de su cargo de la rama de actividad por la que se requiere su intervención (así médicos, bomberos, policías, etc), quienes se encuentran en una especial posición de garantía respecto del bien jurídico protegido, como encargados de amplias parcelas de la seguridad.

En el artículo 412.3 último párrafo se integran, a su vez, dos modalidades, según que la abstención del funcionario público o autoridad a prestar algún auxilio, requerido por un particular, **lo sea para evitar un delito** —distinto de los expresados en los dos párrafos anteriores del propio art. 412.3 CP— **u otro mal**.

En la segunda modalidad, el precepto guarda cierta relación con el artículo 195, antes 489 ter (omisión del deber de socorro).

Por ello, se ha dicho que el artículo 371 último párrafo CPA —hoy 412.3 último párrafo CP95— es un delito especial impropio que tiene su correlato común en el delito de omisión del deber de socorro¹⁹⁶, cuyo sujeto activo puede ser cualquier persona a diferencia del art. 371 último párrafo CPA o 412.3 último párrafo CP95, que solo puede ser un funcionario público (o autoridad).

Así, se daría un concurso de normas entre los artículos 412.3 último párrafo y el artículo 195 CP —antes arts. 371 último párrafo y 489 ter— a resolver por el **principio de especialidad** a favor del artículo 412.3 último párrafo CP95.

Comparto esta opinión, a pesar de que la **literalidad** del artículo 412.3 último párrafo no exige que el mal a evitar sea grave, a diferencia del artículo 195 que exige que la persona necesitada de socorro se encuentre **en peligro grave**.

El caso paradigmático de aplicación del artículo 371 último párrafo CPA, y art. 412.3 último párrafo, lo constituye **la falta de asistencia médica** —dolosa— por parte de los médicos que integran los Cuerpos de Sanidad Provincial o Municipal o de la Seguridad Social —que son funcionarios públicos— a los pacientes adscritos a su servicio, a pesar de los requerimientos efectuados en petición de auxilio por particular.

Así cabe citar las sentencias de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 21 de Junio de 1989 (RA 5187), y la de 3 de Octubre de 1989. (RA 7538).

En la primera sentencia el TS condenó a un médico del Servicio de Urgencias en el ambulatorio de la Seguridad Social, que se negó tras reiterados requerimientos de los familiares de un paciente inmovilizado en

¹⁹⁶ Vide QUERALT, Derecho Penal Español, P.E., vol. I, pág. 178.

su domicilio y sin posibilidad, por su estado físico de traslado a un centro médico, a asistir, médicamente, a dicho paciente a su domicilio, insistiendo el referido médico que lo llevasen al ambulatorio, lo que así se hizo falleciendo el paciente momentos después a consecuencia de un edema pulmonar.

El TS argumenta que «el auxilio solicitado sería obligado a prestarlo el médico —de la Seguridad Social— por imperativo de su profesión y de la función que desempeñaba, a tenor del artículo 22 del Estatuto Jurídico del Personal Médico de la Seguridad Social (RCL 1966, 2396 y NDL 27.249), según el que corresponde a los médicos de los servicios de urgencias la cumplimentación de los avisos de este carácter recibidos en la población adscrita al servicio, y protegida por él, a la que indudablemente pertenecía el fallecido, como beneficiario de la Seguridad Social; que no accedió al requerimiento sin existir impedimento que justificase su conducta, pues consta que no atendió a ningún enfermo desde las 2.05 horas hasta las 5.10 horas, en que lo fue el fallecido, sin que la argumentación del recurrente respecto a una divergencia de opiniones, sea admisible, pues la exigencia de presencia del enfermo en el ambulatorio es insostenible, ya que previamente debería haber diagnosticado la enfermedad, y, entonces, con conocimiento preciso de su naturaleza, decidir su traslado o no al centro asistencial, pero no, sin un reconocimiento adecuado, omitiendo el deber de su profesión médica».

En la segunda sentencia, el TS dice: «El delito de denegación de auxilio del funcionario público al requerimiento de un particular, aunque sea figura delictiva ya inserta en los Códigos de 1822 y 1928, aparece incorporada al ordenamiento jurídico penal en el texto del Código penal de 1944 viniendo a resaltar sobre el deber general de obligada asistencia impuesto por la solidaridad social, de prestar ayuda a quien se encuentre necesitado de auxilio manifiesto, el deber más visible, destacado y de superior vinculación, de quienes ejercen la profesión médica y específicamente de quienes integran los cuerpos de Sanidad Provincial o Municipal o de la Seguridad Social, que les confiere el carácter de funcionarios públicos, en cuya situación es de plena ortodoxia ética y legal, que les alcance un plus de exigibilidad en el cumplimiento de sus deberes específicos, y consecuentemente, un plus de responsabilidad en sus omisiones y abstenciones en la prestación del auxilio...».

Dicho delito de denegación de auxilio del funcionario público al requerimiento de un particular «se halla integrado, según declara la sentencia de esta Sala de 2 de junio de 1969 (RA 3060), por los siguientes elementos: 1º.— Tener la condición de funcionario público; 2º.— Que un particular le requiera para prestar algún auxilio; 3º.— Que el requerido esté obligado a prestarlo por razón de su cargo; 4º.— Que con la prestación del auxilio pueda evitarse un delito u otro mal; y 5º.— Que se abstuviere de prestarlo sin causa que justifique la abstención».

Tanto las modalidades de abstención de prestar el auxilio requerido por particular para evitar un delito, como para evitar otro mal del artículo 412.3, último párrafo CP. constituyen delitos de **omisión** en cuyo tipo objetivo positivo debe darse a).— la situación típica; b).— la ausencia de la conducta esperada; y c).— la posibilidad de dicha conducta, atendidos los poderes personales del sujeto activo; y en cuyo tipo subjetivo debe concurrir el dolo, no castigándose la comisión imprudente por el nuevo Código Penal. (art. 12 CP 95).

VII. TIPOS AGRAVADOS: A) EL ART. 412.2 ; B) EL ART. 412.3 primero y segundo párrafos

A. El art. 412.2 CP

La Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código penal introdujo respecto del delito de denegación de auxilio de funcionario público a requerimiento de autoridad competente (art. 384.1 PANCP) la agravación de ser el requerido responsable de fuerza pública o ser él mismo agente policial (art. 384.2 PANCP).

Dicha agravación ha pasado al artículo 393.2 del Proyecto de Ley Orgánica del Código penal de 1992, al art. 389.2 del Proyecto de 1994 y finalmente al artículo 412.2 del CP 1995, que dice:

«Si el requerido fuera autoridad, jefe o responsable de una fuerza pública o un agente de autoridad, se impondrán las penas de multa de doce a dieciocho meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de dos a tres años».

Este tipo agravado tiene su fundamento en el deseo del legislador de **reforzar o potenciar** la salvaguarda del bien jurídico protegido ya en el tipo básico del artículo 412.1 CP, **castigando más** a las autoridades, jefes de las fuerzas de seguridad y a los agentes de la autoridad, que a los **simples** funcionarios público que no ostenten dichas cualidades, asegurando así en mayor medida el cumplimiento del **deber de cooperación** o auxilio debidos.

B. EL ART. 412.3, primero y segundo párrafos constituyen, a su vez, tipos agravados del tipo básico contenido en el último párrafo del artículo 412.3 CP.

El tipo agravado del párrafo primero del art. 412.3 CP dice así:

«La autoridad o funcionario público que, requerido por un particular a prestar algún auxilio a que venga obligado por razón de su cargo para evitar *un delito contra la vida* de las personas, se abstuviera de prestarlo, será castigado con la pena de multa de dieciocho

a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años».

Y el tipo agravado del párrafo segundo del art. 412.3 CP establece:

«Si se tratase de un delito *contra la integridad, libertad sexual, salud, o libertad* de las personas, será castigado con la pena de multa de doce a dieciocho meses y suspensión de empleo o cargo público de uno a tres años»¹⁹⁷.

Dichas agravaciones ya se contenían en la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal (art. 384.3 PANCP), pasando al art. 393.3, último párrafo del Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1992 —en que existía un solo tipo cualificado, si el delito impedido fuera contra la vida, integridad, salud, libertad y libertad sexuales— y de ahí, al Proyecto de CP de 1994, art. 389.3 último párrafo, que ya distinguía dos tipos cualificados, según el delito impedido fuera contra la vida o fuera contra la integridad, salud, libertad o libertad sexual, imponiendo penas distintas, más graves si el delito a impedir era contra la vida de las personas.

Los tipos cualificados del tipo básico, contenido, como sabemos, en el art. 412.3, último párrafo, guardan cierta relación con el artículo 450 del CP 95 —antes art. 338 bis CPA— relativo a la omisión de los deberes de impedir determinados delitos, que afecta legalmente a la Administración de Justicia (Título XX, Capítulo II, del Libro II), y cuyo bien jurídico protegido es la necesidad de que *toda la ciudadanía colabore* con el ideal de Justicia y contra la comisión de delitos aportando lo que de su parte pueda hacerse sin riesgo¹⁹⁸.

En efecto, el art. 450.2 CP castiga a *cualquier* persona, que pudiendo hacerlo, no acuda (no requiera) a la autoridad o a sus agentes para que impidan un delito que efecte a las personas en su vida, integridad o salud, libertad o libertad sexual, y de cuya próxima o actual comisión tengan noticia.

Mientras que el artículo 412.3, párrafos primero y segundo castigan al *funcionario o autoridad* requerido por particular a prestar algún auxilio a que venga obligado por razón de su cargo para evitar respectivamente un delito contra la vida de las personas, o contra la integridad, libertad sexual, salud y libertad, *se abstuvieran de prestarlo*.

No se comprende bien aparentemente por qué en el art. 450.2 CP 95 se señala para *el particular* la pena de *prisión de seis meses a dos años si el delito fuera contra la vida*, y, *en cambio, para el funcionario sólo las penas de multa* de dieciocho a veinticuatro meses e inhabili-

¹⁹⁷ Los subrayados son míos.

¹⁹⁸ Cfr. QUINTERO, «Comentarios al Nuevo Código Penal», op. cit., pág. 1938.

tación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años.

Sin embargo, debe tenerse presente que la pena de prisión de seis meses a tres años constituye según el artículo 33. 3 a) del propio Código penal de 1995 **pena menos grave**; mientras que las inhabilitaciones especiales por tiempo superior a tres años constituyen **pena grave** (art. 33.2 c) CP.), por lo que en términos legales el Código Penal castiga más al funcionario en el art. 412.3 párrafos primero y segundo, que al particular en el art. 450.2 CP.

Entre el artículo 412.3, párrafos primero y segundo y el artículo 450.2 CP existe un concurso de normas, siendo de preferente aplicación el art. 412.3 respecto del art. 450.2, si la no intervención orientada a impedir la comisión de los delitos expresados mediante la petición de auxilio a la Autoridad es cometida por un funcionario público o autoridad, requerido por particular; mientras que si la no intervención es directa, será de aplicación preferente el artículo 408 CP —omisión del deber de perseguir delitos— antes, art. 359 CPA, que lo regulaba como una modalidad de prevaricación en el Capítulo I titulado: «DE LA PREVARICACIÓN» del Título VII, del Libro II, la llamada prevaricación por favorecimiento.

QUINTERO entiende que el artículo 412.3 opera como **residual**, de modo que serían de aplicación **preferente** el delito de omisión del deber de socorro agravable por la condición funcional del autor, así como el delito de omisión del deber de impedir determinados delitos. (Comentarios al Nuevo Código Penal, pág. 1807).

SEGUNDA PARTE

**LOS DELITOS DE INFIDELIDAD EN LA
CUSTODIA DE DOCUMENTOS Y DE LA
VIOLACIÓN DE SECRETOS O
INFORMACIONES COMETIDOS POR LA
AUTORIDAD O FUNCIONARIO PÚBLICO**

CUESTIONES SISTEMÁTICAS

El Capítulo IV del Título XIX del Libro II del Código Penal de 1995 integra o acoge bajo su seno un elenco de figuras delictivas que en el Código Penal anterior aparecían recogidas en el Título VII en dos Capítulos distintos relativos, respectivamente, a la infidelidad en la custodia de documentos (Capítulo III) y a la revelación de secretos e informaciones (Capítulo IV). Asimismo, debe resaltarse la nueva ubicación de una de las modalidades delictivas, el uso de secretos o informaciones privilegiadas por funcionario público, que ha pasado a constituir el artículo 442 y a formar parte del Capítulo IX que cierra el Título XIX (Delitos contra la Administración Pública), relativo a los abusos de los funcionarios en el ejercicio de su función (pública).

Todas las conductas contenidas en el Capítulo IV del Título XIX CP 95 tutelan la preservación de la integridad o la confidencialidad de documentos o informaciones que se imponen a los funcionarios públicos como trascendentes y necesarios para la organización social y jurídica de la Administración, aunque cada una de las distintas categorías típicas que integran dicho Capítulo no deben ser confundidas entre sí, manteniendo su propio ámbito o esfera de incriminación: en el art. 413 se castiga la **infidelidad material**, la vulneración de los *deberes de custodia*; en el artículo 414, la **destrucción o inutilización de barreras de protección** dirigidas a impedir o restringir el acceso ilícito subrepticio a los mencionados documentos; en el art. 415, el **acceso ilícito al contenido**

de documentos secretos o confidenciales; en el art. 417, la **conculcación de los deberes de sigilo** o discreción funcional relativa a secretos o informaciones públicas o privadas, etc.

Asimismo la esfera de incriminación típica de los artículos 413 y ss CP queda implícitamente recortada por el contenido del artículo 198 —si no media causa penal por delito— en relación con el art. 197 CP, que tutela la intimidad de los particulares, de modo que se produce un concurso de normas a resolver por el principio de especialidad, siendo el art. 198 precepto especial respecto de los artículos 413 y ss (si media causa penal por delito se aplicarían los preceptos de los artículos 535 y 536 CP.)¹.

LOS DELITOS DE INFIDELIDAD EN LA CUSTODIA DE DOCUMENTOS

I. ASPECTOS COMUNES A LOS DIVERSOS TIPOS DE INFIDELIDAD DOCUMENTAL

La infidelidad en la custodia de documentos ya se regulaba en los artículos 437 y siguientes del Código Penal de 1822, que preveía incluso expresamente una modalidad imprudente en el artículo 442. El artículo 440 regulaba el quebrantamiento de sellos puestos en una «habitación, caja, baúl u otra cosa semejante para asegurar los papeles o efectos que contenga».

Por su parte, el Código Penal de 1.848 dedicaba a dicha materia los artículos 278 a 280, sin mencionar el supuesto de ocultación de papeles. El Código Penal de 1.870 dedicaba los artículos 375 a 377.

Y el Código Penal de 1973 hoy derogado, regulaba la infidelidad documental en los artículos 364, 365 y 366, situados bajo el Capítulo III. Ahora el Capítulo IV del nuevo Código además de también contener los tipos de infidelidad en la custodia de documentos incluye los delitos de revelación de secretos (antes cobijados exclusivamente en el Capítulo IV), al tener puntos en común, pues se trata de hechos relacionados con el deber de sigilo y el deber de custodia de objetos que incorporan datos de interés para la Administración.

Como puede observarse se trata de delitos que podríamos denominar «*tradicionales*», en contraposición con los «*nuevos*» delitos introducidos por el nuevo Código Penal de 1995 (así los delitos societarios, arts. 290 y ss.).

¹Vide Fermín MORALES y M.^a José RODRÍGUEZ PUERTO, en «Comentarios al Nuevo Código Penal», p. 1809.

A) El bien jurídico

El bien jurídico «general» protegido en los artículos 413 y 414, lo constituye el correcto funcionamiento de la Administración Pública, como función pública.

En efecto, las conductas castigadas obstaculizan el correcto funcionamiento de las distintas oficinas públicas, con riesgo de que los servicios que deben prestar al ciudadano se vean trastocados por la actuación del sujeto activo (autoridad o funcionario público)² (La STS de 24.10.90 dice que el bien jurídico lo constituye la seriedad del ejercicio de la función pública).

Sin embargo, puede decirse, siguiendo a ROLDÁN, que el bien jurídico «específico» lo constituye «la seguridad en la custodia y en el tráfico documental».

Y en la infidelidad consistente en acceder o consentir el acceso a documentos secretos, se completa dicho bien jurídico por el de la *reserva administrativa sobre determinadas cuestiones de Estado*³.

En los delitos, como los delitos de los funcionarios en general, no se conciben en la actualidad como infracciones a un deber interno, sino que su ilicitud se proyecta sobre el conjunto social.

En puridad, el mero incumplimiento del deber de fidelidad que concierne a todo funcionario debe ser sancionado en vía administrativa (disciplinaria).

B) El documento como objeto exclusivo y unitario de protección.

Concepto de documento. El artículo 26 C.P. 1995

En la regulación anterior el artículo 364 (denominado por la doctrina de infidelidad material de documentos) se refería como objeto de protección a los *documentos o papeles*; el artículo 365 se refería a *papeles o efectos*; y el artículo 366 a *papeles o documentos*.

Pues bien, el nuevo Código Penal reduce el objeto de protección exclusivamente a los documentos, *con exclusión* de los «efectos» (cuyo término comprende los bienes muebles), ofreciendo el artículo 26 del C.P. una definición legal de documento como «todo soporte material que ex-

²Cfr. Enrique ORTS BERENGUER, en «Comentarios al Código Penal», T. II, p. 1797, (bajo la coordinación de T. S. VIVES ANTÓN).

³Cfr. Horacio ROLDÁN BARBERO, «LA LEY», número 4064, de 10.6.96. «La Infidelidad en la custodia de documentos», p. 1. De la misma opinión es F. MUÑOZ CONDE, Derecho Penal. Parte Especial. Undécima edición, revisada y puesta al día conforme al Código Penal de 1995 (Tirant Lo Blanch).

prese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica».

Dicha definición cierra por completo el paso al concepto tradicional⁴ referido exclusivamente al texto escrito, si bien la doctrina desde hace ya treinta años empezó a considerar erróneo limitar el concepto de documento a las manifestaciones de voluntad *en forma escrita* capaces de probar hechos de trascendencia jurídica⁵.

Así pues, a título de ejemplo son documentos a los efectos del artículo 26 C.P., las cintas magnetofónicas, las cintas de vídeo, los soportes informáticos, las fotografías, escritos, actas registros, así como la correspondencia, privada u oficial, según reiterada jurisprudencia⁶⁻⁷.

La correspondencia, sin embargo, goza de un nomen propio y diferenciado al de los documentos privados, en su regulación por el artículo 602 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que no es óbice para su inclusión en el concepto de documento a efectos del Código Penal (art. 26 C.P.)⁸.

En cambio, no constituyen documentos a dichos efectos penales las piezas escultóricas, cuadros, etc., a diferencia del derecho penal francés interpretado por la jurisprudencia (art. 254) que incluye la sustracción de estatuas y cuadros expuestos en los museos, libros de las bibliotecas públicas y objetos depositados en la consigna de las estaciones.

La «infidelidad» respecto a dichos objetos dará lugar al delito de malversación de caudales públicos⁹.

Además de la naturaleza de documentos, los tipos de los artículos 413, 414 y 415 exigen que exista una relación de custodia entre los documentos y el funcionario público «por razón de su cargo», lo que implica que el documento haya ingresado en alguna dependencia pública. Es necesario, pues, que el documento se haya confiado al funcionario

⁴Cfr. CAMARGO HERNÁNDEZ, «Falsificación de documentos públicos» ADP 1957, p. 522. RODRÍGUEZ DEVESA, Derecho Penal, pp. 975 y 1145.

⁵Así Luis M. DÍAZ VALCÁRCCEL, en «La infidelidad en la custodia de documentos» en Nueva Enciclopedia Jurídica, XII, 1965, p. 509. También Horacio ROLDÁN BARBERO, en «Sobre el delito de infidelidad en la custodia de documentos» LA LEY 1994.4, promulgaba una interpretación amplia de documento en consonancia con la evolución operada en materia de pruebas documentales, citando la STS de 6 de Mayo de 1993.

⁶Cfr. STS de 31 de Mayo de 1884, 23 de Noviembre de 1939, 25 de Octubre de 1947, 22 de Mayo de 1951, 25 de Abril de 1972, 5 de Noviembre de 1974, etc.

⁷El Código Penal italiano castiga la sustracción de la correspondencia en general.

⁸QUERALT opina que la correspondencia es objeto material del art. 192 —hoy art. 535— y no de los arts. 364-366 (hoy 413 ss.) entendiendo que la infidelidad en la custodia de documentos no es aplicable a los funcionarios de correos y telecomunicaciones, en contra de la teoría dominante. «Derecho penal español parte especial», 1982, pp. 585 y 861. Parece que dicha opinión es hoy más difícil de sostener, pues la correspondencia es un «documento» según el concepto legal ofrecido por el CP 95 en el art. 26.

⁹Así Horacio ROLDÁN BARBERO, «Sobre el delito de infidelidad ...», op. cit., p. 1060.

público oficialmente pero ello debe entenderse ampliamente, para evitar el impunismo de modo que es extensible a los auxiliares del mismo. Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1989, RA. 9765, condenó a un oficial de un juzgado, a pesar de corresponder a los Secretarios la conservación de las actuaciones por disposición del artículo 287 de la L.O.P.J., argumentando que «el Secretario judicial es el Jefe del personal de Secretaría. Por consiguiente está facultado para organizar el trabajo de los funcionarios de la Secretaría —entre ellos el de los oficiales— que —de modo notorio— son los que de ordinario, tienen *materialmente* a su disposición y bajo su directo cuidado los asuntos cuyo trámite tienen encomendados» (F.J. Segundo). Además, seguía argumentando, que le sería de aplicación al Oficial lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 366 del Código Penal —hoy art. 416—, según el cual se castiga también al particular encargado accidentalmente del despacho o custodia de documentos por comisión del Gobierno o de los funcionarios públicos a quienes hayan sido confiados por razón de su cargo.

Ya anteriormente la STS de 2 de noviembre de 1962 decía respecto del deber de fidelidad que «Corresponde a todos los funcionarios de la oficina en que se guarda un documento el deber específico o *genérico* de su conservación» (vide también la Sentencia TS de 11.6.62, que dice: «todo funcionario público afecto a una rama administrativa está obligado a cumplir los deberes específicos de su cargo, *más los generales de integridad y cooperación al fin público que la administración desarrolla*»). La STS de 6 de marzo de 1995, RA. 1809, considera suficiente con que el funcionario que ocultó documentos tenga la posibilidad de hecho de interferir en su curso, registro, notificación, etc., por encontrarse éstos bajo la custodia del organismo al que pertenece amén cuando no le están específicamente encomendadas esas tareas.

C) Sujeto activo

Pueden ser sujeto activo de estos delitos las autoridades y los funcionarios públicos definidos como tales a efectos penales por el artículo 24 del Código Penal actual que tengan confiados los documentos por razón de su cargo, de forma *específica o genérica*, como se ha visto más arriba. El funcionario o autoridad han de detentar o tener acceso a los documentos por razón de su cargo. Fuera de la *relación de custodia* entre los documentos y el funcionario se podrá, en su caso, cometer un delito de daños o el correspondiente patrimonial si concurre el elemento subjetivo de ánimo de lucro. A título de ejemplo la jurisprudencia ha entendido que son sujeto activo de los delitos de infidelidad en la custodia de documentos: el Secretario de un Juzgado (Sentencia de 28 de noviem-

bre de 1889); los empleados de Correos (Sentencia de 12 de febrero de 1962, Sentencia de 20.11.1903, S 1.11 1913, 7.1 1904, entre muchas otras); un Juez municipal (Sentencia 16.6.1928); un Alcalde (Sentencia 9.3.1887, 23.12.33); Auxiliares de la Administración de Justicia (Sentencia 14.2.59); Auxiliares de Hacienda (Sentencia de 12.2.1896); Auxiliares de una Recaudadora (S. 18.4.29); los Notarios y demás fedatarios públicos —registradores, corredores de comercio, agentes de cambio y bolsa— siendo su régimen jurídico de naturaleza mixta, son funcionarios y profesionales del Derecho. (Sentencia 24.3.1893)

Nada dice el artículo 413 C.P. sobre la posibilidad de que concurra también en el funcionario un deber de sigilo o discreción, por lo que incurrirá en el delito del art. 413 C.P. tanto el funcionario en quien concurra un específico deber de fidelidad en la custodia de documentos a los que no puede acceder como aquel otro en quien concurre el deber de custodia y sigilo, teniendo acceso lícito al documento¹⁰.

También pueden ser sujeto activo de delitos de infidelidad en la custodia de documentos *los particulares* —por extensión expresa del art. 366 apartado segundo C.P. 1973 y del actual art. 416— encargados accidentalmente del despacho o custodia de documentos, por *comisión* de Gobierno o de las autoridades o funcionarios públicos a quienes hayan sido confiados por razón de su cargo que incurran en las conductas descritas en los arts. 413, 414 y 415 C.P. 95.

Se requiere que la entrega del documento al particular sea legítima.

La jurisprudencia ha considerado sujetos activos de estos delitos a los Abogados que reciben unos autos para evacuar un traslado (Sentencia 5.2.1883, 6.6.61) (hoy el CP 95 les castiga en base al artículo 465 bajo el Capítulo VII titulado: «De la Obstrucción a la Justicia y la deslealtad profesional, del Título XX «Delitos contra la Administración de Justicia»); los transportistas por delegación de los servicios de Correos, que sustrajeron sobres conteniendo denuncias (Sentencia de 15.3.77, RA. 1086, que cita en Sentencia de 25 de junio de 1946 que decía: «Este artículo castiga como delito de infidelidad en la custodia de documentos el hecho de abrir los que cerrados se confiasen, bien al funcionario público por razón de su cargo, bien a los particulares que lo recibieran a su vez de los funcionarios mismos encargados de tenerlos, de suerte que hasta la tenencia accidental con fines de cumplimiento de alguna comisión para que si aceptaba ésta ejecutarse la persona comisionada el acto infiel, se consume el delito dicho dentro de las características previstas»); el que recibe de su hermano, contratista de la correspondencia, un pliego para entregar a su destinatario (Sentencia 28.1.1919); el particular

¹⁰ Vide L. M. DÍAZ VALCÁRCEL, «Infidelidad en la custodia ...», op. cit., p. 508.

que abre una carta antes de encomendarla a un cartero para entregarla al destinatario (Sentencia de 25 de junio de 1949), etc.¹¹.

Debe de advertirse, sin embargo, que el nuevo Código Penal de 1995 incrimina la infidelidad documental de los Abogados y Procuradores, en el nuevo artículo 465.1 situado bajo el Capítulo VII, titulado «De la obstrucción a la Justicia y la deslealtad profesional» en el Título XX: «De los delitos contra la Administración de Justicia»¹².

El nuevo Código Penal de 1995 ha dejado de mencionar a los eclesiásticos como sujetos activos de los delitos de infidelidad en la custodia de documentos —a diferencia del anterior artículo 366 que los incluía expresamente—. Sin embargo, dicha mención expresa no era necesaria, pues un eclesiástico puede ser igualmente sujeto activo de los delitos de los artículos 413 a 415 CP, si es funcionario público «a efectos penales» (art. 24 C.P.), por ostentar funciones de custodia, de fe pública (capellanes castrenses, de prisiones, de hospitales) o del art. 416 CP si es un particular comisionado en el despacho o custodia de documentos por otras autoridades o funcionarios públicos a quienes hubiesen sido confiados por razón de su cargo o por el Gobierno.

En cuanto a los partícipes (inductores, cooperadores necesarios) la doctrina mayoritaria se inclina actualmente por la no ruptura del título de imputación, tratando la participación en estos delitos especiales como intervención en el hecho del otro¹³.

Debe admitirse, no obstante, que «materialmente» no parece adecua-

¹¹ Cabe citar también las Sentencias del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1884 y de 20 de enero de 1915, en las que fueron condenados unos particulares comisionados de *facto* por unos carteros rurales.

También la STS de 23 de Mayo de 1958 relativa a un Procurador de los Tribunales.

Más recientes las Sentencias de 27 de febrero de 1985 y de 20 de octubre de 1994, RA. 8.151, relativa esta última a un colaborador en el servicio público de Correos.

En la actualidad cabría incluir en la cláusula extensiva del artículo 416 CP a las empresas privadas dedicadas a la custodia y transporte de documentos, al no ejercer hoy el Servicio de Correos una competencia exclusiva sobre el transporte y reparto de la correspondencia, tanto si realizan una comisión regular en el servicio, de manera autónoma o por concesión administrativa (así Horacio ROLDÁN BARBERO, en «La infidelidad en la custodia de documentos», LA LEY de 10.6.96, p. 2).

¹² Dice así el artículo 465.1: «El que interviniendo en un proceso como abogado o procurador, con abuso de su función, destruyere, inutilizare u ocultare documentos o actuaciones de los que haya recibido traslado en aquella calidad, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años, multa de siete a doce meses e inhabilitación especial para su profesión, empleo o cargo público de tres a seis años».

¹³ Así L. M. DÍAZ VALCÁRCEL, «Infidelidad en la custodia de documentos», op. cit., p. 509; Horacio ROLDÁN BARBERO, «La infidelidad en la custodia de documentos», LA LEY de 10.6.96, p. 2.

Sin embargo, CUELLO CALÓN, en Derecho Penal T. II. Parte Especial, ha defendido que «el coautor o cómplice de estos delitos no funcionario o funcionario sin aquel especial encargo no incurre en esta infracción, pero podrá cometer en caso de sustracción el de hurto.» (pág. 416 ed. 1982).

do que el partícipe «extraneus» —en quien no concurre la condición necesaria de autoría, por no ser, por ejemplo funcionario— deba ser castigado con la misma pena que el «intraneus».

Por ello, el Tribunal Supremo ha abierto recientemente una nueva línea jurisprudencial mediante la que declara aplicable analógicamente in bonam partem, a los delitos especiales propios el artículo 60.1 C.P. —ahora art. 65— bien directamente o bien indirectamente por vía de la atenuante analógica del art. 9.10 C.P. —ahora 21.6.^a C.P. 95—.

Así, cabe citar la Sentencia de 12 de febrero de 1992 (Ponente Sr. Bacigalupo Zapater, C.L. núm. 471) relativa a un delito de apropiación indebida. Dice así: «...se debió tomar en cuenta que la acción del partícipe no cualificado en un delito especial propio se debe sancionar teniendo en cuenta que en él no concurría el especial elemento personal que fundamenta la punibilidad».

«Ciertamente, cuando se trata de las relaciones personales con el ofendido, el derecho vigente sólo contiene una disposición referente a los elementos personales que modifican la responsabilidad (art. 60 C.P. 73). La Ley no contiene, por el contrario una norma que establezca cual es el criterio que se debe aplicar en aquellos casos en los que la circunstancia de la que carece el partícipe tiene una función fundamentadora de la punibilidad, como ocurre con las características de la autoría en los delitos especiales propios como la apropiación indebida. Sin embargo, es un imperativo del principio de proporcionalidad que la individualización de la pena debe adecuarse a la gravedad de lo ilícito de la culpabilidad y, esta última, como es comúnmente admitido, es menor cuando menor es la entidad de lo ilícito».

«A partir de estos principios se debe aplicar el criterio del art. 60.1.º (efecto individual de las relaciones personales) en forma analógica in bonam partem, dado que la falta de la relación personal que fundamenta la punibilidad, debe tener efectos similares a los de una circunstancia atenuante.»

En esta sentencia se aplica el art. 60.1.º como una atenuante, en relación con el art. 61.1.º C.P. 73 —hoy sería el art. 65.1.º en relación con el art. 66.2.º C.P. 95—.

Cabe citar también las Sentencias de 18 de enero de 1994 —caso de la construcción de Burgos— y de 2 de febrero de 1994 (RA. 759/94, ponente Sr. Monner Muñoz). En esta última sentencia se dice que: «...puede utilizarse, por vía indirecta, el contenido del artículo 60 del Código Penal que se refiere a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal como determinante cuando haya lugar a ello, de una atenuante analógica del artículo 9.10 del propio Código, con el fin de conseguir una mayor individualización de la pena. La contribución del cooperador necesario no funcionario al resultado es decisiva, aunque el

desvalor de la acción puede ser menor al no ser partícipe cualificado y no infringir deberes derivados de especiales relaciones personales».

Esta sentencia, referida a un delito de fraude del artículo 400 CP 73 como puede observarse, a diferencia de las anteriores, invoca expresamente el artículo 9.10 CP 73 —hoy 21.6.º CP 95 como fundamento legal de la aplicación analógica «in bonam partem» (permitida) del art. 60 CP 73 —hoy art. 65— al caso concreto.

En la misma línea cabe, asimismo, citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1994 (RA.5031 ponente Sr.Ruiz Vadillo) relativa a un delito de prevaricación.

Dicha doctrina jurisprudencial, cabe, a mi juicio, aplicarla también a la participación en los delitos de infidelidad en la custodia de documentos, que son delitos especiales.

D) Sujeto pasivo. La Administración pública. El tercero perjudicado

El sujeto pasivo lo es únicamente la Administración Pública por cuanto es el titular del interés cuya ofensa constituye la esencia del delito (Antolisei): el correcto funcionamiento de la Administración Pública.

Como más adelante se verá en el nuevo artículo 413 CP 95 ya no se exige la producción de daño —grave o no grave— de tercero o de la causa pública, como se exigía en el art. 364 del Código Penal.

De ello se deriva que el tercero no puede ser sujeto pasivo del delito de infidelidad en la custodia de documentos, aunque sí puede ser «perjudicado» (por ejemplo el sujeto activo destruye una letra de cambio de la que es tenedor dicho tercero).

Los conceptos de sujeto pasivo y perjudicado no siempre coinciden. Este segundo concepto es más amplio, porque abarca no sólo al *titular* del interés lesionado de modo central (esencial) por el delito, sino a todos los que soportan consecuencias perjudiciales más o menos directas. Así, en el homicidio la víctima es el sujeto pasivo y sus familiares, los perjudicados. El concepto de perjudicado posee trascendencia a efectos de responsabilidad civil¹⁴.

¹⁴Cfr. S. MIR PUIG, «Derecho Penal» Parte General. PPU-1990, p. 214.

E) Parte subjetiva del tipo penal: El dolo. Exclusión de la moralidad imprudente, tendencia político-criminal de reducción de la imprudencia punible a favor de la responsabilidad patrimonial del Estado o a favor de la vía disciplinaria

El nuevo Código Penal ha zanjado la polémica doctrinal respecto a si los tipos de infidelidad en la custodia de documentos permitían la comisión imprudente o sólo la dolosa, a favor de esta última posición, ya defendida por F. MUÑOZ CONDE¹⁵, E. ORTS¹⁶, QUERALT¹⁷, BUSTOS¹⁸, HORACIO ROLDÁN¹⁹ y por las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1933, Sentencia de 14 de febrero de 1959, RA.386, Sentencia 9.12.70, RA 5193, e implícitamente las antiguas sentencias de 28 de enero de 1889 y de 10 de diciembre de 1895. Y ello *en contra* de la doctrina mayoritaria²⁰, y de las sentencias del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1987, 24 de octubre de 1990, RA. 8229, 21 de febrero de 1995, RA. 2006, entre otras.

Ello se debe a la ausencia de una modalidad imprudente *ad hoc* en el nuevo Código Penal, que establece un sistema de incriminación «numerus clausus» de «crimina culposae», al establecer el artículo 12 CP 95 que «las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley».

La falta de dicha modalidad imprudente obedece a la tendencia político-criminal de reducir la presencia de la imprudencia en el Derecho Penal, confiándola al capítulo de la responsabilidad patrimonial de la Administración o a la vía administrativa disciplinaria²¹.

Además, el tipo subjetivo exige un dolo de intención al utilizar la expresión «*a sabiendas*». En la comisión por omisión el dolo o la forma equivalente al mismo consiste en *conocer* a): las circunstancias que exigen el deber de actuar (posición de garante) y el peligro de producción

¹⁵ Vide F. MUÑOZ CONDE, Derecho Penal. Parte Especial 10.ª Edición, pp. 814 y 815.

¹⁶ E. ORTS, Derecho Penal. Parte Especial. Vol. I, 1987, p. 445.

¹⁷ J. J. QUERALT, Derecho Penal Español. Parte Especial. 199 p. 586.

¹⁸ J. BUSTOS, Manual de Derecho Penal, p. 441.

¹⁹ Horacio ROLDÁN BARBERO, «Sobre el delito de infidelidad en la custodia de documentos», op. cit., p. 1063.

²⁰ A favor de la incriminación culposa cabe citar a QUINTANO, «Curso de Derecho Penal» p. 559; CUELLO CALÓN, Derecho Penal. Parte Especial II, 13.ª ed., Barcelona 1972, pp. 410 y 411; RODRÍGUEZ DEVESA, Derecho Penal, p. 1147.

FERRER SAMA y DÍAZ VALCÁRCEL afirmaban la posibilidad de la comisión imprudente respecto de las conductas de destruir y ocultar, pero no de la conducta de sustraer. (FERRER, Comentarios IV, p. 111; DÍAZ VALCÁRCEL, «Infidelidad ...», op. cit., p. 510).

²¹ Así Horacio ROLDÁN BARBERO, «La infidelidad en la custodia de documentos», LA LEY, de 10.6.96, número 4.054, p. 2.

del resultado; y b) su propia capacidad de acción para evitar el resultado (STS 24.10.90).

II. LAS PARTICULARES FIGURAS DELICTIVAS: LA INFIDELIDAD MATERIAL. EL ARTÍCULO 413 CP 1995

Dice así: «La Autoridad o funcionario público que, a sabiendas, sustrajere, destruyere, inutilizare u ocultare, total o parcialmente, documentos cuya custodia le esté encomendada por razón de su cargo incurrirá en las penas de prisión de uno a cuatro años, multa de siete a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años».

A) La conducta típica

La conducta típica del art. 413 CP consiste en «*sustraer, destruir, inutilizar u ocultar, total o parcialmente documentos* cuya custodia esté encomendada por razón de su cargo a la autoridad o funcionario público.

El término sustraer no es muy adecuado, pues el funcionario o autoridad detentan ya (o tienen acceso), por razón del cargo, los documentos, es decir, son ya poseedores, por lo que parece que hubiera sido más ilustrativo el término «apropiarse» (aunque sin concurrir el ánimo de lucro, pues si existe debe acudir al concurso de delitos medial, así en los casos de apoderamiento de la correspondencia por parte del funcionario de Correos con sustracción del dinero contenido en el sobre, STS 1.7.44, 12.2.62, 21.9.62, 25.4.72, etc). Dicha conducta puede tener lugar respecto de «todo» o «parte» de los documentos.

La modalidad de acción de sustraer debe interpretarse en el sentido de privar a la Administración del documento (el cual en una interpretación teleológica parece que ha de ser esencial o trascendente para el correcto desempeño de sus funciones por parte de la Administración), de excluir su eficacia, y no como un mero acto de apoderamiento o uso. De este modo, en principio, y salvo la posibilidad de las conductas típicas de los artículos 415 y 417 CP, no será típica la sustracción de un documento del que la Administración guarde copia —y lo sabe el funcionario, pues de no saberlo cabría la tentativa— o el simple apoderamiento de una copia, siempre que no se excluya la eficacia del documento o se impida que cumpla las funciones que le son propias²².

²²Cfr. Fermín MORALES PRATS y M.^a José RODRÍGUEZ PUERTA. Comentarios al Nuevo Código Penal, Ed. Aranzadi, pp. 1811 y 1812.

Por «destruir» se entiende la extinción material del documento, que es irreversible (se incluye el incendio, así STS 27.2.85), y que puede afectar a todo el documento o una parte del mismo (parece que no cabe subsumir en esta destrucción parcial la apertura por funcionario de Correos del sobre o paquete postal diligenciándolo luego hacia su destino, pues el documento no queda destruido, ni parcialmente, manteniendo su originaria eficacia, incurriendo el funcionario de correos en los artículos 415 o 198 CP, aplicable el primero si el sobre abierto contiene informaciones o secretos relativos a la Administración, y aplicable el segundo, si el sobre abierto contiene información perteneciente a los particulares, afectando a su intimidad, si concurre además el elemento subjetivo del injusto característico del artículo 198 en relación con el artículo 197 CP²³).

El nuevo Código Penal ha introducido la nueva modalidad «inutilizar», que significa perder la eficacia del documento, y que se refiere especialmente a los documentos informáticos, que pueden ser inutilizados sin ser destruidos materialmente (así borrar un diskette informático). Dicha inutilización de documentos puede ser también total o parcial.

Pero deben distinguirse las conductas de destrucción o inutilización de documentos (sobre todo si es parcial) con las conductas de alteración de un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial, que constituyen el delito de falsedad documental de los artículos 390 a 392 CP.

Finalmente la conducta de «ocultar» ha sido interpretada por el Tribunal Supremo en el sentido del separar el documento de su curso colocándolo en situación de difícil hallazgo o de guardar o dilatar sensiblemente su entrega, impidiendo que surta los fines a que corresponden su contenido y destino (así, STS 14.4.62, 9.12.70, 22.3.75, 10.6.87, 29.6.90, 9.10.91, RA 7587, 22.9.93, RA 6853, y 2.3.95, RA 1790 etc.) La STS de 24.10.90 afirma que el concepto de ocultación requiere, además que la situación de los documentos sea desconocida por quien tenga legítimo acceso a los mismos (las partes y el Tribunal) y su descubrimiento requiera operaciones de búsqueda que por el tiempo y despliegue de esfuerzos que conllevan impliquen una perturbación del servicio público.

El delito del artículo 413 C constituye un delito especial propio (no tiene correspondencia con un delito común salvo la modalidad de destrucción, que se correspondería con el delito de daños) de modo que cuando la conducta típica haya sido cometida por un funcionario público que ocasionalmente ha accedido a los documentos, sin estar éstos ni es-

²³ Así Fermín MORALES PRATS y M.^a José RODRÍGUEZ, op. cit., p. 1812.

En cambio, Horacio Roldán sostiene que la modalidad de destrucción parcial abarca el supuesto de la apertura de sobre o paquete postal (anterior artículo 366 CPA), en «La infidelidad en la custodia de documentos». LA LEY ..., op. cit., p. 3.

pecífica ni genéricamente a su cargo, o por un particular, salvo el supuesto del art. 416 CP, no puede apreciarse el delito²⁴ —aunque, si en su caso la infracción de daños, que normalmente constituiría una falta—.

En el nuevo artículo 413 CP han desaparecido los criterios de determinación de la pena dependiendo del resultado producido —la gravedad o no del daño a la causa pública o a terceros—.

B) ¿Delito de resultado o de mera actividad?

Se trata de un delito de resultado espacio-temporalmente, requiriéndose la correspondiente relación de causalidad e imputación objetiva de resultado, cabiendo todas las formas de imperfecta realización del tipo (art. 16.1 CP).

No se trata de un delito de mera actividad porque el resultado no se produce simultáneamente con la actividad, sino de un delito de resultado porque es imaginable teóricamente —y en eso se distingue del delito de mera actividad— la existencia de una distancia espacio-temporal entre movimiento corporal y resultado²⁵.

C) ¿Cabe la comisión por omisión? La STS 24.X.90

Se discute por la doctrina si el delito de infidelidad material puede ser realizado en comisión por omisión.

Dos argumentos principalmente se han esgrimido en contra. El primero de ellos consistía, bajo la vigencia del anterior Código Penal, en la ausencia de una cláusula general que autorizara la comisión por omisión, de modo que su admisión podría infringir el principio de legalidad; el segundo, consistía en que en los artículos 365 y 366 CPA el legislador castigaba expresamente la modalidad de «consentir el funcionario el quebrantamiento de los sellos», o «la apertura sin la autorización competente de papeles o documentos cerrados».

El primero de dichos argumentos ya no es aplicable al nuevo Código Penal, porque éste ha introducido ya dicha cláusula general en el artículo 11; y el segundo todavía puede mantenerse, pues el artículo 414 utiliza expresamente la modalidad típica «*consiente*» la destrucción o inutilización de los medios puestos para impedir el acceso restringido a los documentos, y el artículo 415 que tipifica expresamente la conducta

²⁴ Así F. MORALES y M.^a José RODRÍGUEZ. Comentarios ..., p. 1811.

²⁵ Vide Enrique GIMBERNAT, «Otra vez: los delitos contra la propiedad intelectual» en Política Criminal y Reforma Penal. Homenaje a la memoria del Profesor Dr. D. Juan del Rosal EDERSA, p. 600.

del funcionario que sin la debida autorización *permittere* acceder a documentos secretos cuya custodia le esté confiada.

Hubiera sido preferible, o bien, que el artículo 413 CP también castigare expresamente el *permitir* sustraer, destruir, inutilizar u ocultar documentos, por parte del funcionario público que tuviera encomendada su custodia por razón de su cargo, o bien, que en los artículos 414 y 415 no se mencionara expresamente las modalidades de «permitir o consentir».

Sin embargo, cabe sostener que si los artículos 414 y 415 CP son menos graves que el artículo 413 CP, en cuanto a la pena, y castigan las modalidades de consentir y permitir respectivamente, no hay razón político-criminal, ni *valorativa*, ni *estructural*, que impida la comisión por omisión en el artículo 413 CP, siempre que se den todos los requisitos legales²⁶. Así la idea de «*equivalencia*» según el sentido del texto de la ley», constituye, según una perspectiva centrada tanto en el principio de legalidad como en el de proporcionalidad, *el criterio rector de todo el precepto* (art. 11 CP), de modo que, desde luego, para la imputación de un delito en comisión por omisión será preciso efectuar un juicio de equivalencia en sentido estricto (entre la omisión apreciada y la comisión activa del delito) de modo adicional a la mera constatación de la obligación legal, contractual o derivada de injerencia de evitar el resultado. (así, Jesús M.^a SILVA SÁNCHEZ).

Lo esencial es que el documento cumpla las funciones a que estaba destinado, de lo que es garante el funcionario público o autoridad, por lo que la no evitación dolosa de esa pérdida de eficacia del documento, puede resultar plenamente equiparable a su destrucción²⁷.

En la jurisprudencia del Tribunal Supremo se mantiene la posibilidad de la comisión por omisión en la infidelidad material, en la importante Sentencia TS en la de 24 de octubre de 1990, RA 8229, ponente D. Enrique Bacigalupo Zapater, recaída en recurso de casación entre la sentencia de la Audiencia que condenó al procesado José M.R. como autor de un delito culposo de infidelidad en la custodia de documento del artículo 364 CPA.

En el Fundamento de Derecho segundo del recurso del procesado dice esta sentencia: «En realidad la cuestión que bajo la problemática de la culpa presenta el recurrente se refiere a la posibilidad de admitir una

²⁶El artículo 11 CP dice: «Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción:

a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.

b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido, mediante una acción y omisión precedente».

²⁷Así F. MORALES y M.^a José RODRÍGUEZ, Comentarios. Op. cit., p. 1814.

realización por omisión del tipo del art. 364 C.P.: la cuestión de la omisión de la acción típica no se debe confundir con la referente a la falta del cuidado debido y exige un tratamiento previo, dado que al procesado no se le imputa haber destruido, sustraído u ocultado activamente documentos —los sumarios que desaparecieron—. Ciertamente el art. 364 no contiene una definición expresa de la forma omisiva, sin embargo, ello no impide, en principio, que la realización del tipo penal se puede llevar a cabo mediante una omisión...».

«La infidelidad en la custodia de documentos es un delito propio de los funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo. Como tal, protege fundamentalmente la seriedad del ejercicio de la función pública en un Estado de Derecho. Desde esta perspectiva es claro que no sólo adquieren carácter típico los comportamientos activos de destrucción, ocultación y sustracción, sino también los omisivos consistentes *en no impedir* que los documentos sean destruidos, ocultados o sustraídos, pues resulta verdaderamente indiferente para el bien jurídico que su vulneración tenga lugar de una u otra manera; en ambos casos acción u omisión de impedir el resultado, el funcionario *infringe el deber de custodiar* los documentos que constituye la columna vertebral del tipo penal del art. 364 CP. Precisamente en estos casos, en los que el tipo penal se estructura sobre la infracción de un *deber especial de protección* frente a determinados bienes jurídicos, la doctrina ha reconocido que es posible afirmar que cabe tanto una realización activa como omisiva del tipo».

«...se trata de una omisión de cumplimiento de un deber de garantía que resulta *equivalente* a la realización activa del tipo penal. En efecto, esta equivalencia, que tiene carácter esencial para la configuración de una comisión por omisión o un delito impropio de omisión se corresponde *valorativamente* con el hecho positivo y posee un sentido social equivalente a la comisión activa del tipo. En los delitos de resultado dicha equivalencia no ofrece dificultades, pues no se requiere, por regla, una acción de cualidades específicas, siendo suficiente con la aptitud causal del comportamiento. Este último es precisamente el caso del art. 364 CP, que sólo requiere un resultado sobre el objeto de la acción (los documentos) que se debe concretar en la destrucción o desaparición de los mismos ...»

«En suma, la omisión de cumplimiento del deber de garante, es decir, del especial deber de evitar la ocultación de los documentos, es bien diferente de la realización de una acción sin el cuidado debido ...»

D) La autoría y la participación

La infidelidad material, delito especial propio, no constituye un delito de propia mano, como en nuestra opinión sí lo es el delito de prevari-

cación, por lo que puede ser cometido por el funcionario público o autoridad que custodien el documento por razón de su cargo —quienes reúnen las condiciones especiales de autoría— *directa o indirectamente*, es decir, mediante la utilización de otro como instrumento (autoría mediata): así, cuando el funcionario hace destruir a su secretaria particular (extraneus) unos documentos confiados a aquél por razones de su cargo (intraneus) (art. 28 párrafo primero «in fine» del CP 95). Autor mediato es en este ejemplo el funcionario, mientras que la secretaria particular, que carece de la condición de funcionario público, es un *instrumento inidóneo para ser autor* («instrumento doloso no cualificado»). Y es autor mediato el funcionario, en este ejemplo, porque es el sujeto *causante* del hecho típico, que no puede realizar el extraneus al no reunir las condiciones especiales de autoría —ser funcionario público que tiene confiados documentos por razón de su cargo— De otro modo, si se considerare al hombre de atrás sólo inductor —como ocurre en los delitos que no son especiales propios— no podría ser castigado dicho funcionario —pese a causar la lesión del bien jurídico protegido en el art. 413 CP— porque el instrumento *no realiza* el hecho antijurídico de dicho precepto, principio de *accesoriedad* de la participación)²⁸, surgiendo entonces una inadmisibile *laguna de impunidad*²⁹.

En cuanto a la participación, al tratarse de un delito especial propio la infidelidad material cabe sostener sin problemas que el extraneus que participa en el hecho del intraneus (funcionario custodio de los documentos) constituye un inductor, cooperador necesario o cómplice del delito de infidelidad en la custodia de documentos del art. 413 CP, remitiendo-

²⁸ Así, MIR PUIG, S. Derecho Penal. PG, pp. 402, 403. Así también, pero desde la perspectiva del *dominio del hecho* del intraneus, WELZEL, ZStW 58 (1939), pp. 543-544. Strafrecht, 1965, p. 93; GALLAS, Deutsche Beiträge, 1957, pp. 254 y ss.; KOHLRAUSCH LANGE, StGB, 1961, antes del párrafo 47 I 3, p. 159, estiman que lo tiene porque, como él es el sujeto cualificado del delito especial propio, de él depende también que se produzca o no un hecho punible; si el ejecutor realizase el hecho sin ser inducido por el intraneus, no habría delito en absoluto.

Sin embargo, dicha perspectiva de dominio del hecho en el sentido de control del hecho no es correcta pues siempre es el ejecutor doloso que *actúa libremente* quien tiene el control del hecho, salvo que se quiera utilizar u operar con dos criterios completamente distintos de dominio del hecho. El sujeto que actúa desde atrás tiene el dominio del hecho si el autor inmediato, por el motivo que sea —miedo insuperable, error, etc.—, no es libre al ejecutar la acción delictiva; en los supuestos en que el ejecutor actúa libremente, sólo hay inducción.

De pronto, en los *delitos especiales propios*, se afirma que, aunque el ejecutor actúe libremente, el intraneus que le induce no es inductor, sino autor mediato; con ello se abandona para esta clase de delitos el contenido que se ha dado al dominio del hecho en todos los demás. Cfr. Enrique GIMBERNAT, «Autor y Cómplice en Derecho Penal», 1966, p. 262.

²⁹ Vide nota anterior.

nos a lo dicho supra con carácter general a los diversos tipos de infidelidad documental.

E) Causas de justificación

Cabe invocar especialmente la eximente de estado de necesidad, siempre que concurran sus requisitos (art. 20.5.º CP 95).

Así, quedaría justificada la conducta del funcionario, que tuviera encomendada la custodia de un documento, de ocultamiento fuera de las dependencias oficiales para evitar, en caso de guerra o situación equiparable, que sujetos incontrolados pudieran apoderarse del mismo.

Es discutible si constituye una causa de atipicidad o de justificación (cumplimiento o ejercicio legítimo del cargo) el apoderamiento por el funcionario de un documento o expediente cuya custodia ostente, sacándolo de las oficinas públicas y llevandoselo a su domicilio particular para resolverlo —al disponer en dicho domicilio de una buena biblioteca—, para precisamente mejorar el rendimiento del servicio en el que aquél desarrolla su actividad.

QUERALT opina que se trata de una acción *atípica*³⁰ y que todo lo más integraría un ilícito disciplinario. En mi opinión es atípica la acción si se produce el resultado positivo del mejoramiento del rendimiento de servicio, al faltar la imputación objetiva del resultado, por *disminución del riesgo*; o bien entender, que en dicho caso no se afecta el bien jurídico protegido; en caso contrario parece que la acción estaría justificada por la eximente de ejercicio legítimo del cargo (Art. 20.7.º CP).

En todo caso, al concurrir el ánimo de mejorar el servicio, se desplaza el dolo de sustracción, por lo que faltaría el *tipo subjetivo*, sin que pueda realizarse el delito imprudentemente, según hemos ya visto.

F) Concursos

Cabe concurso de leyes entre el artículo 413 y el artículo 198 en relación con el 197 CO que deberá resolverse a favor del principio de especialidad, a favor del art. 198 CP, siempre que el documento sustraído, destruido o inutilizado se refiera a informaciones relativas a los particulares que afecten a su intimidad y el funcionario actúe con ánimo de descubrir el secreto o vulnerar la intimidad del particular (por ejemplo, el supuesto del funcionario de Correos que sustrae una carta dirigida a un particular para acceder a su contenido. Si falta dicho ánimo de descu-

³⁰ Vide J. J. QUERALT, Derecho penal Español. P. E. Vol. II, p. 596

brir el secreto o vulnerar la intimidad del particular, dicho supuesto sólo podría subsumirse en el artículo 413 CP; en el caso de concurrir ánimo de lucro y consistir la correspondencia sustraída en una cantidad de dinero, un billete de lotería, un cheque, etc, habría concurso ideal (medial) real, con un delito patrimonial de hurto, estafa o malversación de caudales públicos, dependiendo de cuál sea la naturaleza del objeto sustraído (así, STS 1.6.93. RA 4694, y 2 de Diciembre de 1993. RA. 1267).

Cabe concurso medial entre el art. 413 CP y el art. 408 CP.

También es posible concurso de leyes entre el art. 413 y el art. 535, a favor del primero, siempre que la intervención de la correspondencia privada postal o telegráfica implique su ocultación, destrucción, inutilización o sustracción, y el funcionario o autoridad tenga a su cargo la custodia de la correspondencia. En cambio, se aplicará el art. 535 aunque el sujeto activo tenga a su cargo la custodia de la correspondencia si la intervención de la correspondencia no implica ocultamiento, destrucción, inutilización o sustracción y el funcionario actúa mediando causa por delito y con violación de las garantías constitucionales o legales.

El art. 413 CP puede entrar en concurso con el delito de cohecho (art. 419 CP) si aceptada la dádiva o su promesa, el funcionario sustrajera, destruyera o inutilizara un documento cuya custodia le estaba encomendada.

Asimismo cabe que tras la ocultación o sustracción del documento el funcionario altere alguno de los elementos o requisitos esenciales del mismo, en cuyo caso el artículo 413 CP puede quedar desplazado por el delito de falsedad cometido por funcionario público (art. 390 CP, o bien podrá apreciarse un concurso entre ambos delitos, si, por ejemplo, el empleado publico oculta el documento para alterarlo, y una vez modificado lo reintegra³¹.

Parece que también se da un concurso de leyes entre el art. 413 CP y el artículo 560 CP (cuyo bien jurídico es la paz y el orden público). Respecto del delito de revelación de secretos cabe negar la manifestación de QUINTANO de que este último es una especie de *uso* del quebrantamiento documental del capítulo precedente». (vide sus Comentarios al Código Penal, T. I. pág. 705); puesto que ambos tipos, de revelación de secretos —en lo que lo esencial en éste es la comunicación a un tercero del objeto del secreto o de la información que no debe ser divulgada, y no siendo imprescindible el elemento documental— y la infidelidad en la custodia de documentos —en que sí es imprescindible dicho elemento documental— *tienen distinta configuración típica*, además de diferenciarse en que en el delito de revelación de secretos el sujeto conoce siempre

³¹Vide F. MORALES y M.^a José RODRÍGUEZ en «Comentarios....», op. cit., p. 1815.

previa y lícitamente el contenido del secreto o información que no debe ser divulgada, lo que no ocurre normalmente en el delito de infidelidad en la custodia de documentos del artículo 413 CP (y no ocurre nunca en los delitos de los artículos 414 y 415).

III. EL ARTÍCULO 414 CP. EL QUEBRANTAMIENTO DE LOS MEDIOS PARA PROTEGER LOS DOCUMENTOS DE ACCESO RESTRINGIDO

Dice así: «1. A la Autoridad o funcionario público que, por razón de su cargo, tenga encomendada la custodia de documentos respecto de los que la autoridad competente haya restringido el acceso y que, a sabiendas destruyera o inutilice los medios puestos para impedir este acceso o consienta su destrucción o inutilización, incurrirá en la pena de prisión de seis meses a un año o multa de seis a veinticuatro meses y, en cualquier caso, inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años.»

«2. El particular que destruyere o inutilizare los medios a que se refiere el apartado anterior, será castigado con la pena de multa de seis a dieciocho meses».

Dicho precepto viene a coincidir esencialmente con el artículo 365 CPA que castigaba al funcionario público que teniendo a su cargo la custodia de papeles o efectos sellados por la autoridad, quebrantare los sellos o consintiere su quebrantamiento.

Sin embargo, se distingue de dicho precepto antecesor en que el nuevo Código Penal se refiere sólo a documentos y no a efectos (excluyéndose por tanto las cosas muebles) y ampliando la conducta de quebrantamiento de sellos al quebrantamiento de cualquiera medios o barreras puestos para impedir el acceso restringido de los documentos.

Es sujeto activo de este delito (art. 414 CP), el funcionario público o autoridad que detente la custodia de documentos que tienen la condición, dada por la autoridad competente, de acceso restringido. Así, pues lo normal será que el sujeto activo no esté autorizado para acceder al contenido del documento.

Asimismo puede ser sujeto activo del art. 414.2 que es un delito común, el particular o el funcionario que no detente la custodia del documento ni genéricamente, siendo castigados con una pena atenuada respecto del sujeto activo del artículo 414.1.

A) Conducta típica: a) Tipo objetivo. La modalidad omisiva

Consiste en el artículo 414.1 en «*destruir o inutilizar* los medios puestos por la autoridad competente para impedir o restringir el acceso a un documento, o *consentir* su destrucción o inutilización».

Puede, así, realizarse el tipo por acción u omisión. (Comisión por omisión).

El objeto de la conducta no es tanto el documento como las *barreras impuestas* para impedir el acceso al mismo, que deberán ser acordadas previamente por la autoridad competente (así la existencia de una clave informática de acceso al documento, una cerradura, un sello, etc, de modo que la conducta típica consistiría entonces en la destrucción de dicha clave informática, de la cerradura, del sello, etc.).

Y al tratarse de un delito de resultado espacio-temporalmente, caben todas las formas de realización imperfecta (art. 16 CP), consumándose el delito con la destrucción o inutilización de los medios o barreras de protección de los documentos, sin que se requiera un posterior acceso al contenido de los mismos, en cuyo caso habrá concurso ideal de delitos con el art. 415 CP. Si además de los medios se destruye el documento, habrá concurso ideal de delitos con el art. 413 CP.

En el artículo 414.2, la conducta típica consiste en destruir o inutilizar los medios a que se refiere el apartado anterior».

Sin embargo, en este apartado, a diferencia del primero, no se menciona expresamente la conducta omisiva de «consentir su destrucción o inutilización», lo cual es coherente, pues el particular no tiene posición de garante alguna en qué fundamentar la comisión por omisión, es decir, no tiene el deber de custodia del documento, y por ende, no tiene la obligación de preservar los medios impeditivos de acceso al documento.

b) Tipo subjetivo. El nuevo término «a sabiendas»

El tipo objetivo ha de ser realizado «a sabiendas», por lo que se trata tanto el art. 414.1 como el art. 414.2 de delitos *dolosos*, sin que pueda incriminarse la modalidad imprudente, que, por cierto, no está tipificada expresamente en el CP 95 (art. 12 CP). De este modo no cabe castigar el error de tipo «vencible» que resulta impune, al no haber estructuralmente la modalidad imprudente (art. 14.1 in fine CP).

B) CONCURSO.— El artículo 414 desplaza el delito del art. 415 CP en aquellos supuestos en los que, pese haberse producido un ilícito acceso al documento, previamente se han destruido o inutilizado los medios, puestos para restringir su acceso lo que deriva de la cláusula expre-

sa de subsidiariedad que, encabeza el art. 415 CP: «La autoridad o funcionario público no comprendido en el artículo anterior».

IV. EL ART. 415 CP. LA INFIDELIDAD RESPECTO A DOCUMENTOS SECRETOS

Dice así: «La autoridad o funcionario público no comprendido en el artículo anterior que, a sabiendas y sin la debida autorización, accediere o permitiere acceder a documentos secretos cuya custodia le esté confiada por razón de su cargo incurrirá en la pena de multa de seis a doce meses, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años.»

En este precepto se castiga la *violación de secretos* contenidos en documentos cuya custodia le esté confiada al funcionario por razón de su cargo, quien tiene el deber de vigilar, es decir, se castiga el acceso ilícito a documentos secretos por parte del funcionario no autorizado para conocer su contenido.

El bien jurídico protegido es la preservación de la confidencialidad de documentos, esencial, para el correcto desempeño de funciones públicas. Este se puede ver perturbado cuando se reduce la eficacia del documento, al ser conocido por sujetos no legítimos.

A) Tipo objetivo. La modalidad omisiva. Secretos oficiales

¿Exclusión de «informaciones que no deben ser divulgadas por interpretación sistemática Art. 417 CP?

La conducta típica consiste en que la autoridad o funcionario público, no comprendido en el artículo anterior a sabiendas y sin la debida autorización, *acceda o permita acceder a documentos secretos* cuya custodia le esté confiada por razón de su cargo.

El sujeto activo solo puede serlo el funcionario público o autoridad bajo cuya custodia se encuentre el documento. Así quedan fuera del círculo de posibles autores los particulares y los funcionarios que no tienen atribuidas facultades de custodia sobre el documento ni de carácter general (esto último ocurriría cuando el funcionario tiene la *posibilidad de hecho* de acceder a los documentos secretos, por ejemplo por encontrarse éstos bajo la custodia del organismo al que pertenece el funcionario. STS 6.3.95. RA 1809).

Se echa en falta en el art. 415 CP, una cláusula semejante a la existente en el apartado 2 del art. 414 CP, relativa al particular como posible sujeto activo del delito, produciéndose al no darse dicha cláusula en el art. 415 CP una injustificada laguna legal en la tutela del secreto en el

ámbito de la Administración Pública (paliada en parte por los arts. 197 y 198 CP, que castigan al particular y al funcionario, respectivamente que con el ánimo de descubrir los secretos o vulnerar la *intimidad* de otro, sin su consentimiento, se apodera de documentos —versando el secreto sobre cuestiones que afectan a la intimidad—)³².

Se echa, asimismo, en falta en el art. 415 un subtipo agravado de acceso ilícito a los secretos documentales con posterior revelación, como el del art. 197.3 en relación con el art. 198 CP que sí se prevee cuando la información revelada afecta a la intimidad.

La conducta típica, consistente, como se ha dicho, en acceder *ilícitamente* al contenido secreto de un documento o en permitir a un tercero el acceso al mismo, puede, pues, cometerse por acción u omisión, si bien parece que la modalidad omisiva, al suponer *revelar* aunque de *forma indirecta* el secreto a un tercero contiene un *plus de desvalor*, por lo que es criticable la equiparación expresa que efectúa el legislador entre la modalidad activa y la omisiva³³. Además si se comparan las penas de la «revelación indirecta» del art. 415 CP con las del delito de revelación de secretos del art. 417 CP, se constata que las penas del art. 415 son *sustancialmente más bajas* que las penas del art. 417 CP, en especial si de la revelación resulta grave daño a la causa pública o a un tercero³⁴.

Se distingue la conducta típica del delito de revelación de secretos del art. 417 CP, en que este último el sujeto activo *tiene un previo conocimiento lícito* de secreto o información que no debe ser divulgada, mientras que en el artículo 415 CP, el sujeto activo no tiene dicho conocimiento previo y lícito, sino que *viola el secreto* (de ahí que se denomine por la doctrina el delito del art. 415 CP de «*violación de secretos*») contenido en el documento que custodia por razón de su cargo, pero que no le es permitido acceder a su contenido.

Además en el delito de revelación de secretos lo esencial es la *comunicación a un tercero* del objeto del secreto o de la información que no deber ser divulgada, que no debe revestir necesariamente una constancia documental.

El documento (vide el art. 26 CP) tiene que ser «*secreto*».

El concepto de secreto es jurídicamente controvertido, de ahí que

³² Vide. F. MORALES y M.^a José RODRÍGUEZ, en Comentario al Nuevo Código Penal..., op. cit., p. 1820.

³³ Así F. MORALES y M.^a José RODRÍGUEZ, en Comentarios al Nuevo Código Penal, op. cit., p. 1821.

³⁴ Así la revelación indirecta del art. 415 CP, se castiga con las penas de multa de 6 a 12 meses e inhabilitación especial por tiempo de 1 a 3 años y en el artículo 417 el tipo básico de revelación se castiga con multa de 12 a 18 meses. Y el tipo agravado con pena de prisión de 1 a 3 años.

escépticamente CALKER haya afirmado que «el concepto de secreto es todavía, en la Ciencia del Derecho Penal, un secreto»³⁵.

Sin embargo, existe consenso en la definición usual de secreto como «un hecho conocido sólo por un número limitado de personas, en cuya ocultación el afectado tiene un interés»³⁶.

«La cuestión fundamental, como dice A. JORGE BARREIRO³⁷, a planterar no es la del concepto de secreto, sino la de su relevancia jurídico-penal: se trata de un problema de tipicidad del secreto³⁸, cuya delimitación se deriva —como apunta Bayo Fernández³⁹— del bien jurídico que la norma trata de proteger (seguridad del Estado, intereses públicos de la Administración, la esfera de la intimidad del sujeto particular o intereses comerciales o industriales)».

El bien jurídico protegido en el artículo 415 CP lo constituye el interés de la Administración en mantener la confidencialidad del contenido de los documentos que posee, al considerarse dicha confidencialidad esencial para el correcto funcionamiento de las funciones públicas.

Cabe afirmar que «los documentos secretos» a que se refiere el art. 415 CP se refiere exclusivamente a los secretos «oficiales» no alcanzando a los secretos «privados» de que dispone la Administración, (pudiendo ser entonces de aplicación el art. 198 CP, si afecta a la intimidad).

Esta interpretación restrictiva es sustentada por Horacio ROLDÁN BARBERO, quien afirma que el art. 417 CP protege tanto el secreto oficial como el de particulares (el primero en el apartado 1 de dicho precepto y el segundo, en el apartado 2), mientras que el artículo 415 *solo tutela el secreto oficial*. Asimismo dicho autor, en una interpretación sistemática del art. 415 en relación con el art. 417 CP excluye del ámbito del art. 415 el concepto de informaciones que no deben ser divulgadas, pues el art. 415 CP alude sólo y exclusivamente a los documentos secretos mientras que el art. 417 alude a una dualidad: «secretos o informa-

³⁵ CALKER, Der Landesverrat. Rechtspolitische Bemerkungen Zum Entwurf, Von 1929, en F. für FRANK, II, 1930, p. 259, citado por Agustín Jorge BARREIRO en «Descubrimiento y Revelación de Secretos. Un estudio de Derecho Penal Español. (art. 497-499 del C.P. Español) en Revista de Derecho Público. Año VIII, Vol. II, número 87, abril-junio 1982, p. 253, y nota 18.

³⁶ SHÜNEMANN, B., Der Strafrechtliche Schutz Von Privatgeheimnissen, en ZStW 1978, p. 13. En un mismo sentido y en la doctrina española RODRÍGUEZ DEVESA, en Derecho Penal Español, P.E. 8.ª ed., Madrid-1980, pp. 325 y 326 define el secreto como «un hecho sabido sólo en un círculo limitado de personas respecto al cual es afectado no quiere, conforme a su interés, que sea conocido de otros». Vide STS de 12.3.92 (caso Amedo).

³⁷ A. Jorge BARREIRO, op. cit., p. 254.

³⁸ QUINTANO RIPOLLÉS, Tratado I. Vol II, p. 1004.

³⁹ BAJO FERNÁNDEZ, Derecho Penal Económico, p. 281.

ciones ... que no deben ser divulgadas»⁴⁰. Y añade que «frente al deber genérico de sigilo que compete al funcionario ex. art. 80 de la Ley de Funcionarios Civiles y art. 10 de la Ley de 12.5.87 sobre condiciones de trabajo y participación de los funcionarios de la Administración Pública, en otras normas jurídicas se supedita la reserva a una declaración específica de secreto por el órgano competente (secreto sumarial —en la Ley de Enjuiciamiento Criminal ex. art. 302.2— materias reservadas al amparo de la Ley de Secretos Oficiales). Pues bien, sólo respecto a este último tipo de reserva puede entrar en juego la norma del art. 415 CP, no así también respecto a documentos que sean expresión del genérico, deber de sigilo de los funcionarios, los cuales sólo encontrarán protección penal, en su caso, por la vía del art. 417, en cuanto respecto a ellos, la conducta del funcionario consista en una revelación»⁴¹. Si el documento contiene información relativa a la Administración, para que ésta pueda ser considerada secreta es necesario que tal calificación venga impuesta por una norma jurídica o que, en todo caso, el objeto sobre el que versa la información integre uno de los supuestos para los que la ley habilita tal calificación⁴².

Son secretos oficiales, por ejemplo, los secretos estadísticos, los secretos en materia económica y tributaria, el secreto sanitario, el secreto de los miembros del Gobierno y de los parlamentarios, los secretos procesales —el secreto sumarial, el secreto declarado judicialmente de las diligencias de procedimiento—, etc.

Deben excluirse sin embargo del ámbito del artículo 415 CP —y también del art. 417 CP— aquellos secretos oficiales y públicos relativos a delicadas materias objeto de protección general en otros preceptos penales por razón del específico bien jurídico tutelado. Así el delito de traición del artículo 584 —antes art. 122 bis CPA— que castiga al español que, con el propósito de favorecer a una potencia extranjera, asociación u organización internacional, se procure, falsee, inutilice o revele información clasificada como reservada o secreta, susceptible de perjudicar la *seguridad nacional o la defensa nacional*...»; artículos 598 a 603, que son delitos especiales respecto del art. 415 CP al tutelar la defensa nacional. El artículo 598 ubicado en la Sección 1.ª titulada: «Del descubrimiento y revelación de secretos e informaciones relativas a la defensa nacional» del Capítulo III titulado «De los delitos relativos a la defensa nacional del Título XXIII, castiga al «que sin propósito de favorecer a una potencia extranjera, se procurare, revelare, falseare o inutilizare información legalmente calificada como reservada o secreta relacionada

⁴⁰ ROLDÁN BARBERO, «La infidelidad en la custodia de documentos», op. cit. LA LEY 1996.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² F. MORALES y M.ª José RODRÍGUEZ, op. cit., p. 1821.

con la seguridad nacional o la defensa nacional ...»; el artículo 53 del Código Penal Militar. Ley Orgánica 13/1985 de 9 de Diciembre, que castiga estos últimos hechos si el sujeto activo es militar. Ni que decir tiene que el delito del art. 415 CP quedará desplazado, también, si los secretos documentales a los que se accedió ilícitamente afectan a la intimidad de los particulares (art. 197 y 198 CP) o si media una investigación por delito de interceptación de cualquier clase de correspondencia privada, postal o telegráfica con violación de las garantías constitucionales o legales (art. 535), o mediando delito de interceptación de telecomunicaciones o utilizarse artificios técnicos de escuchas, transmisión, grabación o reproducción del sonido, de la imagen o de cualquier otra señal de comunicación, con violación de las garantías constitucionales ... (art. 536).

Respecto del *objeto* sobre el que recae la acción del art. 415 CP, la cláusula expresa de subsidiaridad que encabeza este precepto: «*La autoridad o funcionario público no comprendido en el artículo anterior*» lo limita a sólo aquellos documentos secretos sobre los que la autoridad competente no ha acordado la imposición de medidas tendentes a restringir el acceso a los mismos, o que existiendo dichas barreras o medidas, éstas no han sido destruidas o inutilizadas por el funcionario para acceder al contenido del documento.

F. Morales y M.^a José Rodríguez, entienden que es posible apreciar un concurso de delitos y no de leyes entre los artículos 415 y 413 CP, cuando el funcionario *sustraе* un documento secreto que se encuentra bajo su custodia, pero no le está permitido el acceso al mismo, con la finalidad, por ejemplo, de conocer su contenido.

De sostenerse, según dichos autores, que el delito de infidelidad material en la custodia de documentos consume el posible acceso ilícito a la información contenida en el documento, se estarían valorando de idéntica forma situaciones materialmente distintas. De no optarse por la solución del concurso de delitos, se incurriría en la incorrección de equiparar la conducta del funcionario que, conociendo de forma lícita los secretos documentales, priva a la Administración de la disponibilidad del documento, con la de aquél, que sin conocer el contenido de éstos, los *sustraе* precisamente con la finalidad de conocer intelectualmente la infracción allí recogida⁴³.

Finalmente, cabe afirmar que la «notoriedad», es decir, cuando el conocimiento se extiende a un círculo no limitado —funciona como *causa de atipicidad*, no siendo punible el descubrimiento del secreto—⁴⁴.

⁴³ Cfr. F. MORALES y M.^a JOSÉ RODRÍGUEZ, op. cit., p. 1823.

⁴⁴ Sobre la notoriedad cfr. BAJO FERNÁNDEZ, Derecho Penal Económico, pp. 283 y 284. Ed. Civitas, 1978.

B) Tipo subjetivo

El delito del artículo 415 del Código Penal es esencialmente doloso, pues el legislador expresamente ha introducido la expresión: «*a sabiendas*» referida a la conducta del tipo objetivo, al igual que hiciera en los artículos 413 y 414 de dicho cuerpo legal, lo que impide estructuralmente la presencia del tipo imprudente —por otra parte no castigados expresamente por el legislador del 95— de modo que no puede castigarse el error de tipo «*vencible*», que resultaría impune al no caber estructuralmente la imprudencia (art. 14.1 «*in fine*», —como ocurre en los tipos de los artículos 413 y 414 CP en que el legislador también ha introducido expresamente el término «*a sabiendas*» referido a la conducta típica objetiva—.

No hay duda de que la expresión «*a sabiendas*» alcanza al *dolo directo* (tesis tradicional en el delito de prevaricación del funcionario), y, por consiguiente, que el sujeto activo del delito tiene que *conocer* todos y cada uno de los elementos del tipo objetivo.

Sin embargo, existe un importante sector doctrinal que afirma que el «*a sabiendas*» alcanza también al *dolo eventual*, aunque no a la culpa consciente. Así cabe citar respecto del anterior delito de cheque en descubierto —art. 563 bis párrafo primero tras la reforma de 1963— la tesis del *dolo eventual* mantenida por SUÁREZ MONTES, quien distinguía entre «*conocimiento*» y «*grado de certidumbre*»⁴⁵; también DEL ROSAL, COBO y RODRÍGUEZ MOURULLO⁴⁶; igualmente E. OCTAVIO DE TOLEDO para el delito de prevaricación del funcionario⁴⁷.

La expresión «*a sabiendas*» puede alcanzar también al *dolo eventual*, sobre todo si se preconiza la teoría de la representación o de la probabilidad⁴⁸.

La función del «*a sabiendas*» consistiría en trazar una frontera entre todo lo doloso (incluido el *dolo eventual*) y todo lo culposos (sea consciente o inconsciente).

⁴⁵ SUÁREZ MONTES, Rodrigo Fabio, «El cheque en descubierto». Barcelona. Ediciones Ariel, 1965, p. 50.

⁴⁶ Juan del ROSAL, Manuel COBO, Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO, Derecho Penal Español (Parte Especial). Delitos contra las personas, Madrid, 1962, pp. 494 y 495.

⁴⁷ Cfr. E. Octavio de TOLEDO Y UBIETO, «La prevaricación del funcionario público». Editorial Civitas, p. 371.

⁴⁸ Véase sobre la teoría de la representación el artículo de E. GIMBERNAT: «Acerca del *dolo eventual*», en Estudios de Derecho Penal. Editorial Tecnos, S.A. 1990, pp. 244 y ss., 249 ss.

V. EL ARTÍCULO 416 DEL CP

Dicho precepto deriva del artículo 366 párrafo segundo del CPA.

Dice así: «Serán castigados con las penas de prisión o multa inmediatamente inferiores a las respectivamente señaladas en los tres artículos anteriores los particulares encargados accidentalmente del despacho o custodia de documentos, por comisión del Gobierno o de las autoridades o funcionarios públicos a quienes hayan sido confiados por razón de su cargo, que incurran en las conductas descritas en los mismos».

Se trata de una cláusula de extensión de la responsabilidad a los particulares cuando efectúen los comportamientos típicos de los artículos 413, 414 y 415 —a cuya descripción típica se remite expresamente el art. 416 CP— si bien *con una penalidad inferior* a diferencia de su antecesor, el art. 366.2 CPA que establecía la misma penalidad que los funcionarios.

El particular debe estar encargado *accidentalmente* del *despacho o custodia* de documentos por comisión del Gobierno o de las autoridades o funcionarios públicos a quienes hayan sido confiados, por razón de su cargo, es decir, es preciso que la entrega del documento al particular sea legítima. Se trata sobre todo de un «encargo fáctico» al particular⁴⁹ o que puede alcanzar también al concesionario de la Administración pues el comisionado fáctico y el contratista no entran en el concepto de funcionario público del art. 24 CP, al faltar los tres títulos de habilitación: disposición inmediata de la Ley, elección o nombramiento de autoridad. Actualmente el tipo de conductas que generalmente podrán dar lugar a la aplicación de la presente cláusula serán las cometidas por empresas privadas dedicadas a la custodia y transporte de toda clase de objetos documentales⁵⁰.

⁴⁹ Así ROLDÁN BARBERO, op. cit., LA LEY 1994, pp. 1056 y ss. Refiriéndose en especial al siglo XIX, hace mención de los casos a que era aplicable dicha cláusula extensiva de la responsabilidad penal al particular: «los encargos fácticos para llevar y gestionar papeles y documentos. Estas encargadurías eran relativamente frecuentes en el ámbito de las Administraciones locales y de las carterías rurales, en las que sus representantes carecían a veces incluso de instrucción, de ahí que comisionaran la llevanza administrativa en meros particulares. Y estos encargos se verificaban sin forma jurídica especial». «Vide las sentencias del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1884 y de 20 de enero de 1915, en las que fueron condenados unos particulares comisionados *de facto* por unos carteros rurales, y la de 28 de enero de 1919, en la que se llegó incluso a condenar al particular que había recibido un encargo de hecho por el contratista de la Administración.»

⁵⁰ Horacio ROLDÁN BARBERO, op. cit., p. 1059 y nota 13.

«Al no ejercer hoy el servicio de Correos una competencia exclusiva de dichas materia resulta imprescindible alinear al personal de esas empresas privadas entre los sujetos activos de dicho delito. A tal alineamiento no hay obstáculos jurídico-positivos: si el art. 366.2 del CP contempla el caso de los meros comisionados accidentales, con más razón

Debe tenerse presente, que en el caso de los Abogados y Procuradores que ostentan competencias, por razón de su oficio, para diligenciar o ser detentadores de documentos, a los que la jurisprudencia del TS ha aplicado el art. 366.2 CPA —precepto antecesor al actual art. 416 CP—, (así la STS de 6 de junio de 1961 que condenó por el delito de infidelidad documental a un abogado), el nuevo Código Penal ha introducido entre los delitos contra la Administración de Justicia el artículo 465, que incrimina a dichos profesionales que interviniendo en un proceso, con abuso de su función, destruyeren, inutilizaren u ocultaren documentos o actuaciones de las que hubieran recibido traslado en tal calidad.

El artículo 366.2 CPA mencionaba expresamente a los eclesiásticos. lo que ya no hace el nuevo artículo 416 CP por ser dicha mención innecesaria, al seguir incluyéndose a los eclesiásticos —como a otros profesionales que tienen entre sus funciones la custodia, la fe pública o el diligenciamiento de documentos— en la categoría de «*los particulares*» habilitados por un título de comisión al que se refiere genéricamente el art. 416 CP⁵¹. Sin embargo, puede ocurrir que un eclesiástico sea «*funcionario*» a los efectos penales (así, los capellanes castrenses, de prisiones, de hospitales) en cuyo caso será aplicable directamente, sin acudir a la cláusula de extensión de la responsabilidad del art. 416 CP, los tipos de los artículos 413, 414 y 415.

Finalmente debe examinarse la relación existente entre el artículo 414.2 y el art. 416 del CP, en los que actúa igualmente un particular como sujeto activo.

La diferencia se encuentra, en mi opinión, en que en el art. 414.2 no es necesario que exista una concreta vinculación entre el particular y el objeto tutelado, el documento. En cambio, el art. 416 CP exige que el particular esté *encargado* accidentalmente del despacho o custodia de documentos por *comisión* del Gobierno, o de la autoridad o funcionario público.

Respecto de la penalidad el art. 414.2 señala una pena atenuada

deben comprenderse en la cláusula extensiva los que ejercen una comisión regular en el servicio: tanto si la realizan de manera autónoma o por concesión administrativa específica». Vide las sentencias del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1977, en la que se condenó al empleado de una *empresa contratada por Correos* para el reparto de la correspondencia, y la de 25 de febrero de 1985, en la que se llegó a idéntico pronunciamiento en el caso de unos particulares *contratados* para el reparto de propaganda electoral.

⁵¹ La extensión expresa que hacía el art. 366.2 a los eclesiásticos estaba justificada históricamente porque durante siglos los registros parroquiales han sido la única fuente documental acreditativa del estado civil. Aún hoy en día, las partidas bautismales pueden suplir deficiencias del Registro, y el matrimonio canónico produce plenos efectos civiles.

PACHECO se refería a dicha justificación histórica y a la custodia por parte del eclesiástico de los archivos de Tribunales Eclesiásticos en «El Código Penal concordado y comentado, T. II, p. 423» citado por Luis M. Díaz Valcárcel, en *Infidelidad en la custodia de documentos*, NEJ/XII, 1965, p. 508, nota 3.

para el particular en relación *con el funcionario*, de multa de 6 a 18 meses, y parece que el art. 416 CP señala para el particular la pena inmediatamente inferior a la establecida para el funcionario en los arts. 413, 414 y 415 CP. Esta parece ser la interpretación correcta teleológica y sistemáticamente.

Es cierto que literalmente el art. 416 CP establece para el particular comisionado «las penas de prisión o multa inmediatamente inferiores a las respectivamente señaladas en los tres artículos anteriores». Y las respectivamente señaladas en los tres artículos anteriores no se refieren siempre al funcionario, pues el art. 414.2 se refiere expresamente al particular, con lo que cabría decir, que el particular comisionado del art. 416 podría aplicársele la pena inmediatamente inferior a la señalada para el particular de art. 414.2 CP.

Sin embargo, esta interpretación no debe ser sustentada, pues sería contrario al fin de la norma que se castigara *menos* al particular «comisionado», es decir que tuviera una concreta vinculación con el objeto tutelado —por ejemplo, de custodia— que el particular que no tuviera dicha concreta relación.

Además el art. 416 CP se refiere a los tres artículos anteriores —413, 414, 415 CP— y sólo el artículo 414 contiene una expresa cláusula de extensión de la responsabilidad al particular, lo que no ocurre en los artículos 413 y 415 CP.

Por todo ello debe concluirse que el art. 416 CP señala las penas inmediatamente inferiores a *las señaladas a los funcionarios* en los artículos 413, 414.1 y 415 CP.

EL DELITO DE REVELACIÓN DE SECRETOS E INFORMACIONES POR FUNCIONARIO PÚBLICO (ARTS. 417 Y 418 CP)

I. CONCEPTO DE SECRETO. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El «secreto» no se encuentra definido en la Ley pero actualmente se acepta como definición usual del secreto «un hecho conocido sólo por un número limitado de personas, en cuya ocultación el afectado tiene un interés»⁵². Secreto es el conocimiento reservado a un círculo limitado de

⁵² SHÜNEMANN, B., Der Strafrechtliche Schutz von Privatgeheimnissen «en ZSEW» 1978, p. 113.

En la doctrina penal alemana cabe citar a la teoría de la voluntad (*willenstheorie*) (concepción subjetiva), según la cual el secreto es un acto de voluntad encaminado a otorgar al conocimiento reservado el carácter de secreto, y la teoría del interés (*Interesstheorie*) (concepción objetiva), según la cual, el secreto se caracteriza en el interés en su

personas y oculto a otras. El secreto es ese conocimiento reservado, pero no el objeto sobre el que incide.

Las cosas no son «secreto»⁵³, las cosas son el objeto del secreto (el hecho, la circunstancia, la situación, la declaración, etc.) o el vehículo material de la expresión que lo incorpora (el documento, la carta, la radiografía)⁵⁴.

No todo secreto merece protección jurídico-penal, por lo que, en realidad, la cuestión verdaderamente importante es su relevancia jurídico-penal, se trata de un problema de tipicidad. El criterio para delimitar la tipicidad del secreto no es otro que el que se deriva del bien jurídico que la norma trata de proteger⁵⁵. en el caso del artículo 417 CP es relevante la revelación de secretos que afecten a los intereses públicos de la Administración, cuya *confidencialidad debe ser preservada*, y, por ende, al correcto funcionamiento de la función pública. En cambio, la revelación del secreto será típica en el delito de traición del artículo 584 CP si afecta a la seguridad nacional o a la defensa nacional; la revelación del secreto será también relevante jurídico-penalmente si afecta a la intimidad de las personas (art. 198 CP); o si la revelación del secreto de empresa afecta a intereses comerciales o industriales (arts. 278 a 280 CP), etc.

II. EL ART. 417 CP 95. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El art. 417 CP 95 dice así:

«1. La autoridad o funcionario público que revelare secretos o informaciones de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo y que no deben ser divulgados, incurrirá en la pena de multa de doce a dieciocho meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años.»

«Si de la revelación a que se refiere el párrafo anterior resultara grave daño para la causa pública o para tercero, la pena será de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a cinco años.»

mantenimiento. (cfr. MAURACH SCHROEDER, *Strafrecht*, Bd., T. I. p. 245). Sin embargo ya SEELIGER observó que decir: «yo tengo *interés* en que algo no sea conocido, equivale a decir: yo quiero que algo no sea conocido».

⁵³Eb. SCHMIDT, *Der Artz im Strafrecht*, Leipzig, 1939, p. 122.

⁵⁴M. BAJO FERNÁNDEZ, *Derecho Penal Económico aplicado a la actividad empresarial* «Editorial Civitas, S.A., 1978, pp. 278 y 279, quien cita a CRESPI, *La tutela penale del segreto*, Palermo, 1952, y a KOSTORIS, S., *Il segreto come oggetto della tutela penale*, Padova, 1964, y a GÓMEZ SEGADÉ, *El secreto industrial* (prólogo de Fernández Novoa), Madrid, 1974.

⁵⁵Así BAJO *ibídem*, p. 281.

«Si se tratara de secretos de un particular, las penas serán las de prisión de dos a cuatro años, multa de doce a dieciocho meses, y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años.»

El bien jurídico protegido en este delito, como en todos los delitos contra la Administración pública, lo constituye *el correcto funcionamiento de la Administración pública*, de modo que es necesario mantener el secreto *por los funcionarios por razones de interés público* para garantizar la eficacia de algunas decisiones adoptadas por la Administración. Es decir, se tutela la confidencialidad de determinados secretos o informaciones que se estima necesarios, para la correcta obtención de los fines públicos, que no sean conocidos por terceras personas, para justificar el deber del funcionario de guardar secreto por razones de interés público, que con la difusión de determinadas informaciones se puede ocasionar un *daño* a la Administración, que debe ser *cierto, real y efectivo*⁵⁶. Y todo ello sin que se rechace terminantemente que exista una infracción del deber de lealtad en los delitos de funcionarios públicos y, aún menos, en los delitos de revelación de secretos por funcionario público, lo que sucede es que en esa infracción «no reside el contenido de la antijuridicidad de tales delitos»⁵⁷⁻⁵⁸.

⁵⁶ Así Rafael REBOLLO VARGAS, «La revelación de secretos e informaciones por funcionario público» CEDECS, Barcelona, 1996, pp. 63 y 64.

Dice este autor: «en buena lógica si el efecto de la revelación es irrelevante para la causa pública entendemos que efectivamente se incumple con el deber de guardar secreto del funcionario público, pero si el bien jurídico protegido no ha sufrido ningún daño o éste no reviste la suficiente entidad, probablemente, la opción penal no sea la adecuada para sancionar esos comportamientos».

⁵⁷ Cfr. Octavio de TOLEDO, «La prevaricación de funcionario público», op. cit., p. 256.

⁵⁸ Caracterizar los delitos de funcionarios públicos y, en especial, la violación de secretos como simple y *exclusivamente infracciones del deber*, además de castigar un inequívoco carácter no democrático y totalitario, sería desacertado por una segunda razón no menos contundente de que no toda infracción del deber pueda o deba ser constitutiva de una infracción penal.

Así, existen distintos grados en el incumplimiento del deber de lealtad que se le debe al Estado y no todos son o pueden ser merecedores de sanción penal, sino que se debe atender al grado de incumplimiento de la obligación en el funcionario, es decir, a la gravedad de la deslealtad, con lo cual habrá *infracciones exclusivamente administrativas e infracciones de carácter penal*. Por ejemplo, no puede tener la misma entidad la pena que se imponga a un funcionario público que revela el contenido de un sumario, previamente declarado secreto que la sanción administrativa que pudiera imponerse al mismo funcionario *por una simple indiscreción* sin trascendencia alguna acerca del contenido del referido sumario.

En caso contrario, en el supuesto de homogeneizar todas las infracciones, no existiría la posibilidad de diferenciar la infracción de deber a la que le correspondiera una sanción penal atendiendo a la gravedad de la infracción, de aquellas otras de menor entidad en las que no sería precisa la intervención penal. (Cfr. R. REBOLLO VARGAS, «La revelación...», op. cit., p. 63 y 64).

A) Antecedentes

El art. 367 CPA y el art. 398 del Proyecto de Código Penal de 1992.

El artículo 367 CPA introducido en la LO 9/1991 de 22 de marzo constituye el precepto antecesor al actual artículo 417 CP, cuyo texto es prácticamente análogo a aquél, si bien cabe destacar que el art. 367 CPA y el 368 se recogían bajo un único capítulo, el CAPÍTULO IV cuya rúbrica rezaba: «DE LA REVELACIÓN DE LOS SECRETOS E INFORMACIONES Y DE LA INFORMACIÓN PRIVILEGIADA Y SU USO INDEBIDO», del Título VII: «De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos».

En el Código Penal de 1995, el delito de revelación de secretos se recoge en el Capítulo IV: «DE LA INFIDELIDAD EN LA CUSTODIA DE DOCUMENTOS Y DE LA VIOLACIÓN DE SECRETOS», del Título XIX: Delitos contra la Administración pública. Y el art. 368 CPA pasa a ser el nuevo artículo 442 ubicado en el Capítulo IX «De las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función» del mismo Título XIX. A su vez, se introduce el artículo 418 relativo al particular que aprovechar para sí o para tercero el secreto o la información privilegiada que obtuviere de un funcionario público.

Si se comparan el art. 367 CPA y el art. 417 CP, se observa por lo general en este nuevo precepto un ligero *incremento del rigor punitivo*, acentuado en la revelación de secretos de un particular por parte del funcionario público.

Así, en el primer párrafo se señalan las penas de *multa de 12 a 18 meses* —en el art. 367 CPA era multa de 100.000 a 200.000 pts.— e *inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 1 a 3 años* —en el art. 367 CPA, pena de suspensión—; en el subtipo agravado del párrafo segundo, se señala pena de prisión de 1 a 3 años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a cinco años —en el art. 367 CPA prisión menor e inhabilitación especial; y en el tercer párrafo, revelación de secretos de un particular, el art. 417 señala las penas de *prisión de 2 a 4 años*, multa de 12 a 18 meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de 1 a 3 años— en el art. 367 CPA, las penas eran de *arresto mayor*, suspensión y multa de 100.000 a 500.000 pesetas.

El proyecto de Ley Orgánica de 1992 se encuentra, en cuanto a rigor punitivo, entre el artículo 367 CPA y el art. 417 CP 95. En efecto, el art. 398 en la revelación de secretos de un particular se señala la pena de 6 meses a un año —mientras que el art. 367 CPA castigaba con la pena de arresto mayor y el art. 417 CP 95 con la pena de prisión de dos a cuatro años— y multa de 12 a 18 meses y suspensión de empleo o

cargo público por tiempo de uno a tres años —igual que el art. 417 CP—. Asimismo en el subtipo agravado del párrafo segundo se castiga con la pena de prisión de 6 meses a tres años —cuando en el art. 417 CP es de uno a tres años—, etc.

B) Sujeto activo

El sujeto activo es un funcionario público o autoridad que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo de secretos o informaciones que no deben ser divulgadas. El círculo de posibles autores se restringe a aquellos funcionarios que conocen los secretos o informaciones *por razón del cargo*, es decir, que ostente el *acceso lícito* al contenido del secreto o información que revelen —como ya ocurría en el art. 367 CPA.— a diferencia del art. 415 CP antes examinado en que el acceso es ilícito.

Queda fuera del delito del art. 417 CP la revelación llevada a cabo por un funcionario no legitimado para conocer el secreto o la información, que la revela tras acceder a ella ilícitamente. Esta laguna legal no se produce sin embargo en los supuestos de aplicación del artículo 198 en relación con el art. 197.3 CP, cuando la información revelada afecta a la intimidad, en que se ha previsto expresamente un tipo agravado de acceso ilícito con posterior revelación ilícita.

Se trata de un «delito especial propio» (no caben, pues, ni la coautoría ni la autoría mediata del extraneus pero sí del intraneus, funcionario que suministra información a un periodista que la publica) porque no tiene correspondencia con otro delito común, resultando impune la conducta del particular o funcionario no legitimado que revele tales secretos o informaciones, y también la conducta del particular *receptor* —el art. 417 CP, es un tipo de participación necesaria— de la comunicación del secreto o información, que simplemente la revela a terceros, salvo el supuesto excepcional expresamente tipificado en el artículo 418 CP (de que el particular receptor del secreto o la información *aprovechare* con ánimo de lucro para sí o para un tercero el secreto o la información privilegiada que obtuviere de un funcionario público —ilícitamente—) y siempre que no sean de aplicación los tipos de los artículos 197 y ss. CP.

Como tal delito especial propio, cabe las formas de participación (inducción, cooperación necesaria, etc., del particular en el hecho del funcionario legitimado que tiene el *deber de sigilo o discrección* derivado de la custodia «ideal» del secreto o la información.

C) Sujeto pasivo

Es la Administración Pública, el ente público, y, eventualmente, un particular.

D) Conducta típica

a) *Tipo básico*: art. 417.1 párrafo primero.

a') *Tipo objetivo*.

El Secreto a que se refiere el precepto comprende *únicamente* los secretos *oficiales o administrativos*, pues los secretos de los *particulares*, se regulan en el art. 417.2 CP. Además dicho secreto no se refiere únicamente a los documentos, sino también al que no tiene constancia documental (a diferencia del art. 41.5 CP que sólo se refiere al secreto documental).

Lo mismo ocurre en «*las informaciones*», que al igual que el secreto no deben ser divulgados, tratándose de *informaciones confidenciales* que no deben ser conocidas por terceras personas no legitimadas, referidas a datos o hechos que afecten a la actividad administrativa o a terceros, sin que haya necesidad de su constancia documental.

La diferencia entre los secretos y las informaciones oficiales reside en que aquéllos requieren una *previa declaración legal*⁵⁹, mientras que las informaciones únicamente deben versar sobre cuestiones de carácter confidencial por afectar a datos sensibles para la Administración o con trascendencia para terceros⁶⁰.

La conducta típica consiste en «*revelar*» *secretos o informaciones oficiales o administrativas* a un tercero no legitimado, que no deben ser divulgadas por el funcionario o autoridad, y de los que hayan tenido conocimiento «por razón de su oficio o cargo», es decir *lícitamente*, cuando está expresamente facultado para ello⁶¹.

El tipo objetivo requiere necesariamente como mínimo de dos suje-

⁵⁹ Vide Fermín MORALES PRATS-María José RODRÍGUEZ PUERTA, Comentarios ..., op. cit., p. 1826; QUERALT, «Derecho Penal Español. Parte Especial». Vol. II, p. 597; MUÑOZ CONDE, F., Derecho Penal. P. E., p. 772; R. REBOLLO VARGAS, «La revelación...», op. cit., p. 1721; LÓPEZ BARJA, Manuel, D. Penal, P. E. III, pp. 268-269, afirma que dicha ley ha de ser orgánica. Lo niega ORTS «Revelación y uso indebido de secretos e informaciones» CGPJ, 1994, p. 219.

⁶⁰ Cfr. F. MORALES PRATS/M.ª José RODRÍGUEZ PUERTO en Comentarios ..., op. cit., p. 1826. Dichos autores ponen como ejemplo de «*información*» confidencial el contenido de un plan urbanístico que todavía no ha sido aprobado por el pleno municipal.

⁶¹ Así TRÄGER, en Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar, Berlín, 1988, pp. 134 a 137; LENCKNER SCHÖNKE-SHRÖDER, Strafgesetzbuch, München, 1991, p. 2321.

tos, el *emisor* y el *receptor*, castigándose solo la conducta de *revelación del emisor* pero no la conducta de recepción de la información de receptor, por tratarse este último de un partícipe necesario, que es aquél que exige la intervención necesaria de además del sujeto activo, otro sujeto, normalmente la víctima, pero no siempre⁶².

El término «*revelar*» es, en nuestra opinión sinónimo de «*divulgar*» «poner en conocimiento de otro», mientras que el término «*descubrir*» es sinónimo de «*conocer*»⁶³.

Debe tenerse presente que la rúbrica del Capítulo IV del Título XIX reza: «...Y DE LA VIOLACIÓN DE SECRETOS», mientras que la rúbrica del Capítulo I del Título X, dice: «DEL DESCUBRIMIENTO Y REVELACIÓN DE SECRETOS» referido a los delitos contra la intimidad.

En una interpretación derivada de dichas rúbricas, cabe decir que la revelación de secretos e informaciones oficiales por funcionario del art. 417 CP constituye una modalidad de *violación* de secretos.

La revelación de secretos o informaciones oficiales, que no deben ser divulgados, consiste en transmitir a terceros —ya se trate de funcionarios públicos o de particulares— que no conocen y que además no están facultados para conocer el contenido del secreto o la información⁶⁴. E incluye «*la entrega*» de documentos (MUÑOZ CONDE).

Se debate si es típica la revelación de cualquier clase de secreto o cualquier clase de infracción⁶⁵.

En mi opinión, no será típica la revelación de informaciones confi-

⁶² Valga como ejemplo de tipos de participación necesaria, por ejemplo el delito de estupro, en el que además del sujeto activo se requiere la colaboración de otra persona con la cual el primero tiene el acceso carnal (art. 434 CPA) (hoy son los llamados abusos sexuales de los arts. 181 y 182 CPA 95).

⁶³ Así también un importante sector doctrinal encabezado por PUIG PEÑA en «Descubrimiento y revelación de secretos» en N.E.J. T. III, 1955, p. 242; QUINTANO RIPOLLÉS, A., «Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal» (edición revisada por GIMBERNAT ORDEIG, E.), Madrid, 1972, pp. 1011-1105; LANDROVE DÍAZ, C., «Descubrimiento y revelación de secretos» en III Jornadas de Profesores de Derecho Penal, Santiago de Compostela, 1976; COBO DEL ROSAL, M., «Sobre el apoderamiento documental para descubrir los secretos de otro» (párrafo segundo del art. 497 del Código Penal), AOPCP, 1971, p. 683, Nota n.º 13, etc.

En cambio, Jorge BARREIRO, A., afirma que el término «descubrir» se utiliza en el sentido de «divulgar» por el legislador penal. «Descubrimiento y revelación de secretos. Un estudio de Derecho penal español» RDP, 1983, pp. 265 y 266. Ello es cierto respecto del art. 368CP anterior a la reforma de 1991: «El funcionario público que sabiendo, por razón de su cargo, los secretos de un particular, los *descubriere*, incurrirá...».

⁶⁴ Cfr. R. REBOLLO VARGAS, «La revelación de secretos e informaciones por funcionario público», op. cit., p. 132.

⁶⁵ R. REBOLLO VARGAS, op. cit., p. 132. F. MORALES, «La tutela penal de la intimidad: privacy e informática», Barcelona, 1984, p. 267; F. MORALES/M.ª José RODRÍGUEZ. Comentarios..., op. cit., p. 1827.

denciales de menor entidad, sin trascendencia, que no afecten materialmente al bien jurídico protegido, sin perjuicio de que pueda ser objeto de sanción administrativa o civil.

En el caso del secreto oficial —que requiere una previa declaración expresa inmediata o mediata de la ley— la revelación es más controvertida, pues si la ley declara el secreto normalmente será para proteger intereses públicos relevantes, aunque, sin embargo, el criterio de la afectación del bien jurídico deberá seguir siendo *esencial*, para decidir en el caso concreto si la revelación es o no típica. Así, por ejemplo, el artículo 301 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que «las diligencias del sumario serán secretas hasta que se abra el juicio oral, con las excepciones determinadas en la presente ley»⁶⁶. La revelación de una diligencia sumarial sin trascendencia alguna podría quedar fuera del tipo penal del art. 417.1 CP. Lo mismo ocurriría en el secreto de las actuaciones acordado por el Juez para las propias partes, en base a la autorización prevista en el art. 302.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁶⁷, aunque aquí será más difícil que la revelación sea atípica.

La revelación a que se refiere el art. 417.1 CP puede tener lugar bien de forma *activa*, (oral, escrita, etc,) u *omisiva*, mediante el permitir facilitar o posibilitar —el funcionario que tiene el conocimiento lícito— el libre acceso al contenido del secreto o información al tercero no legitimado, (modalidad de comisión por omisión: no evitar pudiendo hacerlo que el secreto o información pase a conocimiento de un tercero, teniendo un especial deber de custodia ideal o intelectual —posición de garante— (el art. 415 CP se diferencia del art. 417.1.º en esta modalidad de omisión impropia en que el funcionario que permite el acceso a documentos secretos a un tercero no tiene un conocimiento lícito de los referidos documentos, sino en todo caso, un conocimiento ilícito).

El delito se *consume* cuando el secreto o información revelados llega a conocimiento de un tercero no autorizado, por lo que cabe la tenta-

⁶⁶ Es la *esfera externa* del secreto sumarial (extrapartes). La revelación del secreto tiene efectos extraprocerales: la tensión entre los intereses de la justicia y la honorabilidad e intimidad de las partes, por un lado, y el derecho a la información y a ser informado por otro.

Vide PISAPIA Il Segretto istruttorio nel processo penale, Milán, 1960, p. 34.

⁶⁷ Es la llamada *esfera interna del secreto sumarial* (intrapartes). Se establece así una excepción al principio general de acceso de las partes a todas las actuaciones sumariales expresado en el párrafo primero del art. 302 LECr. El secreto sumarial interno afecta exclusivamente a las partes. El secreto interno tiende a proteger exclusivamente los fines y el resultado del proceso y suele pugnar con el derecho de defensa.

En el Codice Penale italiano se castigan las violaciones del secreto sumarial (interno) cometido por funcionarios públicos en el art. 326 con penas privativas de libertad, mientras que las revelaciones contempladas en el tipo genérico de revelaciones del secreto sumarial externo (art. 684 CP en relación con el art. 164 Codice de Procedura Penales) son sancionados exclusivamente con multa.

tiva, al tratarse de un delito de resultado, aunque no exige un daño distinto de la propia afectación del bien jurídico.

Debe resaltarse que la mayor peculiaridad del tipo del artículo 417.1 —al igual que el tipo agravado del art. 417.2 CP— es que se trata de un *tipo residual* que incluye en él los secretos oficiales cuya revelación no esté especialmente tipificada en otros preceptos y siempre que sea cometido por el funcionario que tenga conocimiento de aquéllos por razón de su cargo, esto es, lícitamente, (así quedan fuera del ámbito del art. 417 CP la revelación de los secretos de estado, regulados en los artículos 598 a 603 —defensa nacional—; los delitos de los artículos 1, 53 a 55 Código Penal Militar, si el funcionario es militar; los artículos 198 en relación con el 197 si la revelación de los secretos o informaciones afectan a la intimidad, siempre que el funcionario no tenga el conocimiento lícito de los mismos; art. 535.2 si media una investigación por delito; el art. 536.2, el art. 584, etc.).

En cambio, quedan dentro del ámbito del art. 417.1 párrafos primero y segundo la revelación de *los secretos procesales* (el secreto sumarial, de los artículos 301 y 302.2 Ley de Enjuiciamiento Criminal)⁶⁸.

También la revelación del secreto de *las deliberaciones en Consejo de Ministros* por parte de los miembros del gobierno, que son funcionarios públicos a efectos legales⁶⁹. La revelación del *secreto parlamentario* —siempre que no se refiera a materias en las que especialmente se tipifica la revelación de secretos como los relacionados con la defensa nacional—⁷⁰. Cabría añadir también en el ámbito del art. 417 CP, la revelación del secreto estadístico y de los datos censales, el secreto en materia económica y tributaria, el secreto sanitario, etc.

El tipo del art. 417.1 exige además que *los secretos o informaciones no deban ser divulgados*.

Como dice Muñoz Conde «esta referencia específica al «deber» en la configuración del tipo, lo convierte de hecho en una norma penal en blanco, pues sólo a través de otros preceptos *extrapenales* se puede saber cuando el funcionario está autorizado a revelar secretos o informaciones

⁶⁸R. REBOLLO VARGAS, entiende que la revelación del secreto sumarial del art. 301 LECr, es incardinable en el art. 367.3 —hoy 417.2 CP— «De la revelación ...», op. cit., p. 157. En mi opinión es incardinable en el art. 417.1 párrafo primero o segundo al tratarse de un secreto oficial.

Vide STC 13/1985, de 31 de Enero que establece que las limitaciones a la publicidad del sumario deben ajustarse a determinadas exigencias constitucionales: a) previsión de la excepción de la norma con rango de ley; b) justificación de otro bien jurídicamente relevante; y c) congruencia entre la medida aplicada y el valor garantizado; también STC 176/1988, de 4 de octubre; STEDH de 8 de diciembre de 1983 «Caso Aven».

⁶⁹Vide el art. 2. del Decreto de 5 de abril de 1979.

⁷⁰Vide los arts. 63 y 64 del Reglamento del Congreso de los Diputados, y los artículos 72 y 75 del Reglamento del Senado y art. 80 CE.

de que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo»⁷¹, como ya se ha dicho antes es que el secreto exige una previa declaración legal y la información no. Se ha destacado por la doctrina la excesiva extensión del tipo de revelación de secretos por funcionario público al referirse en el anterior artículo 367 CPA a *cualquier información que no deba ser divulgada*, si bien el actual 417.1 CP limita algo más el alcance del precepto al haber suprimido del tipo el término «*cualquier*» (refiriéndose a información) y hacer referencia únicamente a «*las informaciones ... que no deban ser divulgadas*».

Parece que las informaciones a que se refiere el artículo 417 CP pueden ser limitadas a las «*privilegiadas*», en una interpretación sistemática del precepto en relación con el art. 418 que sí utiliza expresamente el adjetivo «*privilegiada*» referida a información⁷².

En efecto, el artículo 442 CP —reverso del art. 368 CP— en su último párrafo «*in fine*» ofrece un concepto legal de información privilegiada derivada del art. 81 de la Ley del Mercado de Valores. (El mismo que contenía el art. 368.2 CPA): «*toda información de carácter concreto que se tenga exclusivamente por razón del oficio o cargo público y que no haya sido notificada, publicada o divulgada*».

Dada la noción legal de información privilegiada resulta muy difícil, sino imposible, reputar información, cuya revelación comporte la comisión de un delito, otra que no sea de carácter concreto y se tenga exclusivamente por razón del cargo y oficio públicos y que no haya sido notificada, publicada o divulgada, pues si se hubiese notificado, publicado o divulgado, poco sentido tendría mantener el deber de sigilo y considerar delictiva su inobservancia. Como tampoco lo tendría castigar al funcionario que comunica una noticia de la que ha sabido por conductos y motivos ajenos al ejercicio de sus funciones. Y finalmente la información habrá de presentar un mínimo de concreción para poder ser llamada así⁷³.

La información típica deberá versar sobre *materias* relacionadas con las funciones que el funcionario o autoridad tiene encomendadas (lo que

⁷¹ Cfr. F. MUÑOZ CONDE, Derecho Penal. Parte Especial. Undécima edición, revisada y puesta al día conforme al Código Penal de 1995. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 845 y 846. También R. REBOLLO VARGAS, «La revelación ...», op. cit., p. 171.

⁷² Así ORTS BERENGUER, «Revelación y uso indebido de secretos e informaciones» en Delitos de los Funcionarios Públicos C.G.P.J. 1994, pág. 221, respecto del artículo 367 CPA en relación con el art. 368.

También J. J. QUERALT, Derecho Penal Español. P. E., Barcelona, 1992, pp. 588-589.

⁷³ ORTS, ibídem, p. 221.

En el Derecho anglosajón y en varios países europeos continentales (Alemania, Francia, Suiza), la información privilegiada se define legalmente limitada al ámbito del mercado de valores. Vide RODRÍGUEZ MOURULLO, G., «La utilización abusiva de información privilegiada en el mercado de valores», Poder Judicial n.º especial n.º IX, pp. 237 y ss.

se deriva del requisito de que el funcionario tenga conocimiento de los secretos e informaciones por razón de su oficio o cargo). Y el contenido de la información habrá de revestir *cierta importancia*, en atención al carácter fragmentario del Derecho Penal o de *última ratio*, y por estar ubicadas en el mismo plano la revelación de secretos y la de informaciones —al castigarse por igual— y ser susceptible de dañar la causa pública.

En definitiva, se deja en manos del Juez la decisión de si se está ante un ilícito penal o un ilícito administrativo (informaciones de entidad y significado menores).

Asimismo, constituye un ilícito administrativo la mera infracción del deber de sigilo genérico establecido en el artículo 80 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, donde se establece que el funcionario debe «guardar sigilo riguroso de los asuntos que conozca por razón de su cargo». Deber de sigilo que es de considerable amplitud al no referirse a temas o asuntos *en concreto*⁷⁴⁻⁷⁵. El incumplimiento del deber de sigilo funcional constituye una *falta grave* «cuando las informaciones causen perjuicio a la Administración o se utilicen en provecho propio (art. 7.1; del RD 33/1986, de 10 de Enero, sobre Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración Civil del Estado). Como puede verse, no se sanciona cualquier «indiscreción», sino sólo en esas hipótesis⁷⁶⁻⁷⁷.

⁷⁴ Así Orts Berenguer, «Revelación y uso indebido ...», op. cit., p. 219. Dicho autor afirma que: «este deber (genérico) no convierte a todos los temas sobre los que recae el objeto de secreto. Éste precisa de la existencia de una ley que explícita y directamente lo declare ...».

⁷⁵ Las razones que se esgrimen para fundamentarlo son diversas, desde las que hacen referencia a que su exigibilidad supone una garantía para no perjudicar a la Administración, hasta las que apuntan que a través del deber de sigilo no se pone en peligro la eficacia de ésta. Incluso se hace mención al interés de los particulares en que no se difunden datos personales ya que, a pesar de no ser secretos, en el caso de que se hicieran públicos podrían afectar al honor o a la intimidad de éstos. Vide SÁINZ MORENO, F., «Secreto e información en el Derecho Público», en Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, E., T. III, Madrid, 1991, p. 2893.

⁷⁶ Asimismo el art. 6 de dicho RD 33/1986 señala como *falta muy grave* «la publicación utilización indebida de secretos oficiales declarados por ley o clasificados como tales».

⁷⁷ Respecto a la cuestión de la diferenciación del ilícito administrativo sancionador y el ilícito penal, vide STC 18/1981 de 8 de junio; STC 26.4.90; STS de 3.6.86 y de 9.6.86, STS 29.9.80. Con anterioridad STS 9.2.72 y 31.10.72. y STS 13.5.85.

En la doctrina cabe citar la teoría de la *diferenciación cualitativa* entre el Derecho penal y el Derecho disciplinario (LABAND, JELLINEK y ROMANO) basada en que el fundamento del Derecho disciplinario no reside en la soberanía del Estado sino en el contrato de servicio entre el funcionario y la Administración; y la teoría de la *diferenciación cuantitativa*, según la cual la diferencia no sería cualitativa sino atendiendo a la gravedad de la infracción, correspondiendo al ilícito penal la sanción más grave (avalado por el art. 603 CPA) —aunque es sabido que esto no es siempre así, pues existen multas administrativas mucho más importantes que las multas penales— (vide PACHECHO, J. F., El Código Penal concordado y comentado. T. IV, p. 75; CASABÓ RUIZ, J. R., Comentarios al

El art. 6 e) de dicho RD 33/1986 establece como falta muy grave. «La publicación o utilización indebida de secretos profesionales ...» estableciendo el art. 14 a) la posibilidad de la separación del servicio (como facultad discrecional de la Administración).

Se plantea, pues, si el bien jurídico protegido en el delito de revelación de secretos coincide o no con el bien jurídico protegido por el ilícito disciplinario. (En el primer caso cabría aplicar el principio constitucional «*non bis in idem*» (art. 25 CE): en el segundo caso, no.

En nuestra opinión, el bien jurídico protegido inmediatamente protegido en el art. 417 CP es el correcto funcionamiento de la Administración pública, mediante la confidencialidad de los secretos oficiales o particulares (plano externo de la relación Administración-ciudadano), pero mediatamente es la organización de la Administración (plano interno de la relación entre la Administración y el funcionario).

Puede pues afirmarse, que ambos ilícitos el penal y el disciplinario son *coincidentes*, por lo que la acumulación (teórica) de pena de inhabilitación especial y sanción de separación del servicio es inviable, si se atiende a la reciente jurisprudencia del TC y TS (así STC 234/91 de 10 de diciembre; STC 270/94, 17 de octubre: 6.5.88; 16.1.91, 13.9.91) por infringir el principio «*non bis in idem*»⁷⁸⁻⁷⁹.

Código Penal. T. II, p. 92; CEREZO MIR, J., «Límites sobre Derecho penal y administrativo» ADP 1975, p. 172).

Según la teoría de la diferenciación cuantitativa mediante el ilícito administrativo-disciplinario se sanciona igualmente la violación de *bienes jurídicos* (lo que niega la teoría de la diferenciación cualitativa, que distingue entre «*infracciones jurídicas*» e «*infracciones legales*». Las primeras propias de los delitos, en cuanto que se dirigen contra un derecho subjetivo; mientras que las segundas son infracciones disciplinarias que van contra la Ley y no contra el Derecho subjetivo reconocido por el Estado. Las infracciones disciplinarias no atentan contra bienes jurídicos (sino contra el deber de servicio funcional). Otra cosa distinta es que el bien jurídico protegido por el Derecho penal sea el mismo que el protegido por el Derecho disciplinario.

Según la más reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional o Tribunal Supremo (cfr STC 113/90 de 18 de junio, STC 234/91, de 10 de diciembre; STC 270/94, de 17 de octubre; STS 6.5.88, STS 16.1.91) sólo es posible la compatibilidad de la sanción penal y administrativa si existe un *diverso interés jurídico protegido* (sin que la relación de *sujeción especial* sea una excepción in totum a la vigencia del principio *non bis in idem*, recogido implícitamente en el art. 25 CE) debiendo ser la *sanción proporcionada* a tal protección. (Vide GARCÍA ALBERO, R., «Non bis in idem material» y concurso de leyes penales, Barcelona 1995, p. 64, nota 84).

⁷⁸ Así también GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «El delito de prevaricación de funcionario público». Valencia, 1994, pp. 35 y ss; REBOLLO VARGAS, R., «La revelación ...», op. cit., p. 215; Informe del C.G.P.J. al Anteproyecto de Código Penal de 1992 afirma: «sólo es posible la doble sanción penal y administrativa en las relaciones de sujeción especial. Ahora bien, eso es así, si el quebranto de la relación de la sujeción especial no se haya ya castigado con la imposición de una pena; también RODRÍGUEZ MOURULLO, G., Derecho Penal Parte General, Madrid, 1978, p. 30, quien dice: «puede suceder que la ley penal, al tipificar el hecho como delito y establecer la pena, haya tenido en cuenta los

a'') *Tipo subjetivo*.— El artículo 417.1 párrafo primero CP, es un tipo *doloso*, sin que el legislador haya previsto expresamente la comisión imprudente, por lo que dado el sistema de *numerus clausus* establecido en el Código Penal de 1995 para la incriminación de la imprudencia, (prescribiendo el artículo 12 CP que «las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley») no cabe el delito de revelación de secretos o informaciones que no deben ser divulgados en su modalidad de imprudente.

Ya la doctrina que interpretaba el anterior art. 367 CPA entendía que si bien la comisión imprudente era estructuralmente posible, no parecía político-criminalmente admisible³⁰, dejándose a salvo la responsabilidad disciplinaria para tal caso³¹⁻³². El dolo debe abarcar tanto al carácter *secreto del hecho* que se revela como la revelación de la misma.

b) *Tipo agravado* (art. 417.1 párrafo segundo CP)

Tipo objetivo: El párrafo segundo del art. 417.1 efectúa una remisión al tipo básico del párrafo primero de dicho artículo³³ y exaspera las penas de multa e inhabilitación especial del tipo básico del artículo 417.1 primer párrafo con las penas de *prisión* de uno a tres años e inhabilitación especial para cargo público de 3 a 5 años, si de la revelación de secretos o informaciones que no deben ser divulgadas resultare *grave daño* para la *causa pública* o para *tercero*.

Se trata de una *cualificación por el resultado*, respecto del cual se precisa, al menos dolo eventual en el funcionario o la autoridad³⁴ respec-

especiales deberes que, vinculen al sujeto con la Administración. En tales casos, la imposición de la pena impide la aplicación de la sanción disciplinaria. La acumulación supondría aquí castigar dos veces la infracción del mismo deber.

⁷⁹ Sin embargo, la doctrina y legislación tradicionales han admitido, en las relaciones de sujeción especial, la dualidad de castigos penal y administrativo, en base a que la sanción penal protege el *orden social*; mientras que la sanción administrativa tutela el *orden interno* (prestigio de los funcionarios o el reproche a la ausencia de «ética») —STS 19.4.85, 15.6.84, 5.10.84—.

En la legislación cabe citar el art. 127.3 de la ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y 1.3 de su Reglamento con las excepciones del art. 415.3 Ley Orgánica del Poder Judicial —y el art. 83.1 de la Ley 6/1989 de 6 de julio—, Ley de la Función Pública Vasca.

⁸⁰ Así J. J. QUERALT, *Derecho Penal Español*. P. E., Vol II. Librería Bosch, Barcelona. 1987, p. 598.

⁸¹ Así MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, P. E., 10.ª ed., p. 821.

⁸² En cambio el art. 601 CP sí regula expresamente una conducta imprudente para sí.

⁸³ Dice así: «Si de la revelación a que se refiere el párrafo anterior resultara grave daño para la causa pública o de servicio ...».

⁸⁴ Así S. MIR PUIG, al comentar el art. 442 CP en «Nombramientos ilegales, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos ...» en C.G.P.J. «Cuadernos de Derecho Judicial, XXX, 1996». También B. FEIJOO SÁNCHEZ en «Comentarios al Código Penal», Ed. Civitas, 1997, p. 1121.

to de ese grave daño. (vide extensamente la cuestión en nuestro comentario al subtipo agravado del art. 418 CP).

Puede decirse que cualquier revelación produce un daño, aunque no todo daño es de la suficiente entidad para configurar el tipo básico del art. 417.1 párrafo primero, pero ello significa confundir el año con la propia afección del bien jurídico⁸⁵. En realidad, el tipo agravado entra en juego cuando se produce un daño superior al consustancial a la lesión del bien jurídico, es decir, se produce «un plus», un daño distinto, que además ha de ser «grave»⁸⁶, cuya existencia deberá ser valorada por los Tribunales.

En mi opinión podrá utilizarse el criterio del «entorpecimiento producido al servicio público», que utiliza el propio Código Penal como expresión alternativa al daño en el artículo 432.2 (tipo agravado de la malversación de caudales públicos) —o en el art. 396 CPA—.

c) Secretos de un particular (art. 417 2 CP)

El apartado 2 del artículo 417 establece:

«Si se trata de secretos de un particular la penas serán las de prisión de dos a cuatro años, multa de doce a dieciocho meses, y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años.»

Dicho precepto tiene su antecedente en el artículo 367 párrafo tercero CPA introducido por la reforma de 1991: antes, sin embargo, constituía el artículo 368⁸⁷, manteniéndose la redacción prácticamente idéntica a la del art. 367 párrafo tercero CPA⁸⁸.

⁸⁵Es cierta, desde tal perspectiva la afirmación de Morales Prats. F de que «la revelación del secreto implica, al menos, un eventual daño a la causa pública o a un particular» en «La tutela penal de la intimidad, privacy e informática». Barcelona. 1984, p. 266: o la afirmación del mismo autor de que «siempre que se quebranta por un funcionario público el deber de fidelidad, la causa pública se ve perjudicada». En el mismo sentido CUELLO CALÓN, op. cit., p. 423 y ORTS, op. cit., p. 463.

⁸⁶CUELLO CALÓN, JASO y QUINTANO negaban que en el tipo básico se exigiera la producción de un daño (también la STS 14.4.73); JASO decía: «cuando el daño se produce es un elemento de agravación del tipo de la revelación de secretos». En derecho Penal. Parte Especial. T. II, Madrid, 1949, p. 202.

Sin embargo, dichos autores partían del entendimiento del delito de revelación de secretos como una exclusiva infracción del deber de cargo. En la actualidad, la reciente doctrina estima que el bien jurídico protegido en los delitos de los funcionarios es el correcto funcionamiento de la Administración pública, que debe servir con eficacia y objetividad los intereses generales, cuya afección a dicho bien jurídico no ha de ser en abstracto, sino estrictamente material, quedando fuera del tipo las relaciones que no tengan trascendencia o sean simples indiscreciones por parte del funcionario público.

⁸⁷El art. 368 en su redacción anterior a la ley de 1991 decía: «El funcionario público que sabiendo, por razón de su cargo, los secretos de un particular los descubriere, incurrirá en las penas de arresto mayor, suspensión y multa de 30.000 a 100.000 pesetas.»

⁸⁸El art. 367 párrafo tercero decía: «Si se tratase de secretos de un particular, las penas serán las de arresto mayor, suspensión y multa de 100.000 a 500.000 pesetas.»

La única diferencia relevante del art. 417.2 respecto de sus antecesores lo constituye la pena. En efecto, en el art. 367.3 CPA se establecía la pena de arresto mayor, suspensión⁸⁹ y multa de 100.000 a 500.000 pesetas, mientras que el art. 417.2 señala las penas de *prisión de dos a cuatro años* (pena grave con la que el CP castiga los delitos graves art. 33.2 a) y 13 CPA 95), multa de doce a dieciocho meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años.

Debe de significarse que el artículo 396 del Proyecto de Código Penal de 1992 señalaba, para el supuesto de la revelación de los secretos de un particular las penas de prisión de *seis meses a un año*, multa de doce a dieciocho meses, y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años.

La pena de prisión, era, pues ostensiblemente mucho más baja que la actual, consideraciones de política criminal han influido en tal cambio.

En efecto, la pena de prisión actualmente establecida, en el art. 417.2 CP se adecua más a las penas señaladas en los artículos 197 y 198 del CP, en los que *también* se protege el bien jurídico de la *intimidad*, con elevadas penas (así el artículo 198 en relación con el art. 197.3 CP castigan al funcionario público que fuera de los casos permitidos por la ley, sin mediar causa legal por delito, y prevaleciéndose de su cargo difunda, revele o ceda a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores (art. 197.1 y 2), —previo acceso ilícito— con las *penas de prisión de 3,5 años a 5 años, e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años*⁹⁰⁻⁹¹.

⁸⁹ Iguales penas contenía el art. 368 anterior a la reforma de 1991.

⁹⁰ El artículo 197 situado en el Título X: Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio y bajo el Capítulo Primero: «Del descubrimiento y revelación de secretos» dice así: «1. El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales o intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses».

«2. Las mismas penas se impondrán al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero».

«3. Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años si se difunde, revelen o ceden a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores ...».

⁹¹ El art. 198 CP dice: «La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la Ley, sin mediar causa legal por delito y prevaleciéndose de su cargo, realizare cualquiera de las conductas descritas en el artículo anterior, será castigado con las

c') *El bien jurídico protegido*

El bien jurídico protegido lo constituye además del correcto funcionamiento de la Administración, *la intimidad de los particulares*⁹². Se trata el art. 417.2 de una infracción «*pluriofensiva*», en la que se castiga al funcionario que accede *lícitamente* al conocimiento de los secretos del particular, *por razón de su cargo* (lo que se explicitaba en el art. 368 anterior a la Ley de 1991, hoy se entiende implícito por remisión al art. 417.1 CP, con posterior revelación ilícita. Tiene la misma estructura el art. 417.2 CP que el artículo 417.1, salvo que en este último precepto el secreto es oficial y no privado, mientras que en el art. 417.2 el secreto es *privado*, pertenece al particular, que se relaciona con la Administración pública, y que proporciona a los funcionarios especialmente encargados ad hoc, muchos datos de su individualidad, que pertenecen al ámbito de la intimidad.

c'') *El consentimiento como causa de atipicidad, y no como causa de justificación*

Del carácter privado del secreto se deriva su disponibilidad por parte del titular de dicho secreto, de modo que la revelación del secreto del particular por parte del funcionario, que conoce del mismo por razón de su cargo es *atípica* si media el consentimiento válidamente prestado —de forma expresa o tácita emitido libremente sin vicios— por el particular afectado (y no es causa de justificación el consentimiento, pues si así fuera debería aceptarse que la conducta *lesiona el bien jurídico*)⁹³.

Es cierto, sin embargo, que el CP no requiere expresa y literalmente la falta de conformidad del sujeto pasivo, pero ello constituye una exigencia *implícita*, como ocurre en el delito de detenciones ilegales (art. 163 CP). El propio artículo 197 CP, delito contra la intimidad —requiere expresamente la falta de consentimiento como elemento del tipo—.

No obstante, cuestión distinta es que el carácter de secreto —aunque

penas respectivamente previstas en el mismo, en su mitad superior y además, con la inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años.»

⁹² Así J. J. QUERALT quien afirma que el bien jurídico protegido es la intimidad personal «Derecho Penal Español. P. E., Vol. II, 1987, p. 853; Fermín MORALES PRATS-M.^a José RODRÍGUEZ, «Comentarios ...», op. cit., p. 1828.

⁹³ Lo mismo ocurre en los delitos contra el patrimonio, o en el delito de detención ilegal, o en el allanamiento de morada, en que el consentimiento del dueño de la cosa o de la persona detenida, o del morador, respectivamente, constituye causa de exclusión de la *tipicidad* de tales delitos, porque mediando el consentimiento del ofendido es indudable que *desaparece toda lesividad* de la conducta. El acuerdo (Einverständnis) del ofendido impide la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado.

El consentimiento del particular en la revelación de los secretos de éste por el funcionario sería irrelevante si se entendiera que el bien jurídico protegido en el arts. 417.1 y 2, es la «*infracción del deber de cargo*», lo que no se comparte.

afecte a un particular— venga atribuido *legalmente* bien de modo directo, o bien de modo indirecto permitiendo la Ley una declaración expresa de un determinado órgano (es el caso de secreto sumarial de los artículos 301 y 302 L.E.Criminal). En dicho supuesto el secreto es ya oficial⁹⁴ y, por tanto, indisponible, de modo que el consentimiento del particular para que sea revelado por el funcionario es irrelevante, pudiendo incurrir éste, entonces, en un delito de revelación de secretos⁹⁵. En mi opinión y, a diferencia de lo dicho por R. REBOLLO VARGAS —quien considera de aplicación el art. 367.3— hoy 417.2 CP —al supuesto de la revelación del secreto sumarial del art. 301 L.E.Cr.— las hipótesis de revelación del secreto sumarial (art. 301 L.E.Cr) y de revelación del secreto de las actuaciones declarado expresamente por el juez para las partes (art. 302.2 L.E.Cr) son ambos subsumibles en el artículo 417.1 párrafos primero o segundo del CP⁹⁶.

c'') *Tipo subjetivo. Dolo. No incriminación de la modalidad imprudente*

Dicho tipo es doloso al no incriminarse expresamente la modalidad imprudente por el legislador (art. 12 CP), lo cual constituye una opción político-criminal, pues en teoría cabría la modalidad imprudente, al igual que ocurre en el art. 417.1 CP.

En caso de error de tipo, invencible o vencible, el tipo resultaría desplazado, no cabiendo otra solución que la impunidad.

E) Causas de justificación

Cabría pensar en la causa de justificación del artículo 20.7.º del Código Penal (art. 8.11 CPA) del ejercicio legítimo de un derecho⁹⁷, en

⁹⁴J. J. QUERALT, Derecho Penal Esp., P. E., Vol.II, 1987, pp. 598 y 853; MUÑOZ CONDE, D. Penal, P. E., 10.ª ed., p. 818; 11.ª ed., p. 845.

⁹⁵Así M. COBO, T. S. VIVES y otros, Derecho Penal, P. E., Vol. I, 1987, p. 449; MUÑOZ CONDE, op. cit., 10.ª ed., p. 818; ORTS BERENGUER, D. Penal, P. E., p. 462; SANCHEZ OCAÑA, R., en A.A.V.V. Código Penal comentado, Madrid, 1990, p. 696; REBOLLO VARGAS, «La revelación ...», op. cit., pp. 178 y 180. Sin embargo, este autor entiende que los secretos del particular a que se refiere el art. 367.3 (hoy 417.2 CP) son secretos públicos con objeto privado, de modo que afirma expresamente que es aplicable el art. 367.3 —hoy 417.2— al funcionario que revela el secreto sumarial (op. cit., p. 157). La revelación del secreto sumarial del art. 301 LECr, es cierto que afecta más que al derecho de defensa del imputado (art. 302.2 LECr), a la *intimidad* del mismo (vide F. Morales, «Las Garantías penales y Secreto Sumarial» en LA LEY, 1985.1, p. 1262). Sin embargo, me inclino más a favor de la aplicación del art. 417.1 párrafos primero o segundo CP para el caso de la revelación del secreto del sumario del art. 301 LECr, al ser entonces el secreto de carácter público u oficial.

⁹⁶Así MUÑOZ CONDE, D. Penal, P. E., 10.ª Ed., p. 818; o 11.ª Ed., p. 845.

⁹⁷Tradicionalmente la doctrina ha incluido en el ejercicio legítimo de un derecho

particular, el ejercicio de la libertad de expresión y el del derecho a comunicar y recibir libremente información veraz (artículos 20.1 a) y d) de la Constitución Española, que constituyen derechos fundamentales.

Es cierto que actualmente con la entrada en vigor de la CE los funcionarios —a diferencia de antes— son *titulares* de los derechos constitucionales, a pesar de su relación de sujeción especial con la Administración, si bien la CE establece unos límites concretos (el art. 28.1 reconoce el derecho de sindicación, excepto a las Fuerzas o Institutos Armados; en el art. 29.2 se establece que estos colectivos sólo podrán ejercer el derecho de petición individualmente: prohibición de militancia en partidos políticos y sindicatos, que se hace también extensiva a Jueces, Magistrados y Fiscales en el art. 127.1 CE). No existen, pues, *límites genéricos* en el ejercicio de los derechos fundamentales por parte de los funcionarios públicos, ni se les niega a éstos el principio de legalidad, las garantías jurisdiccionales, etc. Lo que ocurre es que en virtud de un interés general prevalente, al que la Administración Pública debe servir con objetividad (art. 103.1 CE), se debilita el ejercicio de determinados derechos en aras de consolidar un correcto y adecuado funcionamiento de los servicios públicos⁹⁸. El funcionario público se encuentra en pie de igualdad con el resto de los ciudadanos.

Es, por lo tanto, sujeto de derechos y de obligaciones como cualquier otro, aunque también es verdad que como consecuencia de la relación estatutaria que mantiene con la Administración, le son exigibles algunos deberes y obligaciones especiales (así el deber de *fidelidad* a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico que no puede ni debe condicionar la libertad de expresión de los funcionarios públicos; el deber de *lealtad* al interés general —no al Gobierno de turno—; obediencia en el ejercicio de su función).

Sin embargo, atendidas las sentencias del Tribunal Constitucional números 143/1991⁹⁹ de 1 de Julio, F.J.5.º —recurso de amparo núm. 37/

—que constituye una facultad del sujeto titular de hacer uso o no de él, a diferencia del «cumplimiento de un deber», donde el sujeto no tiene opción para actuar de modo distinto— casos como las vías de hecho, el derecho de corrección y el ejercicio de derechos constitucionales.

⁹⁸Vide R. REBOLLO, op. cit., p. 231, Sobre las relaciones de especial sujeción, vide GARCÍA MACHO, R., «Las relaciones de especial sujeción en la Constitución Española», Madrid, 1992; LASAGABASTER HERRARTE, I., «Las relaciones de sujeción especial», Madrid, 1994; LÓPEZ BENÍTEZ, M., «Naturaleza y presupuestos constitucionales de la relaciones especiales de sujeción», Madrid, 1994; GALLEGO ANABITARTE, A., «Las relaciones especial de sujeción y el principio de legalidad en la Administración», RAP, 1961.

⁹⁹La sentencia 143/1991, de 1 de Julio del Tribunal Constitucional concede el amparo al funcionario de prisiones y representante sindical de la Prisión de Granada, condenado por delito de desacato por la Audiencia Provincial de Granada y por la Sala 2.ª del TS, al haber dirigido un escrito denunciando irregularidades de dicho Centro penitenciario, entre

1989 de la Sala 2.^a TC— y 6/1988¹⁰⁰, de 21 de Enero de 1988 —en recurso de amparo número 1221/1986 de la Sala 1.^a— la conclusión es que el ejercicio de los derechos a la libertad de expresión o información no puede amparar la revelación de secretos o informaciones que no deben ser divulgadas, so pretexto del ejercicio legítimo de los referidos derechos, salvo que, en mi opinión, se trate de denunciar delitos o actuaciones ilícitas, pues el secreto funcional ha de ser actual, efectivo y sobre todo «lícito»¹⁰¹, como bien afirma PISAPIA, aspecto este último esencial

ellas la concesión de libertades indebidas por los directivos del Centro, y la incoación de numerosos expedientes a los funcionarios.

En dicha sentencia se establece que las referidas resoluciones judiciales quebrantaron no la libertad de expresión, sino la libertad de información en el ejercicio de la actividad sindical (art. 28CE), y en el Fundamento jurídico.5.º dice que: «dicha información ha de ponerse en relación ... con el interés público ... De ahí que la divulgación, como es aquí el caso, de supuestas irregularidades detectadas en el interior de un establecimiento penitenciario, sea quien fuere al que quepa imputarlas, revierte interés público: Interés que cedería o decaería si se tratase exclusivamente, aún dando informaciones veraces, de vilipendiar, humillar o simplemente insultar a las personas de forma innecesaria y gratuita (SSTC 105/1990, fundamento jurídico 8.º; 171/1990, fundamento jurídico 5.º), o se difunden datos o asuntos con quebrantamiento del secreto profesional, contravenciones éstas que nunca podrían legitimarse esgrimiendo la libertad de información (STC 6/1988, fundamento jurídico 6.º).

¹⁰⁰La sentencia TC 6/1988, de 21 de Enero se dictó en un recurso de amparo a demanda de un periodista, Redactor adscrito a la Subsecretaría del Ministerio de Justicia, siendo despedido por la falta muy grave de deslealtad y abuso de confianza. La sentencia de la Magistratura de trabajo declaró improcedente el despido del actor y la Sala 6.^a del TS estimó el recurso de casación en el sentido de declarar procedente el despido.

Los hechos son los siguientes: como consecuencia de una conversación mantenida por el periodista con la persona o personas de la redacción de la Agencia de noticias «Europa Press», ésta emitió un despacho que decía que el actor, «Redactor de la Oficina de Prensa del Ministerio de Justicia declaró hoy a «Europa Press» que tiene la intención de dirigir próximamente un escrito al Subsecretario de Justicia en el que expone su preocupación por la filtración de noticias desde ese Departamento a la editorial PRISA. Según el periodista, lo que considera filtración de noticias se produce desde diciembre de 1982 hasta ahora, es decir, durante el tiempo que el PSOE lleva en el poder. Esas noticias, según dijo el actor a EUROPA PRESS, se refieren al desarrollo del Ordenamiento Jurídico general, preparación y propuesta del ejercicio de la prerrogativa de gracia (potestativa del Jefe del Estado), relaciones con el Consejo General del Poder Judicial, Ordenación del Ministerio Fiscal, Tribunal Supremo de Justicia ... «El Redactor ... indicó que esas noticias afectan a todos los ciudadanos españoles...».

En esta sentencia se concedió el amparo al referido periodista, y en el fundamento jurídico 6.º dice: «Importa destacar ... dos aspectos del presente caso que, junto con lo que después se dirá, han de tener relevancia para su resolución. El recurrente —esta es la primera advertencia— no utilizó o difundió indebidamente datos o asuntos de los que, sólo tuviera conocimiento por razón del trabajo, ni quebrantó el secreto profesional, contravenciones éstas que, desde luego, nunca podrían legitimarse esgrimiendo una libertad de información que no existe, por definición, para comunicar o difundir datos que corresponden a la actividad y al trabajo ordinarios y regulares de la empresa, datos que pueden quedar lícitamente sustraídos al conocimiento público —y así ha de respetarlo el trabajador— por más relevante que pudiera pretenderse fueran para terceros.

¹⁰¹Vide Victor Moreno Catena, El secreto en la prueba de testigos del proceso penal.

en tanto que los secretos ilícitos, es decir, los que tengan un origen delictivo no pueden o deben mantenerse ante otros intereses prevalentes. No puede subsistir en el derecho el deber de secreto para esconder la inmoralidad o el delito. «El Estado no puede delinquir y por tanto la revelación de un secreto que encubre un delito no es delito»¹⁰².

Cabe, asimismo, llegar a la misma conclusión, cuando se trata de denunciar o revelar datos que, por ejemplo, perjudiquen la buena fama de un superior jerárquico o pongan de manifiesto el mal funcionamiento de determinados órganos administrativos por la vía de *restringir* el concepto de secreto del artículo 417 CP a sólo a aquellas materias cuyo conocimiento puede perjudicar al correcto desempeño de la función pública —bien jurídico protegido realmente, que no lo constituye, en nuestra opinión, el deber de fidelidad o la protección de la Administración como conjunto orgánico, al menos, en primer plano—.

En cambio, cuando la revelación afecta efectivamente al bien jurídico, lesionando o poniendo en peligro a la función pública, parece que no cabe oponer la causa de justificación de ejercicio legítimo de un derecho, el derecho de dar información —y de recibirla por el ciudadano— pues dicho conflicto se resuelve ya en el plano de la tipicidad, por cuanto el funcionario conoce el secreto *por razón de su cargo*, lo que le sitúa en una especial relación respecto a la información que deriva de su condición de participante en el ejercicio de funciones públicas y le atribuye el deber de protección de las mismas.

Todo lo cual apunta a la práctica imposibilidad de que el funcionario tenga derecho a dar información sobre datos que conoce en virtud de su especial situación¹⁰³.

Ed. Montecorvo, S.A., 1980, p. 295. Vide también DE MARSICO, A., «La nozione di segreto nei delitti contra la personalità dello Stato». Ap. 1949, p. 233; PISAPIA, G. D., «Prova penale e segreto politico-militare» AG, 1969, pp. 428-429; R. REBOLLO, «La revelación de secretos e informaciones por funcionario público», op. cit., pp. 243 y 151.

¹⁰² Cfr. Pisapia, op. cit., p. 429.

En el mismo sentido, BOBBIU, N., «La democrazia e il potere invisibile» RISP, 1980.

¹⁰³ Así M. GARCÍA ARÁN, «La protección del estado como límite penal a las libertades de Información y expresión» Anuari Departament Ciències Polítiques i Dret de la Universitat Autònoma de Barcelona, pp. 79 y 80.

Por lo que se refiere en general a los secretos de Estado (arts. 598 a 603 CP 95), García Arán afirma —tras entender restrictivamente que el bien jurídico protegido son los temas exclusivamente relacionados con lo militar y la defensa, siguiendo a CARRILLO— que: «Si el conflicto se plantea entre la defensa nacional y el derecho a la información, a la hora de aplicar o no la eximente de ejercicio legítimo de un derecho, el juez penal debe comprobar si realmente existe tal conflicto, es decir, si la clasificación de la información como secreta afecta al bien jurídico protegido penalmente, sin presumirlo por el hecho de que exista una declaración gubernamental (formal) que sólo tiene efectos inmediatos en el ámbito administrativo.

«Si la divulgación de la información supone un riesgo o daño para la seguridad na-

Parece que la causa de justificación en la que podría ampararse la revelación por funcionario público de secretos oficiales (funcionariales) delictivos es la del estado *de necesidad* (art. 20.5 CP, antes, art. 8.7 CPA) en su vertiente o modalidad de colisión de deberes: el deber de guardar el secreto y el deber de denunciar un delito (artículo 417 CP y art. 259 y ss. Ley de Enjuiciamiento Criminal).

La misma causa de justificación juega entre el deber de no revelar los secretos funcionariales y el deber de declarar ante el Juez (art. 417 CP y los artículos 410 y 417.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal)¹⁰⁴.

Ya Jesús SÁEZ JIMÉNEZ y Epifanio LÓPEZ FERNÁNDEZ DE GAMBOA al estudiar el art. 417.2.º L.E.Cr. decían: «Entendemos que los funcionarios públicos no sólo vienen obligados a guardar secreto, sino, contrariamente a provocar la acción de la justicia, cuando por razón de sus cargos llegaran a tener conocimiento de la comisión de un hecho delictivo que debiera ser objeto de persecución ...»¹⁰⁵.

Sin embargo, es lo cierto que el artículo 417.2.º L.E.Cr. está ahí y debe ser interpretado a la luz de la Constitución¹⁰⁶.

cional ... entiendo que existen argumentos constitucionales —art. 105 b CE dice: «La ley reguladora: b) El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado...»— para que ceda el derecho a la información, pero no siempre tiene por qué ser así. En sus amplísimas facultades, puede ocurrir que el Gobierno declare secretas informaciones que *no afectan a la seguridad del Estado* sino a la suya propia.»

«Piénsese que recientemente se ha declarado «materia clasificada» todo lo relativo al polígono de tiro de Anchuras: pues bien, cabe la posibilidad de que la información de determinados aspectos de tal proyecto no lesione la seguridad y la defensa nacionales, en cuyo caso, *no habrían motivos para que cediera el derecho a la información hasta el punto de sancionar penalmente su ejercicio*. No habrían motivos, en mi opinión, pero negar el ejercicio legítimo de un derecho como causa de justificación operante sobre la publicación de tales datos», op. cit., p. 77, citando en la nota 3 la STC 121/89, de 2 de julio.

¹⁰⁴El artículo 417.2.º LECr dice: «No podrán ser obligados a declarar como testigos: 2.º— Los funcionarios públicos, tanto civiles como militares, de cualquier clase que sean, cuando no pudieren declarar sin violar el secreto que por razón de sus cargos estuvieren obligados a guardar, o cuando procediendo en virtud de obediencia debida no fueren autorizados por su superior jerárquico para prestar la declaración que se les pida».

Debe de destacarse que el secreto funcional no exime, al menos expresamente en la Ley de Enjuiciamiento Criminal el deber de denunciar los delitos que compete a todo ciudadano.

¹⁰⁵Cfr. J. SÁEZ JIMÉNEZ y Epifanio LÓPEZ FERNÁNDEZ DE GAMBOA, «Compendio de derecho procesal civil y penal». T. IV. Vol II. Santillana, 1969, p. 899.

¹⁰⁶Comparto la interpretación de E. Gimbernat del art. 417.2.º de la L.E.Criminal en el sentido de que se encuentra en un bloque sistemático (también figuran los Abogados, art. 416.2 LECr, los eclesiásticos, art. 417.1 LECr, y los periodistas, art. 20.1 d) CE), en el que se dispensa de declarar *sólo* sobre aquellos hechos delictivos cometidos por *terceros* de los que se ha tenido conocimiento por haberlos sido *confiado*, no por haberlos presenciado o haber tenido conocimiento de ellos por otros cauces. En este último caso el funcionario no está dispensado de declarar, pues no se ve el motivo por el cual tiene que

En mi opinión el secreto funcional es un bien jurídico digno de protección tanto desde un punto de vista administrativo como penal.

Sin embargo, el secreto funcional no debe servir para dejar, los delitos impunes, no debe de poder amparar delitos en un Estado de «*de-recho*», pues entonces siguiendo a E. Gimbernat el secreto sería propio de un Estado totalitario.

Cabría afirmar que un secreto oficial no puede amparar un delito, y por tanto, si existe delito no puede haber secreto oficial. O como dice el Tribunal Supremo: «Frente al delito no cabe el secreto».

Ello se basaría en la idea de la preeminencia del *valor justicia* (o tutela judicial efectiva y derecho a utilizar en un proceso todos los medios de prueba pertinentes para su defensa, art. 24 CE; la independencia de la función jurisdiccional, art. 117 CE; el servicio objetivo de la Administración a los intereses generales y su pleno sometimiento al Derecho, art. 103 CE; la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, art. 9 CE; la obligación de colaborar con la justicia en el curso de todo proceso, art. 118 CE; siendo la justicia un valor supremo del ordenamiento jurídico, art. 1.1 CE) sobre el valor «*secreto oficial*».

Así cabría entender *justificado* por estado de necesidad, por ser de mayor entidad el deber de colaborar con la Administración de la justicia que el deber de no revelar secretos oficiales. la declaración prestada por el funcionario público ante el Juez competente instructor de una causa criminal que le revelara dicho secreto oficial¹⁰⁷. En el caso contrario de que el funcionario no lo revelara pese a ser requerido para ello por el Juez, podría ser constitutivo de un delito de denegación de auxilio a la justicia o de desobediencia funcional (al infringirse además de los tipos penales los artículos 118 CE y 24 CE: quiebra de un juicio justo).

Mayores problemas puede plantear el *secreto de Estado* (artículos 598 a 603 CP) cuya revelación podría poner en peligro las fuentes de información de los servicios secretos, así como la seguridad personal de

existir diferencia alguna, por lo que se refiere al deber de cooperar con la justicia, entre el asesinato realizado en una fábrica y el ejecutado, por ejemplo, en la redacción de un periódico».

Cfr. E. Gimbernat en «Estudios de Derecho Penal», 3.ª edición, Tecnos, 1990, pp. 33 y 34.

¹⁰⁷ Además como bien dice Moreno Catena: «La Ley de Enjuiciamiento Criminal señala que no podrán ser obligados a declarar como testigos los funcionarios públicos, prescripción que supone una exención al deber jurídico de prestar testimonio, pero que desde luego no implica, a nuestro juicio, una prohibición de hacerlo, y de hacerlo válidamente; el número 2.º del artículo 417 de la normativa procesal penal se limita, pues a *permitir* que el funcionario público se abstenga de rendir testimonio, que puede, por supuesto, rendir voluntariamente». (MORENO CATENA, El secreto en la prueba de testigos en el proceso penal, op. cit., pp. 296 y 297).

quienes son o fueran miembros de los mismos, lo que afectaría de modo sensible y negativamente a la seguridad del estado¹⁰⁸.

Urge una nueva Ley de Secretos Oficiales que aclare que el secreto no puede prevalecer *en todo caso* sobre la tutela judicial efectiva y el derecho a utilizar en un proceso todos los medios de prueba pertinentes para su defensa¹⁰⁹.

Es imprescindible mencionar el trabajo de E. Gimbernát, titulado «Fondos reservados y secreto de Estado» publicado en EL PAÍS el 8 de junio de 1989¹¹⁰, que constituye una crítica al Dictamen de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado asumido por el auto de 24 de abril de 1989 por la Sección 3.ª de la Audiencia Nacional —que declara que en el caso enjuiciado concurre una colisión de intereses entre la Seguridad del Estado y los poderes de investigación del instructor, colisión que el Tribunal resuelve tácitamente declarando prevalente el de la seguridad del Estado, ya que, en definitiva, acuerda renunciar a toda investigación futura sobre la supuesta utilización de fondos reservados por parte del GAL para la comisión de sus asesinatos—.

Dicho Dictamen dice así en la página 14: «En el Derecho español el legislador ha resuelto dicha cuestión con carácter general: la potestad judicial queda detenida por la invocación del secreto», y en la página 15: «El legislador penal y procesal los ha colocado (a los secretos de Estado) *por encima de la investigación y la represión de los delitos*, por lo que le está negada al juez toda la potestad para comprobar directamente si la invocación es o no *abusiva*: tampoco puede aquí obligar a violar los secretos sólo para comprobar que no ha habido abuso en su invocación».

Contra dicho Dictamen, GIMBERNAT afirma:

«Consiguientemente y de acuerdo con esta tesis, si un hipotético

¹⁰⁸ BAJO FERNÁNDEZ, M., entiende que debe prevalecer el secreto de Estado «incluso cuando ése sea ilícito o cuando sea propiamente delictivo si en su revelación se lesiona la seguridad exterior del Estado». Protección al honor y la intimidad, en Comentarios de la legislación penal, p. 113.

¹⁰⁹ Como ha propuesto Díez-PICAZO se podría introducir una especie de cuestión incidental ante uno o varios órganos *judiciales* según la naturaleza del procedimiento, implicando ello que cada vez que en el curso de un proceso se invoque la legislación de secretos oficiales, habría que detener las actuaciones y remitir la cuestión a dicho órgano, el cual examinaría tanto la regularidad formal del acto de clasificación como que la información es susceptible de ser clasificada.

¹¹⁰ También en «Estudios de Derecho Penal», ed. Tecnos, 1990, pág. 36 y ss.

Sobre el secreto de Estado, cabe citar a Iñigo SEGRELLES DE ARENAZA, «Protección penal del secreto de Estado» prólogo del prof. Dr. Manuel Cobo del Rosal, Edersa, 1994.

También Óscar MORALES GARCÍA, «Fondos reservados, revelación de secretos y denegación de auxilio» (A propósito de los últimos pronunciamientos del Tribunal Supremo) en Actualidad Penal n.º 16 de 21.4.96.

Gobierno decidiera el establecimiento de campos de exterminio para asesinar mediante cámaras de gas a, por ejemplo, los individuos pertenecientes a la raza gitana, esos hechos no podrían ser perseguidos penalmente si se hubieran financiado con fondos reservados o si, de cualquiera otra manera, el Ejecutivo hubiera declarado la materia secreto de Estado; pues entonces, según la argumentación de la Dirección General, todos los funcionarios que hubieran tenido conocimiento de esos hechos estarían obligados a guardar silencio para no incurrir en un delito de violación de secretos.»

Y sigue: «Frente a ello hay que decir que, porque España no es un Estado totalitario, sino uno de Derecho, por ello los principios de éste deben ser los decisivos para interpretar cualquier norma de nuestro ordenamiento jurídico —también la Ley de Secretos Oficiales—; de ahí que esta Ley no pueda amparar cualquier clase de secreto de Estado, sino única y precisamente aquellos que *materialmente* pueda ser considerado un secreto de Estado (de Derecho). Y un secreto de Estado (de Derecho) no pueden serlo ni el terrorismo de Estado ni tampoco —como sospecha el juez instructor que ha sucedido en el caso GAL— la «desviación» de fondos públicos para organizar una asociación terrorista. Porque, si como sostiene la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, el Derecho vigente en España permitiera que —«abusivamente» esas actividades delictivas fueran declaradas «materia clasificada», entonces la Ley de Secretos Oficiales, al garantizar la impunidad de hecho de tales conductas, sería incompatible con los propósitos constitucionales de «establecer la justicia», «consolidar un Estado de Derecho», «proteger a todos los españoles en el ejercicio de los derechos humanos» y «establecer una sociedad democrática y avanzada»; y sería, igualmente, incompatible con el artículo 1.º de la Constitución que propugna «como valores superiores del ordenamiento jurídico la libertad, la *justicia* y la igualdad»—, con el artículo 9.º —que garantiza la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos—, con el artículo 15 —«todos tendrían derecho a la vida» ... menos las víctimas del terrorismo de Estado— y con ... el artículo 24 —«todos tendrían derecho a la tutela efectiva de jueces y tribunales» ... menos los perjudicados por hechos delictivos cometidos con fondos públicos»—.

«Al mismo resultado que se defiende aquí llega la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1986, que el Dictamen no considera oportuno citar ... La sentencia de 22 de marzo de 1986¹¹¹ establece por el contrario, la siguiente doctrina: «Esta preeminencia de la Autoridad judicial y la dependencia de los funcionarios policiales en el ámbito pe-

¹¹¹ Vide el comentario a la sentencia de 22.3.86 efectuado por MAQUEDA ABREU, M. L., «El caso Ballesteros». Poder Judicial, 1986.

nal, con sus inherentes deberes de cooperación y auxilio incondicionados, es principio básico de una comunidad que se constituye como Estado de Derecho, y que propugna, como valores superiores de su ordenamiento jurídico, la libertad, la justicia y la igualdad (arts. 1 y 118 de la Constitución); y si bien la organización policial en su cometido de prevención y de averiguamiento del delito y del delincuente puede valerse para potenciar su eficacia, y de hecho se valen todos los sistemas policiales de las naciones democráticas, de informadores y confidentes, con exención de revelar su identidad y circunstancias de su localización y actuación, *cede esta dispensa, y el deber de auxilio y cooperación recobra vigencia, si el informador en su actuación de tal, incurre en hechos punibles, es decir, si el confidente pasa en el curso de su actuación a ser delincuente, pues de otro modo surgirían intolerables privilegios de impunidad*», sentencia que cita la Resolución 690 del Consejo de Europa relativa a la Declaración sobre la Policía¹¹². Y termina Gimbernat concluyendo: «A la vista de todo lo expuesto, el dictamen en el que se apoya el Ministro de Interior, que final y resignadamente ha sido asumido por la Audiencia Nacional, ha de ser rechazado tanto en su fundamentación, porque la interpretación que defiende de la Ley de Secretos Oficiales supone una derogación, no puntual, sino masiva, de la Constitución Española de 1978; y en sus resultados, porque la aplicación consecuente de la tesis de que cualquier asunto, independientemente de cuál sea su contenido, puede ser declarado "abusivamente" "materia clasificada" conduce a la impunidad del terrorismo de Estado y, con ello, al verdadero Estado de derecho y de deshecho».

La evolución posterior de la jurisprudencia acaba dando la razón a quienes, jueces o juristas, vienen a opinar en el fondo como GIMBERNAT.

Así, tras la desoladora sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1992 —que no analiza en profundidad la colisión de intereses en juego y acude a la literalidad del artículo 417.2 L.E.Cr concluyendo que «la norma legal ampara excepcionalmente un derecho, más o menos controvertido, que al testigo corresponde», si bien afirma que «queda completamente descartada su utilización (secretos) para fines contrarios a la Constitución»— debe citarse el *Auto de 20 de febrero de 1995* en el que se resuelve el archivo de la querella presentada por el Sr. Rafael Vera contra el Magistrado-Juez Baltasar Garzón, por presunto delito de provocación para comisión de delitos de revelación de secretos. En el razonamiento jurídico cuarto del referido Auto el TS argumenta:

¹¹²El principio n.º 15 de la Resolución 690 del Consejo de Europa establece que: «los miembros de dichos cuerpos no están obligados a revelar la identidad o circunstancias de aquellas personas que colaboren con ellos *salvo cuando su actuación hubiera dado lugar a la comisión de hechos punibles*».

«a) Un Estado social, democrático y de Derecho como el español opera siempre desde la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3.CE) e imponiendo que el poder ejecutivo, la Administración, actúe «sirviendo con objetividad los fines generales» y «con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho» (art. 103.1 CE); por lo que es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones de los jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso» (art. 118 CE). En definitiva, como se ha dicho por el preclaro iuspublicista, el Estado de Derecho tiene como una finalidad esencial el poner fin a las llamadas «inmunidades del poder». b) Como consecuencia —continúa— *revelar a la autoridad judicial que investiga la posible comisión de un delito de usos concreto de fondos reservados no integra delito alguno y es una obligación del funcionario no implicado, que no puede ampararse en el art. 417.21 L.E.Criminal*, constituyendo en cambio para el funcionario imputado una facultad, al poderse hacer uso por él del derecho fundamental a no declarar en su contra que establece el art. 24 CE. En efecto, la existencia de los fondos reservados puede genéricamente tener cobertura constitucional en el artículo 106 b) de la norma Suprema del Ordenamiento Jurídico español; pero la opacidad de tales fondos y derivada no sujeción a la normal fiscalización del gasto público sólo se refiere a tal masa patrimonial como conjunto, en cuanto, en terminología iusprivatista, constituye un patrimonio separado adscrito a unos fines; *pero en manera alguna tal secreto puede ser obstáculo para la investigación de un tipo delictivo concreto*, ya de malversación para usos privados, ya de aplicación pública para fines diferentes a los que estuvieran destinados, ya, en fin, a través de su forma más grave: su aplicación instrumental para comisión de delitos. *Entender lo contrario sería, si no su fin, un grave atentado contra la existencia misma del Estado de Derecho y valor superior de la justicia*»¹¹³. Con fecha de 13.7.95, en el Sumario 15/1989, el titular del Juzgado Central de Instrucción número 5 de la Audiencia Nacional dirigió un requerimiento al Ilmo. Sr. Director del CESID con el fin de que le informase sobre extremos que afectaban a cuestiones tales como la existencia o no de documentación en el CESID relativa a la organización GAL, la existencia de documentación que acreditara la presunta participación en actividades delictivas de personas integradas en los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad o del propio Centro o ajenos a todos ellos, la existencia de unas denominadas «notas de despacho» relativas a las actividades del GAL, ordenando que, caso de que existieran, se remitieran sin dilación al Juzgado, el número y clase de documentos devueltos por el Coronel P. etc.

Previo informe de la Asesoría Jurídica General de la Defensa, de 19

¹¹³ Los subrayados son míos.

de Julio 95, y de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado de 21 de Julio de 1995, el Director General del CESID contestó, en fecha 26 de Julio que no era posible atender el requerimiento porque las materias a que se refería estaban incluidas en la legislación de secretos oficiales.

El Magistrado del Juzgado Central de Instrucción efectuó nuevos requerimientos al Director del CESID insistiendo en lo solicitado, contestando el Director del CESID que no podía atender dichos requerimientos sin violar el deber de secreto que la legislación de secretos oficiales imponía al CESID.

Posteriormente el Ministro de Defensa formuló al Magistrado del Juzgado Central de Instrucción número 5 un requerimiento de inhibición en los términos previstos en la Ley Orgánica 2/1987, de 18 de Mayo, de Conflictos Jurisdiccionales, por entender que la autoridad judicial *carecía de competencias* para formular los requerimientos reiterados que había efectuado respecto de materias clasificadas. El Magistrado dictó Auto en que dispuso no admitir a trámite el conflicto de jurisdicción interpuesto por el Ministro.

El Ministro de Defensa dirigió escrito al Tribunal de Conflictos de Jurisdicción solicitando que se tuviera por formalizado el conflicto de jurisdicción planteado.

Finalmente tras admitir el conflicto y conferido el traslado al Ministerio Fiscal y Abogado del Estado, que evacuaron sendos informes se dictó la *Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción* —un órgano de carácter mixto, integrado por el Presidente del Tribunal Supremo así como por cinco vocales de los cuales tres proceden del Consejo Permanente de Estado y los dos restantes de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo— *de fecha 14 de Diciembre de 1995, RA 10064*.

En dicha sentencia se resolvió el conflicto de Jurisdicción entre el Ministerio de Defensa y el Juzgado Central de Instrucción número 5 de la Audiencia Nacional a favor del primero declarando la competencia del Ministerio de Defensa para resolver sobre la entrega de los documentos, informaciones y revelaciones personales objeto de los requerimientos judiciales.

El fundamento jurídico cuarto —también el quinto— contiene la argumentación del Tribunal.

Dice así: «Resulta patente, en un Estado de Derecho, conforme recuerda el Ministerio Fiscal y reconoce, asimismo, el Abogado del Estado en sus alegaciones, que el Juez Instructor, en su tarea de investigación de hechos punibles, ha de prestársele, si la recaba, la colaboración inexcusable de los poderes públicos y de las personas y entidades públicas y privadas, en el curso del proceso y en la ejecución de lo resulto. Así lo establece la Constitución —artículo 118— y así igualmente lo dispone el

artículo 17 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Y tan es así que, en caso contrario puede incurrirse en responsabilidad criminal por la vía de los delitos de desobediencia o denegación de auxilio, según se trate de particulares o de funcionarios públicos. Pero es del mismo modo claro que la actuación del Juez y, en términos generales, sus poderes de investigación de hechos delictivos, ha de discurrir dentro de los cauces establecidos por las leyes —artículos 117 de la Constitución y 1.º de la LOPJ—. Cuando esas leyes, conforme en el supuesto aquí enjuiciado ocurre, modulan el procedimiento de investigación, introduciendo determinadas exigencias al objeto de tutelar otros intereses o valores que el ordenamiento quiere proteger, o inclusive defiriendo a otras instancias la posibilidad de apreciar la concurrencia de esos intereses —seguridad del Estado, defensa nacional—, como ocurre, y se ha expuesto anteriormente, respecto del Consejo de Ministros y de las «materias clasificadas», es patente que no puede hablarse de creación de espacio de impunidad para ciertos comportamientos delictivos ni de exención para las administraciones públicas del deber de denunciar y perseguir los delitos de que tuvieren conocimiento, lo que hace entonces el ordenamiento no es dejar fuera de la labor investigadora del Juez espacio delictivo alguno, sino únicamente modular restrictivamente la utilización de determinados medios probatorios. No es la materia relativa a los secretos oficiales la única que produce este resultado. La Constitución, en su artículo 105b), somete a regulación legal el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, en paridad esta excepción con la que, suponen la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas.

Por su parte la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común —Ley 30/1992, de 26 de noviembre, artículo 37.5 y 6— veda el ejercicio del derecho de acceso en relación a expedientes que contengan información sobre la defensa nacional o la seguridad del Estado y ratifica que se regirá por sus disposiciones específicas el acceso a los archivos sometidos a la normativa sobre materias clasificadas. Pero es en el ámbito del proceso penal donde se producen las modulaciones más significativas del procedimiento probatorio. Unas veces por razón de la especial tutela que la propia Constitución reconoce el secreto por razones profesionales —artículos 20.1 d) y 24.2— y otras por la protección que merece al constituyente el derecho a no autoinculparse y el de no declarar sobre hechos presuntamente delictivos por razón de parentesco —artículo 24.1 y 2—.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal —artículos 416 y 417— por su parte consagra la dispensa de declarar para parientes y abogados del procesado, para ministros religiosos y funcionarios públicos que no pudieran hacerlo sin violar el secreto que estuviesen obligados a guardar de cuya observancia, obviamente, nunca podrían ser dispensados por mera deter-

minación del Juez instructor. También ha de destacarse que la utilización de la técnica del secreto para sustraer a conocimiento público o de otros órganos del Estado, incluidos los judiciales, determinadas materias que se consideran sensibles para la seguridad del Estado o para la protección de otros bienes jurídicos, es común en los países de nuestro entorno, hasta el punto de que puede hablarse en este campo de un común denominador en los países democráticos de nuestra misma área internacional —Alemania, Francia, Italia, Reino Unido—, sobre todo cuando se aducen, para justificarlo, la seguridad nacional y la preservación de las fuentes e instrumentos de servicio de inteligencia».

El fundamento jurídico quinto acaba concluyendo: «De todo cuanto se lleva argumentando se desprende que la inobservancia de las prevenciones legales específicas en materia de secretos oficiales respecto de la obtención de determinados instrumentos probatorios por el Juez de instrucción, que para sí y ante sí —y careciendo claramente de competencia para ello— interpreta cuando se dan las condiciones establecidas por la Ley para que pueda resultar efectiva la protección de las tan repetidas «materias clasificadas», o si merecen ser o no calificadas de secreto oficial o aportadas a un determinado proceso, y el empleo de requerimientos conminatorios para obtener su entrega, constituye una invasión de esferas competenciales propias de la Administración y procedimiento inadecuado cuyo conocimiento puede ser reclamado por la misma. El Juez de instrucción que considere necesarios a los fines de investigación sumarial determinados documentos clasificados como materia comprendida en el ámbito de la reserva de secreto oficial, no puede imponer, sin más, al Ministro responsable su entrega y aportación. Puede dirigirse a él, por medio de exposición razonada —artículo 187 de la LECr— al objeto de que la traslade al Órgano competente —Consejo de Ministros— y éste pueda valorar, dentro de sus funciones directivas de gobierno, los intereses en juego, principalmente el de la seguridad del Estado, cuya exclusiva interpretación le corresponde en esta materia, y decidir en consecuencia. Por todo ello, procede resolver el conflicto a favor del Ministerio de Defensa».

Como puede observarse esta sentencia constituye un retroceso respecto de la vía abierta por el auto del Tribunal Supremo de 20 de Febrero de 1995, y recuerda la STS de 12 de Marzo de 1992.

Sin embargo, los Magistrados Baltasar Garzón y Gomez de Liaño dictaron nuevos autos de fecha 16 y 20 de Mayo de 1996 en que reclamaban la desclasificación de documentos referentes a los GAL protegidos por la Ley de Secretos Oficiales al Ministro de Defensa mediante exposición razonada.

El Consejo de Ministros el 2 de Agosto de 1996 decidió la no desclasificación de ciertos documentos del CESID. Contra dicho acuerdo se interpuso recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Supremo

que dictó la *importante sentencia de 4 de Abril de 1997* (Sección 20.^a Sala 3.^a TS Ponente D. Ramón Trillo Torres —vide EL DERECHO 97/1228)—.

Los argumentos básicos del acuerdo de 2.8.96, consisten en que la desclasificación implicaría un inadmisibles *deterioro del crédito de España* en sus relaciones exteriores y en particular, del intercambio de inteligencia o información clasificada con los aliados y amigos; y en que la desclasificación pondría en peligro la eficacia, las fuentes de información, los medios y los procedimientos operativos del CESID, así como la integridad física y hasta la vida de quienes son o fueron agentes operativos del mismo, o de sus familiares o allegados.

Los recurrentes invocaban la inconstitucionalidad de la Ley de 5 de abril de 1968 de Secretos Oficiales modificada por la Ley de 7 de octubre de 1978 y del D. 20 febrero de 1969 que la desarrolla, que debían de entenderse derogados, por inconstitucionalidad sobrevenida, por la Constitución española, considerando radicalmente inválido el acto recurrido —el acuerdo de desclasificación del Consejo de Ministros— por carecer éste de competencia; normativa preconstitucional que impedía al Juez instructor en uso de la plenitud de control jurisdiccional y en defensa de los derechos derivados del artículo 24 CE, recabar la totalidad del material instructorio que solicitaba para la prosecución de la causa penal. En definitiva, los recurrentes invocaban el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE, en relación a la utilización durante el sumario de la prueba por ellos solicitada y declarada pertinente por el Juez.

Planteado así el debate, la sentencia del TS de 4.4.97, afirma la constitucionalidad de la Ley 5.4.68 de Secretos Oficiales en el fundamento jurídico quinto que dice así: «Ciertamente, la actual redacción de los artículos 24, 103, 106 y 117.3 CE *parece entrar en conflicto* con el contenido de los artículos 4, 7, 11 y 13 de la Ley de Secretos Oficiales que atribuyen al Consejo de Ministros la potestad de clasificar o desclasificar como secretos los asuntos o materias que el Juez reclama, o imponer restricciones a su conocimiento o desplazamiento fuera de los centros oficiales de custodia, *pues mientras los preceptos constitucionales citados otorgan un pleno poder procesal de investigación a los jueces*, los Secretos Oficiales *restringen estas potestades jurisdiccionales*, siendo así que la Justicia según el art. 1 CE, se constituye como uno de los valores superiores sobre los que descansa el Estado Democrático de Derecho y que el derecho fundamental de la tutela judicial efectiva, cuando aparece invocado por el titular de un interés legítimo debe ser objeto de protección y valoración judicial».

«Pero es igualmente cierto que *las propias exigencias de eficacia de la acción administrativa*, aludidas en el artículo 103.1 CE o *la necesidad de preservar la existencia misma del Estado*, en cuanto presupuesto lógico de su configuración como Estado de Derecho, *pueden justificar que*

se impongan límites a la publicidad de la acción estatal y más concretamente, y por lo que hace al caso a resolver, que se encomiende al Gobierno, a quienes compete, la dirección de la defensa del Estado —art. 97 CE— una competencia primaria, en los términos que fije el legislador —art. 105 b) CE— para decidir sobre la imposición de restricción de la publicidad de la acción estatal frente a cualquier autoridad, con mayor razón cuando en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, se prevé la posibilidad de que el ejercicio de ciertos derechos pueda ser sometido a restricciones que constituyen medidas necesarias en una sociedad democrática, para la seguridad nacional —art. 10.2 y 11.2—, por lo que debe reconocerse validez, desde la perspectiva constitucional a la Ley de Secretos Oficiales de 1968, al menos en los aspectos en los que atribuye competencia al Consejo de Ministros para clasificar o desclasificar como secretos determinados asuntos o actuaciones estatales, a través del procedimiento que en esa Ley se establece, pero sin que lo expuesto quiera decir que esos actos del Consejo de Ministros sobre clasificación o desclasificación no puedan, a su vez, ser sometidos al enjuiciamiento de este Alto Tribunal (Sala de lo Contencioso-Administrativo) a la que conforme el artículo 58.1 LOPJ compete la fiscalización jurisdiccional de los actos de esa autoridad, con el fin de controlar su conformidad a Derecho».

El TS afirma su potestad jurisdiccional para revisar, en su caso, la decisión del Consejo de Ministros al no desclasificar los documentos declarados secretos mediante el acuerdo de 1986, que le niega la Abogacía del Estado, y ello pese a reconocer expresamente que la naturaleza de dicha resolución o acuerdo de no desclasificar los documentos secretos es la propia, de la potestad de dirección política que atribuye al Gobierno el art. 97 CE (F.J.7.º) y aclara que «la documentación cuya desclasificación se solicita forma parte de que merece ser desclasificada como afectante a la seguridad y defensa del Estado y, por eso, acreedora a su calidad de secreta, puesto que se integra en el conjunto de estudios, medidas, informaciones, decisiones o acciones dirigidas a que el Estado haga frente a una actividad terrorista, cuya finalidad es alterar el orden constitucional, utilizando como uno de sus medios la violencia contra la vida e integridad física de las personas e ignorando el sistema específico de reforma regulado en el Título X de la propia Constitución».

Y tras mencionar las sentencias de 28.6.94, 9.6.87, 2.10.87 del TS y S. 15.3.90 del Tribunal Constitucional que reconocen la existencia de actos políticos del Gobierno no sometidos a control jurisdiccional —arts. 97 y 106.1 CE— (como la actuación relativa a las relaciones con otros órganos constitucionales, como las Cortes Generales, o la decisión en enviar a las Cortes un proyecto de ley) dice: «La clara postura jurisprudencial que hemos descrito sobre la admisión de una actividad política del

Gobierno se oscurece y origina los auténticos problemas cuando es preciso aplicarla a cada caso concreto, porque entonces entran en juego principios y normas constitucionales de ineludible acatamiento que presionan a favor de su restricción y cuyo sistemático acoplamiento obligará con frecuencia a acudir a la sensibilidad jurídica casuística propia del ejercicio de la función judicial para alcanzar un pronunciamiento individualizado que dé solución satisfactoria al concreto conflicto al que sea preciso dar una respuesta en Derecho».

«Entre estos principios y normas nos encontramos, en primer lugar con que la Constitución ha aportado *un trascendente elemento innovador* con respecto al régimen jurídico existente con anterioridad, cual es el precepto contenido en el art. 24.1 en el que se consagra el derecho fundamental de todas las personas a *obtener una tutela judicial efectiva*, derecho que ofrece una judicial apariencia de incompatibilidad con la existencia de una parte de la actividad del Gobierno exenta de control jurisdiccional, siempre que alguien pueda invocar un derecho o interés legítimo que haya sido lesionado por dicha actividad ...»

«Otro mandato constitucional que no podemos dejar de tener presente es el artículo 9 de la Norma Suprema, cuando nos dice que los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico y que la Constitución garantiza el principio de legalidad. *La unión de estos preceptos con el derecho fundamental reconocido en el art. 24.1 CE nos lleva a apreciar la dificultad de principio de negar la tutela judicial cuando alguna persona legitimada la solicite, alegando una actuación ilegal del Poder Ejecutivo*».

«Reconocido, sin embargo, que nuestro sistema normativo admite la existencia objetiva de unos actos de dirección política del Gobierno en principio inmunes al control jurisdiccional de legalidad...*esto no excluye que la vigencia de los artículos 9 y 24.1CE nos obligue a asumir aquel control cuando el legislador haya definido mediante conceptos judicialmente asequibles los límites o requisitos previos a los que deben sujetarse dichos actos de dirección política, en cuyo supuesto los Tribunales debemos aceptar el examen de las eventuales extralimitaciones o incumplimiento de los requisitos previos en que el Gobierno hubiera podido incurrir al tomar la decisión*».

Es esta idea de «conceptos judiciales asequibles», la que nos lleva a afirmar que si claramente establecíamos la vinculación entre los documentos, su clasificación como secretos y la seguridad del Estado, no hay razón para que no consideremos que nos sea también asequible determinar negativamente la concurrencia de elementos que o bien eliminan totalmente la afección a dicha seguridad o bien la aminoren, en términos que —ponderando los intereses jurídicos en juego nos permitan dar prevalencia, en su caso, al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva invocado por los recurrentes para pedir la desclasificación—.

El conflicto a resolver se plantea, pues, por la sentencia entre principio de Seguridad del Estado y el derecho a la tutela efectiva entendido como derecho a la aportación al derecho penal de los medios probatorios pertinentes.

Y en su resolución, al caso concreto, el TS sienta como premisas que los hechos objeto de investigación sumarial son de relevancia al máximo nivel al consistir en atentados contra el derecho a la vida de las personas, inviolabilidad del domicilio y la libre actuación de la Justicia; que en virtud de los artículos 303 y 311 de la LECr., «*el juicio sobre la relevancia de los documentos como medios adecuados e idóneos para la investigación sumarial*», debe entenderse que, en principio, *es una competencia exclusiva* del Juez de Instrucción, aunque sometida en este caso al régimen de «exposición razonada» fundada en el art. 187 de la propia LECr, e impuesta por la S. 14 diciembre de 1995 del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción...» (F.J. octavo)¹¹⁴. En el resto de la sentencia se efectúa una *ponderación*, en la que se tiene muy en cuenta el argumento del acuerdo de 2.8.96 del Consejo de Ministros de que «la desclasificación solicitada pondría en peligro la eficacia, fuentes de información, los medios y los procedimientos operativos del CESID, así como la integridad física de quienes son o fueron, agentes operativos del mismo, o de sus familiares y allegados» y a la hora de acordar o no la desclasificación de los documentos, algunos de los cuales decide no desclasificar —teniendo en cuenta el alegado argumento— y otros, la mayoría, *los desclasifica dando prevalencia al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva* (F. J. décimo y undécimo).

Cabe, pues, concluir que la reciente sentencia de la Sala 3.^a de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1997, comentada, constituye *un auténtico paso de gigante* en favor de la tesis de que el secreto de Estado no puede amparar la comisión de delitos ni constituir un área de impunidad en un estado democrático de Derecho, reconociéndose *la especial relevancia* del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, aunque no negándose tampoco, la importancia del interés jurídico cual es la seguridad del Estado o de la defensa nacional, debiéndose efectuar una *ponderación* de intereses en el caso concreto.

¹¹⁴ Los subrayados son míos.

III. EL ARTÍCULO 418 CP 95. EL APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE SECRETOS O INFORMACIONES PRIVILEGIADAS POR PARTICULAR

Dice así:

«El particular que aprovechar para sí o para un tercero el secreto o la información privilegiada que obtuviere de un funcionario público o autoridad, será castigado con multa del tanto al triplo del beneficio obtenido o facilitado. Si resultara grave daño para la causa pública o para tercero, la pena será de prisión de uno a seis años.»

A) Tipo básico

Este precepto constituye una innovación en nuestro Derecho positivo, que en el proyecto de Gobierno se hallaba junto a los actuales artículos 442 —el cual constituye su contrapunto, referido al funcionario público, tanto por la redacción de precepto como por la similitud de las penas— y 417 CP 95, pasando durante la tramitación parlamentaria la utilización de información privilegiada por funcionario público al Capítulo IX.

El artículo 418 constituye, por así decirlo, un tipo de participación expresamente tipificado, en que se castiga al particular que recibe la revelación de un secreto o de información privilegiada de parte de un funcionario público o autoridad, y se aprovecha de dicho secreto o información para sí o para un tercero, obteniendo un beneficio.

De este modo se afecta al bien jurídico tutelado que no es otro que el correcto funcionamiento de la función pública, la correcta prestación de servicios a los que está obligada la Administración pública (una vez superada la concepción de los delitos de los funcionarios como mera infracción de los deberes propios del cargo); en particular, la confidencialidad de determinadas informaciones o secretos cuyo conocimiento por terceros perjudica.

Se trata de una técnica de castigar a quienes atacan la función pública, no desde dentro —como los funcionarios—, sino desde fuera. (Así lo hace el CP repetidamente, por ejemplo en los artículos 406, 414.2).

No podrá, pues, castigarse al particular como *partícipe* en el delito del artículo 442, porque el artículo 418 castiga, tipifica expresamente la conducta del aprovechar para sí o para tercero la información que obtenga de un funcionario público o autoridad.

Sujeto activo lo constituye *cualquiera* —un particular o un funcionario— que obtiene de otro secretos o informaciones privilegiadas de los que se aprovecha para obtener un beneficio. Se trata, pues, de un *delito común*.

En cuanto al verbo típico, el legislador ha utilizado el verbo «apro-

vecharse», en un sentido «restrictivo». Dicho verbo significa «sacar utilidad de alguna cosa», «servirse de algo» por lo que su significado es muy cercano al «hacer uso» de un secreto o información privilegiada que utiliza el artículo 442 CP. Así, pues, la conducta típica consiste no ya en sólo recibir la particular información del funcionario público, sino que se exige, además, por el tipo que se *haga uso de dicha información* (si no se hace uso de la misma la conducta no es típica). El uso de información no requiere su revelación como ocurre con frecuencia cuando se aprovecha para actuar en el mercado mobiliario o inmobiliario. El uso equivale a la explotación del secreto o información.

Además el tipo requiere que la información recibida por el sujeto activo, lo sea *ilícitamente* (a diferencia del art. 442 en que el funcionario público hace uso de un secreto del que tiene conocimiento por razón de su oficio o cargo, es decir, *lícitamente*)¹¹⁵.

El tipo básico del art. 418 es un *delito de resultado*, exigiendo la obtención o facilitación de un *beneficio*, no siendo suficiente el ánimo de obtenerlo, como ocurre en el art. 442 CP; de este modo el precepto del art. 418 es mucho más *restrictivo* que el art. 442. Ello se explica en una *menor responsabilidad penal* del particular —que únicamente entabla relaciones con la Administración pública *desde fuera*— que la del funcionario, cuya relación con la función pública es *interna*. Al tratarse de un delito de resultado caben los tipos de imperfecta realización como la tentativa.

El beneficio parece que tiene que ser *económico* (así lo exige expresamente el art. 442, que en el Proyecto del Gobierno precedía al actual artículo 418, hasta muy avanzada la tramitación del nuevo Código)¹¹⁶.

La información se debe obtener de un funcionario público o autori-

¹¹⁵ Así también F. Morales Prats-M.^a José Rodríguez Puertas, «Comentarios al nuevo Código Penal», op. cit., p. 1830.

¹¹⁶ De conformidad F. Morales Prats, opus. cit., p. 1831. En contra, Bernardo Feijoo Sánchez en «Comentarios al Código Penal», director Rodríguez Mourullo y coordinador Agustín Jorge Barreiro, Ed. Civitas, 1997, p. 1124, quien, sin embargo, dice: «el tipo no exige que ese aprovechamiento sea de tipo económico. Sin embargo, en los supuestos en los que no existe aprovechamiento económico ni se causa un grave daño a la causa pública o a un tercero la conducta carecerá de relevancia para el Derecho penal, ya que sólo se contempla una pena de multa determinada en función del beneficio obtenido o facilitado. Esta paradoja se debe una vez más a la precipitación del legislador: este comportamiento del particular se encontraba vinculado en el Proyecto del Gobierno, no sólo a la revelación de secretos sino también a la utilización de la información privilegiada del artículo 442. Posteriormente, durante la tramitación parlamentaria la utilización de información privilegiada se trasladó el Capítulo IX. Por ello la pena de este delito, realizado por un particular se asemeja más a la contemplada en el art. 442 que a la contemplada en el art. 417. A pesar de esta accidentada génesis, que permite explicar ciertas cuestiones extrañas como la desproporción punitiva entre el art. 417 y el art. 418, el tipo debe de ser interpretado en el contexto normativo en el que se encuentra, desligado ya del delito de información privilegiada del art. 442».

dad, lo que plantea el problema de si el tipo exige o no una obtención *directa* del funcionario o cabe una obtención *indirecta* (por personas interpuestas). FEIJOO SÁNCHEZ se inclina por la posibilidad de la obtención de información indirecta por persona interpuesta, pasando a ser ésta partícipe bien de la conducta descrita en el art. 418 o en el art. 417¹¹⁷.

Sin embargo, la letra del precepto parece exigir que la obtención sea *directa* excluyendo la intervención de personas interpuestas entre el sujeto activo y el funcionario público, lo que tendría su explicación en el carácter ya *restrictivo* de por sí del precepto.

Respecto al término «*secreto*» nos remitimos a lo dicho con anterioridad respecto al art. 417 CP.

Por información privilegiada debe entenderse no sólo, la limitada al mercado bursátil, sino a «toda información de carácter concreto que se tenga exclusivamente por razón del oficio o cargo público y que no haya sido notificada, publicada o divulgada» (art. 442 «*in fine*»), que constituye el concepto de información privilegiada pergeñado por el legislador por completo deshermanado del acuñado en legislaciones pioneras (como en el Derecho anglosajón, y varios países continentales —Alemania, Francia, Suiza—) y del propuesto por la doctrina en consonancia con ellos y por la propia legislación española¹¹⁸.

La definición legal transcrita nos permite distinguir los siguientes elementos: a) *carácter concreto*; b) la información obtenida del funcionario público la ha de tener éste por razón del oficio o cargo; c) falta de divulgación; y d) implícitamente: su conocimiento ha de representar una ventaja en orden a obtener un beneficio económico; la información privilegiada ha de ser —al igual que el secreto— *idónea* para reportar un beneficio económico al ser usada, mientras que el secreto e información del artículo 417 CP no requieren dicha característica, aun cuando pueden tenerla¹¹⁹.

¹¹⁷ Cfr. Bernado FEIJOO SÁNCHEZ, «Comentarios...», op. cit., p. 1124.

¹¹⁸ Vide Enrique ORTOS BERENGUER, «Revelación y uso indebido de secretos e informaciones» en Cuadernos de Derecho Judicial «Delitos de los funcionarios públicos», Madrid, 1994, p. 231. Quien cita a GONZÁLEZ CUSSAC, «El abuso de información privilegiada» en C.P.C., 1989, n.º 37, p. 124, que propone la siguiente definición de información privilegiada: «Aquellos comportamientos que supongan un aprovechamiento de informaciones reservadas para efectuar ventajosas operaciones de bolsa sobre acciones negociables». Vide también RODRÍGUEZ MOURULLO, G., «La utilización abusiva de información privilegiada en el mercado de valores» en Poder Judicial, n.º especial, n.º IX, pp. 237 y ss.

La Ley del mercado de valores, en su artículo 81, define la información privilegiada como toda información de carácter concreto, referente a uno o varios valores, que no haya sido dada a conocer al público, y que de haberse hecho pública, hubiera podido influir de modo relevante en su cotización.

¹¹⁹ Así E. ORTOS BERENGUER, «Revelación y uso indebido...», op. cit., p. 230.

B) El subtipo agravado

«Si resultara grave daño para la causa pública o para tercero la pena será de prisión de uno a seis años».

El verbo «*resultara*» no ha de entenderse en el sentido de que se admita en el art. 418 excepcionalmente un delito cualificado por el resultado, sino en un contexto de pretensión de suprimir por completo los delitos cualificados por el resultado, de modo que el resultado más grave sea abarcado por *dolo* (aunque bastaría el *dolo* eventual).

En efecto, el actual CP ha prescindido del párrafo segundo del anterior art. 1, que exigía al menos culpa para el resultado más grave, respondiéndose así a la opinión doctrinal que consideraba todavía criticables las cualificaciones por el resultado, aunque exigieran al menos imprudencia, por entender que la agravación que suponían contravenía el principio de proporcionalidad y/o culpabilidad, en cuanto permitía una pena mayor que la correspondiente al concurso básico doloso y el agravado imprudente.

En absoluto puede entenderse, pues, que la supresión del párrafo segundo del anterior art. 1 pueda suponer que puede apreciarse la agravación sin necesidad de al menos imprudencia respecto al resultado más grave —interpretación tradicional que deber ser totalmente rechazada—.

Actualmente cabe aducir, en contra de esta posibilidad de interpretación tradicional, el art. 5 del nuevo CP: «No hay pena sin *dolo* o *imprudencia*». Por lo menos hace falta *imprudencia*. Pero el artículo 12 consagra el principio según el cual «las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley». Y el artículo 418 «*in fine*» no lo dispone. Según la regla general que se deduce de la nueva tipificación cerrada de la *imprudencia* cuando la ley no castiga expresamente la *imprudencia* debe entenderse que sólo castiga la modalidad dolosa. Este principio conduce, pues, a exigir el *dolo* incluso respecto del resultado más grave previsto en el art. 418 «*in fine*»¹²⁰.

¹²⁰ Así S. MIR PUIG, respecto del artículo 442 párrafo segundo, en «Nombramientos ilegales, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios y abusos en el ejercicio de su función», en C.G.P.J. «Cuadernos de Derecho Judicial», XXX, 1996, «Los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995», pp. 333 y 334.

También Bernardo FEIJOO SÁNCHEZ, en Comentarios al Código Penal, op. cit., p. 1121 dice: «Parece que los subtipos agravados no pueden seguir siendo concebidos como delitos cualificados por el resultado en los que es suficiente que el grave daño se impute a título de *imprudencia* (PAZ RUBIO/COVIÁN REGALES). Mientras no exista una mención expresa en la parte especial, todos los elementos de un tipo penal deben ser imputados a título de *dolo* (al menos eventual). De lo contrario, habrá que tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 14.2: «El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación». Aunque se trata de una cuestión no exenta de discusiones desde la entrada en vigor del CP 95 (Polaino NAVARRETE considera que no se requiere al presencia de *dolo* o culpa).

Como bien dice F. Morales y M.^a José Rodríguez¹²¹ la aplicación de la agravación del art. 418 «requiere que el sujeto que usa la información haya conocido o pudiera conocer la posible causación de un grave daño para la causa pública o terceros. La interpretación de este supuesto agravado va a depender de las circunstancias del uso y del contenido del secreto o información. Así, por ejemplo, podría apreciarse si a través de su divulgación, en un medio de comunicación de gran tirada, además de obtener un beneficio, el secreto, fue conocido por un número muy amplio de sujetos, o también si con su uso se causó un grave perjuicio económico a la Administración».

C) Concursos

Existe concurso de leyes a resolver por el principio de especialidad entre el artículo 418 y el artículo 197.3, aptdo. 2.º CP, a favor de este último, si el secreto o la información privilegiada versa sobre cuestiones atinentes a la intimidad de los particulares. Si el uso no consistiera en ninguna de las conductas indicadas en el art. 197.3, vendría en aplicación el art. 418.

Existe también concurso de normas con el cohecho activo del artículo 423 CP a favor de este último en que el particular podría ser castigado por éste en concurso ideal de delitos como partícipe en el segundo delito (revelación de secretos, etc.).

EL DELITO DE COHECHO EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL (Artículos 419 a 427 CP)

ART. 419: «La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, solicitare o recibiere, por sí o por persona interpuesta, dádiva o presente o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo una acción u omisión constitutivas de delito, incurrirá en la pena de prisión de dos a seis años, multa del tanto al triplo del valor de la dádiva e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a doce años, sin perjuicio de la pena correspondiente al delito cometido en razón de la dádiva o promesa».

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

¹²¹ Cfr. F. MORALES PRATS/María José RODRÍGUEZ PUERTAS, «Comentarios...», op. cit., p. 1832.

ejercicio de su cargo que no constituya delito, y lo ejecute, incurrirá en la pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a nueve años, y de prisión de uno a dos años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años, si no llegara a ejecutarlo. En ambos casos se impondrá, además, la multa del tanto al triplo del valor de la dádiva».

ART. 421: «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».

ART. 422: «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».

ART. 423: «1. Los que con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas corrompieren 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».

ART. 424: «Cuando el soborno mediar en causa criminal en favor del reo por parte de su cónyuge u otra persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, o de algún ascendente, descendiente o hermano, por naturaleza, por adopción o afines en los mismos grados, se impondrá al sobornador la pena de multa de tres a seis meses».

ART. 425: «1. La autoridad o funcionario público que solicitare dádiva o presente o admitiere ofrecimiento o promesa para realizar un acto propio de su cargo o como recompensa del ya realizado, incurrirá en la pena de multa del tanto al triplo del valor de la dádiva y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a tres años».

«2. En el caso de recompensa por el acto ya realizado, si éste fuera constitutivo de delito se impondrá, además, la pena de prisión de uno a tres años, multa de seis a diez meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de diez a quince años».

ART. 426: «La autoridad o funcionario público que admitiere dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su función o para la consecución de un acto no prohibido legalmente, incurrirá en la pena de multa de tres a seis meses».

ART. 427: «Quedará exento de pena por el delito de cohecho el

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

I. INTRODUCCIÓN: EL BIEN JURÍDICO COMÚN DE LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL

El delito de cohecho se regulaba en el CPA en el capítulo IX del Título VII, cuya rúbrica decía: «De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio, de sus cargos», incluyendo al delito de prevaricación judicial y la de Abogado y procurador.

Mientras que en el nuevo Código Penal de 1995 se regula en el capítulo V del Título XIX: «Delitos contra la Administración Pública», entre los que se excluye la prevaricación judicial y la de Abogado procurador, esta última llamada deslealtad profesional, que pasan al Título XX: «Delitos contra la Administración de Justicia».

El anterior Título VII, como dice Octavio de Toledo¹²², incriminaba los delitos contra la **función pública**, cometidos por aquellas personas —los funcionarios a efectos penales ex art. 319 CPA que pueden atacarla desde *dentro* (quienes participan de su ejercicio), precisamente cuando actúan desde el interior (cuando realizan esa participación). No ante *todos* los delitos que atacan a la función pública; no ante delitos que no atacan dicho bien jurídico, aunque el sujeto activo reúna la cualidad de funcionario público a efectos penales, precisamente porque no es actuando en dicha cualidad cuando lo comete; no, por último, ante delitos que atacando tal valor, son cometidos por quienes ni siquiera participan del ejercicio de funciones públicas (no son funcionarios públicos a efectos penales, sino llanamente, particulares)^{123, 124}.

¹²² Cfr. Octavio de Toledo, «La prevaricación del funcionario público» Editorial Civitas, p. 143, Madrid, 1980.

¹²³ El art. 119 del Código Penal hasta ahora vigente, ubicado bajo la rúbrica: «Disposiciones generales» bajo el título VI del libro I, decía: «A los efectos penales, se reputará autoridad al que por sí sólo o como individuo de alguna corporación o Tribunal tuviere mando o ejerciere jurisdicción propia. Se reputarán también anterioridades los funcionarios del ministerio fiscal. *«Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe del ejercicio de funciones públicas».* (el subrayado es mío).

Una definición legal de empleado público se contenía en el art. 322 bajo el capítulo XVII «Disposición general» del título VIII «De los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos», en el Código Penal de 1848.

En estos delitos está latente la idea del abuso de la función pública¹²⁵.

Sin embargo, es lo cierto que el Título VII incluye, además, como sujetos activos a personas que son verdaderos *particulares* (así, por ejemplo, en el caso del delito de cohecho activo propio del art. 391, que dice: «*Los que con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas corrompieren o intentaren corromper a los funcionarios públicos...*»).

Sólo por aproximación a la función pública cabe castigar a dichos particulares, que en puridad no participan en el ejercicio de funciones públicas, ni ostentan ninguno de los *títulos* de habilitación del art. 119 CPA —ley, elección o nombramiento de autoridad—.

Además la nomenclatura del Título VII permitía incluir como bien jurídico común «la infracción del deber de cargo» (en la doctrina alemana se habla de «*pflichdelikte*» o «delitos de cargo»).

Parece, pues, que el nuevo Código Penal al cambiar la rúbrica: «De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos»,

En el Código Penal de 1870 se contenía un precepto muy similar en lo esencial al párrafo tercero del art. 119 CP antes citado, que era el art. 416 bajo el capítulo XIV «Disposiciones generales» del título VII: «De los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos». Decía: «Por los efectos de este Título y de los anteriores del presente se reputará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la ley, o por elección popular o por nombramiento de la autoridad competente, participe del ejercicio de funciones públicas».

El nuevo Código Penal de 1995 establece en el Capítulo VI «Disposiciones generales» del Título I del Libro I, artículo 24, que:

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

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.»

¹²⁴ Así, frente a la tendencia mayoritaria de la doctrina española que niega la existencia de un bien jurídico común a todos los delitos comprendidos en el Título VII, insisten en la existencia de unos *rasgos comunes y esenciales* a todos estos delitos que permiten hablar de un único bien jurídico común en el Título VII del CP, VIVES ANTÓN y ORTOS BERENGUER.

También GONZÁLEZ CUSSAC, quien afirma que esa esencia común no se encuentra en la idea rechazada de quebrantamiento del deber propio de cargo —propia de un estado totalitario—, sino de la noción de *función pública*. De modo que cabe hablar de un bien jurídico categorial constituido por «*el ejercicio correcto de la función pública*, esto es, *dentro de la legalidad*, y luego podrá concretarse o especificarse en cada figura delictiva, hablando entonces del bien jurídico específico (Cfrs. González Cussac. «Los delitos de los funcionarios públicos: cuestiones generales. La prevaricación como figura residual.» En Cuadernos de Derecho Judicial C.G.P.J IV, 1994, p. 62.

¹²⁵ Vide ya a GROIZARD. «El Código Penal de 1870 concordado y comentado, 2» de T. IV, Madrid-1911, p. 91-92.

por «Delitos contra la Administración Pública», resalta que el interés común de dichos delitos, como categoría, es el **ejercicio correcto de la función pública dentro de la legalidad**, y no un mero quebrantamiento del deber de cargo, pues en cada uno de estos delitos existe un *concreto bien jurídico*, sin que se acepte la elevación de **injustos disciplinarios** a la categoría de **injustos penales**¹²⁶. Además es respetuoso con el principio de división de poderes (al separar el delito de prevaricación judicial —y situarlo bajo «los delitos contra la Administración de Justicia»— del título en el que se cobija el delito de prevaricación de los funcionarios públicos, «de los delitos contra la Administración Pública»), cortando el paso a un concepto amplio y *unitario* de Administración Pública —como conjunto de funciones públicas ejecutivas, legislativas y judiciales— de carácter autoritario tan en boga en la doctrina mayoritaria italiana de hace pocos años.

Finalmente, parece que sigue el nuevo Código, en vez de una relación Administración-funcionario, una relación ciudadano-funcionario o Administración-ciudadano, bajo la idea de **servicio público**, de modo que el bien jurídico común de todos los delitos contra la Administración Pública sería la exigencia constitucional de un interés general —**imparcialidad, legalidad, objetividad, eficacia** (arts. 103 y 106 de la Constitución Española), ocupando un lugar *secundario* el incumplimiento del deber de cargo, cuya sola infracción debe sancionarse exclusivamente mediante el *derecho disciplinario*¹²⁷.

II. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE COHECHO

El bien que en *concreto* tutela el delito de cohecho es distinto, según se trate del delito de cohecho pasivo propio o impropio¹²⁸. Así, se

¹²⁶ Ulrich STOCK rechaza la lesión del deber del cargo como esencia de los «Amts-verbrechen» (delitos de los funcionarios públicos) por impedir la distinción con el ilícito disciplinario, por aportar un contenido indeterminado y poco claro, lo que impide que pueda considerarse objeto de protección, y porque existen «Amtsverbrechen» con sujeto activo no funcionario insusceptible de ser sometido al poder disciplinario. «Entwicklung und Wesen der Amtsverbrechen» p. 244-250.

¹²⁷ Seguimos el planteamiento de Lorenzo Morillas Cueva y Guillermo Portilla Contreras «Los delitos de revelación de secretos, uso de información privilegiada, cohecho impropio y tráfico de influencias» en Comentarios a la Legislación Penal. Tomo XVI. Eder-sa p. 191.

¹²⁸ En cambio, CÓRDOBA RODA parece entender que el bien jurídico es único cuando afirma que: «el bien que en concreto tutela el Capítulo IX —«Del cohecho»— lo es ante todo, el interés de que los funcionarios públicos no incurran en corrupción; esto es, el de evitar que ejerciten funciones ya de modo conforme a derecho ya de forma contraria a él, en atención a las recompensas entregadas u ofrecidas a los mismos». Vide «El cohe-

dice, que en el delito de cohecho **propio** se trata de *preservar la legalidad* de los actos administrativos que no tengan por causa la venalidad del funcionario, castigándose, por consiguiente, la **ilegalidad** de los actos administrativos «**por venalidad**». Se trata de evitar que los funcionarios públicos realicen actos de su competencia que sean constitutivos de delito, o sean injustos o bien se abstengan de actuar cuando la ley les ordena actuar, y que, *además*, tengan por causa la venalidad (corrupción).

En cambio, en el cohecho pasivo **impropio** no se castiga ninguna ilegalidad respecto a los actos administrativos relacionados con el cargo o su función (pues se consume el delito de cohecho pasivo impropio, cuando el funcionario *admite dádiva o regalo de tercero en consideración a su función o para la consecución de un acto no prohibido legalmente* —art. 426 CP 1995, antes art. 390 CP 1973— o cuando el funcionario *solicitar* dádiva o regalo o *admitiere* ofrecimiento o promesa *para realizar un acto propio de su cargo o como recompensa del ya realizado* —art. 425 del CP 95)—, sino que el bien jurídico del cohecho pasivo impropio es «**la probidad económica o austeridad del funcionario en garantía de la futura legalidad o imparcialidad de sus actos administrativos**»; se pretende evitar la codicia del funcionario, que aprovechándose de su cargo se enriquece injustamente mediante un cobro indebido, que puede ser preludio de futuras ilegalidades venales¹²⁹. Se trataría de un delito de peligro de la ilegalidad o parcialidad de la administración pública, mediante el condicionamiento del funcionario en una posterior decisión administrativa. El bien jurídico protegido en este delito no sería tanto la imparcialidad, sino, como dice Maurach, «la confianza en la imparcialidad, es decir, el peligro para la imparcialidad¹³⁰».

Respecto al delito de cohecho **activo propio** también se quiere evitar la **ilegalidad o parcialidad venal** del funcionario, mediante el respeto que debe el particular al normal y correcto funcionamiento de la *función pública*.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo viene afirmando reiteradamente que el bien jurídico del delito de cohecho propio es «*la integridad*

cho de funcionarios públicos». Estudios Jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Vitoria, Bosch T.I, p. 175.

¹²⁹ Así, LUIS RODRÍGUEZ RAMOS, «Transfugismo retribuido y cohecho». Actualidad Penal n.º 22, 30 Mayo a 5 Junio 1994, XXIII, p. 445, en cuya nota 9 afirma que: «los autores que incluyen la corrupción como componente de este delito, reconocen que es de grado menor, citando a Casas Barquero «Aspectos de los delitos del funcionario Público y del particular relativos a dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas». Libro Homenaje al profesor Oneca, Salamanca 1982, p. 665.

¹³⁰ Así Lorenzo MORILLAS CUEVA y Guillermo PORTILLA CONTRERAS, «Comentarios a la Legislación Penal» «Los delitos de revelación de "secretos..." op. cit., p. 193-194, quienes citan a MAURACH «Deutsches Strafrecht «en B.T. Karlsruhe, 1969, p. 749.

y *honestidad profesional del funcionario* (así. SSTs. 16.11.81, 16.2.54, 26.1.61, 15.3.61, 12.3.63, 22.12.69, 5.4.76, 16.11.79 28.4.80, 22.12.80, 12.12.80).

Respecto del cohecho pasivo impropio, la sentencia del TS de 25 de Setiembre de 1947 afirma que «el funcionario público ha de dar siempre a sus conciudadanos el máximo ejemplo de austeridad, no bastando ser honrado, justo e imparcial en los actos que realice en el ejercicio de sus funciones de su cargo, sino que también ha de parecerlo».

Y la Sentencia del TS. de 21 de Enero de 1994 dice: «se trata de actos impropios de la deontología de los funcionarios públicos, que tanto por la lealtad debida a la Administración Pública de la que forman parte, como por ejercer funciones en favor de la comunidad social que les retribuye, debe dar el máximo ejemplo de decoro o integridad».

III. INNOVACIONES DEL CÓDIGO PENAL DE 1995

I. DIFERENTE SISTEMATIZACIÓN O UBICACIÓN DEL DELITO DE COHECHO ACTIVO

En el Código Penal ahora derogado el delito de cohecho activo (art. 391) estaba situado *inmediatamente detrás* del delito de cohecho pasivo impropio (art. 390); en cambio, en el nuevo Código Penal de 1995 el delito de cohecho activo se ubica en el artículo 423, *inmediatamente detrás* del artículo 422 (antes 388) —que efectúa una extensión de responsabilidad expresa a los jurados, árbitros, peritos o cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la función pública— y *detrás* de los tres preceptos que regulan el cohecho pasivo propio (para acto constitutivo de delito, acto injusto, o abstención de un acto que debiera practicar el funcionario en el ejercicio de su cargo), o sea los artículos 419, 420 y 421 del nuevo Código (antes arts 385, 386 y 387).

Y, en cambio, se ubica el cohecho pasivo impropio en los artículos 425 y 426 del nuevo Código, terminando el capítulo con el artículo 427, que constituye una excusa absolutoria del particular, en el caso de cohecho activo de respuesta, que denunciare el hecho ante las autoridades competentes para perseguirlo antes de la apertura del correspondiente procedimiento en el plazo fijado en dicho precepto.

II. INCLUSIÓN EXPRESA DE LOS TÉRMINOS «en provecho propio o de un tercero» en los artículos 419 y 420 del nuevo Código (antes arts. 385 y 386)

Con esta inclusión viene a colmarse una laguna importante. En la doctrina española, PACHECO decía: «¿No habrá también cohecho? ¿No

habrá, o no deberá haber castigo, cuando el regalo se hiciere a la mujer e hijos del empleado, que están bajo su autoridad, y viven en su compañía? La ley no lo dice de seguro en estos artículos; pero lo dice la razón y no se puede poner en ello la menor duda¹³¹».

Y Carlos GRANADOS PÉREZ afirma que: «resulta indiferente que el beneficio constituido por la dádiva o presente sea para el disfrute del propio funcionario o de un tercero» —y ello con anterioridad al nuevo Código—. «Así viene reconocido por la jurisprudencia¹³²». Por consiguiente, no tiene por qué coincidir el receptor con el beneficiario de la dádiva.

Con el nuevo Código Penal de 1995 será *típica* y constitutiva de delito de cohecho *propio*, sin ninguna duda por así decirlo expresamente, la conducta del funcionario público que *solicita o recibe* contrapartidas no para sí mismo, sino para un *tercero*. Por ejemplo: su propio *partido político*, si concurren los demás elementos del tipo de los artículos 419 o 420 del nuevo Código Penal¹³³.

Ambos preceptos constituyen, en mi opinión, tipos incongruentes por exceso subjetivo, mutilados de dos actos, pues la intención del autor al ejecutar la acción típica— solicitar o recibir, por sí o por persona interpuesta, dádiva o presente, o aceptar ofrecimiento o promesa debe dirigirse a realizar otra actividad posterior del mismo sujeto: «para realizar en el ejercicio de su cargo una acción u omisión constitutivas de delito» (art. 419) o «por ejecutar un acto injusto relativo al ejercicio de su cargo que no constituya delito» (art. 420 CP) —elemento subjetivo del injusto que impide la comisión del delito por dolo eventual y, claro está, por imprudencia—.

III. INCLUSIÓN EXPRESA DE «Para realizar en el ejercicio de su cargo una acción u omisión constitutivas de delito» (art. 419 CP)

En el anterior Código, el artículo 385 utilizaba la expresión: «por ejecutar un acto relativo al ejercicio de su cargo que constituya delito».

Y el término «acto» tiene un significado inequívocamente activo, por lo que se podía negar la omisión.

Sin embargo, el nuevo legislador de 1995 incluye expresamente la *omisión* constitutiva de delito, lo cual es coherente con el bien jurídico

¹³¹ Cifrs. PACHECO, «El Código Penal de 1850 concordado y comentado» Imprenta de la Viuda de Perinet y Compañía 1856, p. 498.

¹³² Vide Carlos GRANADOS PÉREZ, «El instrumento en el delito de cohecho». Cuadernos de Derecho Judicial. C.G.P.J. 1994-IVp. 150.

¹³³ Vide José M.ª PAZ RUBIO: «El tráfico de influencias y la información privilegiada» en la Nueva Delincuencia II, Cuadernos de Derecho Judicial C.G.P.J. 1993, XXV, citando a Mercedes GARCÍA ARÁN, p. 134.

que se protege que es, como sabemos, la legalidad o imparcialidad con ausencia de venalidad, la integridad del funcionario, que se corrompe cuando solicita una dádiva para realizar un delito, aunque sea omisivo, en el ejercicio de su cargo.

El término «delito» debe interpretarse en sentido estricto, pues si fuera constitutivo de falta debe aplicarse el art. 420 —no cabiendo entonces la omisión—.

IV. INCLUSIÓN EXPRESA EN LOS ARTS. 419, 420 y 421 DE LA PENA DE INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EMPLEO O CARGO PÚBLICO, JUNTO A LAS PENAS DE PRISIÓN, MULTA (O SÓLO MULTA)

En el Código Penal anterior los artículos 385, 386 y 387 no contenían expresamente en cada uno de estos preceptos la pena de inhabilitación especial. Sin embargo, el art. 389 disponía que: «Las personas responsables criminalmente de los delitos comprendidos en los artículos anteriores incurrirán, además de en las penas en ellos señaladas, en la de inhabilitación especial».

Dicho precepto desaparece en el nuevo Código Penal y, en su lugar, se añade la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público a las penas de prisión y multa en cada uno de los tres preceptos reguladores del cohecho pasivo propio, los arts. 419, 420 y 421 (antes 385, 386 y 387).

V. AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO TÍPICO DEL COHECHO PASIVO IMPROPIO. EL NUEVO ART. 425

En el Código anterior, en lo que se refiere al delito de cohecho pasivo impropio, sólo era *típica* la **admisión** por el funcionario de dádiva o regalo que le fueran ofrecidos en consideración a su función o para la consecución de un acto no prohibido legalmente (art. 390); pues bien, en el nuevo Código *además* del art. 426 —que es prácticamente idéntico al art. 390 CP, salvo en la pena, pues éste castigaba desde la reforma de 1991 con arresto mayor (antes lo hacía con la pena de suspensión para empleo o cargo público y multa fija) y multa del tanto al triplo del valor de la dádiva, mientras que ahora el art. 426 castiga con la pena de multa de tres a seis meses— se ha introducido el artículo 425 que tipifica la **solicitud** de dádiva o presente o la **admisión** de ofrecimiento o promesa por el funcionario *para realizar un acto propio de su cargo o como recompensa del ya realizado* (conductas que antes eran *atípicas*).

Y asimismo, en el párrafo 2 establece un subtipo agravado: «En el

caso de recompensa por el acto ya realizado, si éste fuera constitutivo de delito se impondrá, además, la pena de prisión de uno a tres años, multa de seis a diez meses e inhabilitación especial para empleo cargo público».

VI. EN EL DELITO DE COHECHO ACTIVO PROPIO DE RESPUESTA (ART. 423.2) SE INTRODUCE UNA ATENUACIÓN CONSISTENTE EN LA APLICACIÓN DE LA PENA INFERIOR EN GRADO A LA PREVISTA EN EL APARTADO 1 DEL ARTÍCULO 423 QUE REGULA EL DELITO DE COHECHO ACTIVO PROPIO DE PROPUESTA

El art. 423.2 dice así: «Los (particulares o funcionarios que no actúan en el ejercicio de sus cargos) 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».

Y en el apartado anterior se produce una remisión expresa a las penas —y a los comportamientos— señalados en los artículos 419, 420 y 421, pues dice el art 423.1: «Los que con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas corrompieren o intentaren corromper a las autoridades o funcionarios públicos serán castigados con *las mismas penas de prisión y multa* que éstos».

La razón de dicha atenuación del particular que accede a la solicitud de los funcionarios es el *temor* que puede embargarle de sufrir represalias —obtener una resolución perjudicial para sus intereses, etc.— de parte del funcionario, de negarse a atender dichas solicitudes, lo que merece una menor pena que aquel comportamiento libre y espontáneo del particular que corrompe o intenta corromper al funcionario. Atenuación que venía pedida desde hacía tiempo por un sector doctrinal, y que puede llegar a la excusa absolutoria del art. 427 del nuevo Código Penal, si concurren, además los requisitos establecidos en dicho precepto (así, que el particular haya accedido *ocasionalmente* a la solicitud de dádiva o presente realizada por autoridad funcionario; y que *denunciare el hecho* a la autoridad que tenga el deber de proceder a su averiguación, *antes de la apertura* del correspondiente procedimiento, siempre que no hayan transcurrido más de diez días desde la fecha de los hechos.), todo ello para promover la interposición de denuncias contra los funcionarios públicos corruptos, que abusan de su función pública, para poderles castigar y prevenir a todos los demás funcionarios de ser también castigados en caso de incurrir en comportamientos venales.

VII. EN EL ARTÍCULO 424 —COHECHO ACTIVO MÁS BENIGNO— SE REPRODUCE EL ANTERIOR ART. 392, SI BIEN SE AÑADE JUNTO AL CÓNYUGE «U OTRA PERSONA A LA QUE SE HALLE LIGADO —EL REO— DE FORMA ESTABLE POR ANÁLOGA RELACIÓN DE AFECTIVIDAD» Y SE AMPLIA AL ASCENDIENTE, DESCENDIENTE, HERMANO «POR NATURALEZA, POR ADOPCIÓN» Y AFINES EN LOS MISMOS GRADOS

Dice así: «Cuando el soborno mediar en causa criminal en favor del reo por parte de su cónyuge u otra persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, o de algún ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción o afines en los mismos grados, se impondrá al sobornante la pena de multa de tres a seis meses».

Dicho precepto se sitúa —al igual que sucedía con el anterior art. 392— *inmediatamente detrás* del delito de cohecho activo propio (ahora regulado en el art. 423 CP 95), pero *inmediatamente delante* de las modalidades del cohecho pasivo impropio (arts. 425 y 426 CP 95).

VIII. INTRODUCCIÓN DE UN NUEVO PRECEPTO: EL ART. 427 CP 95

La doctrina entiende que el nuevo art. 427 CP introduce una *excusa absoluta* o causa de exclusión de la pena por razones estrictamente político-criminales para el autor de un cohecho activo de respuesta, si ha accedido ocasionalmente a la solicitud de dádiva o presente realizada por autoridad o funcionario público y denuncia el hecho a las autoridades competentes para la persecución del mismo, antes de la apertura del correspondiente procedimiento, siempre que no hayan transcurrido más de diez días desde la fecha de los hechos (o desde que pudo interponerse la denuncia, tras la entrada en vigor del nuevo código)¹³⁴.

Como se ha dicho más arriba este precepto tiene por finalidad *promover y facilitar la persecución y descubrimiento* de los delitos de cohecho cometidos por los funcionarios públicos.

¹³⁴ El diario «EL MUNDO» de Catalunya de fecha 10.6.96 publicaba que: «El Magistrado del T.S., Sr. Martín Pallín dictó —el 6 junio 1996— un auto de sobreseimiento libre para los seis empresarios que admitieron haber pagado a P. E. a cambio de sus decisiones. La resolución del magistrado entra en consonancia con la entrada en vigor del nuevo Código Penal, que exculpa a los pagadores de sobornos si denuncian el hecho». En p. 15.

IX. SOBRE EL PROBLEMA DE SI ES ATÍPICO O NO EL COHECHO ACTIVO IMPROPIO DE PROPUESTA Y DE RESPUESTA. DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

A) Antes de la reforma por Ley Orgánica 9/1991, de 22 de marzo

Puede afirmarse que la doctrina y la jurisprudencia entendían de forma muy mayoritaria que el cohecho activo impropio (art. 391 en relación con el art. 390 del anterior Código) constituía una *conducta atípica*, porque el artículo 391 no contenía el término «regalos», que sí contenía el artículo 390, y, además, que faltaba el elemento de *corrupción*— a que hacía referencia el art. 391—, pues se entendía que difícilmente corrompe o intenta corromper quien ofrece regalos al funcionario público sólo en consideración a su función o para la consecución de un acto justo (a diferencia del ofrecimiento de dádivas al funcionario para que éste realizara en el ejercicio de su cargo un acto constitutivo de delito, un acto injusto o se abstuviera de un acto que debiera efectuar en el ejercicio de su cargo —arts. 391, en relación con los artículos 385, 386 y 387 CP 73—) ^{135, 136}

¹³⁵ Cfrs. MUÑOZ CONDE, «Derecho Penal. Parte Especial» 7.ª edición. Tirant lo Blanch. Valencia, 1988, p. 729, quien dice: «El cohecho activo es el reverso del pasivo contemplado en los artículos 385 a 387, *no así del cohecho pasivo impropio del art. 390, por cuanto no se contempla en el art. 391 el ofrecimiento de regalos*» (la cursiva y la negrita son mías). RODRÍGUEZ DEVESA, «Derecho Penal Español» P.E. 10ª ed. Madrid, 1987, en la p. 1179 dice: «El cohecho activo es el reverso del pasivo previsto en los artículos 385 a 387. Parece, en cambio, de muy dudosa aplicación al delito de admisión de regalos (art. 390)... pues la terminología del art. 391 no incluye los regalos». «En los artículos 385 a 387 se repite la fórmula «dádiva o presente, ofrecimiento o promesa» (al igual que en el art. 391), en el art. 390 se limita a los regalos» —p. 1172—. «Puede oponerse que un regalo es una dádiva o presente, y por ello, sustancialmente lo mismo; pero sin desconocer la fuerza de este argumento, entiendo que la tiene mayor la literalidad de la referencia a las mismas fórmulas que se usan para el cohecho activo, en las formas descritas en los artículos 385 a 387» —p. 1179—. E. ORTOS BERENGUER en Derecho Penal. P.E. Vol. I Coordinador T.S. VIVES. Tirant lo Blanch, Valencia-1987, en la página 470 dice: «Hay, sin embargo, dos cuestiones en las que conviene detenerse: una concierne a si el funcionario que solicita un regalo responde criminalmente; otra, a si el particular que lo ofrece puede ser inculcado por conducto del artículo 390. Y ambas han de ser contestadas negativamente, pues las conductas indicadas *son manifiestamente atípicas*, con respecto al citado precepto. De otro modo sucedería si el regalo se pidiese o se entregase para la realización de un acto injusto, de una abstención, etc., en cuyo caso procedería acudir al correspondiente artículo 385, 386 ó 387».

CUELLO CALÓN en Derecho Penal. Tomo II Parte Especial, Volumen I, 14.ª edición, en la p. 448, refiriéndose a la corrupción activa dice: «Las dádivas o presentes ofrecidos o entregados deben tender a corromper al funcionario, a que éste ejecute un acto relativo al ejercicio de su cargo que constituya delito (art. 385); o que sea injusto (art. 386) o para que se abstenga de un acto que debería practicar en el ejercicio de los deberes de su cargo (art. 387)».

La Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 22 de Diciembre de 1989, R.A 9765, ponente Sr. Luis Román Puerta, desestimó el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal, que denunciaba infracción de ley por falta de aplicación del art. 391, en relación con el art. 390, razonando el Fiscal que al estar tipificada la admisión de regalos por parte del funcionario como verdadera corrupción y castigarse, en el art. 391, la conducta del que corrompiere o intentare corromper al funcionario, no había motivo para excluir la responsabilidad en el supuesto que se trataba.

Dicha sentencia en el Fundamento de Derecho primero dice: «Es significativo, por un lado, que los artículos 385, 386, 387 y 391 del Código penal hablen específicamente de «dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas» en tanto que el artículo 390 del mismo Código hable escuetamente de «regalos»; y por otro, que, tras definir las conductas tipificadas en el artículo 391 del Código Penal diga que los responsables de ellas serán castigados con las mismas penas que los funcionarios *«menos la de inhabilitación»*, pena ésta que figura en el artículo 389 del mismo Código, referida a *«los delitos comprendidos en los artículos anteriores»*, mas no en el artículo 390 (en que se castiga con la pena de suspensión). De ahí, que deba considerarse que el denominado cohecho activo del artículo 391 del Código penal, es el reverso del pasivo contemplado en los artículos 385 a 387, pero no así del denominado cohecho pasivo impropio del artículo 390 del mismo Código¹³⁷».

La Sentencia del T.S. de 31 de Mayo de 1991 (RA 4016), ponente Sr. Ramón Montero, dice: «el tipo delictivo descrito en el artículo 390 del Código Penal¹³⁸, doctrinal y jurisprudencialmente denominado como

Dicho autor no se refiere a los regalos del art. 390 en relación con el art. 391, por lo que cabe afirmar que entiende atípica la conducta del funcionario en consideración a su oficio o para la consecución de un acto justo.

¹³⁶ Vide también L. RODRÍGUEZ RAMOS en «Transfugismo retribuido y cohecho», op. cit., pp. 445 y 446.

¹³⁷ Antes de la reforma de la Ley Orgánica 9/1991, el artículo 389 establecía: «Las personas responsables criminalmente de los delitos comprendidos en los artículos anteriores incurrirán, además de en las penas en ellos señaladas, en la de inhabilitación especial» (el subrayado y la cursiva son míos).

El art. 390 decía: «El funcionario público que admitiere regalos que le fueren presentados en consideración a su oficio o para la consecución de un acto justo que no deba ser retribuido, será castigado con las penas de suspensión y multa de 30.000 a 150.000 pesetas» (el subrayado es mío).

Y el art. 391 establecía: «Los que con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas corrompieren o intentaren corromper a los funcionarios públicos, o aceptaren sus solicitudes serán castigados con las mismas penas que éstos, menos la de inhabilitación» (la negrita y subrayado son míos).

¹³⁸ El artículo 390 tras la reforma de la Ley Orgánica 9/1991 dice: «El funcionario público que admitiere dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su función o para la consecución de un acto no prohibido legalmente será castigado con las pe-

«cohecho pasivo impropio» es una figura delictiva que a diferencia de los restantes tipos del delito de cohecho no ostenta la condición de delito necesariamente bilateral de forma subjetiva, *inexistiendo un cohecho activo paralelo en cuanto la conducta del donante no se considera punible*, como recientemente indica la Sentencia de esta Sala de 22 de Diciembre de 1989 (RA 9765)».

La Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Octubre de 1993 (RA 8703), ponente Sr. Eduardo Moner Muñoz, estima el motivo del recurso de casación, por el que se denunciaba infracción del artículo 391 CP y su doctrina jurisprudencial, pues de los hechos declarados probados de la sentencia de instancia, se atribuye a la recurrente la entrega de 15.000 pesetas a un Oficial de la Administración de Justicia para que mediara ante otro funcionario para que éste realizara un acto no prohibido por la ley, siendo aquella condenada por la Audiencia Provincial en base al artículo 391, en relación con el artículo 390 CP.

El Tribunal Supremo casa la sentencia y absuelve a la recurrente citando las SSTs de 31 de Mayo de 1991 y la de 22 de Diciembre de 1989, y concluye: «Por tanto, *la conducta del particular* que ofrece los regalos a que se refiere el art. 391 *es atípica*».

Y dice: «Es cierto que, en la actualidad, después de la reforma del artículo 390, efectuada por la Ley Orgánica 9/1991, de 22 de marzo (RCL. 1991, 798), ambos argumentos —los esgrimidos por la STS de 22.12.89, o sea el que los arts. 385, 386, 387 y 391 del CP hablen específicamente de *«dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas»*, en tanto que el art. 390 habla escuetamente de *«regalos»*, y que el art. 391 dice que los responsables de las conductas tipificadas allí serán castigados *con las mismas penas que los funcionarios «menos la de inhabilitación»*, pena ésta que figura en el art. 389 referida a los delitos «comprendidos en los números anteriores», mas no en el art. 390 que era la de suspensión— han perdido consistencia, pues se ha incluido en el art. 390 el término *«dádiva»*, junto al de *«regalo»*, y además, se ha sancionado el tipo delictivo con las penas de arresto mayor y multa del tanto al triple del valor de la dádiva o regalo, en lugar de suspensión y multa fija, como se penaba con anterioridad».

Finalmente, la Sentencia del TS de 21 de Enero de 1994 (LA LEY n.º 13.697 de 27 de abril de 1994), que se refiere a hechos ocurridos en 1989, ponente Sr. Conde Pumpido, *«obiter dictum»* afirma que: «viene considerándose que en el tipo del artículo 390 *la acción de quien ofrece el regalo es atípica y, por tanto, impune*». (S. 7 Oct. 1993, como más reciente).

nas de *arresto mayor y multa del tanto al triple del valor de la dádiva*, sin que pueda ser inferior a 100.000 pesetas» (el subrayado es mío).

En dicha sentencia, cuya «ratio decidendi» era un caso de cohecho pasivo impropio por parte de un funcionario de policía, se dice: «El cohecho impropio, también denominado por algunos, **«no corruptor»**—con evidente error de adjetivación, pues toda conducta tendente a perturbar el correcto e íntegro ejercicio de su función por quien tiene encomendadas tareas públicas contiene en sí un elemento corruptor— *es, sin duda, la modalidad más leve* de concusión o cohecho pasivo, en cuanto el funcionario no se presta a realizar por dádiva o presente un acto irregular delictivo simplemente injusto propio de su función, sino que acepta regalos que le son ofrecidos en atención al cargo o función que desempeña o para recompensar o conseguir la ejecución de actos debidos (y, por ende, justos) que, como tales, no tienen por qué ser remunerados por los particulares. Pero en cualquier caso, se trata de actos impropios de la deontología de los funcionarios públicos que, tanto por la lealtad debida a la Administración Pública de la que forma parte, como por ejercer funciones en favor de la comunidad social que los retribuye, deben dar el máximo ejemplo de decoro e integridad. Por ello, esta figura presenta algunas notas propias o singulares que la caracterizan frente al cohecho propio. Primero, que no se exige del funcionario la ejecución u omisión de un acto relativo al ejercicio del cargo, sino que basta con que el regalo sea ofrecido en consideración a su función; segundo, que por lo mismo esta figura pierde generalmente el carácter bilateral o bifronte que es parte del cohecho propio, en el que se sanciona tanto al sujeto activo como al pasivo; tercero, y último, que no es suficiente para la consumación del tipo con la solicitud u ofrecimiento de la dádiva, sino que es exigible su expresa aceptación, sin perjuicio de que, como en todo delito de resultado, puedan presentarse formas imperfectas¹³⁹».

Los argumentos que suele esgrimir la doctrina favorable a la atipicidad del denominado cohecho activo impropio y que, por tanto, no existe tal modalidad de cohecho en nuestro Código penal para dicha doctrina—(art. 391, en relación con el art. 390CP) son, siguiendo en lo esencial, a RODRÍGUEZ RAMOS¹⁴⁰— los siguientes:

1.—El cohecho pasivo impropio es la versión *más leve* de los cohechos, y *sólo debe afectar al funcionario* (no al particular) que es quien tiene el deber especial de probidad económica y de guardar apariencias de objetividad e imparcialidad (que es el bien jurídico que se protege en el art. 390)¹⁴¹.

¹³⁹ En el nuevo Código penal de 1995 el art. 425 castiga la mera solicitud de dádiva o regalo, o admisión de ofrecimiento o promesa para realizar un acto propio del cargo del funcionario.

¹⁴⁰ Cfr. RODRÍGUEZ RAMOS. «Transfugismo...», op. cit., p. 446.

¹⁴¹ Como dice RODRÍGUEZ RAMOS en la nota 9, p. 446 «los autores que incluyen la *corrupción* como componente de este delito, reconocen que *es de grado menor*»... En

2.— Así como en los cohechos pasivos propios de los arts. 385, 386, 387 del CP la *consumación* tiene lugar, en el momento del *mero ofrecimiento* o *solicitud* de dádiva o promesa, en el cohecho pasivo impropio se precisa la *efectiva entrega*, sin que el mero ofrecimiento o solicitud sea suficiente para la consumación¹⁴².

3.— Existen serios argumentos de carácter sistemático y literal, puestos de manifiesto en la Sentencia de 22 de Diciembre de 1989 antes examinada, en relación al CP de 1973, antes de su modificación por la Ley Orgánica 9/1991, de 22 de Marzo, a cuya sentencia nos remitimos.

4.— Finalmente se utiliza el argumento de que el cohecho pasivo impropio *no es corruptor* y por tal razón no puede tener su reverso en el art. 391, que exige la corrupción o intento de corrupción¹⁴³.

B) Tras la reforma operada por la Ley Orgánica 9/1991, de 22 de marzo

La Ley Orgánica 9/1991 modificó el artículo 390 del CP, al añadir junto al término «regalos» el término «dádiva», sustituyendo el término «presentados» por «ofrecidos»; y el término «oficio» por «función», y modificando la expresión «para la consecución de un acto justo que no deba ser retribuido», por la nueva expresión: «*para la consecución de un acto no prohibido legalmente*», y modificando la pena de suspensión por la de «arresto mayor», y la multa de 100.000 a 500.000 pesetas, por «la multa del tanto al triplo del valor de la dádiva regalo, sin que pueda ser inferior a 100.000 pesetas»¹⁴⁴.

Dicha reforma legislativa fue interpretada por la mayoría de la doctrina española en el sentido de carecer de consecuencias esenciales, más allá del mero cambio de penalidad —arresto mayor por suspensión y sustitución de la multa fija por multa movable—¹⁴⁵.

Sin embargo, un sector minoritario, pero de cierta importancia, estimó que al incluir el legislador el término «dádiva» en el artículo 390 y

general se considera que se trate de evitar que se emplee en provecho propio la función pública (ORTS, Derecho Penal, Parte Especial, Valencia 1993 p. 477) y de proteger la imagen de imparcialidad y objetividad (MORILLAS-PORTILLA «Comentarios a la Legislación Penal», op. cit., p. 223).

¹⁴² Al tipificarse en el art. 425 del nuevo Código Penal la mera solicitud por el funcionario público de dádiva o presente o la admisión de ofrecimiento o promesa para realizar un acto propio de su cargo o como recompensa del ya realizado, dicho argumento pierde consistencia como se verá más adelante.

¹⁴³ Vide nota 141.

¹⁴⁴ Vide nota 138.

¹⁴⁵ Así QUERALT JIMÉNEZ J.J., «Derecho Penal Español». Parte Especial, Barcelona 1992, p. 599. ORTS, Derecho Penal. Parte Especial. Valencia 1993, p. 795 y 796. RODRÍGUEZ DEVESA-SERRANO GÓMEZ, Derecho Penal. Parte Especial. Madrid, 1993 p. 473.

modificar la pena de suspensión por la de arresto mayor, se venía a *tipificar* el denominado cohecho activo impropio, al existir ya el término «dádiva» en el artículo 391 del Código Penal¹⁴⁶.

Así, LÓPEZ BARJA defiende que después de la reforma de 1991, al haberse incluido en el art. 390 el término «dádiva» junto al de «regalo» y que la pena fuera de arresto mayor y multa, y no la de suspensión y multa, «no hay razón para excluir del ámbito del artículo 391 la conducta del particular que corrompe o intenta corromper al funcionario público mediante la entrega de una dádiva, en consideración a su función o para la consecución de un acto no prohibido legalmente —supuestos del art. 390—». Sostiene, además, que «el argumento relativo a que el cohecho impropio no es corruptor y que por tal razón, no puede tener su reverso en el art. 391, tampoco puede aceptarse desde el momento en que hemos afirmado que el cohecho impropio, pese a su denominación, también engloba conductas corruptoras¹⁴⁷».

MORILLAS-PORTILLA dicen que: «El particular que intenta corromper al funcionario mediante la entrega de dádivas, incurre en el delito previsto en el art. 391 del Código Penal —en relación con el art. 390—; sin embargo, antes de la reforma de 1991, un sector de la doctrina y jurisprudencia especulaba sobre tal posibilidad al insistir en la idea de que el artículo 391 era el reverso de los artículos 385, 386 y 387, pero no del art. 390, ya que éste sólo usaba el término «regalos», que por otro lado no se encontraba entre los terminos «dádivas, presentes, ofrecimientos, o promesas» del art. 391; tras la modificación del texto del art. 390, con la inclusión, junto a elemento «regalos», del de «dádivas», el citado argumento carece ya de vigencia¹⁴⁸».

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección 1ª de 19 de Febrero de 1993 condenó a unos particulares que ofrecieron una cantidad importante de dinero —unos cien millones de pesetas— a un concejal del Ayuntamiento de Calviá (Mallorca) para que cambiara de un grupo político a otro (caso conocido popularmente como de transfugismo político), a lo que no accedió dicho concejal, quien denunció dichos hechos a la Justicia. La condena se basó en el artículo 391 en relación con el artículo 390 del CP, al entender que el transfugismo era un acto no prohibido legalmente¹⁴⁹.

Debe tenerse presente, sin embargo, que existe cierto acuerdo mayo-

¹⁴⁶ Así MORILLAS-PORTILLA en «Comentarios...» op. cit. 228; y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, «Manual de Derecho Penal». Parte Especial. III. Ediciones Akal, 1992, p. 353 y 354.

¹⁴⁷ LÓPEZ BARJA, op. cit., p. 354.

¹⁴⁸ MORILLAS-PORTILLA, op. cit., p. 228.

¹⁴⁹ Vide el trabajo de RODRÍGUEZ RAMOS «Transfugismo...», op. cit., p. 439. Dicho autor criticó dicha sentencia, al considerar que el cohecho activo impropio es «atípico».

ritario en la doctrina y también en la jurisprudencia, en que cuando el regalo o la dádiva es *insignificante* —por su valor—, la conducta del funcionario (en el caso del art. 390) como la del particular, no adquieren relevancia penal —*no es típica*— por tratarse de *una acción adecuada socialmente*. Así, cuando el regalo obedece a una finalidad amistosa, de cortesía —regalar cigarrillos, libros, medallas, artículos de publicidad, flores, etc.¹⁵⁰—

La sentencia antes mencionada de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 19 de Febrero de 1993 fue recurrida en casación ante la Sala 2ª del Tribunal Supremo, que dictó la Sentencia de 11 de Mayo de 1994, RA 3687, ponente Sr. Bacigalupo Zapater, en la que declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por los acusados, confirmando la sentencia de la Audiencia.

En el Fundamento de Derecho octavo, relativo al recurso del acusado Miguel D.P., afirma: «alega la defensa que se ha infringido el artículo 391 CP, dado que este artículo sólo puede ser aplicado al par-

¹⁵⁰ Así, MORILLAS-PORTILLA, op. cit., p. 225, para quienes la idea de insignificancia se mide con criterios cualitativos, es decir, que el regalo no sea útil o idóneo para obtener la resolución final del funcionario. Si el regalo es causa de la actuación del funcionario la conducta sería típica. También, MUÑOZ CONDE, op. cit., quien afirma: «el regalo ha de tener un valor económico apreciable y ser relevante objetivamente para motivar la actuación del funcionario; un cigarrillo o unas flores no son evidentemente regalos en el sentido del art. 390. En este problema deben tenerse muy en cuenta los usos y costumbres sociales, espacial y temporalmente variables, y la *adecuación social* de hechos como los regalos de cumpleaños, invitaciones a comidas, etc., que, por más que se hagan en consideración al oficio del funcionario y se consideren objetivamente como regalos de apreciable valor económico, están socialmente admitidos»; CÓRDOBA RODA, respecto a la cuantía dice: «doctrina y jurisprudencia repetidamente han declarado que debe rechazarse la aplicación del art. 390, en particular, si la dádiva o el presente es de un valor que no excede del correspondiente a las atenciones corrientes en la vida social (STS 25.9.47; 20.5.64; 5.5.72; 5.5.76)...», op. cit., p. 190. ORTS, op. cit., p. 480; LÓPEZ BARJA, op. cit., p. 337; FERRER SAMA, «Comentarios al Código Penal», T. IV, 1956, p. 163; RODRÍGUEZ DEVESA, op. cit., p. 1172.

Recientemente el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ha sobrepasado libremente al alcalde que admitió un décimo de la Lotería Nacional que resultó premiado, y que le había sido entregado por unos particulares en consideración a su función, argumentando «que regalar participaciones de lotería es una costumbre muy extendida socialmente y que un décimo no se puede considerar un obsequio que exceda notoriamente los usos corrientes y, por lo tanto, debe verse como una atención aceptada socialmente». Además puntualiza el Magistrado —Sr. Antoni Bruguera Manté— que un décimo «no se puede decir que fuera susceptible de moverle la voluntad para favorecer a la Cooperativa en lo sucesivo ni para recompensarle anteriores atenciones» El auto hecho público el 26.6.96 matiza que aunque C. decidiera incorporar los 14 millones a su patrimonio personal, tampoco habría indicios de delito. Las consideraciones sobre este punto «no corresponde hacerlas en el orden jurisdiccional penal porque pertenecen al terreno de las sensibilidades de orden personal, político, deontológico o ético». (Dicho alcalde decidió incorporar los 14 millones a las arcas del Ayuntamiento). Vide «EL MUNDO» de Catalunya de 26.6.96. p. 23.

ricular que persigue la obtención de los actos de funcionarios previstos en los artículos 385, 386 y 387. Por el contrario, cuando se trata de dádivas en consideración al cargo, el art. 390 no sería aplicable. El fundamento de esta interpretación reside en la redacción de los artículos 389 y 391. El primero indica que en el caso de los artículos 385 a 388 CP se aplicará también la pena de inhabilitación especial, mientras el segundo establece que el particular corruptor será punible con la pena correspondiente al funcionario *"menos la de inhabilitación"*. La Defensa invoca en su apoyo diversos fallos de esta Sala en los que dicha tesis ha sido fundamento de la decisión. El motivo debe ser desestimado».

«a) Es cierto que en la jurisprudencia se ha sostenido la tesis cuya aplicación reclama el recurrente (Cfrs. SSTs 22 Diciembre 1989 —RJ 1989, 9765—; 31 Mayo de 1991 —RJ 1991, 4016—; 7 Octubre 1993 —RJ 1993, 8703—; y 21 Enero 1994 —RJ 1994, 86— en ésta, sin embargo, sólo obiter dictum). Sin embargo, esta Sección ha sometido al Pleno de la Sala la cuestión, y en dicha sesión plenaria (10 de Mayo de 1994) se ha decidido que *tales precedentes sólo serían aplicables en casos en los que por sus circunstancias concretas el hecho sólo constituye una amenaza irrelevante para la confianza de los ciudadanos en un ejercicio no venal de la función pública*, lo que indudablemente no ocurre en este caso. Por otra parte, se ha señalado que ya en la STS de 7 de Octubre de 1993, la Sala había dejado establecido que *en la actualidad* (se refiere al tiempo posterior a la Ley 9/1991, de 22 de Marzo) *los argumentos que antes permitían dicha conclusión han perdido consistencia, pues se ha incluido en el art. 390 el término "dádiva", junto al de regalo, y, además, se ha sancionado el tipo delictivo con las penas de arresto mayor y multa, en lugar de suspensión y multa como se penaba con anterioridad*. Asimismo en el caso decidido en la STS de 3 de Febrero de 1994 —RJ 1994, 653— esta Sala ya ha llevado a la práctica este criterio, al haber aplicado el artículo 391 en relación con el artículo 390 CP».

«b) El Pleno de la Sala ha entendido, además, que una exclusión general de la punibilidad del ofrecimiento de una dádiva al funcionario a cambio de un hecho no prohibido por las leyes no resulta necesariamente del Texto Legal, dado que el artículo 389 CP prevé la pena de inhabilitación especial, es decir, la privación del cargo y la incapacidad de obtener otros análogos (art. 36 CP), sólo con el objeto **de proporcionar la gravedad de las penas** correspondientes a los tipos de cohecho que implican acciones del funcionario contrarias al deber (arts. 385/ 387) con la **del hecho realizado**. De allí *no es posible deducir que se haya querido dejar impune un hecho cuya gravedad no es insignificante*, en la medida en la que la causa inmediata de la corrupción funcional que se quiere prevenir es la acción del corruptor».

«Consecuentemente, el art. 391 CP debe ser entendido **teleológica-**

mente y no sobre la base de una interpretación sistemática y literal que contradice manifiestamente la finalidad de la Ley. Desde esta perspectiva resulta claro que la pena de inhabilitación especial no se aplicará al agente del tipo del art. 391 CP en el caso en que tampoco correspondiere al funcionario que se compromete a realizar la contrapartida de la dádiva. Es obvio, que si no existen razones que determinen la impunidad del ofrecimiento de la dádiva del art. 391 CP, lo único que la Ley ha pretendido con sus palabras *es mantener el equilibrio retributivo en relación a las sanciones que correspondan a los codelincuentes del cohecho*».

«c) Por otra parte, ya en la STS de 27 de Octubre de 1993, se anunció que la jurisprudencia anterior a la LO 9/1991 no era de aplicación a los hechos ocurridos con posterioridad a la entrada en vigor de ésta. Por lo tanto, no cabe admitir que la solución del presente caso importe una aplicación retroactiva de una reforma jurisprudencial».

«De todos modos, aunque sólo sea a mayor abundamiento, se debe recordar que el principio de legalidad (art. 25.1 CE) no garantiza la irretroactividad de la jurisprudencia, sino de las Leyes...».

Y en el Fundamento de Derecho Cuarto del recurso de Guillermo G.O., al que se remite el Fundamento de Derecho Séptimo del recurso de Miguel D.P., dice: «En el sexto motivo del recurso alega la Defensa la infracción de los artículos 390 y 391 C.P. sosteniendo que se trata de tipos penales antagónicos «por lo que —afirma— está vedada su aplicación conexa». Afirma el recurrente en este sentido que «si se pena por el art. 390, ha de concurrir también, el requisito de la *entrega de la dádiva* pues, de lo contrario, continúa, «sería imponer condiciones más gravosas al particular que al funcionario... quebrantando los principios de igualdad del art. 14CE, de proporcionalidad del art. 24.1 CE». De ello se deduce que el art. 391 sólo sería posible en relación a las modalidades de los arts. 385, 386, 387 CP, pero no en relación con el art. 390.

«El motivo debe ser desestimado».

a) «Es erróneo sostener —como lo hace la Defensa— que el art. 391 CP sólo es aplicable cuando ha habido aceptación de la dádiva por el funcionario. Es evidente que este punto de vista resulta directamente desmentido por el texto del propio art. 391 CP, que expresamente, establecía y establece que no sólo es punible la entrega de presentes o de dádivas, sino también su ofrecimiento y el mero intento de corromper a un funcionario. Es claro que no cabe admitir una lesión al principio de legalidad...».

b) «Asimismo resulta indiscutible que la disposición legal contenida en el art. 391 CP no infringe el art. 14 CE por el hecho de incriminar sólo el intento de corrupción del funcionario. En efecto, el art. 391 no establece discriminación alguna dado que el legislador no estaba obligado —como viene a sostenerlo la Defensa— a incriminar la solicitud de

dádivas por parte del funcionario ni ello implica un tratamiento desigual favorable a los funcionarios. Asimismo, el no haberlo hecho tampoco le imponía renunciar a la sanción del particular que hace el ofrecimiento o intento de corrupción de aquél, toda vez que la incriminación del particular en tales casos no carece en modo alguno de fundamento. Más aún, en realidad, desde el punto de vista político-criminal, el particular que ofrece, así como el que está dispuesto a acceder a las exigencias de un funcionario revela con su acción una tendencia, al menos, tan peligrosa para el bien jurídico protegido, como el funcionario que la acepta. Como es sabido, el corruptor tiene una responsabilidad decisiva en el fenómeno criminológico de la corrupción del funcionario y su conducta es una contribución esencial a la conmoción de la confianza pública en el ejercicio recto y objetivo de la función pública provocada por esta especie de hechos punibles. Esto explica que desde el punto de vista de la protección de los intereses del Estado de Derecho, a los que se vinculan las diversas hipótesis del delito de cohecho, la creación de un tipo penal de peligro abstracto, como el art. 391 CP resulta totalmente justificado».

c) «A mayor abundamiento se debe agregar que tampoco es cierto que el art. 390 no incrimina la solicitud de dádiva por parte del funcionario como lo sugiere el recurrente con apoyo en una interpretación puramente gramatical. En efecto, el funcionario que solicita una dádiva por la realización de un acto no prohibido o por consideración a su cargo afecta el bien jurídico de una nueva manera decisiva y ello pone de manifiesto que no existe ningún fundamento para que el legislador haya renunciado en este supuesto a la punibilidad de tal comportamiento. De esa afirmación se deduce que la Ley Penal no ha querido diversificar las acciones punibles en los arts. 385 a 390 CP, sino que ha establecido diversas hipótesis de cohecho, cuya función es diferenciar las consecuencias jurídicas según la gravedad de la acción funcional realizada o prometida como contrapartida de la dádiva solicitada, recibida o aceptada. *La razón de ser de estas cuatro disposiciones legales sobre el cohecho de los arts. 385, 386, 387 y 390, consecuentemente, no consiste en establecer diversos comportamientos merecedores de pena, sino en proporcionar la gravedad de las penas a la de las contrapartidas concretadas por el funcionario.* Por lo tanto, la solicitud del funcionario no será punible como delito consumado, pero será de todos modos punible, por lo menos como un delito frustrado de cohecho, lo que, como es lógico, mantiene la paridad respecto del simple ofrecimiento por el particular».

**C) Después de la entrada en vigor del nuevo Código Penal,
aprobado por la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre**

En el nuevo Código Penal el cohecho activo propio (el antes art. 391) viene regulado en el art. 423; en el número 1 se disciplina el cohecho activo de propuesta; y en el número 2, el de respuesta.

Dice así: «1.— Los que con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas corrompieren 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».

Dicho precepto se sitúa detrás de los cohechos pasivos propios de los arts. 419, 420, 421 —que contienen cada uno de ellos todas las penas que les son aplicables— (antes arts. 385, 386, 387) y del art. 422 (antes 388), desapareciendo el que fuera art. 389 del anterior Código¹⁵¹.

Y el que fuera art. 390, que regulaba el cohecho, pasa a ser el art. 426 —con idéntico contenido literal, si bien modificando la pena que pasa de ser arresto mayor y multa del tanto al triplo del valor de la dádiva, a pena de multa de 3 a 6 meses— que se sitúa inmediatamente detrás del art. 425 —que tipifica por vez primera y expresamente *la mera solicitud* por el funcionario de dádiva o presente o *la admisión* de ofrecimiento o promesa para realizar un acto propio de su cargo o como *recompensa* del ya realizado, señalando las penas de multa del tanto al triplo del valor de la dádiva y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de 6 meses a 3 años¹⁵²— y detrás del artículo 424, que regula el cohecho activo llamado «benigno» en causa criminal en favor del reo por su cónyuge u otra persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, ascendiente, descendiente etc., (antes

¹⁵¹ Así pues, el art. 419 viene castigado con la pena de prisión de 2 a 6 años, multa del tanto al triplo del valor de la dádiva e *inhabilitación especial para empleo o cargo público* por tiempo de siete a doce años.

El art. 420 distingue en sí el funcionario *ejecuta* el acto injusto (prisión de 1 a 4 años e *inhabilitación especial para empleo cargo público* por tiempo de 6 a 9 años) o *no llega a ejecutarlo* (prisión de 1 a 2 años e *inhabilitación especial para empleo o cargo público* por tiempo de 3 a 6 años).

Y el art. 421 señala la pena de multa del tanto al duplo de la dádiva e *inhabilitación especial* si la dádiva solicitada, recibida o prometida tiene por objeto que la autoridad o funcionario público se abstenga de un acto que debiera practicar.

¹⁵² En el apartado 2 del art. 425 se contiene un tipo subagravado de cohecho pasivo impropio subsiguiente: «En el caso de recompensa por el acto ya realizado, si éste fuera constitutivo de delito se impondrá, además, la pena de prisión de uno a tres años, multa de seis a diez meses e *inhabilitación especial para empleo o cargo público* por tiempo de diez a quince años.»

art. 392); y **detrás** del art. 423, que como hemos dicho regula el cohecho activo propio de propuesta y de respuesta.

Finalmente **cierra** el Capítulo del cohecho (Cap. V) el artículo 427, que establece una *excusa absolutoria* para **el particular** que hubiere accedido ocasionalmente a la solicitud de dádiva o *presente realizada por autoridad o funcionario público y denunciare el hecho a la autoridad... antes de la apertura del procedimiento...*

El nuevo Código penal de 1995 sigue en lo esencial, salvo algún retoque, **la literalidad** y **sistemática** del proyecto de Código Penal de 1992, si bien en éste no existía la *excusa absolutoria* del cohecho activo de respuesta del nuevo artículo 427 — precepto entonces inexistente—, cerrando el Capítulo el art. 408 del proyecto, que se correspondía con el nuevo artículo 426 —antes art. 390—, que regulaba el cohecho pasivo impropio¹⁵³.

Según RODRÍGUEZ RAMOS¹⁵⁴, «el artículo 405 (del proyecto de 1992, y art. 423 del nuevo Código Penal de 1995, antes art. 391) se sitúa **antes** del equivalente al art. 390 (408 del proyecto 92, y 426 del nuevo Código) *para evidenciar incluso sistemáticamente la inocuidad en tales casos del cohecho activo: el del particular que regala, da u ofrece dádiva o regalo en tales supuestos*» (es decir, en consideración a la función del funcionario o para la consecución de un acto no prohibido legalmente).

Y añade: «En resumen, en el proyecto de Código penal de 1992 hay que destacar **que se evidencia aún más, por cambio de ubicación del precepto, la atipicidad** del que se denominaría si hoy existiera cohecho activo impropio (art. 390 en relación con el art. 391 CP anterior o arts. 408 y 405 del Proyecto 92, o 426 y 423 del nuevo Código Penal 1995) y **adelanta la consumación, ampliando con ello el ámbito típico del actual art. 390, cohecho pasivo impropio** (art. 408 del Proyecto 92, y art. 426 CP 95), **al castigar la solicitud de dádiva y la aceptación del mero ofrecimiento que hoy la jurisprudencia declara impunes**¹⁵⁵».

En favor de la tesis de RODRÍGUEZ RAMOS podría también alegarse, en mi opinión, que en el nuevo Código Penal, como en el Proyecto de 1992, *se ha suavizado la pena impuesta al delito de cohecho pasivo impropio* (art. 408 del proyecto y art. 426 del nuevo Código), pues

¹⁵³ Los artículos 401, 402 y 403 del Proyecto de 1992 se corresponden con los arts. 419, 420 y 421 del CP 1995, y con los anteriores arts. 385, 386 y 387; el art. 404 del Proyecto, con el nuevo art. 422, y anterior 388; el art. 405 con el nuevo 423, y anterior 391; el art. 406 con el nuevo art. 424, y anterior 392; el art. 407 con el nuevo art. 425, no existiendo correlativo en el Código Penal anterior; y el art. 408 con el nuevo art. 426, y anterior art. 390.

¹⁵⁴ RODRÍGUEZ RAMOS. L. «Transfugismo...», op. cit., p. 441.

¹⁵⁵ Los subrayados y correspondencia con los preceptos del nuevo Código Penal son míos.

se han sustituido las penas de *arresto mayor* —que es una pena privativa de libertad— y la multa movable, por *una única pena de multa de 3 a seis meses*.

Dicha modificación punitiva podría estar en consonancia con la idea de que el cohecho pasivo impropio *es la versión más leve* del cohecho del funcionario, como ya afirmara antiguamente PACHECO y reconoce un sector muy importante de la doctrina científica, llegando a reclamar su descriminalización¹⁵⁶. Así, MORILLAS-PORTILLA dicen: «No parece, de todos modos, que esta conducta sea merecedora de sanción penal, pues, como señala cierto sector doctrinal que reivindica la despenalización, la sanción administrativa se presenta más adecuada en la prevención de tales acciones¹⁵⁷»...

Además dicha reforma *punitiva* se adecuaría a nuestra tradición jurídica, por lo que se refiere al castigo del cohecho pasivo impropio, pues *sólo* en el Código Penal de 1928 —art. 469.3— y en el Código Penal 73 tras la reforma por Ley Orgánica 9/1991 —art. 390— se ha conminado con una pena *privativa de libertad* (en el CP 1928 podía llegar hasta un año de privación de libertad, además de multa e inhabilitación especial del funcionario; y tras la Ley Orgánica 9/1991, el art. 390 castigaba con *arresto mayor*, o sea de un mes y un día a seis meses de privación de libertad, y multa). En los *demás Códigos penales* siempre se ha castigado de forma más benévola: así en el Código Penal de 1848, el art. 305.3 castigaba con la pena de *reprensión pública*; en el Código Penal de 1870, el art. 401 señalaba las penas de *suspensión y reprensión pública*; en el Código Penal de 1932, el art. 395, con las penas de *suspensión y reprensión pública*; en el código penal de 1944, con la pena de *suspensión*; y antes de la reforma operada por la Ley Orgánica 9/1991, se castigaba con las penas de *suspensión y multa fija* —art. 390—.

Podría así pensarse que el nuevo Código penal castigaría *en primer lugar el cohecho pasivo* propio, en sus tres modalidades de delito, acto injusto y abstención —arts. 419, 420 y 421—; *luego, el cohecho activo* propio de propuesta y de respuesta en el art. 423; *más tarde*, la figura del cohecho más benigno en causa criminal —art. 424—; *seguiría el delito de cohecho pasivo impropio* en su nueva modalidad —antes inexistente— del art. 425, que castigaría la mera solicitud de dádiva o presente por el funcionario, o la simple admisión por éste de ofrecimiento o promesa para realizar un acto propio de su cargo o como recompensa del ya

¹⁵⁶Cfr. RODRÍGUEZ RAMOS, op. cit., p. 445 y nota 8, citando a Morillas-Portilla remitiéndose a Bricola y a Tagliarini.

En la doctrina reconocen la levedad del cohecho pasivo impropio FERRER SAMA. Comentarios..., op. cit., p. 175; CASAS BARQUERO «Aspectos...», op. cit., p. 665; MUÑOZ CONDE, op. cit., 796. Etc.

¹⁵⁷Cfr. MORILLAS-PORTILLA, op. cit., p. 227 y nota 125.

realizado; y *finalmente* la figura clásica del cohecho pasivo impropio en el art. 426 —antes art. 390—, en que se castiga la admisión por parte del funcionario de dádiva o regalo que le fuere ofrecido en consideración a su función para la consecución de un acto no prohibido legalmente.

Así, pues, *sería atípica la conducta* del particular que ofreciere al funcionario una dádiva o regalo en consideración a su función o para la consecución de un acto no prohibido legalmente.

También sería, pues, *impune* el denominado *transfugismo político retribuido*, o el denominado *cohecho activo impropio*, inexistente —según dicha interpretación sistemática— en nuestro Código Penal.

Sin embargo, no cabe desconocer que también existen poderosos argumentos en favor de la posición jurisprudencial contraria, que defiende la **tipicidad del cohecho activo impropio en nuestro Derecho**.

Cabría alegar el argumento de que a pesar de la levedad del cohecho pasivo impropio —art. 390, ahora art. 426 CP 95— es lo cierto, que el nuevo Código Penal *ha introducido nuevas modalidades de cohecho pasivo impropio*, antes inexistentes, ampliando el ámbito típico del cohecho pasivo impropio clásico. En efecto, el nuevo artículo 425 en su apartado 1 castiga a la autoridad o funcionario público que *solicitar* dádiva o presente o *admitiere* ofrecimiento o promesa para realizar un acto propio de su cargo o como recompensa del ya realizado, con las penas de multa del tanto al triple del valor de la dádiva y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a tres años. Y en el apartado 2, se castiga en el caso de **recompensa** por el acto ya realizado si éste fuera constitutivo de delito —el art. 407 del proyecto del 92, equivalente al art. 425 CP 95, añadía el término «injusto»— a las penas de prisión de 1 a 3 años, multa de 6 a 10 meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de diez a quince años.

Pues bien, podría argüirse que al introducirse esta nueva figura de cohecho pasivo impropio, *dejaría de existir toda discriminación a favor del funcionario frente al particular, de castigarse el cohecho activo impropio* en el nuevo Código Penal. La introducción del nuevo art. 425 CP 95 castigando la *mera solicitud* de dádiva o presente, o la *mera admisión* de ofrecimiento o promesa por parte del funcionario público para realizar un acto propio del cargo de éste *mantendría la paridad respecto del simple ofrecimiento por el particular*¹⁵⁸.

Cabría sostener que *político-criminalmente* el particular que *ofrece*, así como el que está dispuesto a *acceder* a las exigencias de un funcionario *revela con su acción una tendencia, al menos tan peligrosa para el bien jurídico protegido*, como el funcionario que la acepta. El co-

¹⁵⁸ Este argumento se utiliza en el Fundamento Jurídico cuarto del recurso de Guillermo G.O., en la STS de 11 de Mayo de 1994, RA 3.687, ponente Sr. Bacigalupo, que se ha examinado con anterioridad.

ruptor tendría una responsabilidad decisiva en el fenómeno criminológico de la corrupción del funcionario y su conducta sería una contribución esencial a la conmoción de la confianza pública en el ejercicio recto y objetivo de la función pública provocada por esta especie de hechos punibles¹⁵⁹.

En el llamado cohecho activo impropio se favorecería la *potencial puesta en peligro* de la **imparcialidad** del funcionario público, mediante el condicionamiento del mismo en una posterior decisión administrativa o de otro tipo¹⁶⁰.

En consecuencia, podría interpretarse *teleológicamente* el artículo 423 CP 95 —antes art. 391— en el sentido de que pretende *mantener el equilibrio retributivo en relación a las sanciones que correspondan a los codefincuentes del cohecho*, es decir, *castigar al particular que corrompe o intenta corromper al funcionario mediante el reverso de las modalidades de cohecho de los arts. 419, 420, 421, 425 y 426, de modo sino igual, equilibrado, con las mismas penas de prisión y multa —o multa— con las que se castiga al funcionario, salvedad hecha de las penas propias de éstos* (como la inhabilitación especial o la suspensión para empleo o cargo público), *y con la matización punitiva del supuesto del cohecho activo propio de respuesta, en que el particular merece menor pena, al temer represalias del funcionario si no accede a sus exigencias* —art. 423.2 que castiga con la pena inferior en grado a la del apartado anterior—, *o del supuesto tradicional del cohecho activo más benigno en causa criminal* —art. 424 CP 95, antes art. 392— *y de la excusa absolutoria del artículo 427, relativo al cohecho activo propio de respuesta, en ciertas condiciones, para promover la persecución del funcionario corrupto.*

Según esta última interpretación, el particular que *ofrece dádiva o regalo* al funcionario en consideración a su función o para la consecución de un acto no prohibido legalmente, *siempre y cuando el regalo o dádiva sean de importancia o suficientes para motivar en el funcionario una futura actuación, cometería una conducta típica*, regulada en el artículo 423, en relación con el artículo 426 del nuevo Código penal, pues si ahora el nuevo Código Penal castiga la conducta del funcionario de meramente *solicitar una dádiva o regalo, o admitir un ofrecimiento o promesa* —antes conductas claramente atípicas— no hay razones político-criminales para dejar de castigar al particular que hace la conducta de la otra cara de la moneda: *ofrece una dádiva o regalo al funcionario, de importancia no insignificante.*

Finalmente, en apoyo de esta última posición, que coincide con la

¹⁵⁹ Citamos el apartado b) del F. J. Cuarto de la STS de 11.5.94, RA 3687.

¹⁶⁰ Vide MORILLAS-PORTILLA, op. cit., p. 193.

sustentada por la Sala 2ª del Tribunal Supremo al aplicar el Código penal antes de la entrada en vigor del nuevo Código Penal, podría aducirse un argumento de carácter **sistemático**: *el último precepto que cierra el Capítulo V del cohecho va referido al cohecho activo*, —no al cohecho pasivo impropio—, con lo que se rompería la cadena o secuencia sistemática: cohecho pasivo propio, cohecho activo, cohecho pasivo impropio (al terminar de nuevo con el cohecho activo —art. 427CP 95—). Si el propio legislador no sigue un orden riguroso al regular las distintas clases de cohecho, nada impide relacionar el art. 423 con el artículo 426 del nuevo Código Penal ¹⁶¹.

D) Consideraciones finales

Ambas posiciones o tesis —*la que* con argumentos sistemáticos, literales (los términos «dádiva» o «regalo» son similares), históricos y doctrinales (el cohecho pasivo impropio se llama así «impropio» porque no es corruptor, no siéndolo tampoco su reverso, el cohecho activo impropio) *niega la tipicidad* de este último; y *la que* por razones teleológicas (es fin de la ley castigar el reverso del cohecho pasivo impropio, el activo impropio, porque el particular corrompe o intenta corromper al funcionario cuando le ofrece importantes dádivas o regalos, fuera de lo que es adecuado socialmente) *mantiene la tipicidad* del cohecho activo impropio o del ofrecimiento por el particular al funcionario de dádiva o regalo en consideración a su función o para la consecución de un acto no prohibido legalmente, —**son defendibles doctrinalmente**.

Deberá esperarse a la nueva jurisprudencia que se dicte por la Sala 2ª del Tribunal Supremo, a partir de la entrada en vigor del nuevo Código penal —24.5.96— en aplicación de éste, para saber cuál de ambas interpretaciones acabará consolidándose.

¹⁶¹ El artículo 3.1 del Código Civil, relativo a la aplicación de las normas jurídicas, situado en el *Título Preliminar* —de aplicación a todas las ramas jurídicas— establece que: «Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas atendiendo *fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas*» (la cursiva es mía).

LOS DELITOS DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS
LOS ARTS. 428 a 431 CP

I. INTRODUCCIÓN.

A) Antecedentes

Constituye un antecedente inmediato de esta modalidad delictiva la regulación que efectuó del delito de tráfico de influencias la Ley Orgánica 9/1991, de 22 de Marzo, que introdujo los artículos 404 bis a), 404 bis b) y 404 bis c) en el Código penal anterior al de 1995, preceptos que coinciden en lo sustancial con los artículos 409, 410 y 411 del Proyecto del Código Penal de 1992, formando parte, todos ellos, de un nuevo Capítulo titulado: «Del Tráfico de Influencias»¹⁶², separándose del

¹⁶² Los artículos 404 bis a), 404 bis b) y 404 bis c) se hallan incardinados en el Capítulo XIII, cuya rúbrica dice: «Del Tráfico de Influencias» del Título VII: «De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos».

El artículo 404 bis a) dice: «El funcionario público o autoridad que influyere en otro funcionario público o autoridad prevaleándose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad y consiguiera una resolución, obteniendo por ello un beneficio económico para sí directa o indirectamente o para tercero, será castigado con las penas de arresto mayor, inhabilitación especial y multa por el importe del valor del beneficio obtenido.»

El artículo 404 bis b) reza: «El particular que influyere en un funcionario público o autoridad prevaleándose de cualquier situación derivada de su relación personal con éste o con otro funcionario público o autoridad y consiguiera una resolución, obteniendo por ello un beneficio económico para sí directa o indirectamente o para tercero, será castigado con las penas de arresto mayor y multa por el importe del valor del beneficio obtenido.»

Y el artículo 404 bis c) prescribe: «Los que, ofreciendo hacer uso de influencias cerca de las autoridades o funcionarios públicos, solicitaren de tercero dádivas, presentes o cualquier otra remuneración o aceptaren ofrecimiento o promesa, serán castigados con la pena de arresto mayor.»

«Si los hechos a que se refiere el párrafo anterior fueren realizados por profesional titulado, se impondrá, además, como accesoria la pena de inhabilitación especial.»

A su vez, el artículo 409 del Proyecto de Código Penal de 1992 establece: «El funcionario público o autoridad que influyere en otro funcionario público o autoridad prevaleándose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad y consiguiera una resolución, obteniendo por ello, directa o indirectamente, un beneficio económico para sí o para un tercero, será castigado con las penas de prisión de seis meses a un año, multa del tanto al duplo del beneficio obtenido e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años.»

El artículo 410 de dicho Proyecto dice: «El particular que influyere en un funcionario público o autoridad prevaleándose de cualquier situación derivada de su relación personal con éste o con otro funcionario público o autoridad y consiguiera una resolución, obteniendo por ello, directa o indirectamente, un beneficio económico para sí o para un tercero, será castigado con las penas de prisión de seis meses a un año y multa del tanto al duplo del beneficio obtenido.»

Y el artículo 411 del Proyecto prescribe: «Los que, ofreciendo hacer uso de influen-

Capítulo correspondiente al «cohecho», del que se independizan^{163, 164, 165} —al menos, el art. 404 bis c) o el art. 411 del Proyecto, siendo los demás preceptos de creación «ex novo»—.

cias cerca de las autoridades o funcionarios públicos, solicitaren de terceros dádivas, presentes o cualquier otra remuneración o aceptaren ofrecimiento o promesa, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año».

«En cualquiera de los supuestos a que se refiere este artículo la autoridad judicial podrá imponer también la suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, organización o despacho y la clausura de sus dependencias abiertas al público por tiempo de seis meses a tres años».

Debe tenerse presente que el artículo 476 del Código Penal de 1928 que regulaba una modalidad de tráfico de influencias la situaba entre los delitos de cohecho.

Decía así: «El que aparentando crédito, influencia o relaciones cerca de las autoridades, agentes de éstas o funcionarios públicos, recibiere o se hiciere prometer dinero u otras cosas, como recompensa de su mediación o resolución favorable de un asunto que de aquéllos dependa, será castigado con las penas de 6 meses a 3 años de prisión y multa de 1000 a 10000 pesetas».

También el artículo 473 del Proyecto de Código Penal de 1980 y el artículo 407 de la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983 (PANCP) —antecedentes del artículo 404 bis c) del CP introducido por la Ley Orgánica 9/1991, de 22 de Marzo, y del artículo 411 del Proyecto de Código penal de 1992— se hallaban situados *bajo el Capítulo correspondiente del delito de cohecho*.

El artículo 473 del PCP de 1980 decía: «Los que ofreciendo hacer uso de influencias cerca de los funcionarios o encargados de servicios públicos solicitaren de terceros dádivas, presentes o aceptaren ofrecimiento o promesa, serán castigados con la pena de multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas en que puedan incurrir si alegasen falsamente que el provecho es en todo o en parte para el funcionario.»

«Si este delito fuere cometido por funcionario público que se ofrezca a influir sobre otro u otros funcionarios, se le impondrá además la pena de suspensión por tiempo de 3 a 6 meses».

Finalmente, el artículo 407 de la PANCP 1983 prescribía: «1.— Los que, ofreciendo hacer uso de influencias cerca de las autoridades, funcionarios o encargados de servicios públicos solicitaren de terceros dádivas o presentes o aceptaren ofrecimiento o promesa, serán castigados con la pena de multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas en que puedan incurrir si alegaren falsamente que el provecho era en todo o en parte para el funcionario».

¹⁶³ «Si este delito fuere cometido por autoridad o funcionario público que se ofrezca a influir sobre otros funcionarios o autoridades, se le impondrá además, la pena de inhabilitación para el cargo por tiempo de tres a seis años».

¹⁶⁴ Respecto de la modalidad de tráfico de influencias en el delito de cohecho vide E. CASAS BARQUERO. «Tráfico de Influencias», en Estudios Penales en memoria del profesor Agustín Fernández Albor, 1989. Universidad de Santiago de Compostela, p. 165 y ss.

¹⁶⁵ El tráfico de influencias se regulaba como *modalidad fraudulenta* en el artículo 529.6 CP (como estafa agravada), si la influencia era *fingida*, es decir, no real; pudiendo ser constitutiva de estafa simple la conducta si la influencia, a pesar de ser real, no pensaba ser ejercitada por su autor, haciendo creer mendazmente que se ejercitaría.

Dicha modalidad fraudulenta nada tiene que ver con los nuevos tipos de tráfico de influencias introducidos por la Ley Orgánica 9/1991, de 22 de Marzo, o por el nuevo Código Penal de 1995.

B) Examen de la regulación legal de los artículos 404 bis a) y 404 bis b) del CPA

Los artículos 404 bis a) y 404 bis b), a diferencia del artículo 404 bis c), son dos preceptos, como ya se ha dicho, completamente nuevos en nuestra legislación¹⁶⁶, formulándose en el proceso legislativo varias propuestas procedentes de los distintos grupos parlamentarios¹⁶⁷.

El bien jurídico protegido lo constituye, según doctrina mayoritaria, el **correcto funcionamiento de la Administración Pública, conforme a los criterios de objetividad e imparcialidad**, recogidos en el artículo 103 de la Constitución Española¹⁶⁸; en suma, se ataca con la incriminación de los delitos de tráfico de influencias referidos *la corrupción*, que constituye un elemento común en estos delitos, así como en los delitos de cohecho, revelación de secretos y uso de información privilegiada, que se caracteriza por ser una desviación de la actividad administrativa, de los fines públicos institucionales a fines de carácter privado.

Los artículos 404 bis a) y 404 bis b) —el primero se distingue del segundo en que el sujeto activo del delito tiene la consideración de funcionario público o de Autoridad a efectos penales (art. 119 CP de 1973), siendo un delito especial, mientras que en el segundo el sujeto activo es un particular, es un delito común—, se configuran como **delitos de resultado** de medios determinados, es decir, es necesario que se produzca un resultado separable espacio-temporalmente de la acción, con limitación de las modalidades de la misma (**influir mediante prevalimiento**)¹⁶⁹.

¹⁶⁶ Así lo reconoce expresamente M. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en «La evolución legislativa del delito de tráfico de influencias» en «Actualidad Jurídica Aranzadi», núm. 223, de 30 de Noviembre de 1995, p. 2.

¹⁶⁷ Cfrs. GABRIEL GARCÍA PLANAS, «El nuevo delito de tráfico de Influencias», en Poder Judicial, n.º 29, Marzo 1993, CGPJ, p. 21.

Prosperó la enmienda del PSOE a la proposición de Ley Orgánica por el Grupo Parlamentario Catalán Convergència i Unió, la cual —esta última— introducía un nuevo Capítulo en el Código penal para controlar el tráfico de influencias. Dicha enmienda decía: «Se incorpora en el Título VII del Libro II del Código Penal un nuevo Capítulo XIII con la siguiente redacción: Capítulo XIII «Del tráfico de influencias».

Artículo 404 bis a): «El funcionario público o autoridad que influyere en otro funcionario público o autoridad prevaleándose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad y **obtuviere una resolución que comportare un beneficio económico para sí directa o indirectamente o para alguno de los parientes a que se refiere el artículo 11 de este Código**, será castigado con la pena de arresto mayor, inhabilitación especial y multa por el importe del valor del beneficio obtenido—» (*la negrita es mía*).

¹⁶⁸ Así, MORILLAS CUEVA Y PORTILLA CONTRERAS, «Los delitos de revelación de secretos, uso de información privilegiada, cohecho impropio y tráfico de influencias», en Comentarios a la Legislación Penal, XVI, p. 192 y ss.

También M. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, op. cit., p. 3.

¹⁶⁹ Cfrs. S. MIR PUIG, Derecho Penal. Parte General, PPU 3ª edición, pp. 215 y 218.

Como magistralmente enseña el profesor E. GIMBERNAT, desde la perspectiva del sujeto pasivo del delito, los delitos **de mera actividad** también producen un resultado en el mundo exterior (así, persona accedida carnalmente, en el delito de violación, o morada invadida en contra de la voluntad de su morador, en el delito de allanamiento de morada) y por ello interviene el Derecho penal. Las dos categorías, delitos de mera actividad y delitos de resultado, consisten en una actividad en relación de causalidad con un resultado, pero que mientras en los delitos de resultado es imaginable teóricamente— y en eso se distinguen unos de otros — la existencia de una distancia espacio-temporal entre movimiento corporal y resultado, en los delitos de actividad, en cambio, el resultado *siempre* tiene lugar *simultáneamente* con la actividad desplegada por el agente¹⁷⁰.

Así pues, cabe distinguir en *la parte objetiva del tipo*: a) la acción; b) la relación de causalidad entre la acción y el resultado; c) la imputación objetiva del resultado a la acción; y d) el resultado típico; y *en la parte subjetiva del tipo*: e) el dolo (no cabiendo, en principio, la imprudencia en el tipo del tráfico de influencias, pues la acción de **influir con prevalimiento** en otro funcionario, constituye un comportamiento esencialmente doloso, pues la idea de abuso del cargo o de la relación personal es incompatible con la imprudencia).

Veámos todos los elementos anteriormente referidos:

a) **la acción** la constituye el comportamiento de «**influir**» un funcionario público a efectos penales o un particular —arts. 404 bis a) o 404 bis b), respectivamente— «**prevaliéndose**» del ejercicio de las facultades de su cargo —si es funcionario— o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario en la toma de decisión de éste en asunto de su competencia.

Por «influir» se entiende, como enseña la Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 24 de Junio de 1994, R.A. 5031, caso J. Guerra, en el Fundamento de Derecho 5º: «*la sugestión, inclinación, invitación o instigación que una persona lleva a cabo sobre otra para alterar el proceso motivador de ésta, que ha de ser un funcionario respecto de una decisión a tomar en el ejercicio del cargo, introduciendo en su motivación elementos ajenos a los intereses públicos, que debieran ser los únicos ingredientes de su análisis previo a la decisión.*»

Pero dicha influencia sólo adquiere relevancia penal cuando se hace uso del «**prevalimiento**» de determinada situación — abuso de poder de

¹⁷⁰ Cfrs. E. GIMBERNAT ORDEIG. «Otra vez: los delitos contra la propiedad intelectual» (Al mismo tiempo, algunas reflexiones sobre los delitos con objeto plural inequívocamente ilícito, sobre los de actividad y sobre el ámbito de aplicación de los artículos 13 y 15 del Código penal) en «Política Criminal y Reforma Penal». Homenaje a la memoria del profesor Dr. D. Juan del Rosal, EDERSA, pp. 599, 600 y 601.

cargo, o de relación jerárquica o personal — no constituyendo delito de tráfico de influencias la conducta del funcionario o particular que influye en otro funcionario sin hacer uso de dicho prevalimiento, pues el tipo penal limita la acción mediante un medio determinado (a diferencia de los denominados por la doctrina tipos «resultativos», en que basta *cualquier conducta* —sin limitación de medios— que cause el resultado —concurriendo la imputación objetiva— para la realización del tipo, como ocurre en el delito de homicidio del art. 407 CP 1973: «el que matare a otro») ¹⁷¹.

En la acción del delito de tráfico de influencias de los arts. 404 bis a) y 404 bis b), la influencia no se ejercita o efectúa mediante *dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas* al funcionario influido, pues si así fuera, estaríamos en el ámbito del cohecho activo del artículo 391 del CP 1973. El hecho de que el tráfico de influencias no incluya la contraprestación al funcionario influido (ni para sí ni para tercero) y se identifique con la presión sobre el mismo para que actúe, hace que este tipo cubra un espacio no abarcado por el cohecho, respecto al que juega, en cierta forma, el papel de tipo residual ¹⁷², afirmando MUÑOZ CONDE: «Si la influencia se ejerce, ofreciendo una contraprestación de carácter económico, estaríamos, naturalmente, sin más, en el cohecho, límite máximo de los nuevos delitos que, de algún modo, constituyen también un sucedáneo de aquel delito —delito de cohecho—, cuando no se puede probar el ofrecimiento de una contraprestación económica, pero sí la influencia y el prevalimiento ¹⁷³»

Además, debe tenerse presente que en el tipo objetivo de estos delitos falta toda referencia típica a la idea de «tráfico», «venta de influencias» —pese a la rúbrica del Capítulo XIII: «DEL TRÁFICO DE INFLUENCIAS»— por parte del funcionario o particular influyente, con lo que ambos preceptos, los arts. 404 bis a) y 404 bis b), se separan en ello del genuino tráfico de influencias: es decir, falta toda referencia a *a*

¹⁷¹ Puede definirse el prevalimiento en el delito de tráfico de influencias como «la utilización por parte del funcionario o autoridad de una determinada situación de poder —que puede derivar tanto del cargo que ostenta como de cualquier otra circunstancia personal— como mero instrumento que permite, con mayor facilidad, el condicionamiento de la decisión que, en el marco de la gestión pública, debe adoptar otro funcionario». Así, MORILLAS-PORTILLA, op. cit., p. 234.

¹⁷² Cfrs. Mercedes GARCÍA ARÁN, citada a su vez por J.M.^a PAZ RUBIO, en «El tráfico de influencias y la información privilegiada», en «La nueva delincuencia II», Cuadernos de Derecho Judicial, C.G.P.J., 1993-XXV, p. 134; M. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, op. cit., p. 3.

¹⁷³ Cfrs. MUÑOZ CONDE, P.E 10^a De., 1995, p. 811; en el mismo sentido, G. GARCÍA PLANAS, en P.J. n.º 29, 1993, p. 27 y ss.; CABELLO MOHEDANO, F. 12^o Curso de verano. San Roque, 1992, 63 y ss.; MORILLAS CUEVA-PORTILLA CONTRERAS, Comentarios..., op. cit., 235 y ss.

un pacto previo económico entre el funcionario que realiza la mediación (el influyente) y el tercer beneficiario, en su caso, de la resolución¹⁷⁴.

Cabría pensar que la dicción legal «*obteniendo por ello un beneficio económico para sí directa o indirectamente o para tercero*», podría ser suficiente para expresar dicha idea de contraprestación económica por la mediación efectuada; sin embargo, dicha dicción legal obedece a un cambio en el Senado de la originaria que aprobó la enmienda del PSOE a la proposición de Ley de Convergencia i Unió, que decía: «y obtuviere una resolución que *comportare un beneficio económico...*», en que se ve más claro que el beneficio económico es una consecuencia causal de la resolución, sin que la modificación del Senado significara una reforma esencial del contenido del articulado (vide la nota 167 supra). El artículo 428 del nuevo Código penal de 1995, a que luego haremos referencia, asimismo, dice: «para conseguir una resolución *que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para tercero...*». También en este nuevo precepto queda claro que el beneficio económico es un efecto causal de la resolución y no una contraprestación o contrapartida económica a la mediación del funcionario influyente, efectuada por el tercero.

b) Entre dicha acción y el resultado típico —existen dos resultados: «*consiguiera una resolución*» y «*obteniendo por ello un beneficio económico para sí directa o indirectamente o para tercero*»— debe tener lugar una **relación de causalidad**, que según la teoría hoy dominante es la *teoría de la equivalencia de las condiciones*, según la fórmula de la *conditio sine qua non*¹⁷⁵. Dicha teoría sostiene que es causa de un acontecimiento la suma total de todas las fuerzas (condiciones positivas y negativas) que han exteriorizado una efectividad cualquiera —es decir, con independencia de su mayor o menor proximidad e importancia para la

¹⁷⁴ También E. ORTS BERENGUER-I. VALEIGE-ÁLVAREZ, al comentar el artículo 428 del nuevo Código Penal de 1995 en «Comentarios», p. 1844 (T. VIVES).

¹⁷⁵ Vide E. GIMBERNAT ORDEIG, «Delitos cualificados por el resultado y causalidad». Reus, S.A., Madrid, 1966, p. 46 y ss.; MIR PUIG, S. Derecho penal. Parte General, PPU 3ª de., pp. 231 y ss.

Asimismo vide las Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de Junio de 1989; 6 de Febrero de 1990; 27 de Marzo de 1990; 12 de Junio de 1990; 25 de Enero de 1991; 6 de Marzo de 1991; 28 de Febrero de 1992; 4 de Noviembre de 1992; 21 de Diciembre de 1993; 18 de Julio de 1994.

Anteriormente cabe citar las sentencias del T.S. de 24 de Abril de 1905, C.L. págs. 443-445; 5 de Enero de 1957; 5 de Febrero de 1954, RA 597; 24 de Marzo de 1964, RA 1663; 10 de Junio de 1964, RA 3059. La jurisprudencia del TS había ya acogido la doctrina de la equivalencia con su principio de *causa causae est causa causati* —una encarnación, aunque incompleta e imperfecta, de la *conditio sine qua non*— en SS TS de 3 de Junio de 1897, C.L. pág. 651-653 (página 652); 11 de Octubre de 1902, C.L., págs. 132-133 (pág. 133); 3 de Octubre de 1928, C.L. págs. 136-138 (pág. 137); 12 de Marzo de 1929, C.L., págs. 469-472 (pág. 471); 13 de Enero de 1930, C.L., págs. 33-35 (pág. 35); 12 de Diciembre de 1931, RA 1751; 23 de Noviembre de 1940, RA 1117.

formación del fenómeno—. Con el mismo derecho se puede considerar ya cada una de estas fuerzas individuales, por sí sola, como la causa del fenómeno, pues la existencia del mismo depende hasta tal punto de cada una de las fuerzas individuales, que si se elimina tan sólo una de las fuerzas individuales de la relación causal, el fenómeno no tiene lugar. Y según la fórmula de la *conditio sine qua non*, puede considerarse que una conducta ha condicionado causalmente un resultado cuando suprimiendo mentalmente aquella conducta —es decir, imaginando la hipótesis de que no se hubiera efectuado—, desaparecería también el resultado.

Así, pues, el primer resultado: «consiguire una resolución» ha de ser efecto causal de la conducta de influir con prevalimiento el sujeto activo en otro funcionario en la toma de su decisión; mientras que el segundo resultado: «obteniendo por ello un beneficio económico...» ha de ser efecto causal de la resolución dictada por el funcionario influido con prevalimiento.

De no producirse la *resolución*, pese a la conducta típica del sujeto activo de influir con prevalimiento en un funcionario, sin desistimiento voluntario de aquél, se estaría ante el delito o tipo de imperfecta realización de la *tentativa punible*; y de no producirse sólo el segundo resultado, del beneficio económico, ante el delito de tráfico de influencias en grado de *frustración*¹⁷⁶.

c) Pero además de la relación de causalidad se requiere para que se realice la parte objetiva del tipo, y como elemento de la tipicidad, la hoy denominada **imputación objetiva** de la conducta al resultado típico, como *categoría independiente de carácter normativo*, consistente en una *relación de riesgo*, de modo que la conducta cree un riesgo típicamente relevante (un riesgo no permitido y por ello jurídicamente desaprobado, que no obedezca a una causa de justificación), que se realice en el resultado, teniendo en cuenta, como criterio, el fin de protección de la norma, así como los principios que deben informarla¹⁷⁷. Dicha teoría se

¹⁷⁶ Así, MORILLAS CUEVA-PORTILLA CONTRERAS, en Comentarios..., op. cit. p. 236.

¹⁷⁷ Cfrs. E. GIMBERNAT ORDEIG, «Delitos cualificados por el resultado y causalidad», pp. 101 y ss.; el mismo, «¿Qué es la imputación objetiva?», Estudios penales y Criminológicos, X, 1987, pp. 184 y ss.; MIR PUIG, S., Derecho Penal, P.G. 3ª edición, p. 229 y ss.; ROXIN «Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el Derecho penal» en «Problemas básicos del Derecho penal» (traducción de LUZÓN PEÑA, 1976, pp. 128 y ss.; el mismo, Strafrecht. Allgemeine Teil, parágrafo 11, n. 39, p. 231; JESCHECK, Tratado I, p. 378 (traducción Santiago Mir); TORIO LÓPEZ, «Naturaleza y ámbito de la imputación objetiva», en ADP CP, 1986-I, pp. 33, 34 y 35; LUZÓN PEÑA, «Comentarios a la Sentencia TS de 20 de Mayo de 1981», en Actualidad Jurídica, 1981 (VII), p. 82; el mismo «Autoría e imputación objetiva en el delito imprudente» Revista de Derecho de la Circulación, 1984, p. 277; BAJO FERNÁNDEZ, Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos contra las personas», 1986, pp. 13 y ss.; M. ÁNGEL COBOS GÓMEZ DE LINARES, «Imputación objetiva y Sentencia Penal», en «Causalidad e imputación ob-

basa esencialmente en la teoría de la *causalidad adecuada*, que deja de ser una teoría de la causalidad, para ser entendida solamente como una *teoría normativa*, atendiéndose a la «*previsibilidad*» objetiva —según la experiencia humana— *ex ante* del concreto resultado por parte de un hombre medio ideal (prudente), que dispone de todos los conocimientos especiales de la situación que tiene el autor —aspecto subjetivo— al actuar, además de aquellos que tiene el observador medio, de modo que la acción desplegada aparece como *adecuada* para producir el resultado concreto, con sus circunstancias esenciales de lugar, tiempo, etc...¹⁷⁸

Faltará la «*relación de riesgo*» en los casos de *disminución del riesgo*, *ausencia de un riesgo típicamente relevante* (casos de riesgo permitido por su utilidad social que no obedezca a una causa de justificación, y de riesgo insignificante cuantitativamente) y en los casos de *no realización del riesgo típico en el resultado*, realizándose otro riesgo distinto, que no podía tenerse en cuenta *ex ante*, aplicándose el criterio del *fin de protección de la norma o ámbito de protección de la norma*¹⁷⁹.

Afirma mi maestro E. GIMBERNAT que: «la teoría de la imputación objetiva es *positivamente* un elemento normativo del tipo, y, *negativamente*, un elemento del tipo que se distingue de *todos los restantes* en que, mientras que éstos son mencionados *expresamente* por la ley, a la imputación objetiva la Ley no la alude para nada (a pesar de lo cual y no obstante, es un elemento del tipo¹⁸⁰). (Así, en los delitos dolosos el riesgo permitido —elemento no descrito en la ley expresamente— excluye la imputación objetiva, pese a existir dolo; en los delitos imprudentes, la observancia del cuidado debido —el comportamiento prudente dentro del riesgo permitido— excluye la tipicidad por falta de imprudencia —elemento expresamente descrito en los tipos imprudentes— excluyéndose la imputación objetiva del resultado, pese a realizarse una conducta

jetiva», Cuadernos de Derecho Judicial. C.G.P.J. 1994-XXVI, p. 13 y ss.; M. CORCOY BIDASOLO, «El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado» PPU, 1989, p. 291 y ss.; *la misma*, «Imputación "objetiva" en el delito imprudente», en Cuadernos de Derecho Judicial. C.G.P.J. 1994-XXVI, p. 35 y ss.; Margarita MARTÍNEZ ESCAMILLA, «La imputación objetiva del resultado». Edersa 1992; *la misma*, «La imputación objetiva del resultado. Una primera aproximación». Cuadernos de Derecho Judicial. C.G.P.J. 1994, T. XXVI, p. 81 y ss.

Es fundamental LARENZ, «Hegels Zurechnungslehre», p. 60 y ss., y HONIG, Frank-Festgabe, p. 179 y ss.

Vide también GÜNTHER JAKOBS, «Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teorías de la imputación» Marcial Pons, 1995 (traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo), p. 226 y ss.

¹⁷⁸ Cfrs. MIR PUIG, S. Derecho Penal. Parte General, p. 243 y 244; E. GIMBERNAT ORDEIG, «Delitos cualificados...», p. 19 y s.

¹⁷⁹ Seguimos a MIR PUIG, S., op. cit., p. 245 a 249.

¹⁸⁰ Cfrs. E. GIMBERNAT, «¿Qué es la imputación objetiva?...». Estudios Penales y Criminológicos (Fernández Albor), op. cit., p. 167.

peligrosa imprudente, cuando el resultado producido no era el resultado que quería evitar la norma del tipo en concreto —fin de protección de la norma— elemento no descrito expresamente por la ley).

Volviendo al tráfico de influencias, cabría decir que no habría imputación objetiva del resultado si no era *previsible ex ante* que tomara la decisión o resolución el funcionario —influido—.

Se ha dicho por algunos autores que la falta de abuso de la influencia — cuando falta el prevalimiento — en el delito de tráfico de influencias hace *atípica*, por ser *adecuada socialmente*, la conducta del funcionario o particular que influye en la resolución de otro funcionario sin que concurra abuso del cargo ni de cualquier otra ventaja de tipo personal o jerárquico¹⁸¹.

Sin embargo, lo que ocurre, en realidad, en dicho supuesto es que no se realiza el tipo de tráfico de influencias de los arts. 404 bis a) o 404 bis b) CP 1973 —podría, en su caso, ser calificada dicha conducta de *inducción* a un delito de prevaricación, si la resolución dictada fuera injusta, y lo hubiera sido «a sabiendas»— porque falta uno de los elementos del tipo descritos *expresamente* por la Ley, o sea, «*el prevalimiento*» del cargo público o de otra situación derivada de la relación personal o jerárquica con el funcionario influido, sin que sea, por consiguiente, útil acudir a la teoría de la adecuación social, a la cual debe acudir cuando falta la imputación objetiva —que es un elemento de la tipicidad no descrito expresamente en el tipo—, y no cuando falta un elemento del tipo descrito expresamente, aunque la razón última se encuentre en la idea de la adecuación social, o más bien en el principio de subsidiariedad del Derecho penal o «ultima ratio».

Cabría, en cambio, entender que falta la imputación objetiva del resultado, cuando la resolución dictada o tomada por el funcionario influido es una resolución «*justa*», pues en dicho caso la acción típica de influir con prevalimiento en otro funcionario **no crea un riesgo típicamente relevante** (jurídicamente desaprobado), que se realiza en el resultado, al no afectar el bien jurídico protegido por los arts. 404 bis a) y 404 bis b) si se entiende que éste es el correcto funcionamiento de la Administración Pública, conforme a los criterios de objetividad e imparcialidad del art. 103 CE; o de crearse cierto riesgo, éste sería cuantitativamente «insignificante» (así, sería impune el supuesto del funcionario o particular que influyera con prevalimiento de su cargo o de su relación personal en un miembro de un Tribunal de oposiciones, al tener noticia de que un opositor que merece aprobar puede ser discriminado por razones políticas —ejemplo ideado por M. GARCÍA ARÁN—; también se-

¹⁸¹ Así MORILLAS CUEVA-PORTILLA CONTRERAS, op. cit., pp 231 y 232.

rían impunes los ejemplos ideados por E. GIMBERNAT^{182, 183}: el de un portavoz de un partido político —funcionario a efectos penales— que influye en los diputados de su respectivo grupo parlamentario —también funcionarios a efectos penales ex art. 119 CP 1973— indicándoles a qué candidatos deben votar para miembros del Consejo General del Poder Judicial, quienes se verían favorecidos económicamente por las retribuciones a percibir en el futuro; o el de un funcionario o particular que recomiendan a un miembro del Tribunal de oposiciones, prevaleciéndose de su relación personal, a un opositor que lo merezca.

Al igual que sucede en el cohecho, la adecuación social debe de desempeñar un papel muy importante en el tráfico de influencias.

Debe destacarse, sin embargo, que la *voluntad* del legislador *parece* que ha sido la de castigar, *también*, cuando la resolución dictada sea «justa», ya que lo que se pretendería sancionar es la utilización de medios ilícitos para obtener la resolución —justa o injusta— al igual que ocurre en el Derecho penal francés (art. 178 del Código penal francés), con lo que se vulneraría el principio de ofensividad del bien jurídico, por lo que, en mi opinión, en realidad la *voluntad de la ley* —que debe de prevalecer sobre la *voluntad del legislador*— es que sólo debe castigarse cuando la resolución influida es «*incorrecta*».

d) **resultados típicos** son dos: que se tome por el funcionario influido, dentro del ámbito del ejercicio de sus funciones, **una resolución** (incorrecta), y a consecuencia de la misma se haya producido **un beneficio económico** para el funcionario o particular que influye con prevalimiento, directa o indirectamente, o para un tercero.

Ambos resultados, según la doctrina dominante, no constituyen *condiciones objetivas de punibilidad*, sino verdaderos *resultados típicos*, porque, se afirma, si se pretende proteger la imparcialidad de la administración, no tiene sentido establecer una condición objetiva de punibilidad, que impida castigar como tentativa aquellos supuestos en los que se intenta influir sobre ella, pero no se consigue¹⁸⁴.

En cuanto a la resolución, que no debe ser sólo la administrativa

¹⁸² Vide E. GIMBERNAT. Prólogo a la 8ª edición del Código Penal de la editorial Tecnos.

¹⁸³ Mercedes GARCÍA ARÁN también acepta que en el caso de resoluciones justas debe negarse la imputación objetiva respecto de la influencia ejercida. Dicha autora añade los casos en que se utilice la influencia para obtener una resolución justa, evitando con ello una resolución desviada: ante la noticia de que un opositor es discriminado por su militancia política se presiona al presidente del tribunal para que actúe correctamente y lo apruebe.

Vide José Mª PAZ RUBIO en «La nueva delincuencia II», op. cit., p. 136.

¹⁸⁴ Cfrs. GARCÍA ARÁN, op. cit., p. 138. También MUÑOZ CONDE, P.E., p. 857. 10ª edición. Este autor afirma que la conceptualización del doble resultado como condición objetiva de punibilidad convertiría prácticamente en inaplicables los artículos 404 bis a) y 404 bis b).

sino aquella decisión que afecte a intereses generales, entendemos que *debe ser «incorrecta», pero no necesariamente «injusta»*, en el sentido de torcimiento del Derecho, propia del delito de prevaricación. En caso de ser «injusta» en el sentido acabado de indicar de torcer el derecho, existiría respecto del funcionario influyente un concurso medial de delitos del art. 71 CP 1973, entre delito de tráfico de influencias de los arts. 404 bis a) y 404 bis b) e inducción a un delito de prevaricación —art. 358.1 y 14.2 CP 73— (así lo entienden la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de Junio de 1994, R.A. 5031, F. J. 5ª, y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 28 de Julio de 1995; también MUÑOZ CONDE)¹⁸⁵, aunque parece que la solución dogmática más correcta sea la del concurso *ideal* de delitos, por tratarse de *una sola acción* y no comprender uno solo de los tipos (el del tráfico de influencias no comprende el desvalor de la injusticia de la resolución; y el de prevaricación no comprende el desvalor del beneficio económico) el total desvalor del hecho¹⁸⁶. No parece, en cambio, acertada la afirmación de que existe un concurso de *leyes* a resolver por el principio de *especialidad* —siendo más especial el delito de tráfico de influencias que la inducción a la prevaricación, pues no añade ningún elemento más el primero respecto de la segunda, al no comprender el delito de tráfico de influencias el desvalor de la injusticia de la resolución provocada¹⁸⁷—. En efecto, en el delito de tráfico de influencias *no se recoge todo el desvalor del delito de prevaricación* más un elemento específico.

Respecto del segundo resultado, del *beneficio económico*, un sector de la doctrina critica la exigencia del mismo como resultado típico por considerar que ello es del todo *incoherente* con el bien jurídico protegido (el correcto funcionamiento de la Administración pública, conforme a los criterios de objetividad e imparcialidad, recogidos en el artículo 103 de la C.E.). Así, se dice, «si se considera el objeto de protección el correcto funcionamiento de la Administración, o sea, la expectativa que cualquier ciudadano pueda tener de que la Administración funcione de forma objetiva e imparcial, debería ser completamente indiferente que el sujeto que influye en un funcionario obtenga o no un beneficio económico, puesto que ante el resto de la sociedad lo que queda patente es que el funcionario en cuestión actúe al dictar la resolución, por motivos ajenos al interés público¹⁸⁸».

¹⁸⁵ Cfrs. MUÑOZ CONDE, D. Penal. P.E., p. 858.

¹⁸⁶ MORILLAS CUEVA-PORTILLA CONTRERAS, op. cit., p. 236; Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO en «La evolución...», op. cit., p. 3.

¹⁸⁷ Así opina GARCÍA PLANAS, G., en Poder Judicial n. 29, 1993, p. 30, quien entiende que el delito de tráfico de influencias es norma especial.

En cambio, el delito de cohecho sí es más especial que el tráfico de influencias.

¹⁸⁸ Cfrs. M. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, op. cit., p. 3.

Parece que sería más acorde que «de lege ferenda» el *beneficio económico* constituyera un elemento subjetivo del injusto, como *ánimo de enriquecimiento a costa de utilizar influencias públicas*¹⁸⁹.

e) Finalmente en la parte subjetiva del tipo debe concurrir el correspondiente **dolo**. La Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de Junio de 1994, R.A. 5031, en su F. J. 50 afirma que en el delito de tráfico de influencias sólo cabe la **comisión dolosa**.

En efecto, el delito de tráfico de influencias exige que el funcionario o particular «abusen» de una determinada situación —prevalimiento—, siendo la idea de *abuso* inherente a la comisión dolosa, e incompatible con la comisión imprudente¹⁹⁰.

El dolo debe abarcar todos los elementos de la parte objetiva del tipo antes examinados, y, por ende, también el uso del prevalimiento. Cabría imaginar un supuesto en que el sujeto activo se prevalega de una situación, sin querer hacerlo, para obtener una determinada resolución¹⁹¹ —supuesto atípico por falta de dolo—.

Respecto de la admisión del dolo eventual es más problemático, si bien parece que no debe descartarse ante la inexistencia de lege lata de elementos subjetivos del injusto (así, cuando con la actitud adoptada por un funcionario, admita como probable que va a influir sobre otro funcionario y con ello obtendrá una resolución beneficiosa económicamente, y lo acepta)¹⁹².

C) Examen de la regulación del artículo 404 bis c) del Código Penal de 1973, introducido por la Ley Orgánica 9/1991, de 22 de Marzo

Este precepto dice así: «Los que, ofreciendo hacer uso de influencias cerca de las autoridades o funcionarios públicos, solicitaren de terceros dádivas, presentes o cualquier otra remuneración o aceptaren ofrecimiento o promesa, serán castigados con la pena de arresto mayor».

«Si los hechos a que se refiere el párrafo anterior fueren realizados por profesional titulado se impondrá, además, como accesoria la pena de inhabilitación especial».

«En cualquiera de los supuestos a que se refiere este artículo la autoridad judicial podrá imponer también la suspensión de las actividades

¹⁸⁹ Así parece que configuran el beneficio económico los nuevos artículos 428 y 429 del nuevo Código Penal de 1995.

¹⁹⁰ Cfrs. MUÑOZ CONDE, D. Penal. P.E., p. 8, quien dice que: «la imprudencia es incompatible con las expresiones "influyen" y "prevalimiento". El ánimo de conseguir un beneficio económico para sí o para tercero va también implícito en el dolo.»

¹⁹¹ MORILLAS CUEVA-PORTILLAS CONTRERAS, op. cit., p. 235.

¹⁹² Acepta el dolo eventual G. GARCÍA PLANAS, «El nuevo delito de tráfico de influencias», op. cit., p. 31.

de la sociedad, empresa, organización o despacho y la clausura de sus dependencias por tiempo de seis meses a tres años».

Dicho precepto procede del artículo 473 del Proyecto de Código Penal de 1980, situado bajo el Capítulo del cohecho, y del artículo 407 de la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983 (vide nota 2).

Cabe destacar que en este precepto tanto el sujeto activo como el sujeto pasivo **son particulares**, la actuación incriminada se desenvuelve totalmente *en el ámbito privado*. La única relación que cabe establecer con la protección de la función pública es el ofrecimiento de «hacer uso de influencias —reales— cerca de funcionarios o autoridades».

En rigor, en el artículo 404 bis c) no se atenta contra la objetividad e imparcialidad propias de la Administración. Se castiga **la puesta en peligro en abstracto de la objetividad**¹⁹³; aunque al ser tal peligro *tan lejano* (no respetándose el principio de intervención mínima del Derecho penal) en realidad, el bien jurídico afectado parece ser más bien **el prestigio y buen nombre** de la Administración¹⁹⁴. Pero incluso así la puesta en peligro o lesión del bien jurídico es excesivamente lejana. Podría hablarse de «*un peligro remoto*», en palabras de ORTS BERENGUER.

Ello pone de manifiesto la gran sensibilización ante el tema de la corrupción por parte de la sociedad y de los propios grupos políticos, que ha llevado a lo que se ha llamado expresivamente una «**huida al derecho penal**», teniendo la incriminación del referido precepto —y de los propios del tráfico de influencias— un importante **valor simbólico**, buscando completar una función pedagógica y de recordatorio de la relevancia penal de comportamientos anclados en nuestros usos sociales. Tal vez la realidad no ha puesto de relieve que esta decisión político-criminal no ha supuesto tanto la aplicación de esta nuevas figuras delictivas, como una mayor sensibilidad frente a los delitos preexistentes que normalmente contienen comportamientos más disvaliosos que los contenidos sobre los preceptos de nueva intervención¹⁹⁵.

El artículo 404 bis c) constituye un **delito de mera actividad**, un **delito mutilado de dos actos**¹⁹⁶ —integrante de tipos subjetivamente configurados en cuanto portadores de elementos subjetivos del injusto, específicamente caracterizados por la exigencia normativa de la presencia de una genuina finalidad pretendida por el autor, que trascendiendo más

¹⁹³ MORILLAS CUEVA-PORTILLA CONTRERAS, op. cit., 242.

¹⁹⁴ Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, en «Anotaciones sobre el delito de tráfico de influencias», en Cuadernos de Derecho Judicial. C.G.P.J. 1994. T. IV p. 209.

¹⁹⁵ Cfrs. I. BERDUGO, op. cit., p. 205.

¹⁹⁶ Así Enrique CASAS BARQUERO, op. cit., p. 172.

allá del ámbito propio del dolo se cifra precisamente en la realización de una ulterior conducta del propio sujeto¹⁹⁷—.

El artículo 404 bis c) podría entenderse como una suerte de acto preparatorio en un delito de cohecho, pues lo decisivo en dicho delito no es tanto el ofrecimiento de influencia como el requisito añadido de la dádiva o recompensa solicitada.

En la conducta típica no se exige que el sujeto activo realmente lleve a hacer uso de la influencia —que debe ser real, pues si fuera ficticia, estaríamos ante un delito de estafa ex artículos 528 y 529.6 CP 73—, ni siquiera que ello se intente, pues de hacerse posteriormente uso de la influencia o de intentarse estaríamos ante un concurso real de delitos —medial— entre los tipos del artículo 404 bis a) —si el sujeto influyente es un funcionario público— o del artículo 404 bis b) —si el sujeto activo es un particular—.

No hace falta, tampoco, la aceptación por el tercero del ofrecimiento efectuado por el sujeto activo, para la consumación del delito del art. 404 bis c) Pero si el tercero acepta el ofrecimiento, ése sería cooperador necesario del delito del art. 404 bis c) en concurso ideal con el delito del artículo 391 CP 73 «in fine» de cohecho activo de respuesta; y si el tercero ofrece contraprestación económica sería inductor del tipo del art. 404 bis c). El tercero nunca puede ser autor en sentido estricto porque el art. 404 bis c) sólo regula el denominado «tráfico pasivo».

La conducta típica consiste en **solicitar o aceptar** el sujeto activo —se trata de un delito común— alguna clase de remuneración actual o futura para sí o para tercero, por **ofrecer** hacer uso de las influencias que tiene cerca de funcionarios públicos o autoridades.

II. LOS NUEVOS ARTÍCULOS 428, 429 Y 430 DEL CÓDIGO PENAL APROBADO POR LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE

A) Los artículos 428 y 429 CP 1995

El nuevo Código Penal de 1995 regula el tráfico de influencias en el Capítulo VI del Título XIX: «Delitos contra la Administración pública», con la rúbrica «DEL TRÁFICO DE INFLUENCIAS» conteniendo los artículos 428 a 431.

El artículo 428 establece: «El funcionario público o autoridad que

¹⁹⁷MIR PUIG, S., afirma que se trata de tipos incongruentes, en que la parte subjetiva del tipo no se corresponde con la parte objetiva, por exceso subjetivo. En el delito mutilado de dos actos, la intención del autor al ejecutar la acción típica debe dirigirse a realizar otra actividad posterior del mismo sujeto. Derecho penal. Parte General. 3ª de PPU p. 219.

influyere en otro funcionario público o autoridad prevaleiéndose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero, incurrirá en las penas de prisión de seis meses a un año, multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años. Si obtuviere el beneficio perseguido se impondrán las penas en su mitad superior».

Y el artículo 429 dice: «El particular que influyere en un funcionario público o autoridad prevaleiéndose de cualquier situación derivada de su relación personal con éste o con otro funcionario público o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente, un beneficio económico para sí o para un tercero, será castigado con las penas de prisión de seis meses a un año, y multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido. Si obtuviere el beneficio perseguido se impondrán las penas en su mitad superior».

Lo primero que salta a la vista, si se comparan ambos preceptos con los artículos 404 bis a) y 404 bis b) del Código anterior derogado, es un aumento o exacerbabación del rigor punitivo, pues estos últimos castigaban las conductas en ellos incriminadas con las penas de arresto mayor —de un mes y un día a seis meses de privación de libertad— inhabilitación especial y multa por el importe del valor del beneficio obtenido (el art. 404 bis a)); y con las penas de arresto mayor y multa por el importe del valor del beneficio obtenido (el art. 404 bis b)). mientras que el actual art. 428 contiene las penas de prisión de seis meses a un año e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años y multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido; y de obtenerse el beneficio perseguido se aplican las penas en su mitad superior; y el art. 429, las penas de seis meses a un año de prisión, y multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido; y de obtenerse el beneficio perseguido se aplican las penas en su mitad superior (de nueve meses a un año de prisión).

Sin embargo, se reduce la duración de la pena de inhabilitación especial, de seis años y un día a doce años ex art. 30 CP 73, al tiempo de tres a seis años, del art. 428 CP 1995. pudiendo agravarse el límite inferior a cuatro años y medio, de obtenerse el beneficio perseguido.

Dicha exacerbabación de la mayor parte de las penas ya se contenía en el proyecto de Código penal de 1992, en sus artículos 409 y 410 (vide nota 162).

Puede, pues, afirmarse que se ha endurecido la posición del legislador español respecto del fenómeno de la corrupción en general, produ-

ciéndose, aún más, la «huida hacia el derecho penal» a que antes hacíamos referencia, transgrediéndose quizás el principio de «ultima ratio» —carácter secundario o subsidiario— del Derecho penal.

Sin embargo, dicho endurecimiento punitivo obedece, sin duda, al deseo de hacer frente, incluso con el terrible instrumento de la amenaza de la pena, a un fenómeno de corrupción que en los últimos años lamentablemente ha adquirido carácter institucional, y contra el que «hay que hacer algo y pronto», para calmar a la sociedad, incrédula hasta entonces, que no podía tolerar por más tiempo dicho fenómeno, hasta el extremo en que había llegado.

Pero, además, se configuran los dos nuevos preceptos de manera bien distinta a como lo estaban los predecesores artículos 404 bis a) y 404 bis b) del anterior Código, e incluso los artículos 409 y 410 del Proyecto de Código Penal de 1992 (vide nota 162).

En efecto, pronto se ve que el legislador ha avanzado las barreras de protección del bien jurídico, al dejar de configurar el tráfico de influencias como un delito de resultado —como ocurría en los artículos 404 bis a y 404 bis b del CP 73, y en los artículos 409 y 410 del Proyecto de Código Penal de 1992— y configurarlo ahora como **un delito de mera actividad**, en que el resultado se produce *simultáneamente* con la actividad, no siendo imaginable teóricamente la existencia de una distancia espacio-temporal entre movimiento corporal y resultado¹⁹⁸, de modo que ya no se exigen los resultados típicos de que el funcionario influido tome *una resolución*, ni que obtenga *un beneficio* para sí o para un tercero a consecuencia de dicha resolución; sino que *basta* que el sujeto activo —el funcionario o particular que influyen— **persiga** subjetivamente «conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero» (ahora el tipo dice: «para conseguir una resolución...»).

Por ello, dogmáticamente, opino que se trata de un tipo incongruente al no corresponderse la parte subjetiva de la acción con la parte objetiva, por exceso subjetivo, de modo que es portador de un elemento subjetivo del tipo, distinto del dolo. Es un **delito de resultado cortado**, por cuanto la intención del autor al ejecutar la acción típica debe dirigirse a un resultado independiente de aquél (el fin perseguido por el autor se le escapa)¹⁹⁹. Así, pues, la Ley adelanta la frontera de la represión penal a un momento anterior a la efectiva producción del resultado que quiere evitar: una resolución favorable económicamente al sujeto activo o a un tercero.

¹⁹⁸ Vide E. GIMBERNAT ORDEIG, «Otra vez: los delitos contra la propiedad intelectual...», en Política Criminal y Reforma Penal. Homenaje al profesor Dr. Juan del Rosal, p. 600.

¹⁹⁹ Cfrs. MIR PUIG, S., D.P. P.G., op. cit., p. 219.

Podría pensarse que el bien jurídico protegido por los nuevos artículos 428 y 429, más que el correcto funcionamiento de la Administración pública en sus aspectos de imparcialidad y objetividad del art. 103 CE —que supone una cierta concreción—, es la mera **confianza en la imparcialidad**, es decir, el **peligro para la imparcialidad**²⁰⁰, lo que, sin duda, implicaría una mayor abstracción del bien jurídico y un mayor adelantamiento de la barrera penal.

Sea uno u otro el bien jurídico protegido, los nuevos artículos 428 y 429 constituyen delitos de peligro abstracto —o general²⁰¹—.

Así configurados los tipos de los arts. 428 y 429 del nuevo Código Penal, es claro que el ámbito de lo injusto se amplía ostensiblemente, lo cual puede producir dos efectos diametralmente opuestos: o que el precepto se aplique de modo muy amplio, o, por su vaguedad y abstracción, no se aplique apenas nunca.

Examinemos la conducta típica de los artículos 428 y 429 CP 1995.

a) Conducta típica del art. 428 y del art. 429 CP: «el influir».

En el primer precepto consiste en «*influir el funcionario público o autoridad en otro funcionario público o autoridad prevaleándose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad*».

En el segundo precepto es «*influir el particular en un funcionario o autoridad prevaleándose de cualquier situación derivada de su relación personal con éste o con otro funcionario público o autoridad*».

El sujeto activo debe ser en el art. 428 un funcionario público o autoridad a efectos penales (art. 24 CP 1995), tratándose de un **delito especial impropio**; mientras que en el art. 429 el sujeto activo es un particular, por lo que se trata de un **delito común**.

El verbo típico es «influir». Según el Diccionario ideológico de la Lengua Española Julio Casares, influir significa: «causar unas cosas sobre otras ciertos *efectos* físicos»; y figuradamente, «ejercer una persona o cosa predominio en el ánimo».

²⁰⁰ Así MAURACH, «Deutsches Strafrecht. Besonderer Teil», Karlsruhe, 1969, p. 749; también PAGLIARO, «Principii di Diritto Penale». Parte Speciale. «Delitti Dei Pubblici Ufficiali Contro la Publica Amministrazione», Milano, 1992, p. 140.

²⁰¹ Carlos VÁZQUEZ IRUZUBIETA afirma que el artículo 428 «es un delito de peligro porque la ley no espera que el beneficio sea obtenido ya que con la realización de la conducta típica se ha consumado el tráfico de influencia. Por ello, el logro del provecho agrava la pena, como resultado de la acción y no como componente del injusto». Código Penal, p. 575.

Dicho verbo tiene, pues, una estructura parecida o similar a la *inducción*, en el sentido de que «provoca» en el influido, por medios psíquicos —*influjo psíquico*—, «una decisión» (en nuestro caso, la resolución favorable económicamente para el autor o un tercero).

Cabe así, excluir del tipo, si se quiere que el principio de intervención mínima del Derecho penal desempeñe un papel limitador, los supuestos en que la actividad influenciadora del autor *no despliegue efectividad alguna* en el funcionario que se trata de influir, siendo imprevisible objetivamente y ex ante dicha efectividad —con lo que faltaría la imputación objetiva al no crearse ningún riesgo típicamente relevante—; también cuando la influencia no haya *causado* en el funcionario sujeto pasivo de la acción *efectividad alguna* en la toma de la decisión, al ya estar previamente a la influencia, «resuelto» a actuar de conformidad con la misma de todos modos —caso conocido como el «omnimodo facturus» (así, cuando el funcionario que ha de dictar la resolución favorable al sujeto activo o tercero está ya decidido a hacerlo antes de la influencia de éste)²⁰².

En ambos casos —así como en el caso de que el autor efectúe una mera alusión elogiosa a favor de una determinada decisión faltando una verdadera presión— la conducta del sujeto activo debe ser impune por falta de imputación objetiva o incluso por falta de la relación causal, a diferencia del supuesto en que el sujeto activo *consigue influenciar* al otro funcionario competente para tomar la decisión o dictar la resolución favorable económicamente, que, sin embargo, por otras causas ajenas no llega a ser dictada —supuesto *típico*, al afectar, poniéndolo en peligro, el bien jurídico protegido.

Más dudoso sería el supuesto en que el sujeto activo realiza la conducta influenciadora, pero antes de que el funcionario influido tome la resolución, le comunica a éste que ya no está interesado en el hecho, a pesar de lo cual el funcionario ejecutor dicta la resolución favorable a aquél²⁰³.

²⁰² Sobre el «omnimodo vel simul aequi facturus», vide HALL. «Über die Teilnahme an Mord und Totschlag. Eine hypothetische Untersuchung». Festschrift für Eb. Schmidt, p. 359.

Vide también Luis Felipe RUIZ ANTÓN. «El agente provocador en el Derecho penal». Instituto de Criminología de la Universidad Complutense. Edersa-1982, p. 219; Francisco BALDÓ LAVILLA, en «Algunos aspectos conceptuales de la inducción». Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Sección dirigida por S. MIR PUIG, en ADPCP 1989, p. 1096; Günther JAKOBS. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación», op. cit., p. 806.

²⁰³ Respecto del caso de que el que influye comunique al ejecutor que ya no está interesado en el hecho, (propuesto por JAKOBS, que califica de inducción sólo intentada, a pesar de que el ejecutor dicte la resolución) —si la voluntad del que influye, que antes ha surtido efecto, se convierte en obsoleta antes de la ejecución del hecho— entiendo que el

Parece que no cabe duda de que es típica la conducta influenciadora que «fracasa», no consiguiendo el sujeto activo influenciar «eficazmente» al funcionario competente para dictar la resolución, pese haberlo intentado, al crear un riesgo típicamente relevante, siendo previsible objetivamente y ex ante la efectividad de la influencia²⁰⁴.

b) El prevalimiento

Pero la conducta típica requiere, además, del «influir», *el prevalimiento* del ejercicio de las facultades de su cargo —del funcionario influyente— o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad (art. 428 CP 95). *el prevalimiento* por parte del particular de cualquier situación derivada de su relación personal con éste o con otro funcionario (art. 429 CP 95).

Este último requisito de carácter limitador es de fundamental importancia, pues pone de manifiesto el *abuso* de la influencia, el influir por *medios ilícitos*: el prevalimiento de determinada situación (abusando de las facultades del cargo o de otra relación personal o jerárquica). Por «facultades del cargo» —del art. 428— habrá de entenderse las *facultades de carácter subjetivo o personal* que tienen todos los funcionarios por estar investidos de un carácter público u oficial, dado que dicho carácter les reporta, como norma general, mayores ventajas o privilegios para entrar en contacto con otros funcionarios públicos. Conjuntamente, con las facultades del cargo, la influencia puede venir propiciada por motivos de afinidad política, amistad u otro tipo de relaciones personales o afectivas (dentro de las que tienen cabida las sexuales)²⁰⁵.

No puede realizar el tipo de los artículos 428 y 429 CP 95 quien no tiene ninguna posibilidad de ejercer prevalimiento —aunque sí pueda efectuar una inducción a la prevaricación, si se dicta por el funcionario influido una resolución arbitraria a sabiendas de su injusticia (art. 404 CP 95)—.

delito de tráfico de influencias queda consumado respecto del funcionario que dicta la resolución, respondiendo en grado de tentativa el sujeto activo.

Supuesto distinto sería si el sujeto activo, funcionario o particular, influyeran en el funcionario competente *eficazmente*, pero por otras causas independientes, éste no llegara a dictar la resolución, supuesto en que se habría consumado el delito.

²⁰⁴ Sobre la tentativa fracasada de inducción, vide S. MIR PUIG en nota 4 de la pág. 346. D. Penal. P.G., 2ª Edición.

²⁰⁵ Cfrs. E. ORTS BERENGUER-I. VALEIGE ÁLVAREZ: Penal 1995, p. 1844; MUÑOZ CONDE citado por los mismos.

c) Finalidad de obtener una resolución beneficiosa

La conducta típica de los artículos 428 y 429 debe de realizarse *con la finalidad* (subjetiva) *de conseguir una resolución que pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero*.

Concurre, pues, un elemento subjetivo del injusto (el ánimo de conseguir una resolución beneficiosa económicamente) en el sujeto activo, distinto del dolo, que también debe concurrir abarcando la parte objetiva del tipo (consistente en conocer y querer influir con prevalimiento en un funcionario).

La mera acción configurada de modo más o menos precisa se halla vinculada a un resultado *hipotético* perseguido por el autor, pero que no depende de él, se le escapa.

Se plantea ahora el problema de si la resolución perseguida por el autor ha de ser sólo incorrecta o también puede ser justa, pues el legislador no distingue respecto del tipo de resolución, como tampoco lo hacía en los artículos 404 bis a) y 404 bis b), existiendo, como se ha visto, un sector doctrinal que abogaba por la exclusión del tipo de la resolución «justa».

La voluntad del legislador parece que es la de castigar la mera influencia o interferencia del sujeto activo en un funcionario «por medios ilícitos» —prevaliéndose de su cargo o, jerarquía o situación personal— al estilo del artículo 178 del Código Penal francés, como conducta que pone en peligro la confianza en la imparcialidad de la función pública, tras la importante sensibilización de la sociedad y de los grupos políticos en su conjunto ante el grave fenómeno de la corrupción²⁰⁶.

La conducta típica pondría el acento no en cualquier influencia, sino en una «fuerte presión», de estructura parecida a las coacciones, amenazas, pero sin llegar a impedir de foma física el ejercicio de la decisión adoptada —coacción— o mediante intimidación, esto es, por el constreñimiento que incide directamente sobre la voluntad del funcionario afectado.

En todo caso, parece que, al igual que sucede en el delito de cohecho, debe tenerse muy presente el principio de **la adecuación social**, de modo que conductas como los ejemplos proporcionados por el profesor E. GIMBERNAT —el de un portavoz de un partido político que influye

²⁰⁶ Así opinan E. ORTS-I. VALEIGE op. cit. *ibidem* p. 1844, quienes afirman que: «el objetivo primordial de la sanción penal no es la resolución lograda por medio de influencia, que incluso puede ser intachable desde el punto de vista formal, sino los medios empleados para obtenerla... el artículo 428 trata de reprimir el simple hecho de que los funcionarios puedan infiltrar en el proceso de formación de las decisiones públicas, intereses espúrios a los que deben conformar un juicio imparcial y objetivo...»

en los diputados de su partido para que nombren a los miembros del Consejo General del Poder Judicial, o del funcionario que recomienda al presidente de un tribunal a un opositor que merece aprobar— constituyen conductas *adecuadas* socialmente, y, por ello, atípicas, no superando la frontera del riesgo permitido.

A') Especial referencia a la teoría de la imputación objetiva en los delitos de mera actividad y de peligro abstracto

Al tratar de la regulación legal de los artículos 404 bis a) y 404 bis b) ya examinamos la teoría de la imputación objetiva del resultado —referida a los delitos de resultado—. Pero aquí vamos a tratar de dicha teoría de la imputación objetiva referida a los delitos de mera actividad, al tratarse los actuales artículos 428 y 429 CP 95 de delitos de mera actividad y, además, de peligro abstracto.

Según reconoce un importante sector doctrinal²⁰⁷ la imputación objetiva constituye un elemento de la tipicidad también exigible en los delitos de mera actividad, si bien referida a la propia conducta, no al resultado, que *normalmente* viene *implícita* en la ejecución material de la conducta, pero *no siempre* —cuando ex ante es imprevisible objetivamente cualquier requisito de la conducta (en el allanamiento de morada, cuando fuera ex ante imprevisible la ajénidad de la morada o la oposición de la voluntad de su morador)—.

Es cierto, sin embargo, que la teoría de la imputación objetiva se ha formulado fundamentalmente respecto y con referencia a los mal llamados delitos materiales —ya VON LISZT decía: «es absolutamente incorrecto distinguir entre delitos *materiales* y *formales*, incluyendo en los primeros a aquéllos en los que se produce un resultado externo y en los últimos a aquéllos en los que no es éste el caso²⁰⁸»— o de *resultado*, en sentido estricto (aunque todo delito necesita un resultado, siendo el peligro también, en sí mismo, un resultado; un estado que se da en el mundo exterior²⁰⁹ —así, en los delitos de peligro concreto²¹⁰—.

²⁰⁷ Así TORÍO, en ADPCP 1986, p. 43: *el mismo*, «Fin de Protección y ámbito de protección de la norma», p. 384, en Fernández Albor. Estudios Penales y Criminológicos X, 1987; MIR PUIG, S., Derecho Penal. P.G., 3ª edición, pp. 229 y 250 último apartado y 251; OCTAVIO DE TOLEDO-HUERTA TOCILDO, Derecho Penal. Parte General. Teoría Jurídica del delito. 2ª edición 1986, p. 82 y 83.

²⁰⁸ «Lehrbuch des Deutschen Strafrechts». 2ª de., Leipzig, 1884 p. 108.

²⁰⁹ VON LISZT, «Tratado de Derecho Penal», traducción de la 20 edición alemana por Luís Jiménez Asúa con adiciones de Quintiliano Saldaña. T. II, 3ª edición. Instituto Editorial Reus, S.A., pp. 300 y 301.

²¹⁰ FRISH, en «Tatbestandmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs». Heidelberg, 1988, entiende que el objeto de la imputación objetiva es el nexo conducta-resultado (realización del riesgo en el resultado). También en España SILVA SÁNCHEZ, J.Mª, en

Volviendo al examen de los artículos 428 y 429 CP 1995 podemos afirmar que se tratan de delitos de **peligro abstracto** o general —real, no presunto—, Tradicionalmente se consideran delitos de peligro abstracto aquellos delitos en que ni el tipo objetivo ni el subjetivo apuntan a la lesión o puesta en peligro en concreto de un bien²¹¹ —acepción negativa—, caracterizándose porque el peligro no es un elemento *expreso* del tipo y porque el legislador se ha guiado por la *peligrosidad general* de la conducta para castigar su realización. El peligro no se exige como elemento típico diferenciado de la conducta —peligrosa—, o mejor dicho, en el delito de peligro abstracto sólo aparece tipificada la conducta que *generalmente* es peligrosa *estadísticamente*.

Nosotros suscribimos la opinión de que no es suficiente la realización formal del tipo en los delitos de peligro abstracto, pues de lo contrario se sancionaría la **mera desobediencia** a la norma, debiendo concurrir un **peligro** en el caso real, relacionado con la afectación del bien jurídico —respeto al principio de ofensividad— fundamentándose todo ello en la función de protección de bienes jurídicos del Derecho penal —que exige que toda conducta para que pueda ser desvalorada, implique, al menos, una afección o ataque al bien jurídico— en un Estado de Derecho.

Peligro, que entendemos, debe ser atribuido a la conducta —y no tratarse de una situación de peligro-como resultado— (que equipararía los delitos de peligro abstracto a los delitos de peligro concreto, con la única diferencia de que en éstos la situación de peligro —como resultado— viene expresamente exigida por la Ley y en aquéllos surge por vía de interpretación)²¹².

Todo ello relacionado con la imputación objetiva, resulta que de los dos momentos de la imputación objetiva: a) la *creación de un riesgo penalmente relevante para el bien jurídico*; y b) que *se realice dicho ries-*

ADP «Aberratio ictus e imputación objetiva» p. 368; y CORCOY BIDASOLO, «El delito imprudente...», op. cit., p. 227 y 437, siguen esta dirección doctrinal.

²¹¹ Cfrs. Günther JAKOBS, op. cit., p. 210, quien aclara expresamente que tanto los delitos de mera actividad como los de resultado pueden ser delitos de peligro abstracto.

Vide también HORN, Gefährdungsdelikte, 1973, p. 21; TORÍO, ADPCP, 1981, «Los delitos de peligro hipotético (contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)» p. 827; KINDHÄUSER, Gefährdung, 1989, 225; GRAUL, Abstrakte Gefährdungsdelikte, 1991, p. 140; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, «Delitos de peligro», 1993 p. 131 y ss.

²¹² Sigo, pues, la tesis de GALLAS «Abstrakt und Konkrete Gefährdung» Heinitz-Fetschrift, 1972, p. 171 y ss., p. 168 y ss. Vide también CRAMER, en SHÖNKE-SHRÖDER, StGB Kommentar, 20ª Edición, 1980, antes del p. 306; ESCRIVA GREGORI, J.Mª., «La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal». Bosch, Barcelona-1976, p. 69 y ss. distingue entre peligro *explícito* —descrito por la Ley expresamente— y peligro *implícito* —no descrito por la Ley—; el primero se daría en los delitos de peligro concreto y el segundo en los delitos de peligro abstracto.

go en el resultado; sólo desempeñaría un papel en los delitos de mera actividad y de peligro abstracto —el primero (o sea, la creación de un riesgo típicamente relevante o jurídicamente desaprobado), referido a la conducta (previsibilidad ex ante)— la imputación objetiva se verificaría en la relación entre conducta realizada y conducta contenida en el tipo en los delitos de mera actividad. De ese modo, la imputación objetiva se convierte en una *concepción autónoma* y no sólo vinculada al *nexo conducta-resultado*²¹³.

Como dice TORÍO²¹⁴, la razón de la exigencia de peligrosidad surge de la norma contenida en el tipo, y cuya vulneración supone el peligro. Por consiguiente, se trata de un peligro antinormativo, de donde se sigue que la existencia del peligro deberá perificarse a través de un juicio teleológico y desde una perspectiva ex ante a fin de determinar si la conducta es peligrosa y, por ende, contraria a la norma. La vinculación con la imputación objetiva aparece en esta forma teleológica de proceder, pues se trata de averiguar el *fin de la norma*, criterio propio de imputación objetiva.

El fin de la norma se convierte en el *único criterio de imputación objetiva*, para establecer si la conducta es o no peligrosa respecto del bien jurídico, por lo que deviene esencial una precisa determinación o concreción del mismo.

Recapitulando, puede afirmarse que si el bien jurídico protegido en los artículos 428 y 429 CP 95 es el correcto funcionamiento de la Administración pública —función pública—, conforme a los criterios de objetividad e imparcialidad (art. 103 C.E.), el influir con prevalimiento en un funcionario público para conseguir una resolución «justa» que pueda favorecer económicamente al sujeto activo o a un tercero, *no constituye uno de los fines de protección de la norma*, pues con dicha conducta *no se afecta* al bien jurídico protegido, no se ataca el correcto funcionamiento de la función pública, que, en principio, debe dictar siempre resoluciones justas, es decir, conformes con el derecho objetivo.

Si el bien jurídico protegido es la *confianza en la imparcialidad*, es decir, el peligro para la imparcialidad (MAURACH), —se pretende evitar la potencial puesta en peligro de la imparcialidad de la Administración pública— parece que dicho bien jurídico *tampoco se afecta* si se pretende una resolución justa, sin perjuicio de la correspondiente responsabilidad disciplinaria administrativa en caso de ser funcionario el sujeto activo, por el mero interferir o influir con prevalimiento.

En ambos casos *faltaría la imputación objetiva de la conducta*. No

²¹³ En Alemania, cabe citar a RUDOLPHI y WOLTER, que forman parte de la denominada «escuela de Roxin».

²¹⁴ A. TORÍO LÓPEZ, op. cit., p. 835 y ss. Este autor llama a los delitos de peligro abstracto, delitos de *peligro hipotético*.

existe elemento alguno de corrupción en el mero prevalimiento de la influencia sobre un funcionario que dicte un acto lícito a diferencia del caso de remuneración de un acto lícito²¹⁵.

B) El artículo 430 del nuevo Código Penal de 1995

Dice así: «Los que, ofreciéndose a realizar las conductas descritas en los artículos anteriores (arts. 428 y 429), solicitaren de terceros dádivas, presentes o cualquier otra remuneración, o aceptaren ofrecimiento o promesa, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año».

«En cualquiera de los supuestos a que se refiere este artículo, la autoridad judicial podrá imponer también la suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, organización o despacho y la clausura de sus dependencias abiertas al público por tiempo de seis meses a tres años».

Este precepto sucede al artículo 404 bis c) del anterior Código —siendo asimismo el más directo sucesor de la regulación del CP 1928, así como del Proyecto de Código Penal de 1980 y de la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código penal de 1983—, en el que cabe resaltar **un incremento de la pena** (de arresto mayor con que se castigaba la conducta contenida en el art. 404 bis c) —de un mes y un día a seis meses de privación de libertad— a la pena de prisión de seis meses a un año). Así, el quantum de la pena se equipara, de algún modo, con el de las penas privativas de libertad señaladas en los artículos 428 y 429 en sus tipos básicos (pues si el sujeto activo obtuviere el beneficio económico perseguido las penas de seis meses a un año de prisión se aplican en su mitad superior).

Desaparece, además, el apartado segundo del art. 404 bis c), que imponía al profesional titulado autor de los hechos la pena accesoria de inhabilitación especial, apartado que ahora es innecesario al acoger el nuevo Código la pena de inhabilitación especial para la profesión —siempre que la profesión hubiera tenido relación directa con el delito cometido— como *accesoria* de las penas de prisión de hasta diez años (arts. 54 y 56 CP 1995).

Se modifica la redacción literal del primer apartado —en comparación con la del art. 404 bis c)— pues se sustituye: «Los que ofreciendo hacer uso de influencias cerca de las autoridades o funcionarios públicos ...»; por la nueva dicción: «Los que, ofreciéndose a realizar las conductas descritas en los artículos anteriores...».

De este modo, se mejora la exigencia de una mayor precisión y

²¹⁵ Vide SCHRÖDER. «Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht», ZStW, 81, 7, p. 15 y ss.; CEREZO MIR, aunque *de lege ferenda*, en Curso de Derecho Penal Español. Parte General vol. 1, 3ª edición, 1985, p. 329 y nota 27 y p. 331.

concretización —exigencia del principio de legalidad en su aspecto material—, al remitirse expresamente a las conductas descritas legalmente en los artículos 428 y 429 CP 95, como objeto del ofrecimiento a que se refiere el art. 430 CP nuevo.

Así, pues, el art. 430 castiga con la pena de prisión de seis meses a un año a los que, ofreciéndose a influir en un funcionario público o autoridad, prevaleciéndose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad, solicitaren de terceros dádivas, presentes o cualquier otra remuneración, o aceptaren ofrecimiento o promesa.

Sujeto activo de este delito lo puede ser cualquier persona —también, por tanto, un funcionario público o autoridad que no actúe en el ejercicio de su cargo (pues si así actuare cometería un delito de cohecho), al remitirse el art. 430 no sólo al art. 429, sino también al art. 428 en que el sujeto activo debe ser un funcionario público o autoridad a efectos penales—.

Y sujeto pasivo del ofrecimiento es «un tercero» —también cualquier persona, física o jurídica—.

En principio, ambos sujetos, activo y pasivo, pueden ser particulares, no exigiéndose por el tipo del art. 430 que se llegue a influir con prevalimiento en un funcionario público, consumándose el delito con el mero ofrecimiento de influencias —y la mera solicitud de dádivas, presentes o cualquier otra remuneración, o la mera aceptación de promesa u ofrecimiento—, aunque no se acepte por el tercero.

La función pública, como puede observarse, queda muy lejos, por lo que algunos autores entienden que el bien jurídico protegido es *el buen nombre y el prestigio de la Administración pública* (así, MUÑOZ CONDE, P.E 10^a, 1995 p. 813), pudiéndose concebir este delito como una suerte de acto preparatorio elevado a la categoría de delito independiente del cohecho o del tráfico de influencias, pero con la misma pena privativa de libertad que este último. En realidad, el legislador con este precepto pretende *adelantar las barreras de protección penal*, tratándose de un delito de peligro abstracto, de un delito mutilado de dos actos, que se caracteriza en que la intención del autor al ejecutar la acción típica debe dirigirse a realizar otra actividad posterior del mismo sujeto —delito de dos actos—, siendo un tipo incongruente por no corresponderse la parte subjetiva de la acción con la objetiva, por exceso subjetivo.

La influencia objeto del ofrecimiento debe de ser «real», pues si fuera aparente estaríamos en el ámbito de la estafa (artículo 248 del nuevo Código Penal).

El ofrecimiento implica una actitud activa, de suerte que si no se explicita no se realiza el tipo, aunque pueda, en su caso, realizarse otro.

Parece que no caben los tipos de imperfecta realización, si bien ca-

bría la tentativa respecto de los que «aceptaren ofrecimiento o promesa» de un tercero (art. 430 «in fine»), antes de su aceptación y concurriera un comienzo de ejecución, pues la aceptación del ofrecimiento económico para llevar a cabo la actividad ilícita, es precisa para la consumación del tipo.

Si el «tercero» acepta la solicitud del sujeto activo o autor del delito, aquél es un cooperador necesario del art. 430, en concurso ideal con el art. 423.2 (cohecho activo de respuesta).

Si «el tercero» ofrece o promete, es un inductor.

Finalmente, si se entendiera que la resolución justa está excluida de los tipos de los artículos 428 y 429 por falta de imputación objetiva —así lo abogamos nosotros—, con mayor razón debería defenderse la atipicidad de quien *sólo ofreciera* influir en un funcionario para conseguir una resolución justa.

Lo mismo ocurriría en los casos de adecuación social de conductas aparentemente típicas, conforme a los artículos 428 y 429 CP 1995.

TERCERA PARTE
LOS DELITOS DE MALVERSACIÓN.
ARTS. 432 A 435 CP 1995

I. INTRODUCCIÓN

El nuevo Código Penal de 1995 por una parte ha **simplificado** el elenco de figuras delictivas que en el Código penal anterior se contenía en el Capítulo X titulado «De la malversación de caudales públicos», del Título VIII: «De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos», del libro II.

En efecto, han desaparecido en el actual Capítulo VII: «De la malversación», del Título XIX: «Delitos contra la Administración Pública», las conductas de omisión culposa por infracción por el funcionario del deber de vigilancia de los fondos públicos que dan ocasión a su sustracción por otra persona, cuyo valor exceda de 30.000 pesetas (art. 395 CPA), así como las conductas de desviación o aplicación de fondos públicos a fines públicos diferentes a aquéllos a que estuvieren destinados (art. 397 CPA); y las conductas de retención, la no realización de un pago y la no entrega por parte del funcionario de una cosa puesta bajo su custodia o administración (art. 398 CPA).

En cambio, permanecen las conductas de apropiación por acción u omisión del anterior artículo 394, que se modifica parcialmente; así como del art. 396 que también se modifica en parte; y las conductas extensivas *ex lege* del anterior art. 399, a quien no siendo funcionario público esté encargado de fondos de titularidad pública o de fondos privados embargados, secuestrados o depositados por Autoridad pública.

Por otra parte, el Código Penal de 1995 **introduce** de modo **innovador** una nueva figura legal, la del artículo 434 CP, que incrimina a la autoridad o 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 ente público.

Finalmente se dulcifican las penas, pasando la máxima de reclusión menor (de 12 a 20 años) a 8 años de prisión (art. 432.2 CP95).

Etimológicamente el término «**malversación**» (del latín «male» y «versare») quiere decir «mala inversión¹», es decir, inversión ilícita de los caudales ajenos que uno tiene a su cargo; si éstos son públicos o asimilados y su detentador es funcionario público a efectos penales (art. 24 CP, antes art. 119 CPA) o asimilado, que comete las conductas tipificadas en los arts. 432 a 435 CP, podemos hablar de delito de malversación de caudales públicos. La malversación se relaciona, pues, con la idea de **inversión indebida** de caudales públicos o equiparados a ellos, en usos distintos de aquellos que están destinados².

El origen del delito de malversación se encuentra en el «**peculatus**», cuyo sentido etimológico viene de «**pecus**» (ganado), antecedente del dinero (pecunia), que si era público (perteneciente al patrimonio del pueblo romano) —y destinado al sacrificio— se consideraba **res sacra**. El **peculatus** consistía originariamente en el «**hurto**» de las cosas muebles pertenecientes al Estado, es decir, al **aerarium** o patrimonio del pueblo romano, que al tener la condición de **res sacra**, convertía a los autores de **peculatus** —que podía ser cualquiera, no sólo el funcionario público— en una especie de **sacrílegos**. En su origen el **peculatus** fue un delito cualificado sólo por la condición «**sacra**» del dinero público (no por la cualidad de funcionario público del sujeto activo)^{3,4}. Representa un genuino delito contra la propiedad pública «particularmente reprobado en razón de la cosa sustraída⁵», la cual se consideraba **sacra**⁶. En el posterior Derecho Cesáreo prevaleció sobre la condición de la cosa la consideración de la «fe traicionada», remontando a este momento histórico la

¹Cfr. F. PUIG PEÑA, Derecho Penal, p. 459. Vide MIR PUIG, C., «De la malversación de caudales públicos: propuesta de una nueva interpretación del art. 397 del Código penal» en C.P.C. número 43, p. 75, Madrid, 1991.

²Vide también S. CUAREZM, «La naturaleza del artículo 377 CP y la distinción con el peculado propio» en Poder Judicial número 23, Dic-1991, p. 199; ETCHEBERRY, DP. PE.III, 1925, p. 385.

³Cfr. MIR PUIG, C., op. cit., pp. 75 y 76.

⁴Sobre la evolución de esta figura en Derecho romano, véase MOMMSEN Römisches Strafrecht, pp. 70 y ss. Y la traducción española «La España Moderna». Madrid. T. II, p. 223.

⁵Cfr. DÍAZ PALOS, «Malversación de caudales públicos», en NEJ. T. XV, p. 817. Vide también CARRARA, F. Programa, parágrafo 3362 y ss., Buenos Aires, Depalma, 1948, p. 9.

⁶La Ley Iulia castiga al que sustrae cosas públicas o sagradas. Vide JUAN IGLESIAS, «Derecho Romano», 4.ª edición. Ediciones Ariel, p. 445. También el Digesto (lib. 48, Tit. XIV, ley 4).

divergencia doctrinal que más tarde se produce sobre la naturaleza jurídica de este delito⁷.

El *peculatus* estaba castigado con penas graves al principio, con la *interdictio aquae et igni* y posteriormente con la pena capital. Como dice PUIG PEÑA, «Julio César, en su ley de *peculato* incluyó dentro del título no sólo al *furtum pecuniae publicae vel fiscalis*, sino otras modalidades, algunas curiosas, como la disipación de las cosas destinadas a los sacrificios⁸. El título abarcó también el crimen de *residuis* que castigaba, al que retenía el dinero público para algún uso distinto al indicado, llamado por la doctrina *peculado impropio*, y quizás antecedente de nuestro tan discutido art. 396⁹». Junto al *peculado propio* (la sustracción o apropiación definitiva de los caudales públicos) nació el *peculado impropio* o *peculado de uso* (la distracción temporal de caudales públicos con ánimo de restituirlos).

Sin embargo, como dice DÍAZ PALOS, «el Derecho italiano reserva el nombre de *malversazione* a la llamada por la doctrina *malversación impropia*, esto es, a la referida a caudales particulares asimilados a los públicos (art. 399 CPA, o 435.3.º CP 95), dando la denominación de *peculato* al que recae estrictamente sobre caudales públicos. Como hemos de ver, una de las peculiaridades del Derecho español reside en el ayuntamiento de ambas especies de *malversación*, lo que dificulta la comprensión de su naturaleza jurídica^{10, 11}».

Las Partidas (Partida VII, Título XIV. Ley 14) recogiendo la distinción romana, castigaba con la pena de muerte el *peculado propio*, es decir, cuando existía sustracción de los caudales del Rey o pertenecientes a Villas o ciudades, y el delito de *residuo* con la de multa, iniciando la

⁷Cfr. DÍAZ PALOS, op. cit., p. 817.

⁸Por disipación se entiende el colocarse el sujeto en la imposibilidad de restituir lo utilizado, lo cual puede ocurrir por destrucción, donación o concretos supuestos de apropiación del objeto en cuestión. En definitiva, supone el comportamiento a título de dueño de quien no tiene capacidad para ello. Vide A. VITU, *Droit. pénal spécial II*, p. 275, ed. Cuyás, París, 1982.

⁹Cfr. F. PUIG PEÑA, *Derecho penal*, p. 460.

¹⁰Cfr. DÍAZ PALOS, op. cit., p. 817.

¹¹Vide Codice penale de 19 de octubre de 1930. La legge n.º 86 de 26 de abril de 1990 ha modificado el delito de *malversazione*. El artículo 314 tipifica el *peculato*. Incrimina en el primer párrafo la apropiación de dinero u otra cosa muebles ajena por parte del funcionario público o encargado de un servicio público que tuviera su posesión o disponibilidad por razón de su función o servicio, castigándose la conducta con reclusión de tres a diez años. En el párrafo segundo se castiga a quien únicamente hubiere pretendido hacer un uso momentáneo de la cosa, y ésta tras la utilización, es inmediatamente restituida. En el art. 314 se unifican los antiguos delitos de *peculato* y de *malversazione a danno dei privati* (del antiguo art. 315); y en el art. 315 bis se tipifica la *malversazione a danno dello stato*, que equivale al fraude de subvenciones del art. 350 CP español.

No se hace expresa mención a la naturaleza pública de los caudales, por lo que éstos pueden ser públicos o privados aunque destinados a fines públicos.

tendencia a dar trascendencia al elemento personal, al citarse al «despensero del Rey¹²».

Igual rigor punitivo fue observado por la Novísima Recopilación (lib.XII, Título XV, Ley 7), respecto a la usurpación de las rentas o derechos reales por «cualquier persona, concejo o universidad¹³».

A partir del Código Penal de 1822, la pena deja de ser la capital (para el peculado propio, recogido en el artículo 465 de dicho Código que incrimina las conductas de **extraviar a sabiendas, usurpar o malversar** por parte del funcionario público, —definido como sujeto de dichas conductas en el art. 463 como «cualquier funcionario público que teniendo como tal a su cargo de cualquier modo la recaudación, administración, depósito, intervención o distribución de caudales o efectos pertenecientes al Estado o a la comunidad de una provincia o pueblo, o a algún establecimiento público ...»— se señalan penas de reclusión o de presidio según una escala que tiene en cuenta las cuantías malversadas (así, si no excede de quinientos duros, reclusión de un año a cuatro años; si excediendo de esta cantidad no pasa de la de mil duros, reclusión de cuatro a ocho años; si excede de mil duros no pasa de cinco mil, ocho a doce años de presidio; si excede de cinco mil duros no pasa de cincuenta mil, de doce a veinte años de obras públicas; si pasa de cincuenta mil duros, deportación después de sufrir diez años de obras públicas), ello unido a una multa del 30 al 60 por ciento de la cantidad malversada, obligación de reintegrar lo malversado pena de infamia, pérdida de empleo o cargo público¹⁴.

¹²Cfr. QUINTANO, Comentarios al Código penal, p. 721.

¹³Vide. De la Mata (X. Etxebarria «Malversación y lesión del patrimonio público», ed. Bosch, 1995, p. 36. Durante todo el Antiguo Régimen la sustracción de bienes del Erario público se incluyó entre los delitos de lesa majestad (vide R. BLECUA, «La aplicación pública de caudales a diferente destino como delito de malversación», en ADP 1985, p. 748).

¹⁴Interesa destacar del Código Penal de 1822, además del artículo 466, que incrimina a los funcionarios públicos que por negligencia o culpa «diesen lugar» al extravío de algunos de los caudales o efectos que tuviesen «a su cargo» o «a que otros los usurparen o sustraigan o malversen» —tipo paralelo al artículo 395 CPA— y del artículo 467, que incrimina ya a los depositarios de caudales embargados, secuestrados o puestos en custodia o en administración por orden del Juez o de otra Autoridad legítima» antecedente del art. 399 CPA y 435.3.º CP 95—, *el artículo 341*, que desaparece en los códigos siguientes, ubicado en el Título III: «De los delitos contra la seguridad interior del Estado y contra la tranquilidad y el orden público», que prevé la misma pena base, sustancialmente agravada de los delitos de robo o usurpación para los que «robasen, hurtaren, usurparen o fraudulentamente se apropiaren de bienes, caudales o cualquiera otros efectos pertenecientes al Estado o al común de alguna provincia o pueblo» y en el caso de realizar la conducta típica un funcionario público «será castigado con arreglo al capítulo tercero, título sexto de esta parte» (delito de malversación). Se subraya esta previsión legal en cuanto indicio de la concepción de la protección privilegiada del patrimonio público que se ve aún más reforzada cuando la lesión provenga del funcionario público que tenga a su cargo los efectos que menciona el referido art. 341 CP 1822.

En el Código Penal de 1848 se mantiene dicho rigor punitivo, pasando a constituir el antecedente legal más directo de los artículos 394 a 399 del CPA (vide arts. 309 y ss) hallándose la penalidad en función del importe sustraído¹⁵. En dicho Código desaparece la incriminación de la negligencia por funcionario público que diese lugar al extravío de alguno de los caudales públicos que tuviere «a su cargo» o a que «otros los usurpen o sustraigan».

El Código Penal de 1870 reintroduce en el art. 406 el abandono o negligencia inexcusables que den lugar a la sustracción por un tercero (del art. 393 CPA), conducta ya contemplada en el artículo 466 del CP 1822. Asimismo introduce la expresión «por razón de sus funciones» unida a la «tenencia a su cargo» (del art. 394 CPA)¹⁶, y la noción de funcionario público del art. 119 CPA —hoy art. 24 CP95—.

En el Proyecto de CP de 1980 destaca la supresión del sistema de cuantía en la determinación de la pena y la racionalización y modernización del art. 399 CPA en un art. 486 que omite toda referencia a los establecimientos de instrucción y beneficiencia. En este mismo Proyecto desaparece el delito de aplicación de caudales o efectos públicos a destino público diferente del previsto (art. 397 CPA, introducido al igual que el art. 388 CPA por el CP 1948, arts. 311 y 312), en opinión de RUIZ VADILLO, Proyecto de Código Penal, p. 77, debido a la intención de simplificar las infidelidades administrativas. Sin embargo, la Enmienda 661 del Grupo Socialista proponía la introducción de un art. 383 bis, sustancialmente reproducción del art. 397 CPA, que, consecuentemente se incorpora como artículo 411 en la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983 con la novedad de la exigencia, en todo caso, de «causar daño o entorpecimiento grave a la función a la que estuvieren consignados» los caudales. Por otra parte, tanto en uno como en otro texto se suprime la exigencia de que los caudales o efectos públicos estén a cargo del funcionario público «por razón de sus funciones» o «a su disposición»—.

En el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1992, en el Capítulo VII, del Título XVI, rubricado «Delitos contra la Administración Pública» los artículos 413 a 415 recogen únicamente las conductas incriminadas en los artículos 394 y 396 CPA, así como, con ciertas variaciones, la disposición extensiva del artículo 399 en relación a fondos

¹⁵El art. 313 CP 1848 se corresponde con el art. 399 CPA y el art. 435 CP 95, estableciendo que las disposiciones de este Capítulo son extensivas «al que se halle encargado por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos provinciales o municipales, o pertenecientes a un establecimiento de instrucción o beneficiencia, y a los administradores o depositarios de bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares» (el subrayado es mío).

¹⁶El texto revisado del 1963 introduce la variación de que el funcionario tenga los caudales «a su disposición» en el art. 394 CPA.

públicos o privados (aunque asimilados a los públicos por ir destinados a un interés público). No se contemplan, pues, las conductas de los artículos 395, 397 y 398 del CPA.

El Proyecto de 1994 en los artículos 410 a 413 mantiene similar redacción a la prevista por el Proyecto de 1992.

Y finalmente el nuevo Código Penal de 1995, que se mantiene fiel a las redacciones de los dos proyectos anteriores —salvo la innovación del art. 434— parece, al igual que éstos, que remarca el **aspecto patrimonial** de los delitos de malversación¹⁷.

II. BIEN JURÍDICO

La doctrina y la jurisprudencia mayoritaria tradicionalmente aluden a una **doble naturaleza jurídica** de los delitos de malversación y a su carácter «pluriobjetivo», cuando se trata de definir su objeto de protección, a la vista del Código penal anterior al nuevo de 1995. Y por ello SUÁREZ MONTES acuñó la célebre y feliz expresión de «**polimórfica tipificación**» del Capítulo X que genera complejidad y confusión conceptual¹⁸.

Así, entiende que el bien jurídico protegido es doble: a) **el deber de fidelidad o lealtad** del funcionario o persona asimilada respecto del Estado o Administración; b) **el patrimonio público**, decantándose por el primero como **preeminente** (así GROIZARD¹⁹, GÓMEZ DE LA SER-

¹⁷Vide. N. DE LA MATA/X. ETXEBARRÍA, «Malversación y lesión del patrimonio público», op. cit., p. 40. Dice así: (respecto al Proyecto 1992).

«El criterio patrimonial se sigue teniendo en cuenta, además, tanto para graduar la pena o imponer, diferente según «la sustracción» alcance o no la cantidad de cincuenta mil pesetas (500.000 pts en el CP 95) —art. 413—, como para agravar la sanción en caso de los fondos puestos a cargo del funcionario a usos ajenos a la función pública, cuando no se reintegre en determinado plazo la cantidad distraída (art. 414) —art. 433 CP 95— ... La relevancia del aspecto patrimonial se destaca asimismo por la exigencia expresamente contenida en el art. 413.1 —art. 432.1 CP95— de que concurra «ánimo de lucro» en el sujeto activo, así como por la agravación contemplada en el número 2 del mismo artículo, prevista «si la malversación revistiere especial gravedad» declaradas de valor histórico o artístico, o si se tratare de efectos destinados a aliviar alguna calamidad pública.

¹⁸Cfr. SUÁREZ MONTES, «El delito de malversación de caudales públicos» en RGLJ, 1966, p. 864.

¹⁹GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, A., Código penal de 1870, concordado y comentado T. IV, 2.ª ed., Establecimiento tipográfico de los sucesores de J. A. García, Madrid, 1912, p. 289.

Dicho autor advertía de la doble vertiente del delito, el carácter de **delito patrimonial** y la **falta contra la fe pública** o el daño contra los intereses de Hacienda, decantándose en último término por el segundo aspecto.

NA-MONTALBÁN²⁰, VIADA²¹, VICENTE y CARVANTES²², JARAMILLO²³, SUÁREZ MONTES²⁴, DÍAZ PALOS²⁵, OLESA MUÑIDO²⁶, MUÑOZ CONDE²⁷, etc.

²⁰GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro/MONTALBÁN, Juan Manuel, Elementos el Derecho penal de España. Librería Sánchez, Madrid, 1849, p. 371.

Dichos autores distinguan por un lado la vertiente de infracción de un deber público «por la inmoralidad o el abuso de confianza» y, por otro, la vertiente de lesión patrimonial.

²¹VIADA y VILASECA, Salvador, «Código penal reformado de 1870, en las variantes introducidas en el mismo por la Ley de 17 de julio de 1876, concordado y comentado. Tomo II, 4.ª ed. Ed. Tipografía de M. Ginés Hernández. Madrid, 1890, p. 652.

Dicho autor se refiere al «indigno abuso de la confianza depositada en el funcionario» que tales comportamientos (de malversación) implican.

²²VICENTE y CARAVANTES, José, Código penal reformado y comentado. Librerías de D. Ángel Calleja editores. Madrid y Santiago de Compostela, 1851, p. 344.

Este autor cifra el carácter fundamental de los delitos de malversación en «el abuso de funciones públicas».

²³JARAMILLO GARCÍA, Antonio, Novísimo Código penal comentado y cotejado con el de 1870. Vol. II. Editorial La Gaceta regional. Salamanca, 1929, p. 154.

Este autor menciona: «el atentado al deber de fidelidad del funcionario público».

²⁴SUÁREZ MONTES, «El delito de malversación de caudales públicos» op. cit., p. 864, quien define el núcleo de la infracción como la «violación de un deber jurídico público de ciertas funciones sociales», fundamentando el injusto en el desvalor de acción, que se basa en la infracción del deber de fidelidad. Sin embargo, dicho autor se apresura a continuación a decir: «No quiere con esto decirse, sin embargo —e importa destacarlo para evitar equívocos—, que el aspecto patrimonial carezca de toda relevancia en la estructura del presente delito. La tiene, y no pequeña. Las formas más graves de infidelidad en la gestión el patrimonio público (infracción de deberes concretos, que se especifican a lo largo de los varios tipos legales) son elevadas a la categoría de delito, bien porque entrañan un perjuicio efectivo, bien por el peligro de que éste se produzca. De esta suerte, el bien jurídico protegido lo es en último término el acervo público y los servicios prestados por la administración. Pero, pese al trasfondo económico de aquéllos deberes, la infracción de éstos posee una significación autónoma».

«El deber de fidelidad inherente a dichos cargos no se agota en el respeto que inspira el patrimonio ajeno, sino que impone conductas positivas, como lo demuestra incuestionablemente la existencia de tipos de malversación por omisión».

«La violación de ese deber ... es elemento conceptual del delito en todas sus modalidades El desvalor de acto (y junto a él el de resultado, en los delitos que los requieren) es, así, un elemento constitutivo esencial del tipo de injusto en el delito de malversación».

²⁵DÍAZ PALOS «Malversación de caudales públicos», op. cit., p. 818. Dicho autor concluye: «En resumen, el delito de malversación en un delito especial y autónomo, un delito de propia mano basado en la probidad y fidelidad a la función en el manejo de los caudales públicos o a ellos asimilados».

²⁶OLESA MUÑIDO, Francisco-Felipe, «El delito de malversación por sustracción de caudales o efectos públicos en el vigente Código penal español». Estudios Jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Vitoria. Ed. Bosch, 1983, pp. 631 y 632.

Dicho autor tras negar que la malversación haya tenido en el curso de la codificación española el carácter de hurto cualificado, y afirmar que su génesis evidencia un firme concepto de delito propio del sujeto que ejerce, debidamente legitimado, una función pública y que proyecta su acto contra esta función, —aclarando que existe una fundamental diferencia entre la noción romana de «peculatus» y nuestros delitos de malversación.

Los argumentos a favor de la consideración de injusto penal de la malversación en base a la infracción de un deber de fidelidad (infracción del deber de cargo) de forma prioritaria, aunque sin desconocer el aspecto patrimonial de los delitos de malversación, son resumidamente los siguientes:

1.— Las penas a imponer a los delitos de malversación (arts. 394 a 399 CPA) pueden llegar a reclusión menor (igual pena que el homicidio) y pueden imponerse tanto al funcionario público que tenga los caudales o efectos públicos a su cargo o disposición por razón de sus funciones públicas, como a los **particulares** que sean administradores o depositarios de caudales embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque sean de **carácter privado** (todo ello por **extensión legal** del art. 399 CPA).

La constitución del embargo y depósito de bienes por autoridad pública genera una relación jurídica con carácter de función pública, que confiere al depositario para tales efectos la consideración de funcionario público y a los bienes hasta entonces de propiedad particular la condición de caudales públicos²⁸ (SSTS 18.2.35, 3.4.40, 16.3.51 y 2.12.65 afirman el carácter de funcionario público del depositario a efectos penales; considerándose los bienes señalados en el art. 399 CPA de carácter público a efectos penales las SSTS 20.12.1890, 17.5.1909, 13.10.1939, 3.4.1940, 9.12.44, 16.3.51, 14.2.62, 2.12.65).

Se produce una **asimilación legal** del particular al funcionario público, y del caudal privado al caudal público.

Si el bien jurídico protegido fuera exclusivamente el patrimonio público, sería de muy difícil comprensión dicha asimilación legal²⁹. El artículo 435.4 CP 95 mantiene dicha extensión legal.

pues el peculatus sólo excepcionalmente exigía una especial calidad en el agente, siendo el carácter público de la cosa sustraída lo que calificaba el hecho como «*furtum publicum*» — concluye diciendo que: «la malversación, por el contrario, constituye ante todo, en nuestro Derecho una **deslealtad** de quien tiene legalmente a su cargo, con carácter permanente o transitorio, una función pública, **deslealtad** que tiene como efecto una **lesión** en los intereses patrimoniales del Estado o de los entes a él equiparados ... El principio subjetivo, basado en la lealtad, es **prevalente** ... sobre el principio **objetivo**, basado en la tutela patrimonial...».

²⁷ MUÑOZ CONDE, F., Derecho Penal. Parte Especial, 10.ª ed., p. 842.

²⁸ Vide TEJERA, «La malversación de caudales públicos». Matanzas. 1924, p. 44 y p. 79. SUÁREZ MONTES, «El delito de malversación de caudales públicos» op. cit., p. 869.

²⁹ Sin embargo, debe tenerse presente que no todos los funcionarios públicos pueden ser sujeto activo de los delitos de malversación, pues se exige una relación funcional típica especial entre el funcionario público y el objeto material del delito —los caudales públicos— («**tenencia a su cargo o disposición por razón de sus funciones**»). Por ello cabría decir que más que la infracción de un deber abstracto de fidelidad, la ley atiende a la **infracción de deberes concretos** de «**custodia**», «**administración**», etc., según el tipo delictivo en cuestión. El término «**infidelidad**» si no se sustantiva resulta demasiado vago

2.— La existencia de tipos de malversación de expresa comisión por omisión (así los arts. 394 y 395 CPA y artículo 432.1 CP 95), que no tienen correspondencia en el Título XIII relativo a los delitos contra el patrimonio.

3.— No se exige el «ánimo de lucro» en los artículos 394 y 396 CPA, bastando la mera voluntad de apropiación³⁰ (sin embargo, en el artículo 432.1 del CP 95 ahora se exige expresamente dicho «ánimo de lucro»). También lo exigía la STS de 29.2.88 (RA 1345), y quizás SSTS 30.12.85 (RA 6470), 16.4.86 (RA 1979).

4.— En los delitos de malversación no cabe la compensación. El funcionario que detente los caudales públicos no puede compensar los créditos que pueda tener contra o frente la Administración, mediante el hacerse el pago con los caudales o efectos públicos tomados, (SSTS 3.4.1940 y 28.3.57) doctrina aplicable por igual a la malversación del funcionario y a la del particular depositario o administrador de bienes embargados o depositados. Se afirma en dichas sentencias que a pesar de la existencia de esos créditos el autor falta lo mismo a las obligaciones del cargo^{31, 32}. Vide, sin embargo, la STS 29.2.88 RA 1345 que absolvió por faltar el ánimo de lucro, al Secretario de un Ayuntamiento que se hizo pago a cuenta de la cantidad muy superior que el Ayuntamiento le estaba adeudando, con diversas cantidades que le fueron entregadas por personas que eran deudores del Ayuntamiento, y por faltarle la competencia específica.

5.— El castigo de la comisión por omisión imprudente, en que se extiende y adelanta la protección penal (art. 395 CPA)³³.

Sin embargo, el nuevo Código Penal de 1995 ya no incluye dicha figura legal, destipificando la comisión por omisión imprudente del funcionario, aunque mantiene en el art. 432.1 la comisión por omisión dolo-

por genérico. Vide sobre ello ZUCCALA «L'infidelità nel Diritto penale». Padua, 1961, pp. 185 y 188.

³⁰ STS 17.X.61: 7.7.65. Vide FERRER SAMA, «COMENTARIOS», cit., IV. p. 193; RODRÍGUEZ DEvesa, «Derecho Penal Español», p. 54.

³¹ Vide SUÁREZ MONTES, «El delito de malversación...», op. cit., pp. 565 y 566.

³² En Italia la mayoría de comentaristas reconoce también el doble aspecto: patrimonial y violación del deber de fidelidad del funcionario. PAGLIARIO «Delitti dei pubblici ufficiali», p. 269».

³³ Así dicen De la Mata y Etxebarria en «Malversación y lesión del patrimonio público» op. cit. en nota 36 de la p. 26 dice: «A nuestro juicio según las reglas generales de la imprudencia, la intervención del tercero rompería la relación de imputación que pudiera derivarse del riesgo creado por el funcionario; de ahí que consideremos se produce un adelantamiento excesivo de las barreras de protección del patrimonio hasta castigar penalmente una mera falta administrativa. En este sentido se pronuncia también QUINTANO. Comentarios, p. 724. «La imposibilidad de imputar el desplazamiento patrimonial al funcionario, ya que interviene un tercero, y la inexigibilidad de acuerdo entre funcionario y sujeto activo de la sustracción parecen apuntar a otras consideraciones político-criminales para justificar esta incriminación».

sa del funcionario («el funcionario que consintiere que un tercero, con igual ánimo de lucro, sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones»).

6.— Sólo se castigan en los delitos de malversación **las más graves formas de infidelidad** en la gestión del patrimonio público: determinadas formas comisivas de **expropiación**, en concreto, aquellas que presuponen en el sujeto activo de la conducta capacidad de actuación sobre fondos públicos, excluyéndose o destinándose una protección específica cuando la lesión patrimonial provenga de conductas de apoderamiento o engaño.

7.— Junto a incuestionables dinámicas lesivas del patrimonio, como la apropiación en sentido estricto o la distracción de fondos (arts. 394 y 396 CPA), se sancionan otras conductas, como la desviación de fondos de una finalidad pública a otra, (art. 397 CPA). —hoy destipificada en el CP 95 y considerada infracción administrativa³⁴— la negativa a la entrega de fondos o la no realización del pago debido (art. 398 CPA, figuras típicas que actualmente han desaparecido también en el nuevo Código Penal), cuya **lesividad patrimonial no parece tan evidente**, por no haber aplicación a usos privados (así, respecto al art. 397 CPA); o por tratarse de un mero delito de desobediencia (así, respecto del art. 398 CPA).

En base a estos argumentos la *doctrina tradicional* aludirá a **una doble naturaleza jurídica** de la malversación: aceptando el indudable componente patrimonial que todavía se observa en este delito —y que deriva del «**peculatus**» romano—, se destaca al mismo tiempo como elemento definitorio del mismo la **deslealtad del funcionario**, en cuanto infracción de su deber de comportarse en la gestión de los recursos públicos de conformidad con las normas aplicables a dicha gestión.

³⁴ Ya GROIZARD, Código penal IV, p. 320, entendía que la conducta típica de desviación de caudales públicos a otras finalidades también públicas pero distintas a las destinadas presupuestariamente era «una mera infracción administrativa». (En contra, PACHECHO abogaba a favor de su mantenimiento, al entenderla como constitutiva de un **abuso punible** —aunque de escasa gravedad—).

El Proyecto de Código Penal de 1992 y el propio Código Penal de 1995 se decantan por considerar la referida conducta de desviación, como una mera infracción administrativa. Así, la Exposición de Motivos del Proyecto de 1992 señala que se pretende con la reforma suprimir respecto del texto actual (CP 1973) «aquellas modalidades de malversación que únicamente son aplicación incorrecta del presupuesto», que en opinión del legislador «**deben relegarse al ámbito administrativo**».

QUERALT ha llegado a afirmar, respecto del art. 397 CPA que estamos en realidad al menos en el tipo básico, ante un mero delito formal, y rechaza que en tal delito exista bien jurídico protegido alguno (Parte especial, p. 457).

En este contexto se entiende la descripción jurisprudencial de la conducta en él contenida como «deslealtad a la ordenanza reguladora de su aplicación (de los caudales)» (STS de 13 de diciembre de 1963 —JC 1482—).

En la jurisprudencia tradicional se comparte la existencia de dicha dualidad lesiva de la malversación, siendo numerosas las sentencias en que se alude a ambos aspectos, **patrimonial** y de **deslealtad** (así, las SSTs de 23 de octubre de 1951; 20 de octubre de 1956: 23.1.57: 7.2.57, 28.3.57, de 17 de abril de 1964 —RJA 2002— 26 de octubre de 1974 —JC 168—; 7 de julio de 1965 —JC 1280—; 23 de febrero de 1974 —JC 1601—; 14 de febrero de 1983 —JC 173—; y de 12 de enero y 8 de octubre de 1990 —RJA 301 y 3250—, etc.).

Sin embargo, esta postura de la que denominamos doctrina tradicional no fue la **inicial** influida por la autoridad de PACHECO que mantenía la tesis del **hurto cualificado por la condición del sujeto activo**, en el delito de malversación³⁵. También QUINTANO afirma que la malversación es «en el fondo un delito contra la propiedad cualificada por el abuso de confianza estatal»³⁶. En el mismo sentido existen sentencias del Tribunal Supremo que aluden expresamente al patrimonio como bien jurídico protegido en el delito de malversación (así, SSTs de 30 de noviembre de 1968, RA 4886; 27.2.69; 11 de marzo de 1971; RA 872; 2 de diciembre de 1974, JC 1964; 21 de junio de 1993, RA 5276, etc.).

Esta doctrina inicial de que los delitos de malversación son técnicamente delitos contra la propiedad cualificados, en mi opinión no es correcta y debe ser rechazada, porque algunas de las figuras de malversación no tienen o encuentran su fiel correlato en el Título XIII. Así, en los delitos contra la propiedad o el patrimonio constituye un elemento típico la «ajenidad» de la cosa, con la excepción del art. 532.1 CPA o 236 CP 95 —castigados respectivamente con arresto mayor o multa—.

En el art. 399 CP —actual art. 435.3.º CP 95— se castiga a los administradores o depositarios de bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque sean **propios** de aquéllos, y pueden

³⁵PACHECO, J. F., «El Código penal concordado y comentado», 3.ª edición, Madrid 1867, T. II, pág. 510. Vide también DÍAZ PALOS, «Malversación de caudales públicos», op. cit., p. 818.

³⁶QUINTANO, Comentarios al Código penal, p. 722; En su Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal. T. II, 2.ª edición puesta al día por Carlos García Valdés, 1977, p. 876, donde dice: «Suele decirse que la malversación constituye una modalidad cualificada del delito de apropiación indebida, siéndolo precisamente por la doble especialidad del sujeto activo y del objeto, funcionario y caudales públicos ... La identidad se quiebra, sin embargo, y no pasa de constituir mera similitud, si se tiene en cuenta otro factor no menos decisivo, que la jurisprudencia se ha encargado de acentuar, el de la relación causal y normativa de que los caudales sustraídos o apropiados se encuentren a cargo del funcionario malversador, que en cambio es un paso más hacia el parentesco conceptual con la figura del artículo 535 (CPA). En virtud de tal conexión, nada impide que también el funcionario pueda perpetrar el delito de apropiación indebida, aún versando sobre caudales asimismo públicos, siempre y cuando que no estuvieren éstos a su cargo por razón de sus funciones, visto que es su conjunto y no fraccionadamente lo que constituye la compleja tipicidad del artículo 394, de la que la más simple del 535 viene a ser subsidiaria y, en ocasiones, complementaria».

ser castigados con las mismas penas que los funcionarios, que pueden llegar a la pena de reclusión menor en el CPA, o a la pena de prisión de cuatro a ocho años. Tal rigor punitivo no tiene sentido ante una mera infracción patrimonial —aunque sea de carácter público—, y ello pese a la supresión en el nuevo Código Penal de 1995 de las modalidades de malversación de desviación y retención (art. 397 y 398 CPA), y pese a la exigencia expresa en el artículo 432.1 —equivalente al art. 394 CPA— del «ánimo de lucro» en el sujeto activo.

El evidente, no obstante, contenido patrimonial en los delitos de malversación ha llevado a algunos autores como QUERALT, aunque prescindiendo de una consideración patrimonial tradicional, a entender que el bien jurídico protegido lo constituye con carácter instrumental la **Hacienda Pública**, incluyendo los delitos de malversación en los delitos contra el orden socioeconómico, que atacan la capacidad económica de los entes públicos. De este modo, la malversación se agruparía junto con el fraude de subvenciones³⁷, en la medida en que ambos tipos protegen aspectos del **gasto** público de las Haciendas públicas, mientras que el delito fiscal afectaría, según su opinión a la vertiente de los **ingresos** de las mismas³⁸.

El nuevo Código Penal de 1995, al igual que los Proyectos de 1992 y 1994, ha modificado la rúbrica del Título VII del Libro II del Código anterior, «de los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos» por la nueva del Título XIX: «delitos contra la Administración pública», al igual que ha hecho en Italia la Ley de 26 de abril de 1990, y el nuevo Code penale francés que entró en vigor el 1 de marzo de 1994.

Dicho cambio, puede afirmarse traslada el acento fundamental de este grupo de delitos desde la infracción de los deberes de los funciona-

³⁷ Cabe subrayar de la legislación italiana (Legge n.º 86 de 26 de abril de 1990) la existencia del artículo 316 bis —malversazione a danno dello Stato— (el art. 314 regula al peculado) que incrimina la falta de atención al destino preceptivo de la financiación recibida de un ente público para la promoción de obras o desarrollo de actividades de interés público, por una persona extraña a la Administración pública, equivalente al fraude de subvenciones del art. 350 CPA o 308 CP 95. En esta figura se pone en relieve el aspecto lesivo patrimonial, en el sentido que indica la doctrina italiana de «mantenimiento del destino original de la cosa». Vide FURIA, «Le nuove norme in materia di corruzione e altri delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione», en *Dottrina, Boll, Trib.*, 22, 1990, p. 1605/12.

³⁸ Vid. QUERALT, *Derecho Penal Español. Parte especial. Vol II*, pp. 452 y 557. También BLECUA, «La aplicación pública de caudales a diferente destino como delito de malversación», en ADP, 1985, pp. 747/65; GRACIA MARTÍN, «Las infracciones de deberes contables y registrales tributarias en el Derecho Penal». Ed. Trivium. Madrid, 1990, 9.12.

rios en el ejercicio de sus cargos al **correcto funcionamiento de la Administración pública**³⁹.

En efecto, se rechaza por la doctrina española más moderna la concepción de los delitos de los funcionarios como infracciones de un especial deber de cargo, por considerarla afín a la idea de un Estado autoritario, donde el deber y el servicio público son concebidos como un asunto interno del aparato estatal (Estado-funcionario), que para nada concierne a los ciudadanos, confundiendo el incumplimiento del deber de cargo con las relaciones de servicio siendo su naturaleza exclusivamente disciplinaria. Y se afirma que el bien jurídico protegido en todas estas infracciones «se halla por el contrario representado por el servicio que los **poderees públicos han de prestar a la comunidad**».

Dicho bien jurídico lo califica de «categorial» GONZÁLEZ CUS-SAC⁴⁰, puesto que también resulta posible concretar el bien jurídico en cada figura delictiva. «En consecuencia el bien jurídico categorial estaría constituido por la **función pública** ejercida correctamente...».

Dicha interpretación es la que parece más acorde con los artículos 9.1.º y 3.º; 103 y 106 de la Constitución Española donde la actividad administrativa queda rígidamente sometida a la legalidad y a la vez se configura como un **servicio destinado exclusivamente a los ciudadanos**⁴¹.

³⁹ Ya Octavio de TOLEDO, «La prevaricación del funcionario público», Ed. Civitas, Madrid, 1980, decía que: «La rúbrica del Título VII del Código penal no define el bien jurídico protegido sino que permite agrupar una serie de conductas diversas obligando a una investigación particularizada de cada delito. El legislador, ante el carácter pluriofensivo de los delitos del título, opta por una sistematización en torno al elemento de la función pública, prevalente a estos efectos» (p. 141).

⁴⁰ Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, «El delito de prevaricación de funcionario público». Tirant lo Blanch. Valencia, 1994, p. 18, quien sigue a VIVES ANTON, T. S., «La responsabilidad de jueces en el Proyecto de la Ley Orgánica del Poder Judicial (Estudios Penales y Criminológicos. IX, Santiago de Compostela 1986, pp. 259 y ss.; y a ORTS BERENGUER, E., «Derecho penal. Parte especial», 3.ª ed., Valencia, 1990, p. 450.

⁴¹ Vide también MORILLAS CUEVA, L.-PORTILLA CONTRERAS, G., «Malversación de secretos, cohecho y tráfico de influencias» en Comentarios a la legislación penal T. XVI, pp. 178 y ss.

Dichos autores distinguen las tesis basadas en el «deber de cargo», en que se identifica el bien jurídico protegido en estos delitos con el incumplimiento del deber de cargo; y las tesis que rechazan tal identificación, aunque aceptando que la infracción del deber es, en sí misma, objeto del derecho disciplinario. Y en el caso de estas segundas tesis distinguen, a su vez, dos modalidades distintas de interpretar el interés penal protegido en los delitos de los funcionarios: a) una primera teoría parte de la relación funcionario-Administración; y b) la otra, considera que lo esencial es la relación que debe establecerse entre ciudadano-funcionario. Y así, en esta última se dice que el bien jurídico es el «buen funcionamiento de la Administración».

El principal argumento utilizado en la defensa de esta opción se basa en que «el deber que auténticamente es relevante para el Derecho Penal, en punto al bien jurídico protegido de los tipos de delitos de funcionarios referidos a la Administración pública, es el deber de ésta y, por tanto, de las personas físicas que la componen de servir a los que administran» (Octavio de TOLEDO, op. cit., p. 243).

Se trata, pues, de la objetivación⁴² del deber del funcionario en el correcto desarrollo de la función pública. En este sentido puede hablarse de una evolución de la doctrina que pasa de la deslealtad con una configuración subjetiva del deber hacia el menoscabo del ordenado funcionamiento de la Administración pública, con una configuración objetiva del deber materializadora de dicho deber.

Y concretando, en el delito de la malversación, el bien jurídico protegido es el **correcto funcionamiento de los servicios públicos en base al mantenimiento de los recursos públicos patrimoniales y a una correcta gestión del patrimonio público**.

La importancia que ha de otorgarse a la cualidad del funcionario público en la determinación de la antijuridicidad material de la conducta se debe asociar a la relación funcional con la lesión del bien jurídico. El dejar el ejercicio de la función pública en manos del funcionario coloca al bien jurídico en una posición de especial vulnerabilidad respecto a estos sujetos. Por tanto, la protección de las funciones públicas ha de tomar en consideración esta situación especial que podrá implicar un mayor desvalor de acción derivado de la específica función de protección de ciertos bienes jurídicos, aunque la infracción de esta función —la infracción de los deberes en los que se concreta el correcto ejercicio de las

Un sector de la doctrina alemana también aboga por el principio de los **intereses generales de la comunidad** como elemento básico e imprescindible en la delimitación del bien jurídico en estos delitos, reduciéndolo, como hace DREHER (Strafgesetzbuch, München, 1974, p. 1362) «a la confianza de la generalidad en el recto funcionamiento de la función pública».

CRAMER (en Skönke Schöder, Strafgesetzbuch Kommentar, München, 1985, p. 1912) defiende al igual que la tesis dominante en Alemania, la integridad del aparato funcional, residiendo el contenido del injusto de estos delitos en «la transgresión de la regularidad de desarrollo de la función pública y en la lesión de los intereses del Estado y en la apariencia de un recto desarrollo de los aparatos administrativos».

MORILLAS CUEVA y PORTILLA CONTRERAS terminan afirmando que «no basta para la existencia del delito, el mero incumplimiento del deber, aunque ello repercuta en el buen funcionamiento de la Administración ni la disminución o pérdida de la confianza pública, sino que se necesita, además, la lesión de un bien jurídico representado por la exigencia constitucional de un interés general —imparcialidad y legalidad en la administración de los intereses generales de los ciudadanos»— (p. 191).

⁴²Dicha objetivación ya se deriva del bien jurídico propuesto por SUÁREZ MONTES: «violación de un deber jurídico público propio de ciertas funciones sociales que conlleva un peligro o efectivo perjuicio para el patrimonio público (El delito de malversación ..., op. cit., p. 868).

GARCÍA ARÁN, M., destaca que es necesaria la configuración objetiva del deber de que se trate, dado que la antijuridicidad material de una conducta no puede afirmarse exclusivamente en virtud de su infracción, centrado el injusto típico no en la relación funcional, sino en la protección de las diversas cualidades que deben acompañar el ejercicio de la actividad administrativa. («La prevaricación judicial», Ed. Tecnos Madrid, 1990, p. 37). Vide también BLECUA, R., «La aplicación pública de caudales...» op. cit., pp. 747 y ss.

funciones públicas— adquirirá únicamente relevancia en cuanto presupuesto objetivo determinante de la lesión del bien jurídico⁴³. En otras palabras, el contenido material de antijuridicidad que se exige para la intervención del Derecho penal no se satisface en la mera infracción de un deber de cargo —que en su caso podrá dar lugar a responsabilidades disciplinarias—, sino que es necesario que esa infracción comporte **una cierta entidad** para afectar al correcto funcionamiento de la Administración el ámbito patrimonial público.

DE LA MATA y ETXEBARRÍA, partiendo de una doble perspectiva (por una parte, en absoluto ha de primar el aspecto de deslealtad, pues aunque concurre el injusto ha de definirse desde otros parámetros —la doctrina a menudo habla de deslealtad en el delito de apropiación indebida o de quebranto de la buena fe o confianza en el tráfico comercial en relación al delito de estafa, como datos relevantes en el entendimiento de estos delitos, y, sin embargo, no se duda de afirmar que es el patrimonio o la propiedad el objeto de protección penal—; por otra parte, en los delitos de malversación, incorrecto funcionamiento y lesión patrimonial coinciden y se superponen o incluso puede afirmarse que constituyen el anverso y reverso de una misma conducta) acaban afirmando que el bien jurídico protegido en los delitos de malversación es exclusivamente el patrimonio público desde una perspectiva funcional, y no meramente económica del concepto de patrimonio⁴⁴.

Así, «de cara a la delimitación de conductas relevantes típicamente

⁴³DE LA MATA-ETXEBARRÍA, «Malversación», op. cit., p. 77. Octavio de TOLEDO, «La prevaricación ...», op. cit., p. 244.

CUAREZMA, S., «La naturaleza del art. 397 del Código penal y la distinción con el peculado propio...», op. cit., p. 442, dice que: «estamos ante un delito (art. 394 CPA) que protege los caudales o efectos públicos como presupuestos del ideal cumplimiento de la función patrimonial del Estado, como sustrato esencial de los servicios públicos».

⁴⁴DE LA MATA/ETXEBARRÍA, «Malversación y lesión del patrimonio público», op. cit., pp. 80 y ss.

Dichos autores contraponen un concepto estático de patrimonio (en que el perjuicio es un menoscabo cuantitativo en términos contables) concebido como «conjunto económico de bienes pertenecientes a una persona a un concepto personal o funcional de patrimonio, concebido como «conjunto económico pero individualizado para la satisfacción de necesidades personales», en que se tiene en cuenta el criterio objetivo-individual de «valor de uso o utilidad del bien que pretende obtener su titular».

Y acaban concluyendo: «Esta perspectiva (funcional) permite en nuestra opinión explicar que el objeto de protección de estos delitos puede identificarse entonces directamente con el patrimonio público, en tanto en cuanto se admita la inidoneidad del incumplimiento del deber del cargo para fundamentar el injusto penal. Tal vez, y al margen de otras consideraciones de tipo histórico —más de pragmatismo político-criminal que dogmáticas—, cuando se ha pretendido buscar algo más en la malversación que una infracción de carácter patrimonial ha sido porque se partía de un concepto estático de patrimonio en el que únicamente se evalúa la producción de un menoscabo cuantitativo en términos contables, que evidentemente no puede afirmarse ... ni en desvíos ni en utilidades temporales de fondos ajenos».

en el ámbito del delito de malversación...toda intervención susceptible de lesionar funcionalmente el patrimonio público, al margen de la existencia de menoscabo cuantitativo (contable), y realizada bajo alguna de las concretas modalidades comisivas descritas en el CP, podrá ubicarse en dicho ámbito. Pero a la inversa, si la conducta irregular del funcionario es absolutamente inidónea para producir esa lesión no debiere ser posible su calificación conforme a uno de los tipos de malversación⁴⁵...».

El nuevo Código penal de 1995, en mi opinión, ha venido a destacar el aspecto patrimonial de los delitos de malversación al dejarlos reducidos a las conductas de apropiación y distracción (artículos 432 y 433) y uso privado de bienes muebles o inmuebles pertenecientes a la Administración (art. 434) abandonando la protección de otros bienes de índole más administrativa —(anteriores arts. 397 y 398 CPA)— manteniéndose la malversación impropia del art. 399 en el actual art. 435, que constituye una extensión legal de las anteriores conductas a los particulares a que se refiere el precepto, a los que se asimila a los funcionarios públicos, pudiendo el objeto material del delito recaer en bienes privados destinados o adscritos a un fin que se califica de público (435.3.º CP)⁴⁶.

III. LA MALVERSACIÓN PROPIA. EL ART. 432 CP 95

Reservamos el término de malversación propia para aquellas conductas de apropiación, en que el autor del hecho es un funcionario público a efectos penales —que tiene a su cargo los caudales o efectos públicos por razón de sus funciones—; y el término de malversación impropia cuando el autor del hecho es uno de aquellos sujetos a los que alcanza responsabilidad por malversación en virtud de la extensión legal del art. 435 CP (art. 399 CPA) —que no son funcionarios pudiendo ser los caudales privados independientemente de la conducta típica del Capítulo VII del Título XIX del Libro II del nuevo Código penal⁴⁷—.

⁴⁵ DE LA MATA/ETXEBARRÍA, «Malversación ...», op. cit., p. 116.

⁴⁶ La conducta descrita en el art. 435.3.º se califica de «tipificación extraña a esta idea» (unidad sistemática de los actuales delitos de malversación asemejándose a la tradicional idea de peculado) por FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Comentarios al Código Penal» ed. Civitas, Madrid, 1997, p. 1148.

⁴⁷ Así también, entre otros DÍAZ PALOS, «Malversación de caudales ...», op. cit., p. 821; FERRER SAMA, Comentarios ..., IV, p. 182; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Parte Especial III, p. 390; MIR. C., «De la malversación de caudales públicos...», op. cit., p. 77; MUÑOZ CONDE, Parte Especial, p. 798; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO, Parte Especial, p. 1189; RODRÍGUEZ MONTANÉS, T., «Dolo y error en un delito de malversación impropia» (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2.ª, de 22 de septiembre de 1989) en «LA LEY», 1990-2, p. 1074; SUÁREZ MONTÉS, «El delito de malversación ...», op. cit., p. 869. También SSTs de 17 de noviembre de 1978 (JC 959); 16 de abril de 1990 (RA 3250), etc.

El actual artículo 432 CP aparece incardinado bajo el Capítulo VII, intitulado: «DE LA MALVERSACIÓN», del Título XIX: «Delitos contra la Administración pública», del Libro II del Código penal de 1995.

Como puede observarse se ha eliminado de la rúbrica del Capítulo VII la referencia a los caudales públicos, pues en el Código penal anterior rezaba: «DE LA MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS».

Dicha eliminación puede entenderse como un afán de aglutinar de forma coherente también los bienes privados, a que se refiere el artículo 435.3.º CP, y no sólo a los caudales, efectos, o en su caso bienes muebles o inmuebles de carácter público, como objeto material del delito de malversación.

Dice así el nuevo artículo 432 CP 95:

«1. La autoridad o funcionario público que con ánimo de lucro, sustrajere o consintiere que un tercero, con igual ánimo, sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones, incurrirá en la pena de prisión de tres a seis años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años».

2. «Se impondrá la pena de prisión de cuatro a ocho años y la de inhabilitación absoluta por tiempo de diez o veinte años si la malversación revistiera especial gravedad atendiendo al valor de las cantidades sustraídas y al daño o entorpecimiento producido al servicio público. Las mismas penas se aplicarán si las cosas malversadas hubieran sido declaradas de valor histórico o artístico, o si se tratara de efectos destinados a aliviar alguna calamidad pública».

3. «Cuando la sustracción no alcance la cantidad de quinientas mil pesetas, se impondrán las penas de multa superior a dos y hasta cuatro meses, prisión de seis meses a tres años y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a un año».

A) Antecedentes

El inmediato antecedente del art. 432 CP 95 se encuentra en el art. 413 del Proyecto de Ley orgánica de Código penal de 1992⁴⁸.

Sin embargo, un sector de la doctrina y de la jurisprudencia reserva la denominación de malversación propia para las conductas de apropiación, frente a las restantes distracción, negligencia y retención (en el CPA), las realicen los funcionarios o las personas que se les asimilen: Así MANZANARES/ALBACAR, Código Penal, p. 930; QUERALT, Parte especial, p. 452; QUINTANO, Tratado II, p. 883; así como las SSTs de 6 de junio de 1986 (JC 833); 18 de mayo de 1987 (RA 3080); y de 9 de julio de 1991 (RA 7079).

CUAREZMA reserva, empero, el término malversación propia para el art. 397 CPA («Malversación de caudales públicos propia e impropia». Comentario a la STS (Sala 2.ª) de 9 de julio de 1991, en «LA LEY», 1992-1, pp. 438 y ss.

⁴⁸ Dice así el art. 413: 1. «La autoridad o funcionario público a que, con ánimo de

Sin embargo, ya el Proyecto de 1980 suprimió el sistema escalonado de cuantías en la determinación de la pena. Asimismo, al igual que haría más tarde la Propuesta del Anteproyecto del nuevo Código penal de 1983, suprimió la exigencia de que los caudales o efectos públicos estén a cargo del funcionario público «**por razón de sus funciones**» o «**a su disposición**»⁴⁹. Supresión que también efectúa el Proyecto de 1992, de tales términos que figuraban en el art. 394 CPA, (el primero de carácter claramente restrictivo del círculo de la autoría, al identificarse con «**competencia específica**»; siendo más dudoso el carácter del segundo, comprensivo de los casos de mera disponibilidad jurídica —casos de intervención o fiscalización sin ostentar la detentación ficticia— ya admitidos con anterioridad a su aparición en el Texto de 1963 por el T.S. —que impedía el paso a la interpretación legal «a su cargo» como idéntica a «custodia» o «poder», más restrictiva— o de los casos de **disponibilidad fáctica**, de sentido claramente extensivo)⁵⁰.

lucro, sustrajere o consintiere que un tercero, con igual ánimo, sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo, será castigado con la pena de prisión de tres a seis años, e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años».

2. «Se impondrá la pena de prisión de cuatro a ocho años y la de inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años si la malversación revistiere especial gravedad o si las cosas malversadas hubieren sido declaradas de valor histórico o artístico, o si se tratare de efectos destinados a aliviar alguna calamidad pública».

3. «Cuando la sustracción no alcanzare la cantidad de cincuenta mil pesetas se impondrán las penas de multa superior a dos y hasta cuatro años, arresto de diez a veinte fines de semana, y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a un año».

⁴⁹El artículo 482 del Proyecto de Código penal de 1980 dice en el primer párrafo: «El funcionario público que sustrajere, o consintiere que otro sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo será castigado con la pena de prisión de tres a seis años y la de inhabilitación absoluta por tiempo de doce a dieciséis años». Respecto del texto del art. 394 CPA cabe destacar tres puntos: a) desaparición del término «o a su disposición», que fue introducido con dudosa técnica por el Texto revisado de 1963 como título de tenencia de los caudales o efectos a continuación del clásico «**a su cargo**», que es el propio y característico del funcionario público; b) desaparición de la exigencia legal, para constituir esta figura, de que los caudales o efectos públicos los tenga **a su cargo** el funcionario público, precisamente «**por razón de sus funciones**», volviendo a la fórmula de los Códigos penales de 1848, 1850 y 1928, c) desaparición del sistema de no modulación de la pena en atención al valor de lo sustraído.

En el párrafo segundo del art. 482 se establece la imposición de «las penas superiores en grado si la malversación revistiera especial gravedad, atendido el considerable valor del caudal sustraído, si las cosas malversadas hubieran sido declaradas de valor histórico o artístico, o si se tratase de efectos destinados a aliviar alguna calamidad pública».

Y en el párrafo tercero reza: «Cuando la sustracción no alcanzare la cantidad de 15.000 pesetas o excediere en poco de esta suma se impondrá la pena de arresto de diez a veinte fines de semana e inhabilitación especial para desempeñar cargos públicos por tiempo de seis a dos años».

⁵⁰Vide SUÁREZ MONTES, «El delito de malversación ...». op. cit., pp. 840 y ss.; vide también OLESA, «El delito de malversación por sustracción de caudales o efectos públicos en el vigente Código penal español», op. cit., pp. 642 y ss.

Debe destacarse que ya en el Proyecto de 1992 se añade expresamente la expresión legal «con ánimo de lucro» referida al funcionario como al tercero que sustrajere con el consentimiento del funcionario; lo que obviamente resalta el aspecto patrimonial del precepto, aproximándolo todavía más, si cabe, al **peculado**.

Ya en la jurisprudencia diversas resoluciones del TS exigían implícitamente el «ánimo de lucro» en el delito de malversación del art. 394 CPA (así, la STS de 29.2.88, RA. 1345)⁵¹, aunque la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias no lo entendían necesario en dicho precepto⁵².

Parece que el legislador haya hecho caso, al menos parcialmente, de la propuesta de BLECUA de «lege ferenda» de reducción de la variedad de las conductas típicas, señalando que el «delito de malversación de caudales públicos debería concebirse como una conducta de distracción definitiva o temporal de recursos público, realizada con ánimo de lucro»⁵³ ...».

B) Diferencias respecto del art. 394 CPA.

El artículo 394 CPA decía: «el funcionario público que sustrajere o consintiere que otro sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo o a su disposición por razón de sus funciones será castigado:

«1.º con la pena de arresto mayor si la sustracción excediere de 30.000 pesetas».

«2.º con la de prisión menor si excediere de 30.000 pesetas y no pasare de 500.000 pesetas».

«3.º Con la de prisión mayor si excediere de 500.000 pesetas y no pasare de 2.500.000 pesetas».

La opinión dominante considera válida tanto la disposición material como jurídica, siempre que sea por razón de las funciones del cargo (así DÍAZ PALOS, «Malversación...», p. 819; MUÑOZ CONDE, Parte Especial, p. 798; SUÁREZ MONTES, «El delito...», op. cit., p. 842). Opta por una interpretación denominada extensiva el Tribunal Supremo en sentencias, entre otras, de 17 de abril de 1964 (RA 2002); 28 de abril de 1966 (RA 2902); 26 de junio de 1989 (RA 5219); y de 21 de junio de 1993 (RA 5276).

⁵¹ Vide MIR PUIG, C., «De la malversación...», op. cit., pp. 78 y 79.

⁵² Por todos, DÍAZ PALOS, «Malversación de caudales públicos», p. 821; ORTS BERENGUER, Parte especial, p. 483; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO, Parte especial, p. 1183; SUÁREZ MONTES, op. cit., p. 846.

⁵³ Cfr. BLECUA FRAGA, R., «La aplicación pública de caudales a diferente destino como delito de malversación», op. cit., ADP, 1985, p. 764. El subrayado es mío.

La doctrina de forma constante incide en el paralelismo entre el delito de malversación y el de apropiación indebida, independientemente de que se afirma que la malversación constituye un tipo especial propio o un tipo especial impropio, aceptándose, en general, que los tipos comunes contra el patrimonio son aplicables subsidiariamente cuando falta el elemento personal requerido en el sujeto activo. Vide SÁINZ PARDO CASANOVA, J. A., «El delito de apropiación indebida», Ed. Bosch, Barcelona, 1978.

«4.º Con la de reclusión menor si excediere de 2.500.000 pesetas».

«El Tribunal impondrá la pena que estime procedente de las señaladas en los números anteriores si, a su juicio, hubo sustracción, sin estar comprobada la cuantía de la misma».

«En todos los casos se impondrá además la pena de inhabilitación absoluta».

Vemos, pues, que las diferencias del art. 432 CP respecto del artículo 394 CPA son las siguientes:

a) **Abandono del criterio de las cuantías escalonadas para la determinación de la pena**, salvo la fijación de la cuantía de 500.000 pesetas para delimitar los tipos de los apartados 3 y 1 del art. 432 a efectos penales. Asimismo en el apartado 2 del art. 432 CP se introduce un tipo agravado por la **especial gravedad de la malversación** —atendido el valor de las cantidades sustraídas y al daño o entorpecimiento producido al servicio público— o haber sido declaradas de valor histórico o artístico las cosas malversadas, o por tratarse de efectos destinados a aliviar alguna calamidad pública, todo lo cual deberá ser abarcado por el dolo, aunque sea eventual.

b) **Suavización de la duración de la pena privativa de libertad por regla general.**

En efecto, en base al art. 394 CPA podía llegarse a aplicar la pena de reclusión menor (de 12 años y un día a 20 años de privación de libertad) si la cantidad malversada era de más de 2.500.000 pts.

Con el actual art. 432 el tipo agravado se castiga con la pena de prisión de **cuatro a ocho años**, lo que implica una sustancial aminoración de la pena. Así, se evitará el continuo recurso de los tribunales a la solicitud de indulto siquiera parcial, ex. art. 4.3 CP (vide. STS 8.7.91, RA 5701; 26.10.91, RA 7396, 16.11.93, RA 8595, etc.) Sin embargo, si la cantidad malversada no alcanza las 30.000 pesetas el art. 432 conmina con pena de prisión de 6 meses a tres años, mientras que el art. 394 señalaba la pena de arresto mayor (de 1 mes y un día a seis meses de privación de libertad), mucho más benévola.

c) **Alusión expresa al elemento subjetivo del injusto de «ánimo de lucro»**, referido no sólo al funcionario; sino también al tercero que sustrajera los caudales o efectos públicos con el consentimiento del funcionario.

Nos remitimos a lo dicho en el anterior apartado A).

Así, pues, no basta el «*animus rem sibi habendi*» (ánimo de apropiación definitivo) —SSTS 13.7.90, RA 6368; 27.5.93, RA 4257—, sino que se exige además el **propósito de beneficio económico**, al igual que

ocurre en los delitos contra el patrimonio⁵⁴, tanto en la conducta activa del funcionario que sustrae, como en la omisiva (comisión por omisión), donde la sustracción es llevada a cabo por un tercero siendo este último quien deberá ostentar entonces dicho ánimo de lucro.

Será la exigencia de un elemento subjetivo diferenciado del dolo lo que permitirá delimitar los tipos de peculado por apropiación (art. 432) y por distracción (art. 433)⁵⁵, al que deberá añadirse el **ánimo de lucro** entendido como propósito de beneficio evaluable económicamente, o intención de lograr una ventaja patrimonial, de aumentar el propio patrimonio o el ajeno mediante la incorporación al mismo de los caudales o efectos públicos. De este modo el art. 432 castiga al que actúa con ánimo de lucro y ánimo de apropiación definitiva, mientras que el art. 433 se aplicaría a la conducta de distracción, sin la presencia de ánimo de lucro en el autor, pero exigiendo el ánimo de apropiación temporal o «*animus utendi*» (ánimo de usar).

d) **Supresión de la locución «o a su disposición»**, referida en el CPA (art. 394) a la **tenencia** de los caudales o efectos públicos por parte del funcionario o autoridad.

Dicha expresión legal «o a su disposición», ya había sido criticada por OLESA⁵⁶, quien entendía que el funcionario jamás tiene «a su disposición» los caudales y efectos públicos que haya recibido, por razón de sus funciones, para su gestión, depósito, custodia, administración o

⁵⁴ Algunos autores han afirmado que la no necesidad de ánimo de lucro en el art. 394 CPA se debía a aspectos probatorios. Vide de la Mata/Etxebarria. «Malversación y lesión...», op. cit., p. 28. La jurisprudencia ya había hecho mención al ánimo de lucro para definir la acción de sustraer. Vide por todas. SSTs 10.4.73, 29.2.88, 13.7.90, 31.1.91, 6.5.92, 14.5.92, 19.2.93, 24.2.95, 25.5.95, 31.1.96 y 15.3.96.

⁵⁵ Al ser idéntica la conducta externa de ambos preceptos (art. 394 y 396 CPA o 432 y 433 CP 95), un sector dominante de la doctrina y la jurisprudencia afirma que la diferencia típica se encuentra en el elemento subjetivo. El art. 394 CP (hoy art. 432 CP) se distinguiría por la presencia de un «*animus rem sibi habendi*», o ánimo de apropiación definitiva, mientras que la conducta del art. 396 —433 CP— se caracteriza por la presencia de un «*animus rem sibi utendi*», o ánimo de apropiación temporal. Véanse, entre otras, SSTs de 29 de noviembre de 1978 (JC 718); de 21 de junio de 1979 (JC 822); de 27 de junio de 1981 (JC 912); de 11 de julio de 1990 (RA 6368); de 18 de noviembre de 1992 (RA 9604); de 12 de julio de 1993 (RA 4995); 27 de mayo de 1993 (RA 4257). etc.

En la doctrina, entre otros CUELLO CALÓN, Parte especial I, p. 458; FERRER SAMA, Comentarios, IV, p. 190; MIR PUIG, C., «De la malversación ...», op. cit., pp. 84/5; MUÑOZ CONDE, Parte especial, p. 801; ORTS BERENGUER, Parte especial, p. 456; PUIG PEÑA, Parte especial, p. 337; QUERALT, Parte especial, p. 456; SUÁREZ MONTES, «Malversación ...», op. cit., p. 859; MORALES PRATS, F.-MORALES GARCÍA, O., «Comentarios al nuevo Código penal», pp. 1894, 1896 y 1897; DE LA MATA/ETXEBARRÍA, «Malversación ...», op. cit., p. 27; FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Comentarios al Código penal», op. cit., p. 1155.

⁵⁶ Vide OLESA, «El delito de malversación ...», op. cit., p. 642.

intervención; porque **siempre** los tiene «a su cargo», ya que debe **necesariamente y en todo caso** dar de ellos **cuenta o razón** ... La capacidad de **disponer por sí**, es concepto que pugna esencialmente **con la función pública**. Los caudales y efectos públicos que el funcionario público reciba por razón de sus funciones están siempre **a su cargo**, pero no a su **disposición**.

El término «o a su disposición» ha sido entendido de dos maneras distintas; en la primera, en el sentido de disposición o **disponibilidad jurídica** (así los casos de intervención o fiscalización del funcionario sobre los caudales o efectos públicos, aunque no tuviera la detentación material), que vendría a consagrar legislativamente la acepción lata de la jurisprudencia que entendía que el término o expresión legal «a su cargo» no se identificaba necesariamente con «custodia» o «poder» (términos más restrictivos) o con «posesión» (en el sentido de detentación material, pues el funcionario es tan sólo un servidor de la posesión), sino que abarcaba también dicha expresión legal la disponibilidad meramente jurídica (por lo que dicho término no suponía innovación alguna en el estado de cosas precedente a 1963, año en que fue introducida en el Código penal⁵⁷).

En la segunda, la expresión «o a su disposición» se ha entendido por un sector de la jurisprudencia como una **disponibilidad fáctica**, por parte de funcionarios **con ocasión del ejercicio de la función pública**, aunque sin tener la competencia específica sobre los caudales o efectos públicos, bastando pues una disponibilidad de hecho a la que pudiera haber dado lugar el ejercicio de **cualquier función pública** (así por ejemplo, quienes desempeñan funciones auxiliares en virtud de la cuales tienen acceso meramente físico al manejo de los fondos del Estado).

De todos modos, se trataba de una expresión «innecesaria», pues el tener a su cargo «**por razón de sus funciones**», puede ser interpretado de forma **restrictiva** (en el sentido de competencia específica de funcionario respecto de los caudales o efectos públicos)⁵⁸; o bien de forma ex-

⁵⁷ Vide DÍAZ PALOS, «Malversación...», p. 819; DÍAZ VALCÁRCEL, Luis M.ª. «La revisión del Código penal y otras leyes penales, Barcelona, 1963, p. 149; SUÁREZ MONTES, «El delito de malversación ...», op. cit., pp. 842 y 843.

⁵⁸ En esta línea restrictiva véase las SSTs de 21.4.1885, 8.3.74, 8.5.61, 11.2.63, 15.1.66, 13.6.84, 4.12.85, 6.6.86, RA 3114, 16.12.87, 29.2.88, RA 1354 y 22.2.95, entre otras.

En la doctrina que es mayoritaria, vide FERRER SAMA, Comentarios al Código penal, IV, p. 187; GROIZARD, El Código penal de 1870 concordado y comentado IV (Madrid 1912), p. 304-305; PACHECO, El Código penal concordado y comentado, II (Madrid, 1870), p. 509; QUINTANO, Tratado de la parte especial del Derecho penal, II (Madrid, 1964), p. 883; DÍAZ PALOS, «Malversación ...», op. cit., p. 849; SUÁREZ MONTES, El delito de malversación ..., op. cit., p. 836 y ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Comentarios al Código penal», op. cit., p. 1152; MUÑOZ CONDE, D. P., parte especial, undécima ed., p. 872.

tensiva, bastando que la relación del funcionario respecto de los caudales o efectos públicos se produzca «con ocasión de sus funciones» o «en consideración a sus funciones» de suerte que la expresión «por razón de sus funciones» comprende toda entrega o tenencia a la que haya dado lugar el ejercicio de **cualquier función pública**, con independencia de la competencia específica que las disposiciones administrativas adjudiquen al cuerpo que pertenezca el funcionario. (De todos modos esta última interpretación parece que se hace más difícil si se elimina el término «o a su disposición». Sin embargo MORALES PRATS, F. y MORALES GARCÍA, O., entienden que «la cadena de exigencias típicas limitadoras del ámbito de operatividad del precepto (art. 432 —la tenencia «a su cargo» por razón de sus funciones (de aceptarse la tesis restrictiva antes referida)— puede devenir infructuosa, al cohonestarlo con el art. 435.1.º CP, que extiende el precepto a los que se hallen encargados por **cualquier concepto** de efectos, fondos o rentas de las Administraciones públicas; al menos, en una gran cantidad de supuestos en que, no obstante la ausencia de una competencia específica de la función a desempeñar, el sujeto activo se halla **encargado por cualquier concepto** (incluso incompatible con aquélla) de efectos, fondos o rentas públicas. La expresión «a los que», cuya utilización por el legislador podría dar pábulo a pensar que se extiende hasta los particulares, debe entenderse por el contrario limitado a aquellos que mantienen la condición de autoridad o funcionario público. De otro modo, la especificidad comprendida en el n.º 2 del art. 435 (el n.º 2 del art. 435 CP dice: «A los particulares legalmente

Existe una importante corriente jurisprudencial extensiva que utiliza un criterio laxo que se contenta con que el funcionario tenga los caudales «con ocasión de» o «en consideración al ejercicio de cualquier función pública». Así, las sentencias de 17.4.64 (RA 2002); 17 de enero de 1966 (RA 75), 20.4.66, 28 de abril de 1966 (RA 2902), 23.XII.67 (RA 1968, 251), 20.10.70 (RA 4307), 30.1.84, 26.6.89 (RA 5219), 10.4.90, 14.5.92, 27.5.93, 21.6.93 (RA 5276), 31.1.96, 8.11.96, o 13.2.97.

En la doctrina a favor de esta interpretación extensiva: OLESA, «El delito de malversación ...», op. cit., p. 645; quien afirma que el Proyecto de Código penal de 1980 en el art. 482, suprime el término «a su disposición» y reduce el título de responsabilidad criminal del funcionario, a los caudales y efectos que tuviera a su cargo; y adoptando la tesis de «las funciones generales» del funcionario suprime también la exigencia de que la tenencia «a cargo», por parte del funcionario, lo fuera, precisamente «por razón de sus funciones».

También, ZABALEGUI MUÑOZ, M.ª Carmen, «La malversación de caudales públicos». Cuadernos de Derecho Judicial. Delitos de los funcionarios públicos, marzo 1994, C.G.P.J. IV, p. 172, se inclina a favor de la línea laxa o extensiva, en base al bien jurídico protegido (el patrimonio público, el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado y la confianza de los ciudadanos en el manejo honesto de los caudales del Estado).

designados como depositarios de caudales o efectos públicos») carecería de sentido⁵⁹».

C) Modalidad de apropiación

El tipo utiliza el verbo «sustraer» que debe ser entendido como **apropiación definitiva**⁶⁰ con ánimo de apropiación y con ánimo de lucro, y sin ánimo de reintegrar los caudales o efectos públicos. Ya la doctrina había criticado dicho término legal⁶¹ que existe en el delito de malversación propia desde el Código penal de 1848, influido por, entre otros, el Código penal francés de 1810⁶² (en la actual legislación francesa, el Code penal que entró en vigor el 1 de marzo de 1994, el actual art. 432.15 sigue utilizando el término «soustraction»).

La jurisprudencia del TS enseña que «sustraer» ha de entenderse en el sentido amplio y comprensivo de «separar, extraer, quitar o despojar» los caudales o efectos públicos de su destino público para hacerlos

⁵⁹Cfr. MORALES PRATS, F./MORALES GARCÍA, O., «Comentarios al Nuevo Código penal», op. cit., p. 1893 y p. 1902.

⁶⁰PACHECO decía que se trata de «la sustracción definitiva, absoluta, después de la cual no se piensa hacer nada». «El Código penal concordado y comentado», op. cit., p. 511.

⁶¹SUÁREZ MONTES, «El delito de malversación ...», op. cit., p. 845 decía que «el término legal de sustraer resulta inadecuado para expresar lo que es contenido indudable de esta forma de malversación. En primer lugar porque, de ordinario, el objeto ya se encontrará en poder del agente antes de decidirse a cometer el delito. En segundo porque dicha expresión legal no refleja el elemento subjetivo, constituido por el ánimo de apropiación. En suma, el término legal es incorrecto tanto por exceso como por defecto, pues la sustracción no es ni necesaria ni suficiente para la malversación del art. 394. La equivalencia entre sustracción y apropiación, que cuenta con claros precedentes legales, es impuesta, además, por la necesidad de distinguir esta forma de malversación de otra que, lo es de mera distracción, a saber, la del art. 396 que sanciona la destrucción momentáneamente de fondos con ánimo o intención de restituirlos».

La doctrina es prácticamente unánime al reconocer la incorrección del término «sustracción» —que hace referencia a un desplazamiento patrimonial que en la malversación no se produce, puesto que los caudales ya está a cargo del sujeto activo por razón de sus funciones— y propone su interpretación como apropiación definitiva. Así, CUELLO CALÓN, Parte especial I, p. 452; DÍAZ PALOS, «Malversación de caudales públicos», op. cit., p. 821; FERRER SAMA, Comentarios IV, pp. 189/90; JASO, Parte especial, p. 219; MUNOZ CONDE, Parte especial, p. 799; ORTS, Parte especial, p. 483; PUIG PEÑA, Parte especial, p. 336; QUINTANO, Comentarios ..., op. cit., p. 722; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO, «Parte especial», p. 452; MORALES PRATS, F., y MORALES GARCÍA, Comentarios ..., op. cit., p. 1893; FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Comentarios ...», p. 1150.

⁶²Vide ANTÓN ONECA, «Derecho Penal» 2.ª ed., y puesto al día por J. L. Hernández Guijarro y L. Benítez Merino. Ed. Aral. Madrid, 1986, p. 76.

propios. (SSTS 10 de abril de 1973, 21 de junio de 1990, 31 de enero de 1996, 8 de noviembre de 1996 y 24 de enero de 1977)⁶³.

Parece, pues, que el término legal «sustraer» debe ser entendido en el sentido amplio de «expropiar» (que comprende las modalidades de apoderamiento y de apropiación)⁶⁴.

En los últimos tiempos el TS equipara sustraer a utilizar indebidamente fondos reservados (Auto 24.7.95) (caso «informe Crillon»), auto de 2.12.94 y STS de 12.3.92 que vincula los fondos reservados «a los fines que constitucional y legalmente son propios del Ministerio». La Ley 11/1995 de 11 de mayo confirma esta idea.

Los medios empleados para efectuar la sustracción por parte del funcionario público o equiparado penalmente, pueden ser varios y plurales, dada la multiplicidad de funciones que para garantizar mejor los caudales y efectos públicos confluyen en su custodia y gestión, y dada, también, la complejidad de la propia tarea administrativa.

Como escribe OLESA⁶⁵ «en determinadas situaciones será la utilización de llaves, combinando quizá la que tuviere a cargo por razón de sus funciones, con las falsas (ex art. 510 CP), que correspondieran a cargo de los restantes claveros; en otras, el forzamiento de arcas o de cajas de caudales donde se custodiarán los caudales o efectos públicos o la desactivación de medidas de protección que éstas tuvieran; en otras, la apropiación directa de efectos que permanecieran almacenados bajo su custodia, o de caudales que estuvieran, por exigencia administrativa a su inmediato alcance; en otras, la manipulación fraudulenta de registros y ficheros...; en otras, dentro del propio campo de las maquinaciones engañosas, completando la validez del acto administrativo —con notorio abuso—, recabando la firma o conformidad del ordenador, del interventor o del custodio mediante la repetida exhibición del mismo justificante, motivando así la extracción de mayor cantidad de fondos o de efectos en beneficio del malversador; y en otras, finalmente, produciendo el delincuente, con o sin el auxilio de cómplices —necesarios o no—, falsos documentos que posibiliten o instrumenten la sustracción».

⁶³La jurisprudencia ha entendido siempre el término sustracción como equivalente a apropiación (así SSTS de 25 de mayo de 1963, 11 de octubre de 1947, 26 de abril de 1952, 22 de junio de 1949, La sentencia de 21 de junio de 1979 concluye que la sustracción supone, por parte del agente «incorporar al propio patrimonio de manera definitiva y permanente», los caudales o efectos sustraídos». ctc.)

⁶⁴OLESA dice que «el valor dado por el legislador a la acción de sustraer no es otro que extraer los caudales del ámbito público en que se hallaban situados, para colocarlos bajo el privado dominio del agente». «El delito de malversación...», op. cit., p. 649.

⁶⁵OLESA, op. cit., p. 652.

a) *Las conductas típicas. El tipo básico*

El tipo admite tanto la comisión activa como la comisión por omisión.

a)' *En la comisión activa, la conducta consiste en que la autoridad funcionario público «sustraiga» (con ánimo de lucro) los caudales o efectos públicos, que tenga a su cargo por razón de sus funciones»*

En cuanto al sujeto, debe estarse al concepto legal de autoridad o funcionario público a efectos penales del artículo 24 del Código Penal.

Además, debe existir una especial relación entre el funcionario público y el objeto material del delito, los caudales o efectos públicos. Debe concurrir una **«tenencia a su cargo»**, que significa tener los caudales o efectos públicos **a su cuidado o procura**: «estar encargado de ellos⁶⁶». O como dice Olesa⁶⁷: «Tener "a su cargo" comporta hallarse obligado a dar cuenta o razón ante un órgano público⁶⁸».

Asimismo, la tenencia a su cargo lo ha de ser **«por razón de sus funciones»**, expresión legal sobre la que existen dos interpretaciones: a) la **restrictiva**, según la cual, el funcionario ha de tener una **competencia específica** respecto de los caudales o efectos públicos, dimanando de la inclusión del cuidado de caudales en las funciones encomendadas al sujeto⁶⁹; y b) la **extensiva**, que entiende que debe ser entendida la referida expresión legal en sentido amplio, de forma equivalente a **«con ocasión de»** o **«en consideración a» cualquier función pública en general⁶⁹**.

⁶⁶ Así SUÁREZ MONTES, «El delito de malversación ...», op. cit., pp. 840 y 841, quien escribe: «Tal situación supone un poder del funcionario sobre el destino de los bienes. Ese poder puede ser de hecho o de derecho. Aunque de ordinario llevará consigo la posesión (detentación material) de los caudales, ello no es indispensable. Este segundo supuesto tiene lugar especialmente en los casos en que el funcionario, careciendo de la detentación material de la cosa, tiene sin embargo un **poder de vigilancia o de control** sobre ella que le permite, mediante un acto de su competencia, llegar al poder de hecho, sin ser en ello impedido por quienes ejercen la detentación material» (así, los casos de intervención o fiscalización, casos integrantes de la llamada disposición jurídica).

⁶⁷ OLESA, op. cit., p. 640.

⁶⁸ La tenencia «a cargo» no puede equipararse a la posesión, ya que por ser más amplia comprende formas de **intervención y gestión económica** que no implican, como la posesión, **inmediata tenencia**. (La STS de 17 de enero de 1944 afirma que un Interventor que no guarda ni custodia fondos públicos puede malversarlos, dado que en nada obsta que dicha custodia esté encomendada a otro funcionario y las atribuciones del recurrente se limiten a la fiscalización de aquel Depositario...). (Vide OLESA, op. cit., p. 640).

SUÁREZ MONTES, op. cit., p. 837; DÍAZ PALOS, «Malversación de caudales públicos ...», op. cit., p. 819; MUÑOZ CONDE, Parte especial, p. 799 y SSTs, 16.12.87, RA 9786, 29.2.88, RA 1354, entre otras afirman la necesidad de que exista una función específica en relación a los caudales. Vide supra nota 58.

⁶⁹ Vide supra nota 58.

Respecto al concepto de «caudales o efectos públicos», son todos aquellos en principio pertenecientes a las **Administraciones públicas** (art. 435.1.º CPA), así también, a las Comunidades Autónomas, y según la jurisprudencia los pertenecientes a entes territoriales o institucionales, órganos y corporaciones de Derecho Público (STS 17.6.52, 2 de junio de 1954, 21 de octubre de 1.955, 7.4.62, etc). El concepto de «**pertenencia**» se ha resuelto por la jurisprudencia en sentido «lato», bastando la idea de **destino o adscripción al erario público, a un fin público**, para que los caudales o efectos puedan considerarse públicos en el sentido del artículo 432 y ss, del Código penal. (SSTS 15.1.66), sin que sea necesaria su **incorporación** al patrimonio de la Administración, siempre que ésta mantenga un legítimo **derecho expectante** sobre ellos porque el funcionario los haya recibido por razón de sus funciones (recaudación de impuestos, cobro de multas, etc.) bastando la mera entrega al funcionario con destino al erario público (SSTS. 17.1.61 (JC 41); 7 de abril de 1962, RA 1962, 2.7.63, JC 1005; 15.1.66, RA 53; 28 de octubre de 1970, RA 4307, que habla de caudales públicos de hecho; 8.3.71, RA 872; 27 de enero de 1976, JC 88; 12 de febrero de 1979, JC 155, 29.2.88, RA 1354; 10 de octubre de 1989, RA 7657; 11 de abril de 1990, RA 4627; 22.5.90; 4 de mayo de 1992, RA 2087; 6.5.92; 9.2.93; 30.5.94; 10.7.95; 31.1.96; 8.11.96; 24.1.97 y 13.2.97).

En cuanto al propio concepto de caudales y efectos es muy amplio: se trata de **cualquier clase de bienes muebles con valor económico, dinero, efectos negociables, títulos, valores, acciones, joyas, objetos de arte, siendo indiferente que los bienes sean fungibles o no** (en STS 27.1.1891; 9.7.1915; 26.6.1890. La STS de 22.4.96 considera que los objetos decomisados —tabaco aprehendido en una determinada operación de contrabando— se han de entender como caudales públicos; STS 13.3.92, RA 2087; 29.1.93, RA 224)⁷⁰.

En la STS de 20 de marzo de 1992, RA 2379 se condenó por delito

⁷⁰ Por todos, DÍAZ PALOS, «Malversación de caudales públicos...», op. cit., p. 818; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Parte Especial III, p. 362; MUÑOZ CONDE, Parte Especial, p. 798; OLESA «Delito de...», op. cit., p. 646; ORTS BERENGUER, Parte Especial, p. 481; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO, Parte Especial, p. 1182; SUÁREZ MONTES, «Malversación...», p. 834; FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Comentarios al Código penal», op. cit., p. 1151; MORALES PRATS, F./MORALES GARCÍA, O., «Comentarios al nuevo Código penal, op. cit., pp. 1890 y 1891. «Una arriesgada línea jurisprudencial se ha mostrado partidaria de la extensión del concepto de caudales o efectos públicos incluso hasta el valor resultante de la utilización de mano de obra al servicio de la Administración Pública, para fines privados. Consecuencia de tan laxa interpretación, como ha denunciado un sector doctrinal (ORTS) es la apertura del objeto material típico hacia bienes inmuebles (producto de la conversión económica del valor de lo aprovechado) desnaturalizándose con ello el sentido teleológico de la norma sobre la base del verbo en torno al cual ésta se nuclea». Cfr MORALES PRATS, F./MORALES GARCÍA, O., «Comentarios...», op. cit., p. 1890.

de malversación de caudales públicos al Alcalde que **dispuso de fondos del Plan de Empleo Comunitario** para fines totalmente particulares, aunque la pared divisoria que se construyó en la parcela lo fuera con materiales aportados por el acusado, ya que en todo caso la mano de obra tenía aquella procedencia, con un importe de jornales ascendente a 72.600 pesetas (Fundamento de Derecho segundo)⁷¹.

En la doctrina, sólo QUINTANO afirma que en la malversación los bienes no precisan ser muebles⁷².

El artículo 434 del CP 95 de modo totalmente novedoso prevé como delito de malversación la «aplicación privada de bienes **muebles o inmuebles** pertenecientes a cualquier Administración». Pero obsérvese, que este precepto **ya no habla de caudales o efectos públicos**, sino sólo de **bienes muebles o inmuebles** (se excluye el dinero), suprimiendo este precepto la referencia a la relación funcionario-objeto material.

Puede suceder que los efectos sigan perteneciendo a los particulares que los confiaron al servicio público —tales los del giro postal, que según el Reglamento de 8 de noviembre de 1941, son propiedad del expedidor hasta el momento de la entrega al destinatario— pero que gozan de la condición de públicos en cuanto ingresan en las cajas postales, hasta el punto de que el Estado garantiza el pago o reintegro de la cantidad girada (STS 25 de enero de 1927, 6 de junio de 1944, 26 de enero de 1945, etc.).

También tiene la consideración de caudales o efectos públicos según la jurisprudencia las **divisas** que el particular, **de una forma vinculante**, deba ceder al Estado (STS 30.6.62 y 24 de octubre de 1962), una vez particular las ha percibido.

b') *En comisión por omisión*

Dice el art. 431.1 CP que también comete el delito de malversación la autoridad o funcionario público que **consintiere que un tercero** (con ánimo de lucro) **sustraiga los caudales o efectos públicos**.

El fundamento de dicha modalidad omisiva responde a la necesidad de sustraer el enjuiciamiento de la conducta del funcionario al régimen general de la participación, como método para evitar un tratamiento penológico privilegiado (MUÑOZ CONDE) o una extensión de las reglas de participación lesiva del principio de legalidad (GÓMEZ RIVERO)⁷³.

La equiparación penológica entre el tipo de acción y el tipo de comisión por omisión que contiene el precepto, la fundamenta DÍAZ PA-

⁷¹ Vide nota anterior «in fine».

⁷² QUINTANO, «Tratado de la Parte Especial del Derecho penal», II, p. 878.

⁷³ MORALES PRATS, F.-MORALES GARCÍA, O., «Comentarios al nuevo Código penal», op. cit., p. 1893.

LOS «en la identidad de la gravedad de infracción del deber de custodia» por parte del funcionario⁷⁴, y ORTS BERENGUER, en «la identidad del daño que el bien jurídico sufre en ambos casos, el mismo detrimento para el erario y los fines públicos⁷⁵».

Se castiga al funcionario o autoridad por **no impedir** (dolosamente) las sustracción por otro con ánimo de lucro de los caudales públicos a su cargo por razón de sus funciones.

Se requiere pues en la parte objetiva a) situación típica; b) ausencia de la acción determinada o esperada; c) capacidad de realizar esa acción; d) la posición de garante; e) la producción de un resultado; f) la posibilidad de evitarlo.

Como dice la sentencia de 14 de abril de 1956, la conducta principal en este particular tipo de incriminación, se desplaza del ejecutor material de la sustracción, **al que «tendría al consentir la sustracción y de no existir esta especial figura, sólo carácter de cooperador necesario de aquélla; y que ahora, por virtud de la incriminación establecida, es ejecutor de un delito propio... configurado en el consentir la sustracción ajena»** (vide también STS de 20.2.63). En otras palabras el funcionario responde por este delito autónomo y no como partícipe de la sustracción ajena (SSTS 30.12.85, 29.2.88, 1.2.90).

Como dice OLESA, «consentir implica el conocimiento de la conducta ajena; **pero no comporta acuerdo**. Cabe una perfecta independencia entre el obrar del funcionario malversador y el del sustractor».

En cuanto al sustractor responderá por el delito común que realice (así normalmente delito de hurto si no es dueño de la cosa; si lo es, la estafa del art. 532.1 CPA o art. 236 CP1995 —STS 12.12.1883—).

Sin embargo, si existe **connivencia** entre el funcionario encargado de los caudales y el particular o funcionario no cualificado, estos últimos que sustraigan los caudales responderán como **partícipes del delito de malversación** del art. 432 CP.

La razón, como dice OLESA, es que su acto sustractivo **coopera** en unidad de plan a la ejecución de la actividad —que realiza el funcionario— **de consentir en la sustracción**; y sin el cual esta actividad ejecutiva, la de consentir, no se hubiese efectuado⁷⁶. (En contra STS 10.10.62, RA 3650, aunque afirma que el tema es dudoso y opinable,

⁷⁴ DÍAZ PALOS, «Malversación de caudales..», op. cit., p. 821.

⁷⁵ ORTS BERENGUER. Parte especial, p. 490. Sobre los tipos de comisión por omisión, vide MIR PUIG, S., Derecho penal. Parte General, PPU, Barcelona, 1990, pp. 332 y ss.

Vide también E. GIMBERNAT, «Causalidad, omisión e imprudencia». Cuadernos de Derecho Judicial. C.G.P.J. La comisión por omisión, XIII, 1994.

⁷⁶ Cfr. OLESA, «El delito de malversación...», op. cit. pp. 671/672.

aplicando erróneamente en la interpretación el **principio pro reo**⁷⁷ y el art. 60 CPA, rompiendo el título de imputación; también STS 24.10.62. RA 3953; STS 31.1.64, etc.).

Caso de que el acto de consentimiento fuera viciado por violencia deberá entenderse inexistente, respondiendo el particular o extraneus por robo o coacciones.

Si el funcionario ignorase la sustracción, no cometería este delito, sin que el nuevo Código penal castigue la comisión por omisión imprudente (a diferencia del anterior artículo 395 CPA) del funcionario que hubiese dado ocasión a que la sustracción se efectuara a causa de su abandono o negligencia inexcusables.

La exigencia del ánimo de lucro en el tercero sustractor, recorta el ámbito del injusto⁷⁸.

b) *Tipos agravados*

El apartado 2 del artículo 432 contiene tres tipos de agravaciones:

1.^a.— Por la **especial gravedad** de la malversación, atendiendo al valor de las cantidades sustraídas «y» al daño o entorpecimiento producido en el servicio público (debiendo concurrir **ambos** criterios, y no sólo uno, plasmándose completamente en el caso concreto la finalidad general de la tipificación del delito de malversación: la Administración pública se ve afectada en su funcionamiento por carecer de medios)⁷⁹.

En cuanto al primer criterio, especial gravedad atendiendo el valor de las cantidades sustraídas, cabría pensar en, por asimilación con el delito de estafa (art. 250.6CP), aquéllas **cantidades superiores** a 2,5 millones de pesetas.

Respecto al segundo criterio, daño o entorpecimiento producido al

⁷⁷ Como dice GIMBERNAT, en «Autor y cómplice en Derecho penal», 1966, p. 289. nota 184, «el principio in dubio pro reo tiene validez únicamente en Derecho procesal. En derecho material, en cambio no se trata de determinar, cual de las posibles soluciones es la más favorable al reo, sino cuál es la dogmáticamente correcta».

⁷⁸ Cfr. MORALES PRATS, F.-MORALES GARCÍA, O., «Comentarios al nuevo Código penal», op. cit., pp. 1891 y 1892. Argumentan así: «Pues el citado elemento subjetivo no sólo formará parte de la tipicidad subjetiva que realice el tercero sino que, además, constituye un **elemento objetivo** del tipo de malversación que habrá de integrar el elemento cognitivo del dolo propio del funcionario público o autoridad. De este modo, quedarán fuera de la órbita del art. 432 los supuestos en que el funcionario consiente sustracciones de tercero sin que en éste concurra ánimo de lucro, bien sea por el conocimiento expreso de dicha situación, bien en la creencia errónea de que el tercero actúa sin ánimo lucrativo. Piénsese en el funcionario que consiente la sustracción por parte de un familiar, conociendo el ánimo de restitución que informa la conducta de este último. O en el más claro, de caudales coadministrados por dos funcionarios de los que uno de ellos se apodera, con consentimiento del otro, con ánimo de restitución ...».

⁷⁹ Así, FEIJOO SÁNCHEZ, «Comentarios al Código penal, op. cit., p. 1153; también MORALES PRATS/MORALES GARCÍA, Comentarios al nuevo Código penal, p. 1894.

servicio público, pueden valorarse los retrasos en la prestación del servicio, formación de listas de espera..., etc.³⁰.

2.^a.— La segunda agravación se refiere a la malversación de cosas **declaradas** (administrativamente) de **valor histórico o artístico**. No basta, pues, en que la cosa malversada tenga o sea de valor histórico o artístico, sino que tiene que haber sido **declarada previamente** según la legislación administrativa de dicho valor histórico o artístico. Será necesario su registro en el Inventario General del Patrimonio Histórico Español, regulado por la Ley de 25 de junio de 1985.

3.^a.— La tercera agravación se refiere a la malversación de «efectos» (no menciona los caudales) destinados a **aliviar alguna calamidad pública**. Se excluye, pues, el dinero presupuestado o destinado para tales fines.

Los referidos tipos agravados se castigan con las penas de prisión de cuatro a ocho años y la de inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años.

c) *Tipo atenuado*

El apartado 3 del artículo 432 CP establece que: cuando la sustracción no alcance la cantidad de quinientas mil pesetas, se impondrán las penas de multa superior a dos y hasta cuatro meses, prisión de seis meses a tres años y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a un año.

d) *Tipo subjetivo: el dolo y el ánimo de lucro ¿el hacerse pago con caudales públicos constituye causa de atipicidad?*

Tanto en los tipos básicos, como en los agravados y atenuantes del artículo 432 debe concurrir, en la parte subjetiva del tipo además del elemento subjetivo del injusto del ánimo de lucro en el funcionario sustractor o en el tercero que sustrae los caudales o efectos públicos, el **dolo**. Se trata, pues, de tipos eminentemente dolosos, e incluso la modalidad de comisión por omisión del funcionario debe de ser dolosa.

El dolo debe abarcar todos los elementos del tipo objetivo, también el ánimo de lucro del tercero que sustrae en la comisión por omisión, así como la sustracción de dicho tercero.

También debe abarcar el valor de las cantidades sustraídas y el daño o entorpecimiento del servicio público y la declaración del valor histórico o artístico, o a los efectos destinado a aliviar alguna calamidad pública (en los tipos agravados), etc.

³⁰MORALES PRATS/MORALES GARCÍA, op. cit., p. 1895.

En el tipo subjetivo, ahora el nuevo art. 432 —al igual que el art. 434 CP— exige expresamente el **ánimo de lucro**, que constituye un elemento subjetivo del injusto, exigido también legalmente en los delitos de apoderamiento (hurto, robo, extorsión, estafa, etc.).

La **doctrina mayoritaria** española afirma que por ánimo de lucro debe entenderse el propósito de **provecho, directo** —deriva de la propia cosa de manera directa—, de carácter **económico**, que ha de valorarse **desde el punto de vista del autor** (así, RODRÍGUEZ DEVESA), desechando el concepto amplio de «cualquier utilidad, goce, ventaja o provecho», o de «cualquier beneficio material o moral» (VIADA), porque dicho concepto no permite distinguir adecuadamente entre el delito de hurto y el delito de daños (recuérdese el ejemplo del comerciante que, para aumentar sus ganancias, esto es, con propia utilidad y provecho, destruye la tienda del concurrente; o el del que destruye la cosecha ajena para revalorizar la propia, etc.).

La jurisprudencia suele entender el ánimo de lucro como propósito de enriquecerse a costa del patrimonio ajeno, partiendo de la teoría material —objetiva relativa a la apropiación, sustentada por un sector de la doctrina alemana (L. KÖHLER, OBERLÄNDER). Conforme a esta concepción, según la cual lo que se protege en los delitos de hurto, robo y apropiación indebida no es la propiedad, sino el patrimonio porque son delitos de enriquecimiento que implican la persecución de una ventaja económica a costa de la disminución del patrimonio ajeno, **la conducta del acreedor que toma la cosa del deudor para satisfacer su crédito no es un hurto**, ya que no se produce un enriquecimiento a costa de la disminución del patrimonio ajeno.

Por ello, está extendida la tesis de que **el ánimo de hacerse pago elimina el ánimo de lucro** (así, SSTs de 4.5.1905, T. 4, número 246: «sólo tuvo el propósito de cobrarse dos jornales que había devengado...lo cual no implica el ánimo de lucro necesario para la existencia del delito de hurto»; 13.12.1905, T. 75, núm. 220: «No es lógico deducir intención de lucrarse del mayor o menor afán por cobrar lo que creía pertenecerle, pues esto sólo supone natural deseo de adquirir lo suyo»; 4.10.35, T. 135, núm. 10: «su propósito fue hacerse pago...que destruye el ánimo de lucro»; 15.3.35, T. 132, núm. 191; 12.6.75, RA 2863: «no puede coexistir contemporáneamente la avidez de lucro, propia de los delitos patrimoniales de enriquecimiento o apropiación, con un ánimo radicalmente distinto, como puede serlo el tener la cosa del deudor... para hacerse pago con ella»).

Cabe, entonces, plantearse si el hacerse pago el funcionario cualificado de su crédito con caudales públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones, comete o no el delito del art. 432 CP, o sea, el delito de malversación propia.

Ello ha sido afirmado por algunas sentencias del Tribunal Supremo

(SSTS de 3 de abril de 1940 y 28.3.57) y por un sector de la doctrina (SUÁREZ MONTES. op. cit. p. 865, quien afirma al comentar el art. 394 CPA —que no exigía expresamente el ánimo de lucro—, : «así, no es preciso que la conducta esté animada por un móvil de lucro. Por esta razón no excluye el delito de malversación la circunstancia de que el funcionario tenga créditos contra la Administración, aunque sean líquidos y el sujeto haya procedido tan sólo con la finalidad de hacerse pago con lo tomado».)

Sin embargo, la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de febrero de 1988 (RA 1345), Ponente Manuel García de Miguel, tras afirmar como integrante del delito del art. 394 CP el ánimo de lucro «aunque no se diga expresamente en la descripción del tipo, y resulte implícitamente como acontece con otras figuras legales...», absolvió al procesado del delito de malversación, por faltar el ánimo de lucro, en el secretario de un Ayuntamiento que se hizo pago a cuenta de la cantidad muy superior que el Ayuntamiento le estaba adeudando, con diversas cantidades que le fueron entregadas por personas que eran deudoras del Ayuntamiento.

Dicha sentencia exige el ánimo de lucro en el art. 394 CPA basándose en que el delito tiene un «indudable carácter patrimonial», hasta el punto de haber sido considerado como una modalidad del delito de apropiación indebida cualificado por la calidad del sujeto y la naturaleza de lo sustraído.

Incluso para quienes entienden que el ánimo de hacerse pago es una modalidad del ánimo de lucro —partiendo de la concepción mixta de la apropiación que afirma que la esencia de la apropiación estriba en la **incorporación al patrimonio del autor de la cosa misma o de su valor** (PAULUS)—, entendido como «la ventaja patrimonial obtenida por la apropiación de una cosa con valor económico o de tráfico», es **impune** la conducta del acreedor, que siendo la deuda exigible, se apodera de la cosa **debida** de su deudor (la propia cosa en las obligaciones específicas, la cantidad de dinero equivalente en las pecuniarias), por entender que no se lesiona la propiedad, como valor consistente en la voluntad del propietario de conservar lo suyo como instrumento de libertad y autorrealización —bien jurídico penalmente protegido—.

Sin embargo, BAJO FERNÁNDEZ en su libro, «La realización arbitraria del propio derecho» Ed. Civitas 1976, p. 32 y p. 41, niega la compensación, al entender que quien se apodera de una cosa del deudor para hacerse pago con ella, también actúa **con ánimo de lucro**, beneficiándose de una mejora patrimonial porque incorpora a su patrimonio un valor jurídicamente protegido. Ánimo de lucro que, además, califica de «**injusto**» —elemento exigido por la doctrina (ANTÓN) y jurisprudencia (SSTS 4 de octubre de 1935, T. 135, número 10; 15.3.35, T. 132, núm. 191)— por ser los medios utilizados —comportamiento **arbitrario** de propio pago, es decir, de ejercicio no legítimo de un derecho— antijurídicos). Y

acaba concluyendo, que de aceptarse la compensación del acreedor que se hace pago tomando la cosa de su deudor, también habría que afirmar tal compensación en el caso de quien toma la cosa ajena dejando en su lugar otra de valor equivalente.)

e) Autoría y participación

Entiendo que el delito de malversación es un delito **especial impropio**⁸¹, pues tiene su correspondencia con un delito común (apropiación indebida, hurto, estafa)⁸². Aunque debe matizarse que el delito de apropiación indebida es un delito especial⁸³, lo que ocurre es que el delito de malversación es «más especial»: además de ser administrador, depositario, etc.— el sujeto activo ha de ser funcionario o asimilado.

Si el **extraneus** (particular, funcionario no cualificado) es **coautor**, un sector doctrinal (GIMBERNAT⁸⁴, QUINTERO⁸⁵ y OCTAVIO DE TOLEDO⁸⁶) mantiene que el particular debe responder en función del delito de funcionario; otro sector doctrinal (RODRÍGUEZ MOURULLO⁸⁷) entiende que el particular deberá responder por el delito común, pues no puede ser coautor quien no es autor idóneo según el respectivo tipo de delito.

Cabe la construcción de la autoría mediata, en el caso de que el in-

⁸¹ Parece que son de la misma opinión MORALES PRATS, F./MORALES GARCÍA, O., «Comentarios al nuevo Código penal», op. cit., p. 1894; E. GIMBERNAT, «Autor y cómplice en Derecho penal», p. 288-289; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., «Inducción o autoría mediata en malversación impropia», LA LEY, 1996-4, p. 522; QUINTANO, «Comentarios ...», p. 726; la doctrina alemana que interpretaba el hoy derogado parágrafo 350 entendía que se trataba de un delito especial impropio (así SHÖNKE-SCHRÖDER, «Strafgesetzbuch Kommentar Begründet von Adolf Schönke, fortgeführt von Horst Schöder. 8. Auflage. C.H. Beck Verlag. München-Berlin, 1957. También al parecer LÓPEZ BARJA, «La participación y los delitos especiales». Cuadernos de Derecho Judicial 1994-39, p. 153. En contra, entienden que el delito de malversación es un delito especial propio, SUÁREZ MONTES, «El delito de malversación...», op. cit., p. 870; DÍAZ PALOS, «Malversación de caudales públicos», op. cit., p. 818 dice que la malversación es un delito especial de propia mano.

⁸² Sobre el concepto de delitos especiales propios e impropios. Vide E. GIMBERNAT, «Autor y cómplice ...», op. cit., pp. 252 y ss.

⁸³ Incluyen expresamente la apropiación indebida entre los delitos especiales: QUINTERO, «Los delitos especiales y la teoría de la participación» 1974, p. 28, nota 22; SÁENZ-PARDO, «El delito de apropiación indebida» 1978, p. 129.

⁸⁴ GIMBERNAT, «Autor ...», op. cit., p. 292.

⁸⁵ QUINTERO, «Los delitos especiales ...», p. 80.

⁸⁶ OCTAVIO TOLEDO, «La prevaricación ...», op. cit., p. 419.

⁸⁷ RODRÍGUEZ MOURULLO, Comentarios I, p. 838. Vide también FERRER SAMA, «Comentarios ...», op. cit., p. 59; GÓMEZ BENÍTEZ, «Teoría jurídica de Delitos», Madrid, 1984, p. 156, para los delitos especiales impropios, el extraneus será autor del delito común correspondiente, de manera que en caso de autoría «cada uno responderá por el delito que realmente ha cometido: el especial o el común.

traneus utilice al extraneus como instrumento, que actúe sin libertad o conocimiento de la situación y ello se haya provocado o se aproveche por el hombre de atrás, de modo que el control más importante le corresponda a éste, siendo, además, el único al que puede imputarse el tipo como suyo.

Más problemático resulta el caso en que el instrumento actúa con dolo.

Un sector importante de la doctrina española niega en este caso de «instrumento doloso no cualificado», la autoría mediata, alegándose que un tal instrumento no actúa sometido al hombre de atrás, sino con plena libertad, siendo, por su parte autor inmediato de un delito común⁸⁸.

Otro sector doctrinal la afirma⁸⁹.

Un intento de superar tales inconvenientes lo constituye la teoría de ROXIN⁹⁰, que ha desarrollado la teoría de los delitos de infracción de deber (Pflichtdelikte), conforme a la que es necesario distinguir entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber, en éstos no es de aplicación el criterio del dominio del hecho para determinar la autoría, sino que lo decisivo será que el sujeto infrinja o no el deber. En los delitos especiales sólo puede ser autor aquél o quien le obliga un deber especial que la mayoría de las veces es extrapenal, de manera que el obligado es siempre autor, con independencia de cómo se presente su contribución al hecho, pues el factor que fundamenta la autoría sólo puede hallarse en la infracción del deber⁹¹. Ésta es la actual postura domi-

⁸⁸ Así ANTÓN ONECA, Parte General, pp. 436 y ss.; GIMBERNAT ORDEIG, «Autor y cómplice ...», p. 262; RODRÍGUEZ MOURULLO, ADPCP, 1969, p. 470; QUINTERO OLIVARES, «Delitos especiales», pp. 90 y ss.; RUIZ ANTÓN, «Agente provocador», p. 167; COBO-VIVES, Parte General, pp. 337 y ss.; Octavio de TOLEDO, «La prevaricación», p. 399.

⁸⁹ A favor de la autoría mediata del intraneus, incluso en el caso de instrumento doloso no cualificado, vide MIR PUIG, S., Derecho penal. Parte general, p. 403, basándose en su teoría de la autoría como una relación de pertenencia del hecho, que concurre en el sujeto causante del mismo al que puede y debe imputársele como suyo porque ningún otro sujeto se halla en mejor situación para disputárselo... En la medida en que haya algún sujeto causante del hecho, éste no puede quedar sin autor. De otro modo surgiría una inadmisable laguna: pese a causar la lesión del bien jurídico protegido, el funcionario quedaría impune» (el ejecutor directo sería impune por no reunir la calificación de autoría, y el «hombre de atrás» también lo sería al faltar un autor). (Esto en los delitos especiales propios, pues en los impropios, el ejecutor sería autor inmediato del delito común correspondiente; y el cualificado podría responder como partícipe de dicho delito común.)

⁹⁰ ROXIN, «Täterschaft und Tatherrschaft». 6.ª ed., Berlin, 1994, p. 663, para este autor el hombre de atrás (intraneus) será autor por razón de su posición frente al deber que le incumbe mientras que el ejecutor, a pesar de su dominio del hecho sólo es cómplice.

⁹¹ CRAMER, en Skönke-Schröder, StGB. Kommentar, Observaciones previas a los párrafos 25 y ss., 60 y 61.

nante en Alemania, seguida también por JAKOBS⁹², HERZBERG⁹³ y WESSELS⁹⁴. Por el contrario mantiene una postura diferente STRATENWERTH⁹⁵, para quien esta solución de ROXIN tiene como consecuencia que «cualquiera, aún la más lejana colaboración de un sujeto que tiene el deber especial en la realización de una acción, realizaría el supuesto de hecho del delito especial, dando lugar por tanto a autoría... conformarse con cualquier aporte al hecho sería lesivo del principio «nullum crimen sine lege»».

En España la teoría de los delitos de infracción del deber no ha sido en términos generales, aceptada. Así, para RODRÍGUEZ MOURULLO⁹⁶ «la teoría de Roxin entraña la plena equiparación —quien infringe el deber es siempre autor cualquiera que haya sido su contribución a la ejecución del hecho— de todas las formas de participación de las personas cualificadas. Tratándose de la participación de *intraneus* no habrá, pues, lugar para la distinción entre la autoría y la participación: En cierta medida la doctrina de ROXIN conduce, de esta suerte, a un concepto extensivo de autor⁹⁷».

Sin embargo, la teoría de ROXIN es defendida, aunque con algunas modificaciones por GÓMEZ BENÍTEZ⁹⁸ y por BACIGALUPO⁹⁹. El primero sostiene que en los delitos especiales propios es suficiente que el sujeto activo (*intraneus*) infrinja su deber específico para que sea considerado autor, aunque no domine la realización del hecho. En cambio, en los delitos especiales impropios el autor tiene que infringir su deber específico y, además, dominar la realización del hecho. El segundo afirma que el sujeto que infringe el deber tiene, por ello, al tiempo, el dominio del hecho, con independencia de que el *extraneus* tenga el dominio de la

⁹²JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Berlín, 1991, p. 541.

⁹³HERZBERG, «Täterschaft und Teilnahme». München, 1997, p. 32 y ss.

⁹⁴WESSELS, *Derecho ...*, pp. 149-150.

⁹⁵STRATENWERTH, n.º 796.

⁹⁶RODRÍGUEZ MOURULLO, «El autor mediano en Derecho penal español. Problemas actuales de las ciencias penales y de la filosofía del derecho. Homenaje al profesor Jiménez de Asúa, Buenos Aires, 1970, p. 574 (ADPCP, cit. p. 473).

⁹⁷Rechaza también la construcción de ROXIN, GIMBERNAT, para quien ROXIN va demasiado lejos, pues, aunque es cierto que la infracción del deber constituye la esencia de los delitos de los funcionarios, sin embargo «el principio de legalidad prohíbe que se considere a las acciones de inducción, cooperación necesaria o complicidad, acciones de autoría si el Código penal no lo dice expresamente».

También rechazan esta construcción ÁLVAREZ GARCÍA, «El delito de desobediencia de los funcionarios públicos», Barcelona, 1987, p. 210; QUINTERO, «Los delitos especiales ...», p. 102; Octavio de TOLEDO, «La prevaricación ...», pp. 399, 411, 226; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, «La autoría en Derecho penal», Barcelona, 1991, p. 728, n. 54.

⁹⁸GÓMEZ BENÍTEZ, «Teoría jurídica del delito», Madrid 1984.

⁹⁹BACIGALUPO, «Principios de derecho penal». Parte general. Madrid, 1994, p. 224.

acción ejecutada. Por esta razón, estima que «en estos casos hay autoría directa del **intraneus**, mientras que el sujeto no cualificado será un **partícipe**».

En cuanto a la **participación en los delitos especiales**, la doctrina tradicional entiende de aplicación el artículo 60 CPA (art. 65.1 CP95) y opta por la ruptura del título de imputación: el extraneus responderá como **partícipe del delito común subyacente** (apropiación indebida, hurto, etc) —al igual que en el caso de ser el extraneus coautor¹⁰⁰—.

Otro sector doctrinal, que actualmente ya es mayoritario, niega la aplicación del art. 60 y opta por la unidad del título de imputación¹⁰¹. En su virtud, el extraneus responde por **malversación** según el grado de participación que su conducta represente.

Sin embargo, subsistirá la polémica en torno a la participación del extraneus, al defender también autores actuales como PEÑARANDA que se castigue al extraneus como **partícipe del delito común**¹⁰².

Respecto de la jurisprudencia, puede afirmarse, que ya es hoy dominante y mayoritaria la que defiende la unidad del título de imputación castigando al extraneus como **partícipe** en el delito de malversación, si es el intraneus el que sustrae los caudales (SSTS 18.6.51, RA 1737, 25.11.53; 2.5.63; 18.5.63, RA 2428; 11.10.65; 2.12.65; s.15 de octubre 1969; 12.12.75; 16.7.85; 4.7.86; 16.7.86; 15 marzo 1987; 8 de marzo de 1990, etc).

Sin embargo, la jurisprudencia tradicional había afirmado que en los delitos especiales impropios como la malversación —e incluso en los delitos especiales propios— debe aplicarse el art. 60 y romperse el título de imputación, al faltar en el particular la cualidad de funcionario cualificado castigándose al extraneus como **partícipe del delito común subyacente** a la malversación (apropiación indebida, hurto, estafa, etc.). (STS 24.10.62 de 31.1.64, etc.).

Cuando el **intraneus** (funcionario cualificado) es **partícipe** en la conducta objetiva descrita en los tipos de malversación, cometida por el

¹⁰⁰ Así PACHECO, «El Código penal concordado y comentado», op. cit., p. 510; CUELLO CALÓN, «Derecho penal II», pp. 383 y 384; QUINTANO, «Tratado II», cit., pp. 883-884; SÁNCHEZ TEJERINA, «Derecho penal II», pp. 178-179.

¹⁰¹ Así, FERRER SAMA, «Comentarios IV», pp. 185, 186; GROIZARD, «El Código penal de 1870 concordado y comentado» IV, p. 308; RODRÍGUEZ DEVESA, «Derecho penal español», op. cit., pp. 939 y 951; VIADA (Madrid, 1890, 4.ª ed.), p. 653; ANTÓN ONECA, Derecho penal, pp. 431-432.

A ellos deben sumarse actualmente SUÁREZ MONTES, MUÑOZ CONDE, ORTS, GIMBERNAT, QUINTERO, etc.

¹⁰² Vide PEÑARANDA, «La participación en el delito y el principio de accesoriedad». Madrid, 1990, pp. 349 y ss.

particular o funcionario no cualificado (extraneus), aquél responde como partícipe del delito común realizado por el particular (hurto, etc.)¹⁰³

f) *Causas de justificación*

En el delito de malversación operarán normalmente las causas de **estado de necesidad y ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo**.

El estado de necesidad (art. 20.5.º CP95) deber ser, en esta materia, **restrictivamente contemplado**; pero no esencialmente rechazado, de tal manera que no pueda aplicarse nunca tal eximente.

La sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 1972, es paradigmática. Razona así: «ante necesidades familiares de tipo económico y las derivadas de un accidente de automóvil es preciso recordar que según doctrina jurisprudencial dominante constituye requisito indispensable la **inevitabilidad del mal causado** para evitar el que amenaza o, lo que es lo mismo, **que no quede otro recurso** al que sufre el duro trance de la necesidad, que acudir a la infracción jurídica por él cometida; exigencia que como la misma sentencia destaca «no ha de entenderse en términos absolutos, que haría inaplicable la eximente —completa o incompleta—, pero que **tampoco puede identificarse con la mera estrechez económica más o menos agobiante**», si no se prueba «que el agente antes de violar la Ley hizo todo lo que humanamente le era exigible en el caso concreto», tratándose el mal amenazante de **un mal inminente y grave**, hasta el extremo de entrañar aquella situación de angustia, apuro y urgencia en que se ve envuelto y compelido quien sufre el estado necesario, hasta el punto de **no quedarle otro camino** que la lesión de bienes jurídicos ajenos¹⁰⁴».

Al estado de necesidad le es exigible, el principio de necesidad de la acción realizada, el requisito de la subsidiariedad, lo cual significa: 1.º— que no debe existir ningún medio legítimo de defensa; y 2.º— que el medio utilizado debe ser el menos perjudicial de los ilegítimos. Ahora bien, hay que distinguir entre la necesidad abstracta y la necesidad concreta —o del medio empleado—.

La necesidad abstracta de defensa significa que el sujeto no ha de tener un medio lícito o ilícito —pero penalmente atípico— a su alcance para salvar el bien jurídico en peligro. Esta exigencia es un requisito

¹⁰³ Así SUÁREZ MONTES, «El delito de malversación ...», op. cit., p. 873.

¹⁰⁴ El requisito «que no exista otro recurso» menos lesivo o de necesidad o subsidiariedad era exigido expresamente por nuestros Códigos penales, hasta el de 1928. (pero actualmente es rechazado por la doctrina y la jurisprudencia. Por el contrario, sí se recoge expresamente en el Código penal alemán, al requerir el parágrafo 34, que el peligro que amenaza no pueda ser evitado de otro modo («nicht anders adwendbaren Gefahr»). Vide STS 6.11.43; 28, 11, 44, 20.5.67; 2.9.68; 16.5.69; 23.9.79, etc.).

esencial, cuya falta impide la apreciación de la eximente, ni siquiera incompleta, pues si el sujeto puede acudir a vías atípicas para evitar el mal desaparece la «situación de necesidad». *La necesidad concreta* de defensa se refiere al medio empleado y ha de interpretarse como requisito inesencial cuya falta, de darse la «situación de necesidad», permitiría la apreciación de la eximente incompleta.

Algunos supuestos, como indica OLESA¹⁰⁵, a título de ejemplo, pueden ser los siguientes:

El forzamiento, por un Médico de la Cruz Roja, en el Hospital a su cargo y ante la necesidad de atender a la víctimas de una catastrófica explosión, del depósito en que se hallaban guardados a buen recaudo «intangibles reservas» de medicamentos y apósitos; la entrega por parte del Delegado de la Comisaría de Abastecimientos y Transportes, a la población hambrienta, de los víveres almacenados en el depósito «a su cargo» con ocasión de haber quedado, a consecuencia de una inundación, incomunicada aquella localidad, etc.

g) *Las causas de exclusión de la culpabilidad*

Caben, sin duda, las causas de inimputabilidad del art. 20.1.º y 2.º CP, en especial, el **trastorno mental transitorio**, salvo que hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión (art. 20.1.º párrafo segundo CP) —*actio libera in causa*—; también el miedo insuperable (art. 20.6.º CP) y el error de prohibición, así como el estado de necesidad exculpan —si los males son de igual entidad—.

Un ejemplo de miedo insuperable lo ofrece el supuesto de hecho de la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1.972, en que un Auxiliar administrativo municipal designado por indicación del Alcalde, único de hecho Recaudador y Depositario del Ayuntamiento, por estar vacante la Secretaría del mismo, le entregó al Alcalde, a petición de éste, una cantidad de dinero para el pago de una letra de cambio particular, **por temor a perder el empleo si se la negaba**.

El error de prohibición —en especial sobre la existencia o alcance de una causa de justificación en realidad no contemplada por el ordenamiento jurídico-penal— tiene cierta aplicación jurisprudencial en la malversación impropia del art. 399 «in fine» CPA —actual art. 435.3.º CP— (vide las SSTs de 7 de febrero de 1921; 30.6.64; 4.6.86, comentada por Manuel DÍAZ Y GARCÍA en «LA LEY», 1986-4, pp. 522 y ss.) del que trataremos al estudiar el art. 435 CP 95.

¹⁰⁵ Vide OLESA, «El delito de malversación ...», op. cit., p. 659.

h) Circunstancias atenuantes

En caso de reintegro (total o parcial) es de aplicación la circunstancia atenuante del art. 21.5.º de proceder el culpable a reparar el daño o disminuir sus efectos, que puede ser muy cualificada.

IV. MODALIDAD DE DISTRACCIÓN. EL ARTÍCULO 433 CP 1995.

Dice así el artículo 433 CP:

«La autoridad o funcionario público que destinare a usos ajenos a la función pública los caudales o efectos puestos a su cargo por razón de sus funciones, incurrirá en la pena de multa de seis a doce meses, y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a tres años».

«Si el culpable no reintegrara el importe de lo distraído dentro de los diez días siguientes al de la incoación del proceso, se le impondrán las penas del artículo anterior».

A) Antecedentes

Tanto el artículo 411 del Proyecto de 1994 como el artículo 414 del Proyecto de 1992 constituyen los antecedentes inmediatos del actual art. 433 CP 95.

La única diferencia que se observa es que aquéllos prescinden de la expresión legal «por razón de sus funciones», utilizando sólo el término «a su cargo»¹⁰⁶, mientras que el actual art. 433 CP incluye la expresión «por razón de sus funciones», al igual que ocurre en el art. 432 CP, lo que puede ser interpretado restrictivamente como ya se dijo al examinar la expresión «por razón de sus funciones» al estudiar el art. 432 CP.

¹⁰⁶El art. 414 Proyecto de Ley Orgánica de Código penal de 1992, al igual que el art. 411 del Proyecto de 1994 dicen: «La autoridad o funcionario público que destinare a usos ajenos a la función pública los caudales o efectos puestos a su cargo, 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 tres años».

«Si el culpable no reintegrare el importe de lo sustraído dentro de los diez días siguientes al de la incoación del proceso, se le impondrán las penas del artículo anterior».

B) Diferencias con el art. 396 CPA¹⁰⁷.

El art. 433 CP 95 aparte de utilizar el término «autoridad» además del de «funcionario público», utiliza el verbo típico «destinar», que quizás se adecúa más a la conducta típica de distracción, que el verbo utilizado por el art. 396 CPA «aplicar», aunque tienen un significado muy cercano ambos verbos.

El artículo 433 CP prescinde de la expresión «a usos propios», por ser innecesaria, pues el destino a usos ajenos a la función pública ya comprende el destino a usos propios de los caudales o efectos, adecuándose la nueva redacción mejor al bien jurídico protegido: la función pública, entendida como servicio público.

En cambio, añade —respecto del art. 396 CPA— la expresión «por razón de sus funciones».

Interesa destacar que no se menciona expresamente «el ánimo de lucro» a diferencia de los artículos 432 y 434 CP, lo que debe interpretarse en el sentido de que en el art. 433 CP no hace falta el ánimo de lucro al sujeto activo, ni el *animus rem sibi habendi*, bastando el *animus utendi* (ánimo de usar temporalmente los caudales o efectos públicos puestos al cargo por razón de sus funciones del funcionario público).

El artículo 433 CP prescinde asimismo de distinguir penalógicamente según resulte o no daño o entorpecimiento del servicio público, lo que es coherente con el abandono general de la técnica legislativa de los delitos cualificados por el resultado¹⁰⁸. Sin embargo, el daño o entorpecimiento en el servicio reaparece como criterio —combinado con el valor de las cantidades sustraídas— a tener en cuenta para valorar la especial gravedad de la malversación (432.2 CP) caso de no efectuarse el reinte-

¹⁰⁷ El art. 396 del CPA decía: «El funcionario que aplicare a usos propios o ajenos los caudales o efectos puestos a su cargo, será castigado con la pena de inhabilitación especial si resultare daño o entorpecimiento del servicio público, y con la de suspensión si no resultare».

«No verificándose el reintegro dentro de los diez días siguiente al de la incoación del sumario, se le impondrán las penas señaladas en el art. 394».

¹⁰⁸ Según la interpretación tradicional en los delitos cualificados por el resultado, éste no tenía que ser abarcado por el dolo ni la imprudencia. A partir de la reforma de 1983, el último párrafo del art. 1 CPA exigía como mínimo que el resultado fuera abarcado por culpa, precepto suprimido por el CP 95, que, sin embargo, en el art. 5 dispone que: «No hay pena sin dolo, o imprudencia». Parece que la supresión del párrafo segundo del anterior art. 1 CPA responde a la pretensión de suprimir por completo los delitos cualificados por el resultado, respondiéndose, así, a la opinión doctrinal que consideraba todavía criticables las cualificaciones por el resultado, aunque exigieran al menos imprudencia, por entender que la agravación que suponían contravenía el principio de proporcionalidad y/o culpabilidad, en cuanto permitía una pena mayor que la correspondiente al concurso del tipo básico doloso y el agravado imprudente. Cfr. MIR PUIG, S., «Nombramientos ilegales, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función», Cuadernos de Derecho Judicial, C.G.P.J., XXX, 1996, p. 309.

gro en el plazo legal —dentro de los diez días siguientes al de la incoación del proceso (ya no se habla de sumario)—.

Las penas del actual art. 433 CP —de efectuarse el destino a usos ajenos a la función pública de caudales o efectos públicos por el funcionario público que los tuviera a su cargo por razón de sus funciones con el ánimo de usarlos temporalmente y **reintegrando** su importe en el plazo legal— son de mayor rigor que la pena de suspensión única del art. 396 CPA, al añadirse la pena de **multa de seis a doce meses**, a la de suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a tres años.

En cambio, en caso de faltar el reintegro, las penas privativas de libertad (del art. 432 CP) han disminuido por regla general.

Finalmente, el art. 433 al tratar de la **excusa atenuatoria** de producirse el reintegro, se refiere expresamente como objeto del mismo al «importe» de lo distraído, lo que parece indicar, como dice FEIJOO SÁNCHEZ¹⁰⁹ que «en los casos en los que se malversen cosas muebles sería suficiente con indemnizar el valor de las mismas».

C) Conducta típica

La conducta externa tipificada en el art. 433 CP llamado peculado de uso o peculado impropio puede decirse que coincide con la conducta de sustracción o apropiación del art. 432 CP¹¹⁰, pues en todo **destino de los caudales o efectos públicos a usos ajenos a la función pública** existe una **conducta de apropiación**. Lo que ocurre es que dicha conducta de apropiación es sólo **temporal**, pues lo que verdaderamente distingue el delito del art. 433 respecto del art. 432 CP es el elemento subjetivo del injusto. En aquél, se tiene el propósito de usar la cosa temporalmente para luego reintegrarla a la función pública; en éste el ánimo es de apropiación definitiva¹¹¹. Pero el art. 433 CP **además** del

¹⁰⁹ Vide FEIJOO SÁNCHEZ, Comentarios al Código penal, op. cit., p. 1155.

Y añade: «Ello casa mal con el **animus utendi** siempre que no sea imposible devolver la cosa por razones ajenas a la voluntad del malversador. La regulación del CPA era más satisfactoria ya que no planteaba este problema ...».

¹¹⁰ Así, OLESA, «El delito de malversación ...», op. cit., p. 650; DE LA MATA-ETXEBARRÍA, «Malversación y lesión del patrimonio público», op. cit., p. 27; MORALES PRATS-MORALES GARCÍA, «Comentario al nuevo Código penal», op. cit., p. 1896, etc.

¹¹¹ CUELLO CALÓN, Parte especial I, 458; FERRER SAMA, Comentarios IV, p. 190; MIR PUIG, C., «De la malversación de caudales públicos ...», op. cit., pp. 84 y 85; MUÑOZ CONDE, Parte especial, p. 801; ORTS, Parte especial, p. 486; PUIG PEÑA, Parte especial, p. 337; QUERALT, Parte especial, p. 456; SUÁREZ MONTES, «Malversación ...», p. 859.

Vide SSTs de 29 de noviembre de 1978 (JC 718); 21 de junio de 1979 (JC 822); 27

ánimo utendi, exige que tenga lugar el **reintegro** total del importe de lo distraído en el plazo legal. Pasado dicho plazo sin reintegrarse dicho importe, deberán aplicarse las penas del art. 432 CP¹¹², aunque pueda aplicarse la atenuante —incluso muy cualificada— del art. 21.5 CP —«la de haber procedido el culpable a reparar el daño a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del juicio oral»—. (SSTS 5.6.90, 6.5.92, 26.9.94 y 8.11.95).

Si el sujeto activo reintegra el importe de lo distraído en el plazo legal y se prueba que no tuvo ánimo de usar la cosa temporalmente, sino el ánimo de apropiación definitiva y el ánimo de lucro, la jurisprudencia entiende también aplicables las penas del art. 432 CP —antes art. 394 CPA—, negando el beneficio de la excusa **semiabsolutoria** o **atenuatoria** (así las SSTS de 6 de mayo de 1960, 22 de mayo de 1962; 7 de mayo de 1963, 24 de marzo de 1964, 12 de junio de 1965, 6 de julio de 1965, 20 de noviembre de 1965, 17 de enero de 1966, y STS 27 de mayo de 1993 RA 4257) al considerar que lo decisivo es el **ánimo transitorio** o **definitivo** de la sustracción del caudal público¹¹³.

de junio de 1981 (JC 912); 11 de julio de 1990 (RA 6368); 18 de noviembre de 1992 (RA 9604); 12 de julio de 1993 (RA 4995), que subrayan que ambos tipos —el art. 394 y el art. 396 CP— se diferencian únicamente siendo idéntico el elemento objetivo, por el elemento subjetivo, por la concurrencia o ausencia del ánimo de apropiación definitiva.

¹¹² Existe una jurisprudencia que evoluciona hacia el reconocimiento de la posibilidad de desvirtuar la presunción de apropiación definitiva —caso de faltar el reintegro en el plazo legal— admitiendo otros medios probatorios del *animus utendi*, es decir, prueba en contrario del ánimo de restituir, diferentes del dato objetivo del reintegro (así, SSTS 17 de abril de 1972 (JC 582); 19 de diciembre de 1981 (JC 1512); 18 de mayo de 1987 (RA 3080); 6 de abril de 1989 (RA 3025); o de 18 de noviembre de 1992 (RA 9604), en postura que destacan DÍAZ PALOS, «Malversación de caudales ...», op. cit., p. 823; FERRER SAMA, «Comentarios IV», p. 197; QUERALT, Parte especial, p. 456; o SUÁREZ MONTES, «El delito de malversación ...», op. cit., p. 860.

¹¹³ MORALES PRATS-MORALES GARCÍA, dicen que «cabría pensar que el párrafo segundo del art. 433 configura una verdadera presunción *iuris et de iure* de ausencia de ánimo de lucro en los supuestos de reintegro en plazo. Ello vendría avalado por la amplitud del tiempo que la ley otorga al funcionario para practicar el reintegro, pues pudiendo incoarse el proceso hasta la prescripción del delito, esto es, tres años, difícilmente podrá afirmarse inexistencia real de ánimo de lucro. Consecuencia de todo ello es la consideración del art. 433 CP como figura básica del Capítulo, en detrimento del art. 432 que únicamente devendría aplicable en aquellos casos en que no se realiza la devolución del importe de lo sustraído... Ahora bien, lo que no se entiende, de aceptarse esta propuesta es por qué el legislador decide crear un tipo autónomo en lugar de incluir directamente el párrafo segundo del art. 433 como inciso final del art. 432. CP (tal y como sucede en el art. 314 del Código penal italiano), pues, amén de ser contrario al principio de economía legislativa, introduce confusión en la interpretación de los tipos cuya redacción apunta a *rationes legis* diversas». Precisamente la necesidad de superar abiertamente ambas figuras propició la defensa de una segunda hipótesis teleológica, avalada jurisprudencialmente, según la cual el reintegro en plazo no basta para la aplicación del art. 433... Es preciso además que no conste la existencia de ánimo de lucro en la conduc-

El peculado de uso o peculado por distracción constituye **un delito especial propio** sin correspondencia con los tipos comunes de apoderamiento¹¹⁴.

En cuanto al objeto, se refiere a caudales (dinero) o efectos públicos, entre los que cabe citar a título de ejemplo, coches o máquinas de la Administración (el uso a título particular de los mismos) o efectos particulares afectos a un fin público (ej: coche embargado).

Cabe la **modalidad omisiva** (comisión por omisión) en base al art. 11 CP, en el caso de no evitar, pudiendo hacerlo, el funcionario público cualificado la sustracción sin ánimo de lucro efectuada por tercero de los caudales o efectos públicos, pues el funcionario público que tiene los caudales o efectos a su cargo por razón de sus funciones queda obligado, precisamente por ello, a garantizar su utilización dentro del marco presupuestario en que se desenvuelve, o, en su caso, de los fines a que los efectos públicos quedan asignados.

V. NUEVA MODALIDAD DE DISTRACCIÓN «SUI GENERIS». EL ART. 434 CP 95

Dice así: «La autoridad o 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 y Organismos dependiente de alguna de ellas, incurrirá en las penas de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años».

A) Antecedentes

Carece de antecedentes en el Proyecto de Ley Orgánica de Código penal de 1992, aunque ya aparece en el Proyecto de Código penal de 1994.

Se trata de un precepto novedoso, que como dice MUÑOZ CON-

ta originaria del sujeto, por lo que, demostrado éste, será indiferente que el sujeto devuelva o no en plazo los caudales o efectos distraídos o sustraídos».

Además, indican que el art. 432 CP protegería el patrimonio estático de la Administración; mientras que el art. 433 CP el patrimonio en un sentido funcional de la Administración como soporte básico de políticas de intervención enderezadas a la satisfacción constitucional de los intereses generales.

¹¹⁴ Así también MORALES PRATS y MORALES GARCÍA, «Comentarios ...», op. cit., p. 1898.

DE¹¹⁵ «viene a cubrir una de las lagunas más denunciadas de la anterior regulación, por cuanto se entendía que el uso para fines privados de inmuebles, mano de obra, mobiliario, etc., no estaba comprendido en el delito de malversación». Y añade: «En todo caso, el art. 434 la da un tratamiento especial, por cuanto exige *el ánimo de lucro* propio o ajeno y *un grave perjuicio para la causa pública* —lo que limita su aplicación—, que se darán por ejemplo cuando alguien utiliza su despacho como autoridad o funcionario público para actividades privadas (de médico, abogado, etc.), las instalaciones (jardines, solares, etc.), para reuniones privadas (bodas, fiestas particulares, etc.), mano de obra (carpinteros, fontaneros, jardineros, etc.) para trabajos particulares, gastos de representación en actos privados o el mobiliario e instrumentos técnicos (teléfonos, fax, fotocopiadoras, etc.) en usos particulares.

B) Conducta típica

Consiste en dar la autoridad o funcionario público una aplicación privada a bienes muebles o inmuebles pertenecientes a cualquier Administración, o Entidad estatal, autonómica o local y Organismos dependientes de alguno de ellas, con grave perjuicio para la causa pública.

a') *Inclusión expresa de los bienes inmuebles, además de los bienes muebles como objeto material*

Se observa, en primer lugar, una apertura típica en relación con los artículos 432 y 433 CP, al suprimir el art. 434 la referencia a la relación funcionario-objeto material (se elimina «a su cargo por razón de sus funciones»), y en segundo lugar otra apertura por razón del objeto (se refiere a bienes muebles o inmuebles). Finalmente, parece que el precepto presenta una nueva apertura típica por razón de la localización jurídica de los bienes, pues no se limita a decir que pertenezcan a las Administraciones Públicas, como hace el art. 435.1.º CP, sino que se refiere también a Entidades estatales, autonómicas o locales y a Organismos dependientes de alguna de ellas, siendo discutible si el precepto alcanza a las Corporaciones sectoriales de base privada (Colegios, Cámaras oficiales), y a las Entidades de Derecho público con régimen de derecho privado o a las Sociedades de ente público, cuya esencia pública o privada es discutida doctrinalmente¹¹⁶.

¹¹⁵MUÑOZ CONDE, Derecho penal. Parte especial, undécima edición, p. 875.

¹¹⁶MORALES PRATS-MORALES GARCÍA, «Comentarios ...», op. cit., pp. 1900 y 1901.

El artículo 434 CP se distingue del art. 433 por la **ausencia de desplazamiento** en la utilización de los bienes muebles (excluido el dinero), lo que explicaría la falta de una excusa atenuatoria relacionada con el reintegro, ya que los bienes muebles nunca pasan a formar parte de un patrimonio particular. Asimismo, los bienes muebles o inmuebles se dedican de **forma duradera o exclusiva** a satisfacer necesidades o negocios privados, pero sin que éstos pasen a formar parte del patrimonio particular, mientras que el art. 343, por el contrario, estaría pensado para supuestos **más puntuales u ocasionales**¹¹⁷, lo que explicaría la mayor penalidad del art. 434 CP.

b') Perjuicio grave para la causa pública

El precepto exige, sin embargo, **un grave perjuicio para la causa pública**. Si no existe este grave perjuicio —lo que es coherente con el bien jurídico protegido— la conducta carecerá de la suficiente relevancia como para considerarse merecedora de pena¹¹⁸. Esta exigencia, como puede observarse, **restringe** el alcance del precepto.

C) Tipo subjetivo

Ha de concurrir dolo que ha de abarcar todos los elementos objetivos del tipo, así como el elemento subjetivo de injustos de **ánimo de lucro**, propio o ajeno, entendido como propósito de obtener ventajas económicas de la cosa.

No ha de concurrir, en cambio, el ánimo de apropiación.

D) Naturaleza jurídica. La participación del extraneus

Al no existir un delito común subyacente, debe calificarse este delito de **delito especial propio**.

Así, pues, el **extraneus** que se aproveche de los bienes muebles o inmuebles a que se refiere el precepto sólo podrá ser castigado como partícipe del delito del art. 434 CP (inductor, cooperador necesario o cómplice) al que deberá aplicarse la atenuante analógica del art. 21.6 en relación con el art. 65.1 CP, por no quebrantar el deber especial que vincula al autor (así STS 12.2.92, 18.1.94 y 24.6.94).

¹¹⁷ Vide MORALES PRATS-MORALES GARCÍA, «Comentarios ...», op. cit., pp. 1900 y 1901; FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Comentarios ...», op. cit., pp. 1156 y 1157; quien cita a ORTS.

¹¹⁸ FEIJOO SÁNCHEZ, «Comentarios ...», p. 1156.

Cabe la autoría, en comisión por omisión del funcionario público, si se dan los requisitos legales del art. 11 CP.

VI. LA MALVERSACIÓN IMPROPIA. EL ART. 435 EN RELACIÓN CON LOS ARTICULOS 432, 433 y 434 CP

A) Antecedentes

Los inmediatos antecedentes se encuentran en el art. 413 del Proyecto del Código penal de 1994 y en el art. 415 del Proyecto de Ley Orgánica de Código penal de 1992. Ambos, tienen idéntica redacción, diferenciándose este último por contener un apartado dos relativo a la pena de inhabilitación del particular.

El Proyecto de Código Penal de 1980 lo que hace en su artículo 486¹¹⁹ es omitir toda referencia a los establecimientos de instrucción y beneficiencia a que hacía referencia el art. 399 CPA¹²⁰ añadiendo como titular de fonos, rentas o efectos además de las provincias y municipios a las Comunidades autónomas. Finalmente introduce el párrafo: «a los pertenecientes legalmente designados como depositarios de caudales o efectos públicos».

Debe de significarse que el Proyecto de 1980 suprimió en el artículo 482 —correspondiente al art. 394 CPA— toda referencia al término «o a su disposición» y a la expresión «por razón de sus funciones», por lo que parece que propugnaba la interpretación extensiva de la más reciente jurisprudencia, en el sentido de no exigir una específica competencia del funcionario en relación con los caudales o efectos públicos, bastando que el funcionario tuviera los caudales a su cargo «con ocasión de sus funciones», es decir, bastando con cualquier función pública en general, lo que tal vez vendría corroborado con la primera parte del precepto que hace extensivas las disposiciones del capítulo «a quienes se hallaren encargados por cualquier concepto de fondos, rentas o

¹¹⁹El art. 486 del Proyecto de Código penal de 1980 establece: «Las disposiciones del Capítulo sobre malversación de caudales públicos serán extensivas a quienes se hallaren encargados por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos de las comunidades autónomas, las provincias o los municipios; a los particulares legalmente designados como depositarios de caudales o efectos públicos, y, finalmente, a los administradores o depositarios de dinero o bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares».

¹²⁰El art. 399 CPA decía: «Las disposiciones de este capítulo son extensivas a los que se hallaren encargados por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos provinciales o municipales, o perteneciendo a un establecimiento de instrucción o beneficiencia, y a los administradores o depositarios de caudales embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares».

efectos públicos. (Los funcionarios públicos o autoridades, no los particulares, pues de otro modo, la especificidad comprendida en el párrafo segundo del artículo carecería de sentido¹²¹).

En la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código penal de 1983 también se suprimen el término «o a su disposición» y la expresión legal «por razón de sus funciones» del art. 409 (malversación propia).

En cuanto a antecedentes mediatos cabe citar el artículo 466 del Código penal de 1822 que declara sujetos «a las penas prescritas por los cuatro artículos precedentes en los casos respectivos cualquier particular que tenga a su cargo caudales o efectos de los expresados, por comisión del Gobierno o de alguna Autoridad, o por cualquier otro título».

Y el último punto del artículo 467 CP 1822 declara asimismo sujetos a dichas penas «a los depositarios de caudales embargados, secuestrados o puestos en custodia o en administración por orden de Juez o de otra Autoridad legítima».

El artículo 313 del Código penal de 1848 —correspondiente al art. 399 CPA— decía que las disposiciones que este Capítulo son extensivas «al que se halle encargado por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos provinciales o municipales, o pertenecientes a un establecimiento de instrucción o beneficencia, y a los administradores o depositarios de bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares».

No señala el Código de 1848, a diferencia de los posteriores de 1870 y 1932, 1973 y 1995, que los caudales o efectos públicos los tenga el funcionario a su cargo «por razón de sus funciones».

B) Examen del nuevo art. 435. Naturaleza accesoria: ampliación del sujeto activo, del objeto material y de la relación entre ambos

El nuevo artículo 435 CP establece:

«Las disposiciones de este capítulo son extensivas:

1.º A los que se hallen encargados por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos de las Administraciones públicas».

2.º A los particulares legalmente designados como depositarios de caudales o efectos públicos.

3.º A los administradores o depositarios de dinero o bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares».

Este precepto tiene la virtud de ampliar el círculo de autores del

¹²¹ Así MORALES PRATS-MORALES GARCÍA, al interpretar el número 1.º del art. 435 del CP 95. «Comentarios ...», p. 1902.

delito de malversación, incluyendo como autores a personas que no son funcionarios públicos o autoridades a efectos penales (art. 24 CP), a las que parifica o asimila a éstos, por ejercer una función pública¹²². Por ello, se le suele llamar por un sector mayoritario de la doctrina y jurisprudencia, delito de malversación impropia.

Se trata, pues, de un precepto, **cuyas modalidades de comisión y las penas** son las correspondientes a los artículos 432, 433 y 434 CP (sustraer, destinar a usos ajenos a la función pública y dar una aplicación privada). Además en el número 3.º asimila los bienes de los **particulares** a los caudales o efectos o bienes públicos —extensión ex lege—.

Por todo ello, la doctrina dice que este delito «carece de autonomía delictual respecto a los tipos precedentes que únicamente **complementa**» o aclara con valor inclusivo¹²³, por razones de economía legislativa¹²⁴. La ampliación del círculo de sujetos activos, objeto material y relación entre ambos operada en este precepto, al conjugarse con los tipos precedentes persigue la comprensión de supuestos de otro modo impunes o únicamente reconducibles hacia delitos comunes¹²⁵. Se trata, pues de un **reenvío interno** a otros preceptos del mismo cuerpo legal¹²⁶.

C) Supuestos expresos. Error de prohibición, participación y autoría mediata en el art. 435.3.º CP

Las disposiciones de los artículos 432, 433 y 434 en cuanto a modalidades de comisión y penas son extensivas «ope legis».

1.º.— «A los que se hallen encargados por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos de las Administraciones públicas».

El sujeto activo se refiere a las autoridades y funcionarios públicos a efectos jurídico-penales en los que no se da la especial vinculación con el objeto material exigida expresamente por los artículos 432 y 433 (de tenerlo a su cargo por razón de sus funciones) —y también, al parecer,

¹²² La jurisprudencia del TS se inclina a conferir carácter de función pública a toda aquella efectuada en representación, interés o gestión de un órgano o ente de Derecho público (STS 17.6.52; 28.1.55; 2.4.54; 24.10.55, etc).

¹²³ Así MORALES PRATS-MORALES GARCÍA, «Comentarios ...», op. cit., p. 1902.

¹²⁴ Ésta es la línea interpretativa de la jurisprudencia, SSTs 28.3.69, 11.4.77, 3.7.80, 14.2.83, RA 1671; 19.12.86, RA 7961; 27.3.87, RA 2226 y 5 de junio de 1993, RA 4843, etc.

El Código penal de 1822 era muy claro al respecto al establecer en el art. 466 que están sujetos «a las penas prescritas por los cuatro artículos precedentes en los casos respectivos ...».

¹²⁵ MORALES PRATS-MORALES GARCÍA, «Comentarios ...», p. 1902.

¹²⁶ Cfr. OLESA, «El delito de malversación ...», p. 633.

al **funcionario de hecho**, aunque no tenga la consideración de funcionario público a efectos penales, que no sea legalmente designado como depositario de caudales o efectos públicos, es decir, que no sea designado por norma reglamentaria, sino de manera informal, pero oficial^{127, 128}.

El objeto material está constituido por los fondos, rentas o efectos de las Administraciones públicas. Así, deben incluirse a las **Comunidades Autónomas** como titulares de dicho objeto y al Estado, además de la Provincia y el Municipio. (En cuanto al concepto de Administraciones Públicas deberá acudirse a la doctrina administrativista) (vide GARCÍA DE ENTERRÍA).

El supuesto 2.º se refiere: «A los particulares legalmente designados como depositarios de caudales o efectos públicos».

Se trata de un supuesto novedoso introducido ya por el Proyecto de Código penal de 1980, como ya hemos visto, que castiga al funcionario de hecho cuya labor de gestión procede de la designación hecha por norma reglamentaria (así es el caso del graduado social habilitado para la percepción de pensiones de la Seguridad Social por la Orden de 14.4.1980 desarrollada por la Resolución de 14.5.80, que se apoderó de las pensiones de un beneficiario, las cuales recibía aquél como depositario, ocultando el dato del fallecimiento de dicho beneficiario. STS de 30 de Noviembre de 1992, RA 9571, Ponente D. Fernando Díaz Palos. En el Fundamento de Derecho cuarto dice:

«En consecuencia, aunque el Habilitado-Graduado Social no sea funcionario público propiamente dicho, lo es a los efectos ficticios señalados en el artículo 399 del Código penal que —hoy 435 CP— como es doctrina reiterada de esta Sala, establece una doble extensión. Por un lado, asimilar a la condición de funcionario público el que por autoridad pública hubiera sido designado depositario administrador de determinados bienes, y por otro, la de atribuir el carácter de caudales públicos a bienes que naturalmente no la tienen. En nuestro caso, los bienes son originariamente públicos, en cuanto librados por la Tesorería General de la Seguridad Social, y el sujeto activo es funcionario público *ope legis* a los efectos de tener en depósito y administrar tales bienes hasta su entrega al perceptor legalmente designado ...».

El supuesto 3.º se refiere «a los administradores o depositarios de dinero o bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares».

Este supuesto es el que más resoluciones judiciales ha producido, y el que más criticado ha sido por la doctrina —al poder ser los bienes

¹²⁷ Así FEIJOO SÁNCHEZ, «Comentarios ...», op. cit., p. 1158.

¹²⁸ MORALES PRATS-MORALES GARCÍA, «Comentarios ...», limitan el sujeto activo del número 1.º del art. 435 CP a aquéllos que mantienen la condición de autoridad o funcionario público, excluyendo a los particulares, pp. 1893 y 1902.

particulares y no necesariamente públicos, y al carecer el autor de la condición de autoridad o funcionario público¹²⁹— que ha abogado por su ubicación en otro lugar del Código penal¹³⁰, al tratarse más bien de un **supuesto de desobediencia**¹³¹.

La jurisprudencia es constante en fundamentar el art. 399 CPA—hoy art. 435 CP— sobre la base de una doble ficción más o menos criticable, basada en la naturaleza pública de las actividades, que contempla: la de atribuir la característica de públicos a unos sujetos que no lo son propiamente y a unos caudales de por sí igualmente privados, en virtud de la función pública a la que son adscritos.

Así la STS de 7 de octubre de 1935 dice: «al constituir la autoridad en cualquier particular un depósito de bienes embargados surge una relación jurídica con carácter de función pública que se encomienda al depositario, y en tal concepto adquiere ésta para tales efectos cierta consideración de funcionario público con derechos y obligaciones respecto, no al particular en cuyo beneficio se constituyó el depósito, sino directamente con el Estado, o en su representación, con la autoridad que lo acordó, y realizó» (vide también SSTs de 31.3.56, 11.1.62, 10.4.67, 18.3.69, 17.11.78, 23.12.78, JC 1127, 16.3.79, 14.5.81; 9.7.82; 14.2.83 JCC 173; 12.11.83; 1.6.84; 24.1.86; 27.3.87; 30.1.89; 16.4.90, RA 3250; 8.10.92, RA 7948; 10.3.94; 14.3.95; 9.2.96, etc.).

Respecto del supuesto 3.º del art. 435 CP los administradores o de-

¹²⁹ Vide SSTs de 30.4.93, 13.10.93, 25.10.93, 14.2.94, 10.3.94, 15.10.94, 26.5.95 y 3.10.96.

¹³⁰ Así, FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Comentarios ...», pp. 1148 y 1158.

¹³¹ Vide DÍAZ PALOS, «Malversación ...», p. 824; QUINTANO, «Comentarios», p. 725; DE LA MATA-ETXEBARRÍA, «Malversación», pp. 32 y 33, quienes dicen que «quizás únicamente se busca el respeto a las decisiones de la autoridad».

Ello se evidencia en el supuesto del quebrantamiento del embargo civil judicial, que podrá encuadrarse mejor dentro de los delitos contra la administración de justicia, pues en nada afecta a la actividad patrimonial.

En cambio, en el caso de quebrantamiento del embargo administrativo, podría defenderse su mantenimiento como delito de malversación impropia, pues el embargo administrativo tiende a garantizar que acuden a las administraciones públicas las cantidades previstas por las normativas fiscales y de recaudación y que, como sustento material son imprescindibles para la prestación de servicios públicos, y que se ejercita, con coacción administrativa, en virtud del régimen de autotutela. Tal diferenciación supone la identificación del embargo administrativo con el bien jurídico adscrito en la malversación propia, pero tal coincidencia no se produce respecto del embargo civil judicial, que pretende garantizar o ejecutar el cumplimiento de las resoluciones judiciales cuando deriven controversias entre particulares.

Al embargo administrativo podría equipararse el embargo penal (ej: para garantizar el pago de una pena de multa).

Vide José Oliveros Roselló, «La malversación en el Código penal de 1995». Los delitos de los funcionarios públicos en el Código penal de 1995. C.G.P.J. Cuadernos de Derecho Judicial XXX, 1996, p. 300.

positarios de caudales embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares, la jurisprudencia exige:

a) La regular constitución del embargo, secuestro o depósito por autoridad pública, competente, en procedimiento judicial o expediente administrativo, de bienes de determinada persona física o jurídica.

b) El nombramiento de depositario o administrador por autoridad pública, y la formal y expresa **aceptación** de aquél del cargo, con cumplimiento de la normativa aplicable (así, los artículos 1409 y 1450 Ley de Enjuiciamiento Civil, si se trata de procedimientos civiles; los artículos 600, 601 y 605 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, si se trata de procedimientos criminales; y de acuerdo con los preceptos administrativos de los diversos ramos, cuando se tratare de embargos, secuestros o depósitos ordenados por autoridades administrativas). Debe, pues, ser instruido de sus deberes y responsabilidades.

La constitución **formal** del depósito, y efectiva recepción de los bienes para su custodia, depósito o administración.

d) Un acto de disposición de los bienes sin autorización oficial por el depositario, pudiendo la conducta consistir en sustracción o consentimiento en la sustracción efectuada por tercero, destinar a usos ajenos a la función pública o darles a los bienes una aplicación privada. (vide SSTs de 4.12.54, 6.12.54, 28.11.72, 16.11.73, 25.2.74, 8 de octubre, 11 de diciembre de 1976, 18 de enero, 11 de abril y 30 de mayo de 1977, 29.9.78, 24.3.79, 28.5.80, 29.5.85, 24 de enero y 16 de abril de 1986, 30.4.88, 30.1.89, 7.3.89, 29.9.89, 8 y 27 de febrero, 7 de mayo de 1990, 17 de octubre y 20 de noviembre de 1991, 25 de septiembre de 1992, 30 de abril de 1993, 10.3.94, 30.9.94, 26.5.95, 9.2.96, 20.2.96, 30.10.96 y 22.4.97). (La sentencia de 30.4.88 ha sido comentada por J. MUÑOZ CUESTA en LA LEY 1988-4, p. 313 y ss.)¹³².

¹³² Dice así MUÑOZ CUESTA: «En el embargo de caudales y nombramiento de depositario concurre en la práctica forense algo que al menos llamaremos irregularidad, que hace en muchos supuestos difícil, cuando no imposible, la aplicación del artículo 399 CP —hoy 435.3.º CP—. Suele suceder que se entregan los bienes a personas **distintas** de las nombradas depositarias, por no hallar a otras; o se nombra depositario a una persona que ya posee los bienes y se advierte de la obligación de custodia a su esposa o a un tercero que puede ser un vecino, distinto al poseedor. Otra irregularidad existe cuando se embarga maquinaria u otros útiles destinados a la producción, nombrando depositario a su titular que los tiene, y éste, al no haber sido aquéllos identificados, procede a sustituirlos por otros de peor calidad o con defectos de funcionamiento, que provocan un perjuicio patrimonial total o parcial al ejecutante y que hacen inviable la acción penal, al no haber procedido en el momento del embargo a la identificación exacta de lo embargado, ya que los objetos, aunque no los mismos, están en posesión del depositario.

Por último, la irregularidad que más nos interesa se encuentra en los embargos realizados sólo con la manifestación del embargado, el que ante el representante de la autoridad competente, señala caudales para que sean sujetos al cumplimiento de la obligación pecuniaria, sin que el funcionario ejecutante los tenga ante sí y consiguientemente, pueda

En cuanto a la delimitación típica del art. 435.3.º respecto del delito de alzamiento de bienes, el TS considera que aquél es de aplicación preferente por ser especial respecto del delito de alzamiento de bienes (STS 8.3.90).

Tanto el número 3.º del art. 435 CP como los dos números anteriores —1.º y 2.º— se refieren a las modalidades comisivas de los artículos 432, 433 y 434 CP, siendo todos estos delitos dolosos.

Respecto al error de prohibición, ha sido admitido en la malversación impropia en las SSTs de 7 de febrero de 1927, 30 de junio de 1964, y 4 de julio de 1986, siendo rechazado en la sentencia de 13 de octubre de 1989.

reflejar en la papeleta de embargo sus peculiaridades. Conducta absolutamente anómala que motiva que no quede constancia de que el supuesto depositario tiene la posesión jurídica efectiva de los caudales, elemento que reclama el art. 399 CPA». (Los subrayados son míos).

Pues bien, la sentencia comentada de 30.4.88 absolvió al ejecutado, al haberse embargado por el representante de la Autoridad Judicial, 50 vacas, que no había visto, y que, además, estaban fuera del territorio en el que ejercía su función, apoyándose en su cometido el agente judicial sólo en las manifestaciones del ejecutado, (quien aceptó el cargo, previa instrucción de sus obligaciones) no quedando constancia que dicho ejecutado tuviera la posesión previa al momento del embargo de las vacas embargadas, acreditándose más tarde que no las tenía en su poder después de dicho embargo.

El Fundamento de Derecho Séptimo de la sentencia dice: «La malversación impropia de caudales públicos tipificada en el art. 399 CP —(hoy 435.3.º CP)— requiere conforme ha declarado esta Sala (por ejemplo SS 20 Mayo 1975, 11 Dic. 1976 y 17 Nov. 1978), la regular constitución del depósito y la inexcusable constancia de la posterior disposición o quebrantamiento genérico del deber de custodia ínsito normativamente en aquél. El secuestro o depósito judicial requiere, por la naturaleza de contrato real, como todo depósito, el desplazamiento posesorio o la necesaria constancia de que los objetos depositados se hallaban ya en posesión del depositario. La designación del ejecutado como depositario —tan criticada por la doctrina procesal civil italiana— que es práctica usual en derecho español, no sólo tropieza con graves inconvenientes prácticos puestos de relieve por nuestra doctrina científica, sino que puede dar lugar, y de hecho lo da con frecuencia, a trabas o embargos «sobre el papel» o irreales, en cuanto basado únicamente en simples manifestaciones del ejecutado, y a una desidia derivada de la rutina por parte del ejecutor —delegado o agente judicial. Se desconoce así no sólo toda la normativa sobre la competencia territorial civil: únicamente es competente el órgano judicial en que los bienes embargados estén sitos y si estuvieren en otro lugar ha de recabarse el auxilio jurisdiccional librando el correspondiente despacho; sino también, lo que es decisivo en materia penal—, que las meras manifestaciones no posibilitan declaraciones de existencia de hechos. La referencia a la norma contenida en el artículo 406 LECr. es obvia y harto elocuente.

Decir que se ha embargado y depositado posteriormente unos bienes cuya posesión por parte del ejecutado en tal momento no consta de modo real y distinto a su simple manifestación en un acto documentado en simple impreso no es, desde luego, relevante a la luz del derecho fundamental a la presunción de inocencia».

Y concluye en el octavo Fundamento de Derecho: «Situados en esta perspectiva, la situación de los motivos es obvia. Ninguna prueba existe en la causa en cuanto a la posesión de los semovientes en el momento de su traba por parte del hoy acusado, ni, consiguientemente, de la disposición o distracción posterior de los mismos ...».

La sentencia de 4 de julio de 1986 (Rep. LA LEY 6781-4, pp. 522 y ss.), comentada por Miguel DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO¹³³, declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por P (letrado del Colegio de Abogados y apoderado de la empresa comercial H, cuyo titular era F), contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona que le condenó como autor de un delito del art. 399 CP de malversación impropia, mientras que absolvió a I, dependiente de dicha empresa, que fue constituida por el representante de la autoridad judicial en depositario de los bienes embargados sitos en el interior del local de dicha empresa, la cual aceptó el cargo firmando el acta previa advertencia de la obligación de guardarlos a disposición del referido Juzgado con los apercibimientos legales, y que, tras ser convencida por dicho letrado —asesor de la empresa— «de que **todo estaba solucionado**» y que «**no te meterán en la cárcel**» procedió siguiendo las instrucciones de P a vender los bienes embargados cuyo importe de la venta entregó a P.

La sentencia del TS en el Fundamento de Derecho tercero dice: «En el caso de autos, hubo una **autora material** y un autor moral o inductor, pero, como aquélla fue absuelta no porque su comportamiento fuera conforme a Derecho, sino porque había incurrido en **error invencible de prohibición** y con la convicción de que su comportamiento era lícito y permitido por la ley, es indiscutible que dicho comportamiento, sin dejar de ser típico y antijurídico, no le fue imputable **ni a título de dolo ni de culpa**, con lo cual, si para ello el hecho debería quedar impune, no sucede así para el que, maliciosamente y abusando de su condición de letrado y de los conocimientos jurídicos que le suponían, la indujo o instigó a obrar de antijurídico modo. Procediendo, en virtud de lo expuesto y, a la vista de lo dispuesto en el párrafo 3.º art. 6 bis a) CP, la desestimación del primer motivo¹³⁴ ...».

Esta sentencia, en lo que se refiere a la participación delictiva, reconoce expresamente estar a favor de la posibilidad de la **participación del extraneus** —particular que no es funcionario público ni asimilado a éste— **en el delito de malversación tanto propia como impropia**, al entender que el elemento subjetivo es un elemento integrante de los distintos tipos legales (de malversación) y no una circunstancia modificativa

¹³³ Vide M. DÍAZ PALOS y GARCÍA CONLLEDO, «Inducción o autoría mediata en malversación impropia». LA LEY, 1986-4, pp. 522 y ss.

¹³⁴ Es discutible, en mi opinión, a falta de otros datos, que el error de prohibición de I fuera «**invencible**», pudiendo ser más bien «**vencible**», pues podría haber consultado a otros Abogados, etc., con lo cual hubiera merecido una pena **atenuada** (art. 6 bis a) 3.º «in fine» CPA).

De la misma opinión es M. DÍAZ y GARCÍA, quien dice: «si I conocía los antecedentes de P, parece que la mera indicación de éste de que no iba a pasar nada y que todo estaba solucionado no debería bastar para fundar una sólida convicción de que estaba actuando lícitamente ...», p. 526.

(que facultaría para aplicar el art. 60 CP —hoy 65.1 CP—), aclarando que: «esta sala **actualmente** se inclina por la solución afirmativa (reconocer la posibilidad de la participación en el delito de malversación); en primer lugar, porque entiende que la condición de funcionario opera en estos casos como elemento integrante del tipo y no como circunstancia modificativa; en segundo lugar, porque la solución contraria infringe la teoría de la unidad, dominante en materia de participación, cuya teoría entiende que todos los partícipes intervienen o participan de un solo y único delito; en tercer término, porque con la solución negativa se rompería la unidad indestructible e inescindible del tipo, siendo diferente el tipo de imputación para unos y otros en un mismo delito; y, finalmente, porque, en definitiva el recurrente instigó a la procesada absuelta no para que cometiera un delito de apropiación indebida u otro similar, sino para que perpetrara un delito de malversación de caudales públicos impropio».

En el caso de la sentencia, no cabe la autoría mediata de P de un delito de malversación, pues al ser éste un delito especial, el que no puede ser autor directo —por no reunir las condiciones subjetivas de autoría— tampoco puede ser autor mediato. Y tampoco de un delito de apropiación indebida (al exigir el tipo de la apropiación indebida que el sujeto haya recibido el objeto material del delito en depósito, comisión, administración u otro título que produzca obligación de devolver) pues quien recibió los enseres de la Autoridad fue I, quien, a su vez, cometió el delito de malversación.

Ello plantea el interesante problema puesto de relieve por M. DÍAZ y GARCÍA de ¿es posible convertir algo que estructuralmente es autoría mediata en participación para lograr el justo castigo, cosa dudosa si la autoría mediata es un «aliud» y no un «plus» respecto de la inducción?

Tal vez «todos o muchos de los casos de autoría mediata lo son además de inducción, existiendo entre ambas figuras algo así como un concurso de leyes que, en el caso normal, se resolvería a favor de la autoría mediata, pero, en supuestos excepcionales, como el aquí comentado, entraría en juego la inducción»¹³⁵.

LOS DELITOS DE FRAUDES Y EXACCIONES ILEGALES

I. CONSIDERACIONES GENERALES.

El nuevo Código penal de 1995 titula el Capítulo VIII del Título XIX (delitos contra la Administración pública): «DE LOS FRAUDES Y

¹³⁵ Cfr. M. DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, «Inducción o autoría mediata en malversación impropia», op. cit. LA LEY, 1986-4, p. 529.

EXACCIONES ILEGALES», exactamente igual que lo hiciera el Capítulo XI del Código penal anterior (CPA).

Bajo dicho capítulo se recogen hoy los artículos 436, 437 y 438, que se corresponden, si bien con modificaciones algunas veces sustanciales y otras de menor entidad, con los anteriores artículos 400, 402 y 403 CPA.

Desaparece del Capítulo el anterior artículo 401, el cual pasa con un ámbito típico más restringido al artículo 439 (De las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios), tal y como propugnara ya en su día GROIZARD¹³⁶.

Asimismo **desaparece** el sistema de división en el Código, instaurado por el CP 1870, de las exacciones ilegales, en dos tipos o modalidades, las de los artículos 200 a 204 CPA —imposición ilegal de impuestos o contribuciones ilegales entre los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes—; y la del artículo 402 CPA —la exigencia de derechos en cuantía superior a la debida—. Hoy parece que los artículos 200 a 204 CPA pasan a constituir un **delito de estafa**¹³⁷, manteniéndose, como **exacción ilegal**, sólo el art. 402 CPA en el nuevo art. 437 CP 95, que por cierto introduce importantes innovaciones, que lo distinguen sustancialmente de aquél, como se verá.

Los tres preceptos recogidos en el actual Capítulo VIII, los artículos 436, 437 y 438 tienen de **común**, principalmente, **un comportamiento defraudatorio de naturaleza patrimonial** —de un ente público o de un particular— por parte de una Autoridad o funcionario público a efectos penales, normalmente, por razón de su cargo (funcionario competente), y en beneficio propio.

En los tres preceptos, con menor intensidad en el art. 438 CP, el objeto de protección primeramente atendido **lo constituye el correcto funcionamiento de la Administración pública**, mediante la corrección de la actuación de los funcionarios conforme a los principios de legalidad, objetividad, eficiencia e imparcialidad, en el área de las relaciones de contenido económico entre la Administración y los administrados. En las tres figuras legales concurre el aprovechamiento del cargo en la comisión del hecho como elemento constitutivo esencial¹³⁸. Pero en segundo lugar, se protege **el patrimonio** (el patrimonio de un ente público, en el art. 436 CP, y el patrimonio particular en los artículos 437 y 438 —aunque, quizás no cabe descartar en este último precepto, en casos ex-

¹³⁶ GROIZARD, El Código penal, 2º, de 1891, t. IV, pág. 296.

¹³⁷ Así XABIER ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, «Fraudes y exacciones ilegales», en «Delitos contra la Administración Pública». Edición al cuidado de Adela Asúa Batarrita. IVAP, Bilbao, 1997, p. 224.

¹³⁸ Vide X. ETXEBARRÍA, op. cit., pág. 206 y 207.

cepcionales, la protección del patrimonio público—), mediante la técnica de adelantar las barreras de protección penal a un momento anterior —la puesta en peligro del bien jurídico— a la lesión de dicho bien jurídico, a través de la configuración de los **tipos de peligro abstracto**, que no requieren un daño efectivo, en los artículos 436 y 437 (basta para su consumación con que el patrimonio público o particular se ponga en peligro), a diferencia del art. 438, que se configura como un **delito de resultado**, que exige para su consumación la causación efectiva de un daño (patrimonial), tratándose, según la doctrina tradicional, de una agravación específica¹³⁹, de los delitos de estafa y apropiación indebida comunes, por abuso del cargo —de la condición funcional según la jurisprudencia del T.S. (así STS. 3.5.90 y 22.2.95)— por parte del funcionario¹⁴⁰, aunque otro sector doctrinal entiende que se trata de un delito independiente.

En cuanto a la participación, los artículos 436 y 437 son **delitos especiales propios**, es decir, son tipos que no tienen correspondencia con un delito común, de modo que sólo pueden ser autores quienes tienen unas condiciones especiales de autoría ... normalmente el funcionario competente en cualquiera de los actos de las modalidades de contratación pública o en liquidaciones de efectos o haberes públicos (art. 436), o el competente para exigir derechos, tarifas por aranceles o minutas que no sean debidos o en cuantía mayor a la legalmente señalada (art. 437).

La conducta de los particulares concertados (o de funcionarios que no intervengan en el proceso por razón de su cargo) (art. 436) será la de inducción o cooperación necesaria en el mismo delito manteniéndose el mismo título de imputación (STS 18 enero 1994 y 2 de febrero de 1994 RA 759 —en ésta se aplicó una atenuante analógica por no ser funcionarios—). No parece, pues, que pueda hablarse, en el art. 436CP de **participación necesaria** del particular, que resultaría **impune**, aunque sí en el art. 437CP, por tratarse de un delito de encuentro. En efecto, en el delito de exacciones ilegales, el particular que acepta la exigencia del funcionario, lo hace, o bien conociendo su ilegalidad pero no libre y espontánea-

¹³⁹ Algunos entienden que no es una figura de delito independiente. Así la doctrina tradicional dominante. VIADA, «Código penal reformado», 4ª edición 1890, pág. 691, quien afirma que dicho delito debería estar entre las estafas; GROIZARD, op. cit. IV, p. 311, quien decía que «no crea delito que no existiera»; PUIG PEÑA, Derecho penal, 4ª edición 1955, T. III, pág. 365: «no es una figura independiente, sino agravada». CUELLO, Derecho penal, 9ª edición, 1955, T.II, p. 429. BERNARDO FEIJOO SÁNCHEZ «Comentarios al Código penal» Ed. Civitas, 1997, pág. 1165; MUÑOZ CONDE, Derecho penal, PE 11ª ed., p. 879, etc.

¹⁴⁰ Otros autores entienden que el art. 403 —hoy 438 CP— es algo más que una causa de agravación, constituyendo un **delito independiente**. Así, JASO, en ANTÓN ONECA y RODRÍGUEZ MUÑOZ, Derecho penal, 1949, T. II, pág. 222; QUINTANO RIPOLES, Comentarios, 1946, T. II, pág. 221.

mente —a diferencia del delito de cohecho en que el particular actúa libremente— por miedo (*meatus publicae potestatis*) a sufrir un daño injusto dada su posición de inferioridad —*concusión coactiva*—. o bien, por haber sido engañado respecto de la licitud de la exigencia —*concusión por fraude*—

En cuanto al art. 438 CP, parece que se trata de un **delito especial impropio**, que tiene su correspondencia con los delitos de estafa y apropiación indebida comunes (artículos 248 a 254 del CP 1995).

II. ANTECEDENTES.

Constituyen antecedente de los artículos 400, 402 y 403 del CPA —hoy artículos 436, 437 y 438 CP 95— los artículos 315, 319¹⁴¹ y 316 del Código penal de 1848, con fórmula semejante a la del CPA.

Sin embargo, los fraudes ya se encontraban en los artículos 518 a 521 del Código penal de 1822 bajo el Capítulo XII («De los delitos de los asentistas, proveedores y empleados públicos que suministran, venden, compran o administran algunas cosas por cuenta del Gobierno» del Título VI («De los delitos y culpas de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos»))¹⁴².

¹⁴¹ El artículo 319 CP 1848 decía: «El empleado público que exigiere directa o indirectamente mayores derechos que los que le estén señalados por razón de su cargo, será castigado con una multa del duplo al cuádruplo de la cantidad exigida».

En la reforma de 1944, el artículo 402, fue ampliado añadiendo tras la expresión verbal «será castigado»: «sin perjuicio de los reintegros a que viniere obligado por otro concepto», con una multa... Todo ello para evitar la interpretación jurisprudencial (SSTS 10.7.1878, 16.11.1886, 24.6.1909), según la cual la conducta del funcionario era atípica si otras leyes —las que aprobaban los aranceles— preveían el reintegro, desconociendo con ello que las sanciones disciplinarias por infracciones administrativas nunca son obstáculo a la aplicación de la ley penal. Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, «Exacciones ilegales», en Nueva Enciclopedia Jurídica nota 15, pág. 180.

¹⁴² El artículo 518 CP1822 decía: «Los asentistas o proveedores obligados por contratos con el gobierno a suministrar víveres, utensilios o cualquiera otro artículo para alguna parte del ejército o armada, o para otro establecimiento público, que en la provisión o suministro de lo que den, alteren los pesos o medidas legales, usen de pesos o medidas falsas, o cometan en perjuicio de los consumidores algún fraude acerca de la naturaleza, calidad o cantidad de los efectos que suministren, pagarán una multa de cuarenta a doscientos duros y sufrirán un arresto de cuatro meses a un año».

El artículo 519 establecía: «Igual pena sufrirán los que comisionados por el Gobierno o encargados por su oficio para comprar, vender o administrar algunos efectos por cuenta del Gobierno mismo, o de algún establecimiento público, cometan cualquiera de los fraudes expresados en el artículo precedente o incurran en el de suponer mayores gastos, mayor precio de lo comprado, menor de lo vendido u otro equivalente».

El artículo 520: «Si cometiere alguno de los delitos expresados en los dos precedentes artículos un empleado o agente del gobierno asalariado por él como tal para hacer la provisión o suministro, o para vender, comprar o administrar efectos por cuenta del go-

Asimismo el Código penal de 1822 aceptaba un concepto muy amplio de exacciones ilegales, muy cercano al delito de concusión (así llamado el *crimen pecuniarium repetundarum*¹⁴³ del Derecho romano —castigado en las leyes Calpurnia, Iulia de vi pública y Servilia Graucia— en el Derecho intermedio), utilizado en algunos Códigos (Código de Venezuela, art. 196-197; de la República Dominicana, art. 240; del Uruguay, art. 156, etc)¹⁴⁴.

Dicho concepto amplio de exacciones ilegales comprende la exacción lo mismo de contribuciones e impuestos —arts. 200 a 204 del CPA— que de derechos (art. 402 CPA), refiriéndose a los casos en que un funcionario exige a un particular alguna cantidad, que éste no viene obligado a pagar con arreglo a las leyes (arts. 468 a 471 CP 1822 y arts. 472, 474, 475 y 476 CP 1822, respectivamente)¹⁴⁵.

Es en el Código Penal de 1870 donde se dividen las exacciones ilegales pasando la imposición de contribuciones no autorizadas (ilegales) a figurar entre los delitos contra la Constitución (arts. 223 a 227), y quedando en los fraudes y exacciones ilegales simplemente la percepción de derechos en cuantía superior a la debida. (Art. 413 CP 1870).

bierno mismo o de algún establecimiento público, sufrirá, además de las penas prescritas en el art. 518 la privación de empleo, y no podrá volver a obtener cargo alguno público».

Art. 521: «En el caso de que alguna de las personas comprendidas en los tres artículos que preceden llegue por medio del fraude en los pesos o medidas, o en los costos o gastos, o en la naturaleza y cantidad de los efectos que suministrando, compre o maneje, a usurpar con perjuicio de la Hacienda pública o de los consumidores una cantidad que pase de los cincuenta duros, sufrirá, además de la multa señalada en el artículo 518 y de la privación de empleo que tenga, la pena de infamia y la corporal que le corresponda con arreglo a la escala prevista en el artículo 465».

¹⁴³Se trataba de un delito público que se realizaba por los magistrados que habían percibido de los ciudadanos bajo su imperio exacciones superiores a las que les correspondían (vide GUTIÉRREZ ALVIZ, en Diccionario de Derecho Romano, p. 163. Ed. Reno, año 1976). En nuestro Derecho, la Ley 5ª del Título XX de la Partida III castigaba a los selladores que tomasen más de lo que debieren por sellar cartas; y la Novísima Recopilación, en su libro IV, Título XXX, Ley 24 sancionaba con la obligación de «volver con el quatro tanto» y suspensión de oficio a los alguaciles que cobrasen derechos superiores a los debidos.

¹⁴⁴Sobre el delito de concusión vide M. ALONSO ÁLAMO. «Problemas políticolegislativos del delito de concusión», en ESTUDIOS PENALES en memoria del Profesor Agustín Fernández Albor, Universidad de Santiago de Compostela, 1989, págs 7 y ss. Vide también I. VALEIJE ÁLVAREZ, «Aspecto problemáticos del delito de concusión (Diferencias con el cohecho)» en Revista General de Derecho, 1994, p. 6.518 y ss.

¹⁴⁵En cuanto a la percepción de derechos indebidos constituía una especie el supuesto de la exigencia por funcionario de hacer pagar más al particular de lo que legítimamente le correspondía (artículos 474 y 476 inciso segundo. Este último precepto sancionaba al funcionario que «en cualquiera de los casos que quedan expresados en este capítulo, exija o haga exigir lo que sepa que no se debe pagar, o que es más de lo que se debe ... aunque no se llegue a satisfacer lo injustamente exigido».

Luego el CP de 1848 creó una figura independiente relativa al supuesto referido en el artículo 319 reproducido en la nota 6.

División que se mantiene en el CPA (artículos 200 a 204 y 402 respectivamente).

Pero, en el nuevo Código penal de 1995, se recoge una sola figura legal de exacciones ilegales en el artículo 437 —la exigencia por funcionario de derechos, tarifas por aranceles o minutas que **no sean debidos o en cuantía mayor a la legalmente señalada...**— pasando, al parecer, la imposición o exigencia de contribuciones o impuestos ilegales a castigarse en su caso como delito de estafa¹⁴⁶.

Los actuales artículos 436, 437 y 438 derivan inmediatamente de los artículos 416, 417 y 418 del Proyecto de Código penal de 1992 y de los artículos 414, 415 y 416 del Proyecto de Código penal de 1994.

Respecto del artículo 436 CP 1995, se aceptó en el trámite parlamentario la enmienda 1160 del Grupo Catalán en el Congreso que evitó la enumeración **cerrada** de los contratos protegidos penalmente¹⁴⁷, por la expresión: «cualquiera de los actos de las modalidades de la contratación pública», con lo que el tipo se amplía notablemente al comprender todas las modalidades recogidas legalmente¹⁴⁸.

Y respecto al artículo 438 CP 95 su ubicación sistemática fue cuestionada por la Enmienda 1055 del Grupo Canario que propugnaba su inclusión como agravante en una disposición común a las defraudaciones del Capítulo VI del Título XII. Y la Enmienda 811 de IU-IC, negó la propia necesidad de una agravación específica por entender que con la agravante genérica de prevalimiento del carácter público que tenga el culpable (art. 22.7º) y la correspondiente sanción administrativa el efecto agravatorio era el mismo.

III. EL ARTICULO 436 CP 95.

Dice así: «La autoridad o funcionario público que interviniendo por razón de su cargo en cualquiera de los actos de las modalidades de contratación pública o en liquidación de efectos o haberes públicos, se concertare con los interesados o usare de cualquier otro artificio para defraudar, a cualquier ente público, incurrirá en las penas

¹⁴⁶ Así X. ETXEBARRÍA, «Delitos contra la Administración Pública», op.cit, pág. 224, quien niega que tal supuesto pueda ser calificado como delito de exacciones ilegales.

¹⁴⁷ Los artículos 416 del Proyecto de 1992 y 414 del Proyecto de 1994 decían: «La autoridad o funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en alguna subasta, contratación o recepción de suministros, certificación, inspección o recepción de obras, o en liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concertare ...».

¹⁴⁸ Por el contrario, el anterior sistema de *numerus clausus* había obligado al TS a proclamar la atipicidad, por ejemplo, de la adjudicación de la titularidad temporal de un coto de caza (STS 14.5.94).

de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años»¹⁴⁹.

A) Bien jurídico protegido

Lo constituye el patrimonio público imprescindible para el correcto desempeño de funciones públicas (STS 5.4.1990, RA 3176)¹⁵⁰.

Estamos ante una figura especial de conducta defraudatoria del patrimonio público —no del patrimonio particular, como ocurre en el artículo 437 y normalmente en el artículo 438 CP— configurada como tipo de peligro abstracto, delito de mera actividad, porque la actividad y el resultado se producen simultáneamente, no existiendo una distancia espacio-temporal entre la actividad y el resultado (GIMBERNAT), y delimitada dicha figura legal a un campo concreto de la gestión pública: la contratación pública y la liquidación de efectos o haberes públicos^{151, 152}.

La conducta desleal del funcionario se orienta tanto hacia la producción de un menoscabo a la corrección de los procesos de gestión de recursos públicos —infringiéndose el deber de funcionamiento conforme al principio de economía y eficiencia en los procesos de gasto público

¹⁴⁹ El artículo 400 del CPA rezaba: «El funcionario público que, interyiniendo por razón de su cargo en alguna comisión de suministros, contratas, ajustes o liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concertare con los interesados o especuladores o usare de cualquier otro artificio para defraudar al Estado, provincia o municipio, incurrirá en las penas de prisión menor e inhabilitación especial».

¹⁵⁰ Cfr. F. MORALES y M^a JOSÉ RODRÍGUEZ, en «Comentarios al Nuevo Código Penal», op. cit., pág. 1904.

¹⁵¹ Así X. ETXEBARRÍA, «Fraudes y exacciones ilegales», op. cit., pág. 209.

¹⁵² RODRÍGUEZ DE VESA afirmaba que «el bien jurídico protegido es la propiedad no contraída a cosas determinadas —como sucede en la malversación—, sino entendida con toda la amplitud que recibe en la rúbrica del Título XIII del Libro II del Código». Pero aclara que «lo decisivo para la colocación sistemática no es aquí el bien jurídico patrimonio, sino la lesión de determinados deberes que tienen los funcionarios ... Las conductas prohibidas tienen de común el exceso de alguno de los modos descritos en la ley, en las funciones que les están encomendadas. La esencia de la infracción reside en la infracción del deber de fidelidad en la gestión de los servicios públicos en que por razón de su cargo ha de intervenir el funcionario, quien en todo momento ha de atenerse a las normas administrativas de imparcialidad en la referida gestión. Absteniéndose de todo lucro con ella relacionado. Vide la STS 16.5.90, RA 3931 que se refiere al quebrantamiento de los deberes de lealtad y probidad que los funcionarios deben guardar en la gestión respecto a operaciones o contratos.

Vide «FRAUDE», en Nueva Enciclopedia Jurídica, op. cit., p. 143.

Sin embargo, como ya se ha dicho muchas veces a lo largo de esta obra el bien jurídico protegido en los delitos contra la Administración pública se ha objetivado en el correcto funcionamiento de la función pública, entendida como servicio público, en su vertiente externa, de relación frente a los ciudadanos de modo que la teoría de la infracción del deber de cargo, ha pasado a un segundo plano, o, incluso, a ser obsoleta.

(art. 31.2 CE)— como a la causación de un perjuicio patrimonial al ente público, sin que sea necesario para la consumación del delito la producción de la efectiva **lesión o puesta en peligro concreto del patrimonio público** (STS 18.6.92, RA. 5961).

B) Sujeto activo.— El círculo de los posibles autores de este delito se restringe a los **funcionarios públicos o autoridades**, a efectos penales (art. 24 CP) —no es determinante el Derecho administrativo— **que intervengan «por razón de su cargo»**, en el ejercicio de sus funciones, al menos genéricamente en cualquiera de los actos de las modalidades de contratación pública o en las liquidaciones de efectos o haberes públicos. Es decir, sujeto activo lo será, no cualquier funcionario sino el **funcionario o autoridad competente para participar en el proceso de contratación pública o liquidación**. Y siendo las operaciones públicas a que se refiere el art. 436 CP actos complejos, la intervención del sujeto activo puede ser cualquiera que pueda determinar el resultado final del proceso en perjuicio del ente público. (así, a través de informes técnicos, documentación, decisiones, etc), debiéndose acudir, para la determinación de los sujetos que podrán ser autores de este delito, a las **leyes administrativas que regulan este tipo de actividad pública**, por ejemplo, la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Ley 13/1995, de 18 de Mayo.

Pero **no es necesario** que el funcionario o autoridad **pertenezca al ente público** al que se pretenda defraudar, basta con que deba intervenir por razón de su cargo en un proceso de contratación o liquidación del que se pueda derivar un perjuicio para un ente público (vide STS de 16 de mayo de 1990, RA 3931; 16 de febrero de 1995, RA 1176, que afirma que el sujeto activo ha de ser un funcionario público que interviene en el hecho en el ejercicio de sus funciones).

Finalmente la STS de 16.2.95 RA 1176, F.J. 6º recalca que junto al funcionario, sujeto activo del delito, debe intervenir otra persona —**extra-neus**— con la que se concierta pudiéndose efectuarse dicha concertación mediante la intervención de un tercero (STS 2.2.94 RA 759).

C) Naturaleza jurídica.— Como ya se ha dicho en el art. 436 CP es un delito de mera actividad (SSTS 5.4.90, RA 3176; 18 de junio de 1992, RA 5961), que no exige un perjuicio efectivo, configurándose como un **tipo de peligro abstracto**. (No se exige ni resultado dañoso ni peligro concreto), tratándose de un **delito especial propio**, que no tiene su correspondencia con ningún otro delito común de modo que el **extra-neus** debe ser castigado como inductor, cooperador necesario o cómplice del delito de especial (del art. 436 CP), sin ruptura del título de imputación, pudiéndosele aplicar la atenuante analógica (art. 21.6 CP) de no ser

funcionario (vide STS de 2 de febrero de 1994, RA 759 y STS de 16 de febrero de 1995, RA 1176, F.J. Sexto).

D) Sujeto pasivo.— Sujeto pasivo es **cualquier ente público** (titular del patrimonio público). El precepto se extiende, además de al Estado, provincia o municipio... a las Comunidades Autónomas, organismos autónomos, instituciones paraestatales o corporaciones públicas. (vide el art. 1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Ley 13/1995, de 18 de mayo), y también la **Unión Europea**.

E) Conducta típica.— Consiste en «concertarse» el funcionario con los «interesados» (en el negocio jurídico público o la liquidación), o **usare de cualquier otro artificio** (con la finalidad de defraudar al ente público) (vide SSTS 16.5.90, RA 3931, 2.2.94, RA 759, 14.5.94, RA 3703, 16.2.95, RA 1176).

La concertación, como dice esta última sentencia citada, no es otra cosa que **el ponerse de acuerdo** el funcionario con el interesado, la conjunción de voluntades con la finalidad de defraudar al ente público. No basta, pues, la mera solicitud o proposición dirigida a obtener un acuerdo, sino que es preciso que efectivamente se haya logrado el mismo (STS 14.5.94, RA, 3703, F.J. Tercero), momento en que se produce la consumación delictiva.

La consumación se adelanta al momento del pacto o acuerdo, quedando la defraudación o perjuicio fuera del tipo (vide SSTS 15.11.71, RA, 4596, 5.4.90, RA 3176, 18.6.02, RA 5961, 2.2.94, RA 759, etc), de modo que si se causa el perjuicio patrimonial podría ser de aplicación el delito de estafa (del artículo 438 CP). Basta, pues, con que tenga lugar un peligro abstracto para el patrimonio del **ente público**¹⁵³.

El interés del extraneus o interesado ha de referirse a la contratación pública o liquidación de efectos o haberes públicos (numerus apertus), a diferencia del art. 400 CPA que establecía un «numerus clausus», según tenía declarado el TS (STS 14.5.94, RA, 3703, y STS 16.2.95, RA, 1176), y que obligaba a considerar atípicas conductas que no estuvieran relacionadas con las actividades u operaciones expresamente descritas en el art. 400 CP. Así, la STS 14.5.94, tuvo que absolver de dicho delito al acusado —aunque le condenó por el art. 401 CPA— en la adjudicación de la titularidad del Coto Privado de Caza, y arrendamiento de unos pastos de la Junta Vecinal, del que era Presidente y Alcalde Pedáneo.

Según el artículo 5 de la Ley de Contratos del Estado, Ley 13/1995, de 18 de mayo, los contratos públicos lo serán los contratos administrati-

¹⁵³ El legislador ha suprimido el término «especuladores» que en forma disyuntiva se acompañaba al término «interesados» en el art. 400 CPA, por cuanto todo especulador es interesado, siendo superfluo ese término.

vos —de concesión de obras, de gestión de servicios públicos y realización de suministros— en sus formas de adjudicación de subasta y concurso, y **los contratos privados** (los restantes contratos), en particular, los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, propiedades incorpóreas y valores negociables. También los contratos excluidos del ámbito de dicha Ley, por su artículo 3 (contratos regulados en la **legislación laboral**, las relaciones jurídicas derivadas de la prestación por parte de la Administración de un servicio público que los administrados tienen la facultad de administrar mediante el abono de una tarifa, tasa o precio público de aplicación general a los usuarios, los convenios de colaboración que celebre la Administración General del Estado con la Seguridad Social, las Comunidades Autónomas, las entidades locales, sus respectivos Organismos autónomos y las restantes entidades públicas o cualquiera de ellos entre sí; los convenios de colaboración que, con arreglo a las normas específicas que los regulan, celebre la Administración con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado... etc.

Dicha ley regula un proceso de contratación en que se describen los actos que forman parte de este proceso (así actos de preparación del contrato, que comporta la obligatoriedad de abrir un expediente de contratación —ordinario, urgente o de emergencia— y la adjudicación por órgano competente, por el procedimiento abierto, restringido o negociado) (forma de adjudicación excepcionalmente directa).

En cualquiera de los actos que forman parte de este procedimiento puede producirse la actividad defraudatoria típica, siempre que resulte **idónea** para determinar un resultado final perjudicial para el ente público¹⁵⁴.

La expresión «**liquidación de efectos o haberes públicos**» amplía la materia de objeto del delito más allá del proceso de contratación (STS 16.2.95, RA 115. F.J. Quinto).

Dicha sentencia, tras afirmar que se trata (el art. 400 CPA) de una **norma penal escasamente aplicada**, entiende que «la liquidación de un impuesto encaja en el supuesto de liquidación de haberes públicos, pues esta última expresión («**haberes públicos**») no tiene que entenderse re-

¹⁵⁴ GROIZARD ya decía que en lugar de tan prolija enumeración «**suministros, contratos, ajustes**» hubiese sido preferible que se hubiera repetido lo mismo que en el artículo siguiente (el art. 401 CPA): «**cualquier clase de contrato u operación**».

La actual reforma obedece a la Enmienda 1160 del Grupo Catalán en el Congreso que trató de evitar la enumeración cerrada de los contratos protegidos penalmente, y la prolija enumeración anterior, pudiendo comprender la nueva fórmula «**cualquiera de los actos de las modalidades de la contratación pública**», todas las modalidades recogidas legalmente (ley de Contratos del Estado).

No cualquier irregularidad o infracción de la normativa sobre contratación supone un comportamiento delictivo castigado en el artículo 436 (así, STS 18.6.92, RA, 5961).

ducida como parece pretender el recurrente, a los sueldos de los funcionarios». «Hay otra acepción de la palabra «haber», usada habitualmente en plural (haber) que es la primera que aparece en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, referida a «hacienda, caudal, cómputo de bienes que pertenecen a una persona natural o jurídica», es decir, lo que constituye el patrimonio de alguien.

Entendemos que es claro que los derechos que corresponden a una persona forman parte, según tal acepción, de sus haberes. Haberes públicos sería algo así como el conjunto de derechos de contenido patrimonial que corresponden a una persona pública. Desde luego, los impuestos que cobra esa persona pública forman parte de sus haberes y en tal sentido hemos de decir que la liquidación de un **impuesto de plus valía**, constituye una liquidación concerniente a los haberes públicos del municipio correspondiente».

Etxebarria es de la opinión, sin embargo, de que parece que atendido al sentido de la norma del art. 436, los actos de concertación o el empleo de artificios —como por ejemplo obtener desgravaciones improcedentes— para defraudar al fisco, deberían quedar fuera del precepto al afectar al proceso de ingresos públicos, mientras que el campo propio del art. 436 CP es el del **gasto público** sin perjuicio de aquellos actos puedan ser incriminados como delitos contra la Hacienda Pública, delitos de estafa o de prevaricación administrativa¹⁵⁵.

Además de la modalidad típica de concertarse con los interesados en el contrato o la liquidación, el artículo 436 CP recoge una segunda modalidad típica, cual es «**el usar cualquier otro artificio**» para defraudar a cualquier ente público.

El Código de 1995 utiliza una **cláusula abierta** para referirse a otras posibles acciones que no consistan directamente en un acuerdo: se incluye cualquier maquinación, simulación o engaño que tenga por objeto defraudar. Así, la venta de bienes públicos a bajo precio, sin que ello se haya acordado previamente con el adquirente de los mismos, en perjuicio del ente público¹⁵⁶.

F) Tipo subjetivo.— Se trata de un delito de comisión dolosa sin que quepa la modalidad imprudente incompatible estructuralmente con un comportamiento defraudatorio. Además, al no incriminarse expresamente por el legislador de 1995 la modalidad imprudente, atendido el sistema

¹⁵⁵ Vide Xabier ETXEBARRÍA. op. cit., págs. 210 y 215. Dicho autor acepta la aplicación del artículo 436 CP a los casos de liquidación de una tasa, tarifa o precio público recibido a cambio de una prestación de un servicio público o de la utilización de dominio público o los rendimientos del patrimonio público. (pág. 215).

¹⁵⁶ Cfr. F. MORALES-Mª JOSÉ RODRÍGUEZ. «Comentarios al nuevo Código Penal», op. cit., pág. 1905.

de **numerus clausus** instaurado por el CP 95, no cabe el delito imprudente (art. 12 CP).

Pero además del dolo, el tipo exige un elemento subjetivo del injusto, que es el **ánimo defraudatorio**: «para defraudar a cualquier ente público» dice el art. 436 CP. (SSTS 5.4.90, RA 3176; 29.2.93 RA 8901; 2.2.94, RA 759; 14.5.94, RA 3703, etc.). Así también la doctrina¹⁵⁷.

En cambio, si normalmente el funcionario tendrá un propósito de beneficio económico el precepto no exige «el ánimo de lucro» propio o ajeno por parte del funcionario (así SSTS 18.6.92, RA 5961; 2.2.94, RA 759; 16.2.95, RA 1176, etc.).

G) Concursos.—

Respecto de la estafa, se ha dicho que el artículo 400 CPA —hoy art. 436 CP— constituye, en realidad **una tentativa de estafa**¹⁵⁸. Y en algunos casos la conducta fraudulenta recogida en el art. 436 CP puede presentar todos los requisitos del tipo de estafa de los artículos 248 y siguientes y 438 CP¹⁵⁹, aunque la conducta típica del art. 436 CP no comporta necesariamente la presencia de los elementos típicos de la estafa (así, cuando el propio funcionario con capacidad decisoria del resultado lesivo es quien realiza la conducta típica, en cuyo caso no se producirá el engaño).

Cuando el art. 436 presenta todos los requisitos del delito de estafa se plantea el **concurso** entre el art. 436 y la tentativa de estafa o estafa consumada de los artículos 248, 16.1 y 438 CP.

Existe, sin embargo discrepancia en la doctrina y en la jurisprudencia respecto a si tiene lugar un **concurso de leyes o un concurso ideal de delitos**. Se decantan por el concurso de normas, FERRER¹⁶⁰, XABIER ETXEBARRIA¹⁶¹. Este último autor argumenta así:

«La posibilidad de tipificar la conducta en el artículo 436 o en los artículos 248 y 438 no implica que estemos ante dos delitos, sino ante uno solo que tendrá que castigarse conforme a la norma más específica, la que albergue mejor el conjunto del desvalor del caso. La previsión del

¹⁵⁷ Vide RODRÍGUEZ DEVESA, «Fraudes», op. cit., p. 146; JASO, En ANTÓN ONECA y RODRÍGUEZ MUÑOZ, Derecho penal, 1949, T. II, pág. 222; SÁNCHEZ TEJERINA, Derecho penal, 1959, T. II, pág. 229; FERRER, «comentarios...», 1956 IV, p. 205; X. ETXEBARRÍA, «Fraudes y exacciones ilegales», op. cit. p. 215, etc.

¹⁵⁸ Así FERRER SAMA, «Comentarios...», 1956, IV, pág. 204-205, También QUINTANO RIPOLLÉS, Comentarios, 1946, T. II, pág. 221.

¹⁵⁹ Así, el engaño a otro funcionario cuando sea necesaria la intervención de éste para lograr la disposición patrimonial.

¹⁶⁰ FERRER, Comentarios. IV, op. cit., p. 204-205, por el principio de consunción.

¹⁶¹ X. ETXEBARRIA, «Fraudes y exacciones ilegales», op. cit., p. 218, que resuelve por el principio de alternatividad (regla 4ª del art. 8. CP), siendo aplicable el precepto que contenga pena mayor imponible.

art. 436 será de aplicación preferente ya que incluye el desvalor propio de la estafa, en el ámbito específico de la contratación y liquidación de haberes o efectos públicos. Pero el legislador no ha previsto la agravación para cuando el perjuicio se produzca y en relación a la cuantía de éste, ni por la concurrencia de circunstancias como las que recoge la estafa en el art. 250. Cuando la pena imponible aplicando el artículo 438 en relación a los artículos 248 y siguientes sea superior a la prevista en el art. 436, el principio de alternatividad (regla 4ª del artículo 8) conduce a la aplicación de la estafa agravada¹⁶², ya que en caso contrario el funcionario recibiría un trato injustificadamente benigno». (Vide la STS de 10.2.97, RA 6369 que aplica sólo el art. 403 CPA en el caso de las peonadas falsas al concurrir ánimo de lucro ajeno respecto del Alcalde que falsificaba peonadas inexistentes en realidad para que los trabajadores pudieran cobrar el subsidio de desempleo).

En cambio otros autores optan por entender que se daría un **concurso ideal de delitos** entre el delito del art. 436 y el delito de estafa. (Así RODRÍGUEZ DEVESA¹⁶³, PUIG PEÑA, MUÑOZ CONDE, ORTS), al considerar que los bienes jurídicos son en parte distintos.

Es posible un **concurso real** con el delito de cohecho, si concurre en la oferta o promesa del particular o la exigencia por el funcionario de una dávida (cohecho activo o pasivo) —como móvil de la actuación defraudatoria del funcionario— **con cargo al patrimonio del particular**, ya que se trataría de una exigencia o de una aceptación por el funcionario de comisiones, a cargo del particular, por realizar un acto propio de su cargo constitutivo de un delito —de fraude al ente público—, y por tanto sin perjuicio de la pena correspondiente al delito cometido en razón de la dávida o promesa. (art. 419 CP). En cambio, si las «comisiones» constituyen una participación del funcionario en la ganancia derivada del correlativo **perjuicio causado al ente público**, sólo podrá castigarse como fraude al ente público.

Respecto del delito de malversación, el artículo 436 CP se distingue por el **carácter defraudatorio** (ánimo de defraudar) de este último precepto (vide STS 29.11.93, RA. 8901, F.J. segundo) y por ser este último **más específico** al versar sobre actos producidos en el proceso de contratación o liquidación de haberes o efectos públicos.

Puede darse un concurso de normas entre el delito de tráfico de in-

¹⁶² En caso de producirse efectivamente el perjuicio, sería de aplicación la estafa agravada, castigada con pena de prisión de 3 años y medio a 5 años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años, a diferencia del art. 436 castigado con la pena de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial por tiempo de seis a diez años.

¹⁶³ PUIG PEÑA. Derecho penal, 4ª ed. 1955, T. III, p. 361, que aplica el art. 403 —hoy 438— y el art. 71 CPA.

fluencias (artículos 428 y 429) y el delito del artículo 436 que se resuelve por consunción a favor de este último, en el caso de la persona que ejerce una influencia sobre el funcionario competente para promover la comisión de un delito de fraude al ente público, que es autora de un delito de tráfico de influencias, pero también **inductora de un delito del art. 436** si éste se lleva a efecto, de modo que el peligro para la imparcialidad y la objetividad de los funcionarios, bien jurídico del delito de tráfico de influencias causado por la acción inicial, se ha materializado en la contratación o liquidación fraudulenta, con lo que el desvalor propio del delito de tráfico de influencias se recoge ya en el castigo como inductor del delito de fraude.

Finalmente puede darse un concurso de normas con el delito de prevaricación del art. 404 —en el caso de que la decisión determinante de la contratación o liquidación fraudulenta sea arbitraria y el funcionario sea consciente de su injusticia— que se resuelve por el principio de subsidiariedad tácita (art. 8.2 CP), a favor del artículo 436, que toma ya en consideración la lesión de la legalidad esencial al delito de prevaricación, en el campo específico de la contratación pública o liquidación de efectos o haberes públicos, teniendo el delito de prevaricación un **carácter subsidiario** respecto a la mayoría de los delitos contra la Administración Pública.

IV. EL ARTICULO 437 CP.

Dice así: «La autoridad o funcionario público que exigiere, directa o indirectamente, derechos, tarifas por aranceles o minutas que no sean debidos o en cuantía mayor a la legalmente señalada, será castigado, sin perjuicio de los reintegros a que viniere obligado, con las penas de multa de seis a veinticuatro meses y de suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a cuatro años».

A) **Novedades.**— Cuatro son las novedades introducidas por el legislador de 1995 en el art. 437 CP en relación al art. 402 CPA.

a) En primer lugar, la principal novedad consiste en que la **acción típica** no va referida sólo a una exigencia por encima de lo debido, sino también —y de ahí lo novedoso— a **supuestos en los que se percibe un derecho, una tarifa o una minuta** (en el art. 402 CPA sólo se hacía mención a los «derechos») **que no se tiene la obligación de pagar en absoluto**. El Tribunal Supremo en algunas sentencias antiguas ya había aplicado este delito al supuesto, ahora expresamente recogido por la ley penal, de que el funcionario exigiera derechos, sin estar autorizado para ello, en SSTs 9.12.1896, 24.6.1909, 30.11.48, 3.6.57, RA 2635, 28.9.65,

RA 4003¹⁶⁴. Recientemente debe citarse la importante sentencia de 14.4.86, RA 1966.

Como dice FEIJOO SÁNCHEZ. «Ya no es válida la posición jurisprudencial y doctrinal (dominantes) que consideraba que lo que caracterizaba al delito de **exacciones ilegales** como tal es que el funcionario o autoridad tiene que exigir cantidades **superiores** a las que tiene derecho a demandar, con arreglo a su cargo, pero es siempre preciso que exista ese derecho^{165, 166}.

b) Se elimina la anterior restricción doctrinal y jurisprudencial de los posibles sujetos activos del delito, según la cual, sólo podían ser sujetos activos de este delito (art. 402 CPA) **aquellos funcionarios públicos que percibieran todos o parte de sus emolumentos mediante «derechos» o aranceles^{167, 168}**, o de otro modo legalmente establecido como pueden ser, por ejemplo, aquellos funcionarios que participen en la recaudación de tributos o tasas parafiscales (así SSTs 5 de noviembre de 1960, RA. 3536; 28 de septiembre de 1965, RA 4003, 12 de diciembre de 1986, RA. 7908, 27 de junio de 1989, RA 5231; 3 de julio de 1991, RA. 5510, etc).

Por el contrario, en la actualidad, basta para ser sujeto activo del delito de exacciones ilegales que se tenga la condición de **funcionario público** (a efectos penales) «competente», es decir, que tenga habitualmente entre sus obligaciones las de recaudar u obtener de los particulares determinadas cantidades por la prestación de determinados servicios públicos, aunque el funcionario cobre su sueldo directamente de la Administración (interpretación ya defendida por VALEIJE ÁLVAREZ, al examinar el art. 402 CPA, basada en que «una interpretación literal obliga al entendimiento de que el **plus** en la percepción ha de ser calculado atendiendo a «los derechos señalados en atención al cargo», esto es, en

¹⁶⁴ Ya GROIZARD afirmaba que: «Es indudable que... alcanza con igual, sino mayor razón, al oficial público, que no estando autorizado por la ley para llevar ninguno (derecho) por sus servicios, los exige», op. cit., T. IV, p. 310.

¹⁶⁵ B. FEIJOO SÁNCHEZ, en «Comentarios al Código penal», op. cit. p. 1162 y 1163. M. ALONSO ÁLAMO, op. cit., p. 19.

¹⁶⁶ Dicha interpretación derivaba del texto legal del art. 402 CPA que decía: «El funcionario público que exigiere... mayores derechos de *los que le estuvieren señalados...*»

¹⁶⁷ Así, los notarios, registradores de la propiedad, recaudadores (SSTs 8.5.1876 y 5.11.1960, RA 3536), anteriormente los secretarios judiciales (SSTs 12.2. 1883 y 24.2.60), los médicos del Registro Civil por reconocimiento de cadáveres (STS 13.10.97), etc. Vide ÁLVAREZ VIZMANOS, en Comentarios, 1848, T. II, p. 308; PUIG PEÑA, op. cit., p. 363: «De esto se infiere que los funcionarios retribuidos por sueldo directamente de la Administración no pueden cometer ese delito». CUELLO, op. cit., T. II, p. 427; SÁNCHEZ TEJERINA, Derecho Penal, 5ª ed., 1950, p. 230; MUÑOZ CONDE, D.P. PE. 10ª ed., p. 852.

¹⁶⁸ Vide SSTs 5.5.59, RA. 178; 14.4.86, RA 1966; 12.12.86, RA 7980; 27.6.89, RA 5231.

relación a **la tarea o competencia** que estuviera ejercitando el funcionario en el momento de la comisión del delito. De ahí que ... la exacción ilegal puede ser cometida por el funcionario, que cobrando directamente su sueldo de la Administración, tiene entre sus obligaciones la de recaudar de los particulares las cantidades adeudadas por la prestación de determinados servicios públicos»¹⁶⁹.

c) En cuanto a la pena, desaparece la determinación de la multa en base a la cantidad exigida (antes el art. 403 CP decía: «con una multa del duplo al cuádruplo de la cantidad exigida»).

En la actualidad, el art. 437 CP. conmina la conducta típica «con las penas de multa de seis a veinticuatro meses y de suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a cuatro años»¹⁷⁰.

d) En el art. 437, desaparece el subtipo agravado del apartado segundo del art. 402 CPA, de que «**el culpable habitual de este delito incurrirá además, en la pena de inhabilitación especial**».

Dicho cambio se justifica por la imposición, **en todo caso**, de la pena de suspensión de empleo o cargo público —por tiempo de seis meses a cuatro años que se señala hoy al art. 437, medida apropiada, a la vista del abuso del cargo realizado por el funcionario¹⁷¹.

B) Naturaleza jurídica.

Se trata de un **delito de mera actividad**, un delito de peligro abstracto, por cuanto el tipo no requiere un perjuicio económico del patrimonio del particular (o de la Administración) o ente público en el caso de ser declarada responsable civil subsidiaria en base al art. 121.2 CP). No es necesario, para su consumación, que el funcionario cobre la cantidad de dinero exigida¹⁷² o requerida (así, la doctrina dominante y la jurisprudencia moderna (SSTS 14 de abril de 1986, RA 1966; 27 de junio de 1989, RA 5231; 3 de julio de 1991, RA 5.510; 13 de octubre de 1997, EL DERECHO. 97—7336; si bien inicialmente un sector de la

¹⁶⁹ Cfr. I. VALEIJE ÁLVAREZ, en «Aspectos problemáticos del delito de concusión (diferencias con el cohecho)», op. cit., p. 6538, Revista General de Derecho 1994.

¹⁷⁰ El art. 437 es de redacción similar a la del art. 416 de la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983, si bien este anteproyecto señalaba, en vez de la pena de suspensión de empleo o cargo público, la pena de inhabilitación especial de seis meses a dos años, recogiendo, así, el sistema de días-multa.

¹⁷¹ Cfr. J.S. SALOM ESCRIVÁ, «El delito de exacciones ilegales del artículo 402 del Código Penal», en Revista General del Derecho, número 507, Diciembre-1986, p. 4869.

¹⁷² Así, CUELLO, op. cit., p. 428, T. II; RODRÍGUEZ DEVESA, «Exacciones ilegales», op. cit., p. 181; QUERALT, Derecho Penal Español, PE vol. II, p. 897, etc.

X. ETXEBARRÍA, op. cit., p. 223 afirma que: «La menor gravedad de la pena (del art. 437 CP) —multa y suspensión— abona esta interpretación, y la consiguiente aplicabilidad de la estafa, cuando están presentes sus requisitos típicos y el perjuicio económico efectivamente se produzca.»

doctrina y algunas sentencias del Tribunal Supremo exigían el cobro efectivo, en base a la primera acepción del Diccionario de la Real Academia del término «exigir»¹⁷³.

C) Bien jurídico.

Es el correcto funcionamiento de la Administración Pública, que se afecta mediante infracción por parte del funcionario de la legalidad (exacciones ilegales) abusando de su condición de funcionario público normalmente competente para recaudar o exigir derechos a los particulares, poniendo en peligro el patrimonio de éstos.

D) Sujeto activo.

Como se ha dicho antes es la autoridad o funcionario público a efectos penales (art. 24 CP)¹⁷⁴ competente normalmente para ejercer funciones de recaudación de derechos de los particulares.

La exigencia de derechos puede hacerla el funcionario, *directa o indirectamente*, es decir, según la formule el propio funcionario por sí o por medio de sus empleados o terceros, y en ese sentido, la sentencia de 20 de Noviembre de 1884, colección de Jurisprudencia, vol. II, pág. 244, expresa que no es preciso que el funcionario que exija mayores derechos de los que le son debidos, con objeto de cobrarlos, sea el que directamente practique las gestiones necesarias al efecto, pues el delito «... se comete lo mismo cuando el funcionario se vale por tercera persona, y más especialmente de sus auxiliares y empleados, encargados de efectuar los cobros ...», mostrándose en la misma línea las sentencias de 16 de abril de 1891, Colección Jurisprudencia, vol. I, pág. 285, de 28 de septiembre de 1965 y de 26 de octubre de 1967, RA 4.685.

E) Conducta típica.

En la actualidad, la conducta típica consiste en «exigir derechos, tarifas por aranceles o minutas que no sean debidos o en cuantía mayor a la legalmente señalada».

¹⁷³ Así en la doctrina, GROIZARD, op. cit., Tomo IV, p. 310; PUIG PEÑA, op. cit. T. III, p. 364: «La mera proposición de un funcionario, aunque sea insistente no integrará el delito; podrá, a lo sumo, ser su tentativa». En la jurisprudencia, vide SSTs de 20 de Noviembre de 1884, 24 de julio 1900, 12 de febrero 1986, RA 592.

¹⁷⁴ Así, los funcionarios interinos, los eventuales (SSTS 18 diciembre de 1963, RA 5072, 7 de febrero de 1974, RA 508). La relación, más o menos temporal que una al sujeto con la Administración es irrelevante. Basta con la regularidad de su nombramiento y el ejercicio de una función pública.

Sobre la interpretación del término «**exigir**» nos remitimos a lo dicho con anterioridad, si bien podría añadirse que no se trata de un mero pedir, sino de un «**requerir**»¹⁷⁵.

El artículo 437 CP añade al término «**derechos**» —ya existente en el art. 402 CPA— los nuevos términos «**tarifas por aranceles o minutas**». La jurisprudencia ya utilizaba un concepto amplio de derechos», incluyendo los aranceles, tasas parafiscales, dietas, gastos de locomoción, indemnizaciones (así la STS de 14 de abril de 1986, RA 1966).

Respecto a la inclusión del término «**minutas**», F. MORALES Y M^a JOSÉ RODRÍGUEZ entienden que «de este modo se superan los obstáculos que la aplicación de este delito encontraba, cuando la solicitud de una cantidad de dinero¹⁷⁶ era realizada por un funcionario no competente para recaudar tasa o cualquier otra clase de tributos»¹⁷⁷.

Es discutible si el actual art. 437 CP incluye asimismo la exigencia de impuestos no autorizados al desaparecer los arts. 200 a 204 CPA. Lo niega X. ETXEBARRIA quien cree aplicable el delito de estafa. Lo afirma R. GÓMEZ GUILLAMÓN.

En cuanto a la ampliación del tipo objetivo nos remitimos a lo dicho con anterioridad¹⁷⁸.

La mecánica comisiva puede situarse tanto en un contexto **defraudatorio**, basado en una falsa apariencia de legalidad que facilita la eficacia de la exigencia, como en una **situación de superioridad** del funcionario que dote a la acción de ciertos **rasgos impositivos** (coactivos o pseudo-coactivos)¹⁷⁹.

Del delito de **cohecho** se distingue la exacción ilegal, por la **finalidad** por la que se pide el dinero —no por el **exceso** de la cantidad exigida respecto de la autorizada legalmente, como se decía antes del Código penal de 1995—¹⁸⁰. En el cohecho se pide la dádiva por el

¹⁷⁵ QUERALT habla de «un *requerimiento* abierto» de cobrar más derechos de los que le corresponden o de cobrarlos por lo que no corresponde.

¹⁷⁶ Si se exige la entrega de una cosa distinta a la de dinero ya no se está en el concepto de «derechos», pasando el hecho a constituir la exigencia de una dádiva, y, por lo tanto, cohecho.

¹⁷⁷ Cfr. F. MORALES y J. M^a RODRÍGUEZ, en «Comentarios al Nuevo Código penal», op. cit., p. 1907, remitiendo a VALEIJE.

¹⁷⁸ Vide supra epígrafe A) NOVEDADES a).

¹⁷⁹ Así X. ETXEBARRÍA, op. cit., p. 224, dice: «Inclinarse por una concepción exclusivamente defraudatoria determinaría la injustificada impunidad de la exigencia no engañosa de un pago por parte del funcionario que no fuese punible como cohecho pasivo —en tanto no se vincule el pago exigido a la realización de una "contraprestación" por parte del funcionario—».

¹⁸⁰ Como dice VALEIJE puede haber cohecho —y no exacciones ilegales— lo mismo cuando el funcionario admite o percibe una cantidad indebida por realizar un acto en el ejercicio de su cargo, que cuando percibe una cantidad superior a la establecida por las leyes para realizar ese mismo acto (así, por ejemplo, el funcionario que solicita una canti-

funcionario *en atención a un acto del cargo* (un favor). La cantidad solicitada, recibida o aceptada es la **contraprestación** por la ejecución de **una acto delictivo, ilícito o lícito**, que el funcionario ofrece realizar en el ejercicio de sus funciones públicas, y el particular *conoce* que la dádiva o presente **no son debidos**, así como el carácter justo o injusto del acto del cargo¹⁸¹.

Si la acción material de solicitar, recibir, o aceptar no está imbuida de aquel propósito o finalidad no existe delito de cohecho pasivo, aunque sí de exacciones ilegales si responde a *un ejercicio abusivo del cargo*, es decir, si el funcionario exige los derechos no debidos amparándose en su *posición funcional* y en las facultades que de esa posición se derivan con respecto al administrado.

Pero como dice ETXEBARRIA, la amplitud de la descripción típica de los delitos de cohecho en nuestro ordenamiento jurídico reduce el campo de aplicación del delito de exacciones ilegales a los supuestos en que la improcedencia del pago no sea palmaria, es decir, configura el tipo del art. 437 CP como un tipo de estructura esencialmente defraudatorio, en el que el derecho, tarifa o minuta exigidos presente una apariencia de legalidad.

La exacción ilegal se distingue de la estafa, en que ésta exige *engaño bastante* para producir *error en otro*, a consecuencia del cual efectúe *un acto de disposición* del que derive *un perjuicio de contenido económico*. El particular *desconoce* que la cantidad de dinero exigida por el funcionario sea indebida o superior a la autorizada legalmente. Habrá delito de estafa —del artículo 438 CP, antes art. 403 CPA— si el funcionario utiliza *engaño* para obtener el dinero, convenciendo al particular, por ejemplo, de la legitimidad de la dádiva (vide SSTs de 19 de junio de 1891, 1 de marzo de 1900, 16 de enero de 1909, 5 de marzo de 1954).

Cuando se produzca la disposición patrimonial por el particular a consecuencia de utilización de engaño por el funcionario, será de aplicación el tipo agravado de estafa del art. 438 CP, en relación a la correspondiente modalidad de estafa (arts. 248 a 251 CP), pues la estafa —delito de lesión— consume la gravedad de la mera exigencia del art. 437 CP —delito de peligro—, produciéndose un concurso de normas en favor

dad superior a la establecida por las leyes por abstenerse de comprobar determinadas irregularidades en la solicitud de un pasaporte o por acelerar la tramitación de un expediente de dominio), op. cit., p. 6537.

¹⁸¹ Como dice VALEIJE: «mal puede decirse que el particular sea una víctima de la privilegiada posición del funcionario, y que, por lo tanto, se vea extorsionado por las pretensiones de éste, puesto que el particular accediendo a las pretensiones del funcionario busca conseguir a cambio un beneficio de la Administración Pública», op. cit., p. 6539.

del delito de estafa. (SSTS 12.2.86, RA 592, 12.12.86, RA 7908, 27 de junio de 1989, RA 5231 y 3 de julio 1991, RA 5510)¹⁸².

Cuando no se produzca la disposición patrimonial deberá aplicarse el art. 437 CP (que puede decirse constituye una tentativa de estafa específicamente incriminada).

Finalmente, de ser el perjuicio inferior a 50.000 pesetas, aunque se produzca el acto dispositivo, se aplicará igualmente el art. 437 CP, pues el art. 438 no puede aplicarse al referirse al **delito** de estafa —y al de apropiación indebida— y no a la *falta* de estafa (STS 27.6.89, RA.5231).

Se distingue el delito de exacciones ilegales del delito de malversación en que aquél es un delito defraudatorio que afecta al patrimonio *particular* y no al *patrimonio público*. Además los ingresos indebidos difícilmente tendrán la consideración de caudales públicos, ni estarán a cargo del funcionario por razón de sus funciones.

En suma, «la conducta ilícita de las exacciones ilegales se sitúa a mitad de camino entre el engaño y la imposición. Aunque el tenor literal del precepto no requiere el empleo de un engaño generador de error en el particular para que disponga a favor del funcionario de una suma —total o parcialmente inexigible conforme a Derecho—, lo normal en las exacciones ilegales será que el funcionario se aproveche de una falsa apariencia de legalidad —creada por el mismo o no—. La conducta así descrita se significa como un comportamiento fraudulento cercano a la estafa»^{183, 184}.

F) Tipo subjetivo

Se trata de un delito doloso. el funcionario ha de conocer la ilegalidad de la exigencia de derechos, lo cual es propio de todo comportamiento defraudatorio. Además no cabe hoy en el delito de exacciones ilegales del art. 437 CP una modalidad imprudente, al no haberla tipificado expresamente el legislador (art. 12 CP que sigue el sistema de *numerus clausus* de la incriminación imprudente¹⁸⁵).

¹⁸² QUERALT dice que el delito de exacciones ilegales «desplaza a la estafa», op. cit. p. 898, vol. II. Sin embargo, ello implicaría un trato de privilegio injustificado al funcionario, en relación con el delito de estafa, salvo que faltara el perjuicio (desplazando el art. 437 CP a la tentativa de estafa).

¹⁸³ Cfr. X. ETXEBARRÍA, op. cit., p. 221.

¹⁸⁴ Sin contenido.

¹⁸⁵ Sin embargo, las SSTS de 31 de mayo de 1935, y la de 28 de septiembre de 1965, RA 4003 han castigado por imprudencia temeraria (art. 565 en relación con el art. 402 CPA). También RODRÍGUEZ DEVESA aceptaba la incriminación imprudente al no exigir el tipo penal la concurrencia de un ánimo específico en el autor al realizar la infracción, op. cit., p. 181.

El error en el cálculo de la retribución no genera este delito¹⁸⁶.

No se exige el ánimo de lucro, aunque normalmente el funcionario tenga el propósito de beneficiarse económicamente. Cabe que el funcionario actúe en beneficio de las arcas públicas (así, cuando pretenda ingresar los derechos indebidamente cobrados en la caja pública).

V. ESTAFA O APROPIACIÓN INDEBIDA AGRAVADAS CON ABUSO DEL CARGO. EL ART. 438 CP

Dice así:

«La autoridad o funcionario público que abusando de su cargo, cometiere algún delito de estafa o apropiación indebida, incurrirá en las penas respectivamente señaladas a éstos, en su mitad superior, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años».

A) Naturaleza jurídica

Se trata de un **delito de resultado**, es decir, de un delito en que la acción y resultado no se produzcan simultáneamente, sino que entre la acción y el resultado existe una distancia espacio-temporal, por lo que caben los tipos de imperfecta realización (así la tentativa).

Se discute por la doctrina y la jurisprudencia si dicho precepto, similar al art. 403 CPA, que constituye su antecedente, es un delito especial o independiente (así la STS de 9 de marzo de 1973, RA 1204 y 22 de febrero de 1995) o una **mera modalidad agravatoria** de los delitos comunes de estafa y apropiación indebida (así en MUÑOZ CONDE, FEIJOO SÁNCHEZ). La cuestión como dice ORTS BERENGUER —no es muy trascendente, pues el efecto es agravatorio, en cualquier caso— (STS de 15 de octubre de 1984) y, sobre todo, porque la aplicación de este artículo 438 excluye la aplicación de la circunstancia agravante 7.^a del artículo 22 (MUÑOZ CONDE y STS de 7 de febrero de 1974¹⁸⁷).

En mi opinión, la ubicación del precepto entre los delitos contra la Administración Pública refuerza la tesis de que se trata de un **delito especial propio** en que se afecta el correcto funcionamiento de la función pública, cuando el funcionario actuando en representación de la Administración estafa o se apropia indebidamente de bienes que pertenecen al patrimonio de los particulares con quienes entra en relación, («abuso del

¹⁸⁶ Así QUERALT, op. cit., p. 898.

¹⁸⁷ Así ORTS BERENGUER, «Comentarios al Código penal...», op. cit., p. 1865.

cargo» en sentido estricto, entendido como ejercicio de las funciones propias del cargo o, al menos, **«con ocasión de las funciones del mismo»**. (Así las SSTS de 9 de marzo de 1973, RA. 1204, que cita la de 20.10.56, RA. 3326).

Sin embargo, el Tribunal Supremo suele utilizar un concepto mucho más amplio del término **«abuso del cargo»**, como sinónimo de **prevalimiento de la condición funcional genérica** (así las SSTS de 3 de mayo de 1990, 22 de febrero de 1995¹⁸⁸), —lo que parece apartarse de la línea general de los delitos contra la Administración Pública, lo cual lleva a cuestionarse la oportunidad de una agravación específica ubicada en el Título XIX¹⁸⁹ (y no en el Título XIII). De todos modos, aún así, se comprometen los intereses públicos¹⁹⁰.

B) Bien jurídico

Además de la Administración Pública en su esfera externa (es decir, como servicio público en relación con los ciudadanos) se afecta **el patrimonio de los particulares, y de los entes públicos**, lo que distingue este delito del delito de malversación en que se afecta a los caudales públicos o al patrimonio público. (La sentencia de 3 de mayo de 1990 dice que —las actividades desarrolladas no han de repercutir en los caudales públicos, porque ante tal caso nos hallaríamos ante una malversación...—).

C) Sujeto activo

Es la autoridad o funcionario público, a efectos penales (art. 24 CP), que actúe tanto en el ejercicio de sus funciones, con ocasión de sus funciones o en la esfera privada prevaliéndose de su condición de fun-

¹⁸⁸ Las SSTS de 22 de junio de 1959, RA 2682, 13 de junio de 1984 y 12 de marzo de 1994 entienden «el abuso del cargo o función» como **aprovecharse de las facilidades que otorga el cargo o función**, o como posición preeminente en que sus funciones colocan al funcionario (STS 3 de noviembre de 1993, RA 403, 26 de noviembre de 1993, RA. 8843).

¹⁸⁹ Así X. ETXEBARRÍA, «Fraudes y Exacciones ilegales en los delitos contra la Administración Pública», op. cit., p. 228.

¹⁹⁰ La STS de 3.5.90, RA 3672, afirma que es «indiferente que actúe» (el funcionario) dentro del ámbito estricto de sus funciones, pues, basta que su actuación comprometa los intereses públicos; tiene que prevalerse de su condición, de tal forma que sea más fácil la comisión de las infracciones patrimoniales, sin que sea necesario que se especifique qué función de las que integran el cargo público fue la que empleó abusivamente para conseguir el despojo patrimonial.

cionario, es decir, sea o no competente (STS 3 de mayo de 1990, RA. 3672).

D) Conducta típica

a) En primer lugar **debe de cometerse un delito de estafa o de apropiación indebida**, por lo que deben darse los elementos típicos de ambas infracciones, en *todas* sus modalidades (artículos 248 a 254 CP¹⁹¹).

Y debe tratarse de un **delito** en sentido estricto, lo que significa que la cuantía de lo defraudado o apropiado debe exceder en todo caso de 50.000 pesetas. Si la cantidad no superase las 50.000 pesetas será de aplicación la falta del art. 623.4.º con la circunstancia agravante genérica n.º 7 del artículo 22 CP.

b) En segundo lugar, se exige que se cometan dichos delitos por el funcionario público **—abusando del cargo—**, cuya interpretación ya se ha efectuado más arriba, debiendo existir una relación de causalidad entre el abuso del cargo y el delito, en el sentido de que el abuso del cargo debe facilitar la comisión de la estafa o la apropiación indebida, y debe ser empleado con esa finalidad (STS 12.3.92).

E) Penalidad

En el nuevo Código Penal se produce verdaderamente una **agravación de la pena** correspondiente a la propia de los delitos de estafa y apropiación indebida, y no sólo el añadido de la pena de inhabilitación especial, como ocurría con el anterior art. 403 CPA.

En efecto, el art. 438 CP castiga con las penas respectivamente señaladas a éstos, **en su mitad superior**, y además con inhabilitación especial, para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años.

La agravación del artículo 438 puede concurrir con las agravaciones específicas de la estafa (art. 250), declarando la STS de 27 de enero de 1997, RA. 320, que es compatible el art. 403 CPA con la circunstancia

¹⁹¹ CX.5 Así la estafa común (art. 248.1); la asimilada por manipulación informática (art. 248.2), la enajenación, gravamen o arrendamiento de una cosa mueble o inmueble sobre la que el autor se atribuye un falso poder de disposición (art. 251.1), la disposición de una cosa mueble o inmueble ocultando cualquier cargo sobre la misma, o gravándola o enajenándola antes de su transmisión definitiva (art. 251.2), el fraude mediante contrato simulado (251.3), la apropiación indebida común (art. 252), la apropiación de cosa perdida o de dueño desconocido (art. 252) y la apropiación de dinero o cosas muebles recibidas por error del transmitente (art. 254).

5.ª del art. 529 CPA, de abuso de superioridad en relación con las circunstancias personales de la víctima (hoy n.º 7 primer inciso del art. 250 CP).

Como dice Etxebarría, hay que tener, sin embargo, en cuenta «que la agravación de la conducta del autor para aprovecharse de su credibilidad empresarial o profesional» del n.º 7, inciso 2.º, es inherente al abuso del cargo, por parte del funcionario, lo que impediría su toma en consideración¹⁹²».

F) Concursos

a) **Respecto del artículo 436 (fraude)**, y siempre que concurra el engaño a otro, se aplicará el artículo 436 si no llega a producirse el acto de disposición y perjuicio efectivo del patrimonio público, por ser el artículo 436 precepto **especial** (concurso de leyes). Si se produce el perjuicio patrimonial se aplicará el artículo 438 en concurso de normas por ser el precepto más castigado, y por consunción.

Lo mismo ocurrirá respecto de las exacciones ilegales del art. 437 CP.

b) **Respecto de la malversación**, se aplicará ésta si el funcionario se apropia indebidamente de caudales públicos que estén a su cargo por razón de sus funciones.

c) **Respecto del cohecho**, es de aplicación el artículo 438 CP, cuando el funcionario engaña al particular haciéndole creer que el acto a realizar es ilícito cuando es lícito realmente, por el que se solicita una contrapartida o cuando simula la concurrencia de una situación ilegal para obtener así la entrega de una dádiva. En ambos casos el particular entrega la dádiva para obtener en realidad un acto conforme a derecho, movido por el error que ha provocado en él el funcionario¹⁹³.

DE LAS NEGOCIACIONES Y ACTIVIDADES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS Y DE LOS ABUSOS EN EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES

CONSIDERACIONES PREVIAS

El nuevo Código penal de 1995 dedica un capítulo independiente —el último de los relativos al Título XIX «Delitos contra la Administra-

¹⁹² Cfr. X. ETXEBARRÍA, op. cit., p. 231.

¹⁹³ Así F. MORALES/M.ª José RODRÍGUEZ, en «Comentarios...», p. 1908, siguiendo a VALEIJE.

ción Pública»— el Capítulo IX, a los delitos «de las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función», que constituye la rúbrica de dicho Capítulo, en que se recogen siete preceptos.

Ello constituye un progreso de técnica legislativa, ya iniciado en el Proyecto de Código penal de 1980, que dedicaba el último capítulo de los delitos contra la Administración pública, bajo la rúbrica «De las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos», a reunir, en un mismo lugar sistemático, tres preceptos (los artículos 482, 483 y 484), de los cuales los dos primeros se correspondían, con alguna modificación, con los artículos 404 y 198 respectivamente del CPA, mientras que el último —el art. 484— constituía una nueva adición procedente, en parte, de la Ley de Funcionarios civiles del Estado de 7 de febrero de 1964¹⁹⁴.

Los siete preceptos actuales son los artículos 439 a 445 CP95, que no recogen el contenido de los artículos 404 y 198 CP, si bien el anterior artículo 401.1 —el mal llamado tipo básico de fraude— se reubica, con un ámbito típico algo distinto en el artículo 439, entre los delitos de negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos como ya preconizaba la jurisprudencia del Tribunal Supremo, al entender que

¹⁹⁴ El artículo 482 del PCP 1980 decía así: «Los jueces, los funcionarios el Ministerio fiscal, los jefes militares, gubernativos o económicos que, durante el ejercicio de sus cargos, se mezclaren directa o indirectamente, en operaciones de agio, tráfico o granjería, dentro de los límites en los que ejerzan su jurisdicción, mando o función, serán castigados con la pena de suspensión por tiempo de seis meses a tres años y multa de tres a seis meses».

«Esta disposición no es aplicable a los que impusieren sus fondos en acciones de Banco o de cualquier empresa o sociedad siempre que no ejerzan en ellos cargo ni intervención directa, administrativa o económica».

El artículo 483 establecía: «La autoridad o funcionario público que ejerciere alguna profesión directamente relacionada con la esfera de sus atribuciones oficiales y prevaliéndose de su cargo interviniera directa o indirectamente en empresa o asociación privada con móvil de lucro, será castigado con las penas de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial por tiempo de diez a veinte años».

Y el art. 484 decía: «El funcionario público, que fuera de los casos admitidos en las leyes o reglamentos realice por sí o por persona interpuesta una actividad profesional o de asesoramiento permanente o accidental, bajo la dependencia o al servicio de entidades privadas o de particulares, en asunto en que deba intervenir o haya intervenido por razón de su cargo en los que se tramite, informen o resuelvan en la oficina o centro directivo en que estuviere destinado o del que dependa, será castigado con las penas de multa de seis a doce meses y suspensión de dos a seis años. En los supuestos de reincidencia, en lugar de la pena de suspensión se impondrá la de inhabilitación especial por tiempo de seis a dieciocho años».

El artículo 404 CPA era el único precepto que contenía el Capítulo XII titulado: «De las negociaciones prohibidas a los funcionarios» teniendo una redacción casi idéntica a la del art. 482 del Proyecto CP 1980. Y el art. 198 se encontraba en el Capítulo II del Título II (delitos contra la seguridad interior del Estado).

el art. 401.1 **no era un tipo de fraude** (así STS de 19 de Mayo de 1989, LA LEY n.º 10.228; STS 1436/1993, F.J. Tercero; STS 814/95, de 22 de junio, etc.).

El artículo 440 CP 95 se corresponde con el artículo 401.2 CPA; y el nuevo artículo 441 se corresponde con el artículo 484 del Proyecto de Código penal de 1980.

Se introduce en el nuevo Capítulo IX el artículo 442 que se corresponde con el artículo 368 del CPA —en su redacción conforme a la Ley Orgánica 9/1991, de 22 de marzo— relativa al delito de uso indebido de secreto o información privilegiada.

Y los artículos 443 y 444 CP se corresponden con los artículos 383 y 384 CP recogidos estos últimos en el Capítulo VIII del Título VII, rubricado «De las limitaciones a la libertad sexual», añadiendo la nueva disposición del actual artículo 445 que pone a salvo el castigo por los delitos contra la libertad sexual efectivamente cometidos.

En todos estos delitos constituye un denominador común —a pesar de su heterogeneidad¹⁹⁵— **el abuso del cargo o de la función pública** con la finalidad directa o indirecta, de obtener el funcionario **un beneficio económico, o de otro tipo** (fines distintos o contrarios a los generales¹⁹⁶), o si se quiere, **la utilización de la función pública para fines privados**¹⁹⁷.

En los artículos 439 y 441 el bien jurídico protegido lo constituye la imparcialidad de las resoluciones de la Administración que alcanzan a los ciudadanos¹⁹⁸; el interés que los ciudadanos poseen en que las autoridades y funcionarios 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.

¹⁹⁵ Así S. MIR PUIG denuncia la «heterogeneidad» del Capítulo IX actual: «Al agruparlos (se refiere a los arts. 443 a 445 relativos a la sollicitación sexual) ahora junto a las negociaciones y actividades de carácter económico en un mismo Capítulo, éste pierde homogeneidad» en «Nombramientos ilegales, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios y de los abusos en el ejercicio de su función», en «Los delitos de los funcionarios públicos en el Código penal de 1995», en Cuadernos de Derecho Judicial CGPJ, Madrid, 1996, p. 323. Vide también B. FEIJOO SÁNCHEZ, en «Comentarios al Código penal», ed. Civitas, 1997, p. 1166. También F. MORALES y M.ª José RODRÍGUEZ, «Comentarios al Nuevo Código Penal», p. 1909.

¹⁹⁶ Cfr. F. MORALES y M.ª José RODRÍGUEZ, ibídem.

¹⁹⁷ Cfr. B. FEIJOO SÁNCHEZ, op. cit., p. 1166.

¹⁹⁸ Cfr. S. MIR PUIG, op. cit., «Nombramientos ilegales, negociaciones ...» p. 324. Vide ORTS BERENGUER, en VIVES ANTÓN (coord.), «Comentarios al Código penal de 1995», Valencia 1996, p. 1866. B. FEIJOO SÁNCHEZ, op. cit., p. 1167. Ya QUE- RALT al estudiar el art. 401 CPA, entendía que se trataba de una vulneración del deber de imparcialidad: **más aún, el de parecer imparcial y no tomar interés en los asuntos** que afectan profesionalmente al funcionario. Derecho penal. P.E. Vol. II, pp. 610 y 614, 615 y 616.

En el artículo 442 —delito de uso indebido de un secreto o de información privilegiada— se protege la **igualdad de oportunidades** respecto a los demás ciudadanos¹⁹⁹. Y en los artículos 443 a 445 —solicitaciones sexuales— se protege la imparcialidad de las resoluciones de la Administración y el principio de igualdad²⁰⁰.

En todos estos preceptos se afecta el correcto funcionamiento de la Administración pública, en el *aspecto externo*, es decir, en relación con los ciudadanos (la **pureza de la Administración**).

Siguiendo a S. MIR PUIG, los tipos que se contienen en el nuevo Capítulo IX del Título destinado a los delitos contra la Administración pública pueden integrarse en cuatro grupos: I.— Participación indebida en negocios (arts. 439 y 440); II.— Actividad profesional o de asesoramiento incompatibles (art. 441); III.— Uso indebido de secreto o información privilegiada (art. 442); y IV.— Solicitación sexual (arts. 443 y 444).

I. PARTICIPACIÓN INDEBIDA EN NEGOCIOS O ACTUACIONES (arts 439 y 440)

A) Antecedentes

Los antecedentes inmediatos de dichos preceptos se encuentran en los artículos 417 y 418 del Proyecto de Código penal de 1994 y en los artículos 419 y 420 del Proyecto de Ley Orgánica de Código penal de 1992.

El artículo 439 CP 95 coincide literalmente con el artículo 417 del Proyecto de 1994, y se diferencia del artículo 419 del Proyecto de 1992 sólo en que éste tiene señalada además de la pena de multa de doce a veinticuatro meses, la pena de **suspensión** de empleo o cargo público, mientras que el art. 439 CP 95 y art. 417 del Proyecto de 1994 es de **inhabilitación especial**.

El artículo 440 CP 95 también contiene análogo contenido al del art. 418 del Proyecto de 1994 y el del art. 420 del Proyecto de 1992, si bien se distingue de estos dos últimos porque dice: «Los peritos, árbitros y contadores partidores **que se condujeren del modo previsto en el artículo anterior ...**» mientras que los artículos 418 y 420 decían ... «los peritos, árbitros y contadores **particulares** que realizaren la conducta prevista en el artículo anterior ...».

¹⁹⁹ Cfr. S. MIR PUIG, op. cit., p. 324.

²⁰⁰ *Ibidem*.

En el código penal anterior, el artículo 401.1 y 2 constituye el antecedente **mediato** de los nuevos artículos 439 y 440 respectivamente²⁰¹.

El artículo 401 decía así:

«El funcionario público que, directa o indirectamente, se interesare en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo, será castigado con las penas de inhabilitación especial y multa del tanto al triplo del interés que hubiere tomado en el negocio».

«Esta disposición es aplicable a los peritos, árbitros y contadores particulares, respecto de los bienes o cosas en cuya tasación, partición o adjudicación hubieren intervenido, y a los tutores o albaceas respecto de los pertenecientes a su pupilo o testamentarias».

Respecto del párrafo primero del art. 401 CPA, la doctrina y la jurisprudencia entendían que el tipo del art. 401 CPA, pese a estar comprendido dentro del Capítulo XI del Título VII, Libro II, que lleva por rúbrica «De los fraudes y exacciones ilegales», se desmarcaba del significado vulgar de fraude, pues no exigía la defraudación: ni engaño, maquinación o artificio, ni tampoco perjuicio o lesión patrimonial²⁰² (vide STS de 29 de mayo de 1989, STS 1436/1993, F.J. Tercero, STS 814/95, de 22 de Junio, etc.).

Se trataba de un **delito de mera o simple actividad**²⁰³ o de **mera conducta**²⁰⁴, en que cabe la tentativa (supuestos de comienzo de ejecu-

²⁰¹ Así X. ETXEBARRÍA en «Fraudes y exacciones ilegales» en «Delitos contra la Administración Pública», edición al cuidado de Adela Asúa, IVAP, Bilbao, 1997, p. 206, quien afirma: «Por otra parte, ha desaparecido de este Capítulo (del Capítulo VIII: «De los fraudes y exacciones ilegales») la incriminación de la conducta consistente en interesarse en un contrato —el llamado tipo básico de fraude— del precedente artículo 401, que se ubica, con un ámbito típico más restringido, en el artículo 439 del Capítulo IX: «De las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función». Su reubicación parece acertada ya que tal supuesto no necesariamente comporta un fraude a ningún ente público. En la mera acción de interesarse se produce únicamente una posible confusión de intereses públicos y privados ... No es necesario la producción de un perjuicio, ni el ánimo de causarlo ...».

También R. GÓMEZ GUILLAMÓN, «Código Penal», ed. Colex, 1.ª ed., 1996. Comentarios. Vide ORTS en «Comentarios ...», op. cit., p. 18678; B. FEIJOO respecto al art. 440 en relación al art. 401.2 CPA. Vide también F. MORALES y M.ª José RODRÍGUEZ. «Comentarios ...», op. cit., pp. 1910 y 1912.

²⁰² Así VIADA, CP., 4.ª ed. 1890, p. 680; QUINTANO, Curso, II, 1963, p. 513; PUIG PEÑA, III, 1969, p. 472; MANZANARES, en MANZANARES Y ALBACAR, CP., 1987, p. 858; MUÑOZ CONDE, PE, 1988, p. 738; RODRÍGUEZ DEVESA, PE, 1988, p. 1192 y ss.

²⁰³ Así RODRÍGUEZ DEVESA en «FRAUDE», en N.E.J. p. 145; QUERALT, Derecho Penal. PE, Vol. II, p. 165; MUÑOZ CONDE, p. 738; COBO/VIVES, P. E., 1988, p. 477; CUELLO, p. 466; RODRÍGUEZ MUÑOZ/JASO, P. E., 1949, p. 222, etc.

²⁰⁴ Así LUZÓN PEÑA, en «Actuación en interés propio en los fraudes de funcionarios del artículo 401 del Código penal». Comentario a la STS (Sala 2.ª) de 29 de mayo de 1989, en LA LEY, T. IV de 1989, quien matiza que «en algún caso será más bien delito

ción en que el sujeto se disponga inmediatamente a interesarse, por ejemplo, cuando el funcionario o la persona interpuesta por encargo suyo va a presentar la solicitud de concurrir a la contratación en el Registro y, por cerrar éste, o alguna otra razón, no puede presentarla).

Era un delito de **consumación anticipada**, no sólo en cuanto que basta que el funcionario tome interés propio (**ánimo de lucro**) aunque no llegue a conseguir el beneficio, sino además, en cuanto que basta con que se **interese particularmente** en operación en la que luego va a tener que intervenir oficialmente: ya en ese momento se produce la consumación.

No se requería un efectivo perjuicio patrimonial para la Administración, ni el propósito de perseguirlo, porque el bien jurídico protegido es preservar la integridad y rectitud del funcionario al resolver, **garantizar su imparcialidad** frente a los administrados en general y frente a los competidores ofertantes en las contrataciones en particular. Es decir, es el interés que los ciudadanos poseen en que los funcionarios **no se mezclen en actividades lucrativas** que pueden condicionar la adopción de resoluciones partidistas o la orientación de la función pública al servicio de su enriquecimiento personal. (SSTS 29.5.89, 24.9.91, 5.3.92, 28.11.92, 30.11.93, 8.2.94, 14.5.94, RA. 3707 etc.).

En cuanto a la conducta típica consistía en que el funcionario público, directa o indirectamente (por persona interpuesta) se **interesare en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo ...**, castigándose con inhabilitación especial y multa del tanto al triplo **«del interés»** que hubiera tomado en el negocio.

Interesarse en el contrato u operación significa «tomar interés» (propio) en «el negocio», como dice el inciso final del párrafo primero, cuya utilización del «interés» como base de la cuantía de la multa indica que el mismo ha de ser **evaluable económicamente**, es decir, que la conducta debe consistir en intentar obtener beneficio de carácter económico²⁰⁵ (vide STS de 5 de Marzo de 1992, que se refiere a cualquier actividad de naturaleza económica).

En la doctrina se discutía si el interés debía ser **personal del funcionario**²⁰⁶, o podía ser de otras personas (parientes próximos) (así PA-

de conducta pasiva u omisiva, al dejar el funcionario que otros concurren a la operación, sabiendo que le puede beneficiar a él.

²⁰⁵ Así PUIG PEÑA, op. cit., pp. 472 y ss.; RODRÍGUEZ DEVESA, op. cit., pp. 1193 y 1194; LUZÓN CUESTA, P. E., 1987, p. 278; MANZANARES, op. cit., p. 358; COBO y ORTS, P. E., 1988, p. 477; MUÑOZ CONDE, P. E., 1988, p. 738. En cambio en contra QUERALT, op. cit., pág. 615 quien entiende que el interés puede ser obtener una ventaja no económica —puesto de trabajo para un familiar, por ejemplo—.

²⁰⁶ La doctrina mayoritaria entendía siguiendo a GROIZARD de que siendo el interés directo o indirecto, para serlo tenía que ser **siempre personal del funcionario** (interés propio). Vide GROIZARD, CP, IV, 1891, p. 304 (1912, p. 338); CUELLO, op. cit., p.

CHECO, SÁNCHEZ TEJERINA, PUIG PEÑA), prevaleciendo **mayoritariamente** la primera posición doctrinal.

Finalmente el objeto del interesarse lo era **cualquier clase de contrato u operación** en que el funcionario debiera intervenir por razón de su cargo, lo que implicaba una cláusula extensiva, abierta (*numerus apertus*), por lo que podría afirmarse, como hacía QUERALT, que el art. 401 constituía un **delito de medios indeterminados con descripción típica abierta, que permite englobar cualquier operación económica** (STS 22.11.1971).

Esta última sentencia, así como la de 5 de marzo de 1992, entienden como **sinónimo de negocio u operación, cualquier actividad (económica)**.

En cuanto al párrafo segundo del artículo 401 constituye una cláusula de **extensión** de la tipicidad a personas que no son funcionarios a efectos penales, pero que ostentan una posición jurídica especial o tienen deberes jurídicos especiales, a quienes se les prohíbe interesarse directa o indirectamente en cualquier clase de negocio jurídico respecto de las **cosas o bienes en cuya tasación, partición o adjudicación hayan intervenido** (los peritos, árbitros y contadores particulares) o respecto de los bienes pertenecientes a sus pupilos o testamentarias (los tutores y albaceas²⁰⁷).

Al no ser el sujeto activo un funcionario público en el ejercicio de su cargo, el delito no ataca directamente el bien jurídico de la Administración Pública. Aquí se protege indirectamente el **patrimonio de los particulares**, no la función pública, frente a comportamientos contrarios a deber de tutores o albaceas o frente a tasaciones de peritos, particiones hechas por árbitros o adjudicaciones llevadas a cabo por contadores.

466, nota 1; MANZANARES, op. cit., p. 858; MUÑOZ CONDE, op. cit., pp. 738 y 739; RODRÍGUEZ DEVESA, op. cit., p. 1194, etc.

Que el interés ha de ser **propio y económico** lo confirma el que el inciso final del 401, 1.º fije la multa en proporción al «interés» que hubiere **tomado en el negocio**, giro que implica tomar un interés personal y no meramente mostrar interés o preferencias por otros (cónyuge, parientes, amigos, etc. —salvo que se tenga vinculación económica con la persona allegada en que la intervención del funcionario sería también en interés propio, por ejemplo, cónyuge en régimen de gananciales, amigo, socio, etc.—).

²⁰⁷No es preciso que el perito tenga título de tal. PUIG PEÑA, op. cit., p. 362 y STS de 25 de junio de 1886 (dos labradores que tasaron judicialmente unos inmuebles).

Debe versar sobre **cosas en cuya partición intervenga el contador**, por ello la STS de 28.5.29 declaró no constituir este delito la conducta del contador partidario nombrado para el supuesto de que previamente falleciera el albacea y que compró a éste algunos bienes de testamentaria).

B) El artículo 439 CP 95

Dice así:

«La autoridad o funcionario público que, debiendo informar, por razón de su cargo, en cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad, se aproveche de tal circunstancia para forzar o facilitar cualquiera forma de participación, directa o por persona interpuesta, en tales negocios o actividades, incurrirá en la pena de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a cuatro años».

Se aparta este delito del capítulo de los fraudes de acuerdo con la jurisprudencia que venía reiterando que es figura (el art. 401 CP) que «se desmarca del significado vulgar del término fraude» (S. 814/95, de 22 de junio).

Cambia la redacción respecto del artículo 401 CPA. Veámoslo.

a) *Sujeto activo*

Es la autoridad o funcionario público, a efectos penales (art. 24 CP) que deba informar por razón de su cargo en un contrato, asunto, operación o actividad.

Ha de existir un estricto deber de informar, y no sólo la posibilidad de hacerlo²⁰⁸ por parte del funcionario (así, pues, para ser autor el tipo exige no sólo la condición penal de funcionario público o autoridad, sino además que deba informar en el ejercicio de su cargo o de sus funciones, es decir que sea competente, al menos, genéricamente en un contrato, asunto, operación o actividad).

Dicho deber debe venir impuesto por el ordenamiento jurídico²⁰⁹, en sentido amplio (principios jurídicos, práctica administrativa, acuerdos de órganos colectivos, circulares, órdenes legítimas de un superior jerárquico, disposición legal o reglamentaria, etc.²¹⁰).

Respecto del término «informar» que utiliza el legislador de 1995, —el artículo 401 CPA utilizaba el término «intervenir»—, cabe decir que puede ser interpretado en sentido amplio como sinónimo de «enterar», «dar noticia de una cosa» o en sentido estricto como «emitir dictamen un cuerpo consultivo o persona competente²¹¹».

Si se adopta esta última interpretación —más acorde con el lenguaje iusadministrativista— el término «informar» es más restrictivo que el término «intervenir», pues se puede intervenir en un contrato de muchas

²⁰⁸ Cfr. S. MIR PUIG, op. cit., p. 325.

²⁰⁹ Así ORTS BERENGUER, «Comentarios ...», op. cit. p. 1866.

²¹⁰ Así S. MIR PUIG, op. cit., p. 325.

²¹¹ Cfr. Diccionario Ideológico de la lengua española de Julio Casares.

maneras (así como parte decisoria, como informador, etc.); en cambio, no ocurre lo mismo al revés, el que informa no interviene normalmente como parte decisoria. De este modo el ámbito típico del artículo 439 CP sería **más restringido** que el del art. 401 CP, pues solamente podría ser sujeto del delito del art. 439 el funcionario público o autoridad que fuera competente para informar (no para decidir).

Sin embargo, dicha interpretación restrictiva del término «informar» no se compadece bien con los antecedentes históricos (el art. 401 CPA se refería al funcionario que debiera **intervenir** por razón de su cargo, incluyendo al que tuviera facultades decisorias), ni con las exigencias político-criminales (parece que no tendría sentido político-criminalmente dejar fuera del precepto al funcionario que debiera decidir por razón de su cargo en un contrato²¹²).

Por todo ello, parece que, en realidad, lo que el legislador ha querido ha sido todo lo contrario, es decir, **ampliar el círculo de autores del delito del artículo 439 CP**, no sólo a los funcionarios con **competencia decisoria** sino también a los que **deben informar en un contrato**. De este modo el término informar sería utilizado en sentido **muy amplio**, que incluiría al funcionario decisor, es decir, a cualquier interviniente —incluido el informante— en un contrato.

En cuanto al objeto de la información, el precepto, aunque primero se refiere a cualquier **clase de contrato, asunto, operación o actividad**, luego lo reduce a **negocios o actuaciones** (al decir: «en tales negocios o actuaciones»).

Parece ser, atendidos los antecedentes del precepto —el artículo 401 CPA— que dichos negocios o actuaciones han de tener un **contenido económico** (así la STS 23.2.93, RA. 1525, que afirma que el funcionario pretende obtener un beneficio, mencionando el art. 419 del Proyecto del CP de 1992, de contenido análogo al actual art. 439 CP 95), aunque es cierto que en el artículo 439 CP, ya no se determine la cuantía de la pena de multa en base al **interés** que hubiere tomado el funcionario en el negocio —argumento aducido por la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia para concluir que el interés debía de ser económico o **evaluable económicamente**²¹³—, sino que se castiga con la pena de multa por

²¹² Así Rogelio Gómez Guillamón, en CÓDIGO PENAL, 1.ª edición 1996. Comentarios y Jurisprudencia. Editorial Cóllex 1996, quien al comentar el artículo 439 CP dice: «En lugar de "intervenir por razón del cargo" se utiliza la forma posiblemente más extensa, de "informar"». (vide p. 642). Así también, F. MORALES y M.ª José RODRÍGUEZ, op. cit. p. 1911.

²¹³ Así y con ese argumento, PUIG PEÑA, op. cit., pp. 472 y ss.; RODRÍGUEZ DEVESA, op. cit., pp. 1193 y 1194; LUZÓN CUESTA, P. E., 1987, p. 278; MANZANARES, op. cit., p. 858; COBO y ORTS, P. E., 1988, p. 477; MUÑOZ CONDE, P. E., 1988, p. 738.

el sistema de días-multa, o sea con la pena de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a cuatro años.

Sin embargo, no cabe descartar que el término «actuaciones», como contrapuesto a «negocios», pueda referirse a actividades de carácter no económico, o de consecuencias no económicas, pues no cabe desconocer que el Capítulo en que ahora se encuentra el artículo 439 reúne tanto, abusos económicos como de otra índole (sexuales) —mientras que antes se recogía en un Capítulo destinado a los fraudes y exacciones ilegales», conceptos estrictamente económicos^{214 215}—.

b) *Conducta típica*

Consiste en que el sujeto activo se aproveche de la circunstancia de tener que informar «para forzar o facilitarse cualquier forma de participación, directa o por persona interpuesta en tales negocios o actividades.

Se exige, pues, en primer término que el funcionario se aproveche de la circunstancia de su actuación oficial —radicando en este aprovechamiento o utilización de la función pública para la obtención de fines privados o particulares, el abuso de poder, el abuso en el ejercicio de su función pública— (lo que restringe el ámbito típico).

La expresión «se aproveche», puede ser entendida además en el sentido de exigir una **intención directa** de procurarse la participación en el negocio actividad. Ello excluiría el dolo directo de segundo grado, o por lo menos, el eventual²¹⁶.

El verbo «forzar» parece que debe ser interpretado en el sentido de **presionar, influir intensa y vigorosamente**²¹⁷, pues si la participación se impone mediante **amenazas** constituiría, además del delito del art. 439, uno de amenazas condicionales castigado con la pena mucho más grave (art. 169 ss. CP), en concurso de delitos, ideal o medial (art. 77 CP); y si la participación se consigue mediante **violencia**, constituiría

También la jurisprudencia del Tribunal Supremo. SSTs de 21.11.71. RA 5222, 5.3.92, 14.5.94, RA 3703.

²¹⁴ Así S. MIR PUIG, op. cit., pp. 325 a 327.

²¹⁵ Además, puede constituir otro argumento a favor de esta última interpretación que la actividad de asesoramiento del funcionario en el artículo 441 no tiene que ser necesariamente retribuida.

²¹⁶ Cfr. S. MIR PUIG, op. cit., p. 326.

²¹⁷ Así ORTOS BERENGUER, «Comentarios ...», op. cit., p. 1867.

además un delito de coacciones (art. 172 CP), también en concurso ideal o medial de delitos²¹⁸.

El término «facilitarse» equivale a **hacer posible o proporcionarse** la participación²¹⁹.

La acciones de participar puede ser interpretada como cualquier forma de intervención en el negocio o actividad dirigida a obtener un **interés personal**, sin embargo, no es necesario que se obtenga de manera efectiva el citado beneficio personal (normalmente económico), ni tampoco que se cause un efectivo perjuicio patrimonial a la Administración Pública —la oferta puede ser ventajosa incluso— (SSTS 29 de Mayo de 1989, LA LEY 10.228. T.1989-4: 8 de Febrero de 1994, RA 670; 28 de Septiembre de 1995, RA 7493).

Para la consumación ha de tener lugar la consecución efectiva de alguna forma de participación en el negocio o actividad, (por ejemplo, presentar el funcionario su oferta para concurrir a la contratación correspondiente²²⁰) y puede buscarse la participación personalmente por persona interpuesta. (STS 28.6.93). Se trata, al igual que el anterior artículo 401 CPA, de un delito de **consumación anticipada**, en cuanto que basta con que se facilite cualquier forma de participación en el negocio o actividad en la que luego va a tener que intervenir oficialmente; ya en ese momento se produce la consumación, aunque luego el funcionario, por enfermedad, por cese, por ser descubierto, por anulación de la convocatoria, etc, no llegue a poder resolver o intervenir de otro modo oficialmente en la operación, e incluso, aunque, tras haberse interesado particularmente en el negocio o actividad, luego el funcionario, por miedo a ser descubierto o por amenazas, etc, acabe actuando o resolviendo de otro modo contrario a su interés particular.

Se anticipa el núcleo típico al facilitarse cualquier forma de participación en el futuro negocio o actividad²²¹.

²¹⁸ S. MIR PUIG, op. cit., p. 326 afirma que el término «forzar» es **innecesario** porque no es preciso forzar la participación para realizar el tipo: basta «facilitarse» dicha participación por cualquier otro medio; y es **perturbador** porque sería erróneo pensar que la mención del «forzar» en el art. 439 desplaza, en virtud del principio de especialidad, los delitos de amenazas condicionales y de coacciones.

²¹⁹ Cfr. ORTS, op. cit., p. 1867.

²²⁰ Como dice S. MIR PUIG, op. cit., p. 327: «Resultaría forzada y difícilmente comprensible otra interpretación que concibiese el tipo como «mutilado de dos actos», exigiendo sólo la realización del verbo «se aproveche» y considerando en cambio suficiente que la expresión «para forzar o facilitarse cualquiera forma de participación» requiriese únicamente un elemento subjetivo del tipo, un objetivo final que no fuera necesario conseguir. ¿qué sería el **aprovecharse** si no se entiende precisamente como el resultado de la efectiva consecución de alguna forma de participación? Advuértase que la Ley no se contenta con que el sujeto se aproveche para **intentar** forzar o facilitarse la participación, sino para forzar o facilitarse la misma».

²²¹ Vide LUZÓN PEÑA, respecto del art. 401 CPA en «Actuación en interés propio

Se trata de un delito de mera conducta (actividad u omisión) o si se quiere de simple actividad y no de resultado, pues la actividad y resultado se producen **simultáneamente**, sin que exista una separación o distancia espacio temporal entre la actividad y el resultado (GIMBERNAT).

Y es un **delito especial propio**, de modo que sólo puede ser autor de este delito la autoridad o funcionario público competente por razón de su cargo para informar y decidir en un contrato o actividad, pudiendo castigarse a los extraneus en concepto de inducción o cooperación necesaria o no de este delito, con la atenuante analógica de no ser funcionario público que reúna las condiciones de autoría del presente delito.

Finalmente puede decirse, como afirman F. MORALES y M.^a José RODRÍGUEZ: «el injusto típico se limita al incumplimiento del deber de abstención del funcionario, con independencia de la efectiva repercusión de tal incumplimiento en el proceso de motivación o decisión del funcionario ^{222, 223}».

C) El artículo 440 CP

Dice así: «Los peritos, árbitros y contadores partidores que se condujeran del modo previsto en el artículo anterior respecto de los bienes o cosas en cuya tasación partición o adjudicación hubieran intervenido, y los tutores, curadoras o albaceas respecto de los pertenecientes a sus pupilos o testamentarias, serán castigados con la pena de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, guarda, tutela o curatela, según los casos, por tiempo de tres a seis años».

Este precepto, como ya se ha dicho más arriba, no tiene nada que ver con la función pública, pues los sujetos activos no son funcionarios públicos a efectos penales. Se protege indirectamente el **patrimonio particular** de las personas en cuya tasación, partición o adjudicación hubieran intervenido los peritos, árbitros y contadores partidores, o de los pu-

en los fraudes de funcionarios del artículo 401 del Código Penal». Comentario a la STS (Sala 2.^a) de la Sentencia de 29 de mayo de 1989, en LA LEY (T. 4 de 1989), p. 420.

Cabe la tentativa (comienzo de ejecución) Ej.: cuando el funcionario o la persona interpuesta por encargo suyo va a presentar la solicitud de concurrir a la contratación en el Registro y por cerrar éste o alguna otra razón, no puede presentarla. Así también, ORTS, op. cit., p. 1867.

²²² Cfr. F. MORALES y M.^a José RODRÍGUEZ, «Comentarios ...», op. cit., p. 1911.

²²³ Se distingue del delito de cohecho, en que el funcionario público en el artículo 439 CP pretende obtener un beneficio del negocio o actividad en cuyas actividades se introduce o participa, es decir, participar en el negocio, inmiscuirse en él, mientras que en aquéllos se castigan los actos de los funcionarios que, desde fuera del negocio o actuación, sin estar implicados en ellos, se limitan a pedir u obtener beneficio (STS 23 de febrero de 1993, RA. 1525).

pilos y testamentarias respecto de los tutores, curadores o albaceas, que actúan de forma contraria a deber.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo al interpretar el anterior artículo 401.2 CPA había asimilado dichos sujetos activos a los funcionarios públicos, afirmando la STS de 30 de octubre de 1993, RA. 8000: «Constantemente subraya la doctrina jurisprudencial de esta Sala que el bien jurídicamente tutelado o protegido en este tipo delictivo no es de carácter patrimonial, sino la moralidad en la actuación del funcionario: lo que importa al legislador es preservar la integridad del funcionario (STS 13.3.93, RA 2258). De manera asimismo constante la jurisprudencia (SSTS 16.5.90, RA 3931, 24.9.91, RA 6567, 12 de octubre y 28 de noviembre de 1992, RA 9557) señala que es el bien jurídicamente tutelado o protegido el preservar la integridad y rectitud del funcionario. **La trascendencia de que exista transparencia en la actuación de las personas públicas frente a los administrados...**».

a) *Sujeto activo*

Lo constituyen los peritos, árbitros y contadores partidores que hubieren intervenido en la tasación, partición o adjudicación de bienes o cosas, y los tutores, curadores o albaceas, pudiendo actuar por sí o por persona interpuesta.

b) *Conducta típica*

Consiste en aprovechándose de su condición **forzar o facilitarse cualquier forma de participación en los bienes o cosas en cuya tasación, partición o adjudicación hubieran intervenido** (los peritos, árbitros y contadores partidores), o en los bienes de sus **pupilos o testamentarias** (los tutores, curadores o albaceas).

Se trata de un **delito de mera conducta** que se consuma con la mera consecución efectiva de cualquier forma de participación en los referidos bienes, aunque no se haya obtenido el beneficio perseguido, ni se haya causado perjuicio efectivo alguno al patrimonio particular de las personas afectadas por su actuación (los titulares de los bienes tasados, partidos o adjudicados, sus pupilos o testamentaria).

Cabe concurso ideal o medial de delitos con la estafa (así cuando el perito tasa los bienes con un valor inferior al real y luego los adquiere).

II. EL ARTÍCULO 441 CP

Dice así: «la autoridad o funcionario público que, fuera de los casos admitidos en las Leyes o Reglamentos, realizare, por sí o por

persona interpuesta, una actividad profesional o de asesoramiento permanente o accidental, bajo la dependencia o al servicio de entidades privadas o de particulares, en asunto en que deba intervenir o haya intervenido por razón de su cargo, o en los que se tramiten, informen o resuelvan en la oficina o centro directivo en que estuviere destinado o del que dependa, incurrirá en las penas de multa de seis a doce meses, y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años».

Dicho precepto procede del artículo 484 del Proyecto del Código Penal de 1980, que añadió dicha disposición a los textos —con ciertas modificaciones— de los artículos 404 y 198 del CPA, y que tiene su origen en parte en el artículo 83, 2.º, bajo la sección 2.ª «INCOMPATIBILIDADES» de la Ley de funcionarios civiles del Estado de 7 de febrero de 1964²²⁴.

El injusto del presente delito lo constituye la infracción o violación grave de la incompatibilidad, por encima de la correspondiente falta administrativa²²⁵.

Se trata de un delito de peligro (una puesta en peligro del principio de imparcialidad en el ejercicio de funciones públicas).

Este delito pretende evitar la posible confluencia de intereses públicos y privados, que puedan, directa o indirectamente, incidir en el ejercicio de sus funciones²²⁶.

En realidad, el legislador ha elevado a la categoría de delito meras infracciones disciplinarias, teniendo en cuenta su especial gravedad para el correcto funcionamiento de la Administración Pública, en un intento de potenciar el principio de imparcialidad en el ejercicio de las funciones públicas, con la fuerza preventiva que caracteriza a la sanción penal, atendidos los numerosos casos de infracción de la normativa de incompatibilidades por parte de los funcionarios públicos, en que la sanción administrativa acaso ha devenido ineficaz²²⁷.

²²⁴ El art. 83.2.º dice así: «El funcionario no podrá ejercer actividades profesionales o privadas, bajo la dependencia o al servicio de otras entidades o particulares en los asuntos en que esté interviniendo por razón del cargo, ni en los que estén en tramitación o pendientes de resolución de la oficina local, centro directivo o Ministerio donde el funcionario estuviera destinado, adscrito o del que dependa».

²²⁵ Citamos la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1992.

²²⁶ Así, F. MORALES y M.ª José RODRÍGUEZ PUERTO, «Comentarios ...», op. cit., p. 1913.

²²⁷ F. MORALES y M.ª José RODRÍGUEZ abogan «de lege ferenda» por transferir al Derecho Administrativo la solución de esta clase de conflictos». «Comentarios ...», p. 1913.

a) *Sujeto activo*

Lo constituye la autoridad o funcionario público a efectos penales (art. 24 CP).

b) *Conducta típica*

La constituye la realización de una actividad profesional o de asesoramiento permanente o accidental, bajo la dependencia o al servicio de entidades privadas o particulares, siendo el **objeto** de dicha actividad, un asunto en que deba intervenir el sujeto o en que haya intervenido por razón de su cargo, o que se tramite, informe o resuelva en la oficina o centro directivo en que estuviere destinado o del que dependa aquél.

Dicha conducta típica es mucho más **concreta** que la del anterior artículo 198 CPA —mucho más amplio—, que castigaba todo ejercicio profesional de la autoridad o funcionario **relacionado** con la esfera de sus atribuciones oficiales²²⁸.

Aquí el art. 441 CP sólo castiga la actividad profesional o el asesoramiento que tenga por objeto un asunto en que deba intervenir o haya intervenido el sujeto por razón de su cargo o que se tramite, informe o resuelva en la oficina o centro directo en que estuviere destinado o del que dependa. No es necesario, pues, que el asunto requiera la intervención del sujeto por razón de su cargo o que de hecho esta intervención se haya producido. Basta que el asunto sea de los que corresponden a la oficina o centro directo en que esté destinado o de que dependa el sujeto²²⁹.

La actividad típica puede ser tanto **profesional** —que implica la finalidad de obtener ingresos— como de **asesoramiento** —que puede ser retribuido o no— pudiendo ser ambas permanentes o accidentales.

Quedan fuera del tipo **los casos admitidos en las Leyes o Reglamentos**, por expresa referencia del precepto, que la convierte en una ley penal en blanco, la determinación de cuyo supuesto de hecho exige la puesta en relación con las normas extrapenales que regulan el régimen

²²⁸ Asimismo se destipifica la intervención directa o indirecta en actividades lucrativas al margen de la actuación pública. Ya QUERALT decía que la amplitud (de esa segunda modalidad típica del art. 198 CP) es **excesiva**: va más allá de la propia Ley de Incompatibilidades, pues ésta requiere que la empresa o actividad particular en la que toma parte el funcionario tenga que ver con la función pública, ya sea mediante identidad o similitud de objetivos (una empresa de seguridad para un policía, un bufete de abogados para un letrado público...), o sea beneficiaria de algún modo de la actuación pública (las empresas concesionarias o contratistas...). Por otro, puede resultar **corta**: requiere ánimo de lucro, cosa que no exige, aunque por lo general estará presente, la legislación sobre incompatibilidades. «Derecho Penal». P.E. Vol. II, pp. 610 y 611.

²²⁹ Así S. MIR PUIG, op. cit., p. 329.

de incompatibilidades de la función pública y sus excepciones (así la Ley 53/1984, de 26 de Diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, la ley 25/1983, de incompatibilidades de altos cargos, el RD 598/1985, de 30 de abril, sobre incompatibilidades del Personal al Servicio de la Administración del Estado, de la Seguridad Social y de los Entes, Organismos y Empresas dependientes, los artículos 389 y ss. de la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, de 1 de julio y 16/1994, de 8 de noviembre, art. 57.6 y 8 del Estatuto del Ministerio Fiscal, artículo 19.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, etc.²³⁰).

La suposición errónea de que existe autorización legal o reglamentaria de la actividad profesional o asesoramiento constituye un **error de tipo** (error sobre un **elemento normativo del tipo**), con el tratamiento penal del artículo 14.1 CP (si es invencible, impunidad; y si es vencible, también impunidad, al no castigar el nuevo Código Penal expresamente la modalidad imprudente (sistema de *numerus clausus* de la imprudencia (art. 12 del Código penal²³¹)).

²³⁰ Es discutible si la expresión «fuera de los casos admitidos en las Leyes o Reglamentos» constituye una causa de atipicidad o de justificación. Parece más bien lo primero, pues como dice S. MIR PUIG «en realidad la justificación de la conducta habría tenido efecto igualmente aún sin esta cláusula negativa, por la vía de la eximente general de ejercicio de un derecho (art. 20.7.º CP). Esta consideración podría servir como argumento favorable a conceder a esta cláusula un papel que vaya más allá de recordar lo ya previsto por la eximente general: si no sirvieran para condicionar la propia tipicidad del delito resultarían inútiles y, por tanto, difíciles de explicar».

²³¹ S. MIR PUIG, tras distinguir entre **elementos normativos sociales** y **elementos normativos jurídicos** (que a su vez, pueden subdividirse en elementos valorativos y elementos referidos a un sentido —ejemplo de elemento normativo jurídico valorativo: el término «delito» del art. 22.8.ª CP, y de elemento normativo jurídico referido a sentido, el término «ejecutoriamente» del art. 20.8.ª CP; ejemplo de elemento normativo social valorativo, el término «exhibiciones obscenas» del art. 185 CP; y ejemplo de elemento normativo social referido a sentido el concepto «secreto» del art. 417 CP—) y poner de manifiesto que respecto a los elementos normativos jurídicos se oscurece la frontera que separa el error de tipo del error de prohibición, apunta la solución de la doctrina dominante en Alemania (gracias a ROXIN) de distinguir en la leyes penales en blanco entre el desconocimiento de la **norma complementaria** y el de su **supuesto de hecho**: en el primer caso habría **error de prohibición**, y en el segundo caso **error de tipo**, con el tratamiento propio de los artículos 14.3 CP —error sobre la **ilicitud del hecho**—, y 14.1 «error sobre un **hecho** constitutivo de la infracción penal». (vide «La disinción de error de tipo y error de prohibición en derecho penal». Cuadernos de Derecho Judicial, 1993 CGPJ XVIII-XX págs. 202 y ss.).

Y en otro trabajo, «Nombramientos ilegales, negociaciones y actividades prohibidas...», op. cit., p. 330 afirma: «La cláusula negativa (fuera de los casos permitidos por las leyes y Reglamentos) puede verse también como expresiva de un **elemento de valoración global del hecho** a la medida que remite directamente a la ausencia de prohibición de la conducta. Según un sector importante de la doctrina, en este caso debería distinguirse sobre la **base fáctica** del elemento o sobre la **admisión jurídica** misma de la conducta. La primera clase de error sería de tipo, pero la segunda sería de prohibición. Así, por

c) *Tipo subjetivo*

Se trata de un delito estrictamente doloso —al menos por dolo eventual—, no castigándose la modalidad imprudente (art. 12. CP).

No se exige ningún elemento subjetivo del injusto, como por ejemplo el **ánimo de lucro**, que sí se exigía en el artículo 198 CP, aunque lo normal será que el sujeto se mueva con el propósito de obtener un beneficio económico (así en la actividad profesional, pero no necesariamente en el asesoramiento que puede ser no retribuido).

d) *Consumación*

El delito se consuma mediante la realización de una actividad profesional o de asesoramiento **paralelos**, que implique infracción de las normas de incompatibilidades (siempre que la actividad o asesoramiento sean realmente incompatibles, pues de ser compatibles y faltar la autorización debida por el órgano competente para compatibilizar la actividad privada con la pública, la realización de la actividad o asesoramiento paralelos, dará lugar como máximo a una infracción disciplinaria administrativa).

Se trata, pues, de un **delito de peligro**, en que se produce un adelantamiento de las barreras de intervención penal, sin necesidad de que se produzca en este delito ninguna incidencia efectiva de la actividad privada en los asuntos públicos, pues de producirse tal incidencia vendrían en aplicación otros delitos (por ejemplo, el delito de prevaricación, de darse sus elementos típicos, o el de revelación de secretos, etc.).

III. USO INDEBIDO DE SECRETO O INFORMACIÓN PRIVILEGIADA. EL ARTÍCULO 442 CP

Dice así: «La autoridad o funcionario público que haga uso de un secreto del que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo, o de una información privilegiada, con ánimo de obtener un beneficio económico para sí o para un tercero, incurrirá en las penas de multa del tanto al triplo del beneficio perseguido, obtenido o facilitado e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a cuatro años. Si obtuviere el beneficio perseguido se

ejemplo, si el error supone desconocer que el asunto sobre el que recae la actividad de asesoramiento es uno de los que corresponde a la oficina del funcionario sería de tipo: pero si el error consistiera en que cree que la ley admite la compatibilidad en un caso (fácticamente bien percibido) en que no la admite, sería de prohibición ...».

impondrán las penas en su mitad superior. Si resultara grave daño para la causa pública, o para tercero la pena será de prisión de uno a seis años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público de siete a diez años».

A) Antecedentes

Los antecedentes inmediatos se encuentran en el artículo 395 del Proyecto del Código Penal de 1994, ubicado en el Capítulo IV: «De la infidelidad en la custodia de documentos y de la violación de secretos», inmediatamente después del delito de revelación de secretos funcional (art. 394)²³², al igual que en el artículo 400 del Proyecto de 1992, de redacción análoga, y en el artículo 368 del CPA, redactado conforme a la Ley Orgánica 9/1991, de 22 de marzo.

En el nuevo Código Penal ahora el uso de información privilegiada por funcionario público pasa a ubicarse en el Capítulo IX: «De las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y, de los abusos en el ejercicio de su función».

Ya el Grupo Popular había presentado la Enmienda número 435 al Congreso en la que se consideraba que el art. 395 del Proyecto de 1994 se hallaba mejor situado en el Capítulo IX del Título relativo a los delitos contra la Administración pública por razones de sistemática²³³, al entenderse que en dicho delito no hay revelación de secreto, sino una de las conductas que se incluyen en la rúbrica del Capítulo IX.

²³²El artículo 395 del Proyecto de 1994 decía así: «La autoridad o funcionario público que haciendo uso de un secreto de que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo, o de una información privilegiada, obtuviere un beneficio económico para sí o tercero, será castigado con las penas de multa del tanto al triple del beneficio obtenido o facilitado e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a cuatro años. Si resultare grave daño para la causa pública o para tercero, la pena será de prisión de uno a seis años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años. A los efectos de este artículo se entiende por información privilegiada toda información de carácter concreto que se tenga exclusivamente por razón del oficio o cargo público y que no haya sido notificada, publicada o divulgada».

²³³Vide LEY ORGÁNICA DEL CÓDIGO PENAL. «Trabajos Parlamentarios». T. I, p. 987. Cortes Generales. Madrid, 1996.

A dicha Enmienda del PP se opuso el grupo parlamentario socialista. El señor Cuesta Martínez afirmó: «Es un tema opinable. Por ejemplo, hasta qué punto el cohecho o la prevaricación no es también una negociación prohibida a los funcionarios, cuando intentan decir que la información privilegiada es una negociación prohibida a los funcionarios. Es un tema opinable, como digo. En todo caso parece, que la ubicación sistemática del delito de tráfico de información privilegiada que se hace en el proyecto es la correcta.

La Ponencia eliminó el artículo 410 del Proyecto de 1995 —correspondiente al artículo 395 del Proyecto de 1994— pasando el mismo texto al artículo 434 bis del Proyecto de 1995 al aceptar la Enmienda 660 del G. Popular al Senado.

A) Sujeto activo

Es la autoridad o funcionario público (art. 24 CP) a efectos penales que tenga conocimiento de un secreto **por razón de su oficio o cargo**, o de una información privilegiada.

B) Conducta activa

a) Consiste el **tipo básico en hacer uso de un secreto o información privilegiada**, con ánimo de obtener un beneficio económico para sí o para un tercero.

Dicha redacción que se aparta de la del artículo 395 del Proyecto de 1994 —así como del artículo 389 CPA introducido por la LO 9/1991— procede de la Enmienda número 387 del Grupo Socialista al Senado, aprobada por mayoría y recogida por la Ponencia.

En efecto, en estos últimos preceptos la conducta típica básica consistía en que el sujeto activo «haciendo uso de un secreto o de una información privilegiada, **obtuviere un beneficio económico** para sí o tercero...».

Ya el Grupo de Izquierda Unida, había presentado en el Congreso la Enmienda número 806 defendida por el Sr. López Garrido —que entonces fue rechazada— en la que se solicitaba la modificación de los artículos 395, 406 y 407 —estos dos últimos referidos al tráfico de influencias— en el sentido de que se sustituya la expresión «**obteniendo un beneficio**» por la de «**con el fin de obtener un beneficio**» en los tres preceptos (págs. 317 y 990 y 991. LEY ORGÁNICA DEL CÓDIGO PENAL. TRABAJOS PARLAMENTARIOS. Cortes Generales. Vol. I).

En la redacción del art. 395 del Proyecto de 1994 aparecía la necesidad de la producción de un **resultado** de obtención de beneficio económico, lo que podía constituir una importante limitación de dicho precepto en la limpieza de la vida económica y la vida pública, y ello porque dicho resultado de obtención de beneficio económico podría ser interpretado como una **condición objetiva de punibilidad**, es decir, no formando la obtención del beneficio parte del núcleo típico de modo que de no obtenerse beneficio económico resultarían **impunes** las formas de imperfecta realización, como la **tentativa**²³⁴, máxime si se partía de que el

²³⁴El artículo 395 del Proyecto de 1994, pasó a ser el artículo 410 del Proyecto de 1995 redactado por el Pleno del Congreso, en el que se incluyó al final: «La tentativa será punible». Vide. LEY ORGÁNICA DEL CÓDIGO PENAL. Trabajos Parlamentarios. T. II. Cortes Generales, p. 1642. También pp. 990 y ss. T. I; y p. 1792, en que figura la enmienda número 387 al Senado del Grupo Socialista, y p. 1948. La enmienda 387 se justifica diciendo: «Se propone penar el uso de información privilegiada con ánimo de lucro propio o de un tercero, con independencia de si éste se obtuviere o no. Estamos ante

bien jurídico protegido no es en el art. 395 del Proyecto de 1994 el enriquecimiento injusto, sino la administración pública, como servicio público.

En cambio, de interpretarse el precepto como un delito de resultado, de modo que «el beneficio económico» forma parte del tipo, cabría la **tentativa**.

Con la redacción del actual artículo 442 CP desaparecen todas estas posibles discusiones doctrinales y jurisprudenciales, pues para llegar a un delito de información privilegiada no es necesario obtener un beneficio, sino que basta con tender a obtener un beneficio, es decir, realizar la conducta delictiva con la finalidad de obtener un beneficio. Y de obtener el beneficio es de aplicación el tipo agravado.

La exigencia típica de que la autoridad o funcionario público **haga uso** de la información, obliga a no tener en cuenta, en este precepto, los supuestos de **mera revelación del secreto**, tipificados en el artículo 417 del Código Penal.

Como dice ORTS²³⁵, lo que se castiga en el artículo 442 CP es «el uso de secretos o informaciones privilegiadas que, por lo general, andará reñido con el descubrimiento de los mismos, pues, a buen seguro, frustraría las expectativas del sujeto».

Se trata de **servirse** del conocimiento del secreto o de la información privilegiada, de tal modo que pueda comportar un beneficio económico para el funcionario o para un tercero, traducéndose por lo general en la realización de una operación bursátil o inmobiliaria.

El artículo 442 CP no requiere **revelación** del secreto o información, sino **hacer uso** de ello **con ánimo de lucro** (el ánimo de lucro no es necesario en el artículo 417 CP). Pero si el uso con este fin va unido a la revelación de la información, cabe el **concurso de delitos**²³⁶.

Respecto del concepto de secreto nos remitimos a lo dicho al comentar el artículo 417 CP.

Por lo que se refiere al concepto de información privilegiada, el propio texto legal del artículo 442 lo facilita.

un tipo penal que protege la lealtad debida del funcionario hacia su función, y no el patrimonio de la Hacienda Pública. Si finalmente el beneficio se obtiene la pena será más grave». En dicha enmienda se suprimió la mención a que «**la tentativa será punible**».

²³⁵ Cfr. ORTS BERENGUER, «Comentarios...», op. cit., p. 1871.

²³⁶ Así S. MIR PUIG, «Nombramientos ilegales, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios», op. cit., p. 331.

Y afirma: «Aplicar los dos delitos (aunque sea en concurso ideal, si hay unidad de hecho, o medial, si uno de los hechos es medio necesario para el otro: art. 77 CP) no supone infracción del principio non bis in idem, porque cada uno de ellos ataca intereses distintos de la Administración Pública: la fiabilidad en la custodia de informaciones confiadas por razón del cargo en el art. 417, y el principio de no utilización de la función pública como fuente de privilegio contraria a la igualdad de oportunidades que ha de regir el mercado, en el art. 442.

«A los efectos de este artículo, se entiende por información privilegiada toda información de carácter concreto que se tenga exclusivamente por razón del oficio o cargo público y que no haya sido notificada, publicada o divulgada».

La diferencia entre información privilegiada y la información a que alude el artículo 417, parece que ha de verse en el aspecto económico (la información privilegiada habrá de ser idónea para reportar un beneficio económico al ser usada, mientras que la información genérica del art. 417 CP no precisa de esta característica, aun cuando pueda tenerla²³⁷).

b) Tipo agravado

Tiene lugar si la autoridad o funcionario sujeto activo del delito **obtiene el beneficio** perseguido del hacer uso del secreto o información privilegiada con ánimo de lucro propio o de un tercero, en cuyo caso se impondrán las penas **en su mitad superior** (el tipo básico está castigado con las penas de multa del tanto al triplo del beneficio perseguido, obtenido o facilitado e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a cuatro años. Como puede verse se incrementa la multa en comparación con el art. 368 CPA).

c) Tipo muy agravado

Tiene lugar «si resultara **grave daño** para la **causa pública o para tercero**», en cuyo caso la pena es de **prisión** de uno a seis años en inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años.

Dicho resultado más grave debe ser abarcado por el **dolo**, al menos por **dolo eventual**, sin que pueda exigirse al menos imprudencia respecto de dicho resultado más grave, pues el artículo 12 CP consagra un sistema de incriminación de la imprudencia de «*numerus clausus*», según el cual «las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley», y el art. 442 párrafo segundo, CP no lo dispone.

Así, el CP responde a la opinión doctrinal que consideraba todavía criticables las cualificaciones por el resultado, aunque exigieran por lo menos imprudencia, por entender que la agravación que suponían contra-venía el principio de proporcionalidad y culpabilidad, en cuanto permitía una pena mayor que la correspondiente al concurso del tipo básico dolo- so y el agravado imprudente²³⁸.

²³⁷ Cfr. ORTS, op. cit., p. 1872.

²³⁸ Cfr. S. MIR PUIG, op. cit., p. 333.

D) Tipo subjetivo

El delito del artículo 442 sólo puede ser castigado en su modalidad dolosa, concurriendo asimismo un elemento subjetivo del tipo, que es el **ánimo de lucro propio o de tercero**, por parte del sujeto activo.

E) Concursos

Se da concurso ideal de delitos (art. 77 CP) entre el artículo 442, que ataca la utilización de la función pública en provecho propio o ajeno, como fuente de privilegios contraria a la igualdad de oportunidades, y el artículo 285, que ataca el orden socio-económico y, en concreto, el mercado de valores, que castiga a cualquier persona (delito común) que «de forma directa o por persona interpuesta usare de alguna información relevante para la cotización de cualquier clase de valores o instrumentos negociados en algún mercado organizado, oficial o reconocido... obteniendo para sí o para tercero un beneficio económico superior a setenta y cinco millones de pesetas o causando un perjuicio de idéntica cantidad...» con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa del tanto al triple del beneficio obtenido o favorecido.

Si se hace uso de una información privilegiada a cambio de una dádiva, habrá concurso de delitos con el delito de cohecho (art. 419 CP).

La intervención del particular que aproveche para sí o para otro la información que obtenga de un funcionario público o autoridad no podrá castigarse como forma de **participación** en el delito del artículo 442, porque ya está tipificada específicamente en el artículo 418 CP.

IV. SOLICITACIÓN SEXUAL. Artículos 443 a 445 CP

El artículo 443 CP reza: «Será castigado con la pena de prisión de uno a dos años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años, la autoridad o funcionario público que solicitare sexualmente a una persona que para sí misma o para su cónyuge y otra persona con la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, ascendiente, descendiente, hermano, por naturaleza, por adopción, o afín en los mismos grados, tenga pretensiones pendientes de la resolución de aquél o cerca de las cuales deba evacuar informe o elevar consulta a su superior».

El artículo 444 CP dice: «El funcionario de Instituciones Penitenciarias o de centros de protección o corrección de menores que solicitare sexualmente a una persona sujeta a su guardia, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años».

«2. En las mismas penas incurrirán cuando la persona solicitada fuera ascendiente, descendiente, hermano, por naturaleza, por adopción, o afines en los mismos grados, de persona que tuviera bajo su guarda. Incurrirá, asimismo, en estas penas cuando la persona solicitada sea cónyuge de persona que tenga bajo su guarda o se halla ligada a ésta de forma estable por análoga relación de afectividad.

Y el artículo 445 CP establece:

«Las penas previstas en los dos artículos anteriores se impondrán sin perjuicio de las que correspondan por los delitos contra la libertad sexual efectivamente cometidos».

A) Antecedentes

Los artículos 443 y 444 del Código Penal de 1995 tienen sus antecedentes en los artículos 383 y 384 del CPA, en su redacción dada por la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, situados estos dos últimos preceptos bajo el epígrafe: «De las limitaciones a la libertad sexual» constituyendo el Capítulo VIII del Título VII del Libro II del Código penal anterior.

Asimismo los artículos 443, 444 y 445 proceden de los artículos 420, 421 y 422 del Proyecto de 1994, y de los artículos 422 y 424 del Proyecto del Código penal de 1992²³⁹, constituyendo asimismo un antecedente lejano el CP 1822.

La diferencia más importante entre los artículos 443 y 444 del CP y los artículos 383 y 384 del CPA, es que en los primeros se castiga con una pena de **prisión** (de uno a dos años, el art. 443, y de uno a cuatro años, el art. 444) y **además**, con la pena de **inhabilitación absoluta** por tiempo de seis a doce años, mientras que el artículo 383 CPA sólo se castigaban con la pena de **inhabilitación especial**, aunque el artículo 384 CPA se castigaba con las penas de prisión menor a inhabilitación especial.

²³⁹ La Enmienda n.º 1056 al Congreso del Grupo parlamentario de Coalición Canaria, que fue rechazada pretendía la supresión del artículo 420 del Proyecto de 1994 —hoy art. 443 CP— para incorporar su contenido a un nuevo precepto, el 170 bis, consistente en un nuevo tipo dentro de los abusos sexuales, pues el bien jurídico protegido es la libertad sexual cuya agresión cuando se abusa del carácter de autoridad o funcionario público para doblegarla no deja de ser un delito de abuso sexual agravado por el carácter público del agente.

Vide LEY ORGÁNICA CÓDIGO PENAL. Trabajos Parlamentarios, op. cit., pp. 377 y 378, 1001 y 1004. Vol I.

B) Bien jurídico

Estamos ante una conducta pluriofensiva, una conducta en la que se agrede el valor libertad sexual, pero también se agrede el valor Administración Pública y el valor ejercicio de un servicio público. El bien jurídico lo constituye, en concreto, la **imparcialidad** de las resoluciones de la Administración Pública, así como el principio de igualdad de oportunidades, siendo legítimo ubicar los delitos de solicitación sexual por funcionario público dentro del capítulo IX «De las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función», como hace el CP 95, porque el funcionario se está prevaleciendo de esa condición y está haciendo un mal uso de la función pública para intentar obtener otro tipo de favores (vide SSTs de 13.6.79, RA 2671 y STS 14.12.92, RA 10185).

Por ello, en la doctrina, QUERALT entiende que se trata de tipos emparentados con el cohecho, en la medida en que el funcionario solicita sexualmente²⁴⁰ a una persona, cuya relación se debe al cargo, ya personalmente, ya a través de lazos familiares o asimilados²⁴¹.

C) El art. 443 CP

a) Sujeto activo

Es el funcionario público o la autoridad (art. 24 CP) que ha de resolver, informar o elevar consulta a su superior sobre la pretensión pendiente²⁴².

b) Sujeto pasivo

Es el Estado y la persona solicitada sexualmente que tenga relación directa o indirectamente a través de las personas mencionadas en el precepto (su cónyuge, persona con la que se halle ligada con carácter estable por análoga relación de afectividad, ascendiente, descendiente, hermano, etc.) con las pretensiones pendientes de resolver o de informe o de consulta por el sujeto activo.

²⁴⁰ Puede ser una mujer o un hombre. El artículo 383 anterior a la reforma de 1989, se refería exclusivamente a la mujer como sujeto pasivo.

²⁴¹ Vide QUERALT, D.P. P.E., op. cit., pp. 608 y ss., Vol II.

²⁴² La STS de 14.12.92 (RA. 10.185) aplicó el art. 383 CP a un oficial de la Administración de Justicia aclarando que la expresión «pendiente de resolución», quiere decir «entiende de una toma de decisión que de hecho, está al alcance del funcionario», así: poner a trámite o no un determinado asunto, o puesto ya en marcha, lo agilice o retrase su curso...

c) Conducta típica

El núcleo de la conducta típica radica en **solicitar sexualmente a una persona** por parte de una autoridad o funcionario; relacionado con el sujeto activo por el ejercicio del cargo.

La sentencia del Tribunal Supremo de 14 de Diciembre de 1992 (RA. 10.185) dice que «el artículo 383 del Código penal (CP)... en esencia prevé el supuesto de un funcionario público que abusa de la específica situación prevalente, que le confiere dicha condición, para solicitar sexualmente a una persona que, en cierta forma, está bajo su decisión, lo que implica ni más ni menos, una situación de preeminencia del agente, y consecuentemente, otra de dependencia del sujeto pasivo...». Debido a la situación prevalente del funcionario, el precepto adelanta la protección penal de la libertad sexual al hecho de «**la mera solicitud**», momento en el que el tipo se cumple con independencia de que la proposición se traduzca o no en la realización concreta del acto solicitado, ya que se trata de un **mero delito de actividad**, no de resultado; mientras que si la solicitud fuera realizada por un particular —sin prevalencia de una situación de superioridad laboral, docente o análoga— (en vez de por el funcionario público) carecería, en términos generales, de relevancia penal ... «La acción nuclear del tipo «solicitar sexualmente», resulta polémica doctrinalmente, pues mientras un sector considera que ha de entenderse en el sentido de «proponer el acceso carnal completo», otro se decanta para que la solicitud sea punible tanto a la que tiende a obtener el «**yacimiento**», como «**a la que tiene por objeto cualquier otro acto lúbrico**». Postura esta última que, después de la reforma de 1989, al extender el tipo y poder ser sujetos activo y pasivo indistintamente varones o hembras, adquiere mayor predicamento, y a la que esta Sala se adhiere, interpretando el término «solicitar» en sentido amplio, admitiendo que la proposición o petición comprende la de cualquier manifestación sexual, lo mismo cuando se pretenda la realización del acto sexual completo, como la dirigida a ejecutar cualquier acción de contenido sexual.

d) Tipo subjetivo

Se trata de un delito **doloso**, sin que esté castigada la modalidad imprudente (art. 12 CP), y parece que debe concurrir un ánimo lúbrico.

e) Concursos

El artículo 445 CP establece que «las penas previstas en los dos artículos anteriores se impondrán sin perjuicio de las que correspondan por los delitos contra la libertad sexual efectivamente cometidos».

No cabrá concurso de delitos con el delito de acoso sexual común

del artículo 184 que castiga con la pena de arresto de doce a veinticuatro fines de semana o multa de seis a doce meses «al que solicitare favores de naturaleza sexual para sí o para un tercero prevaleándose de una situación de superioridad laboral, docente o análoga, con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que puede tener en el ámbito de dicha relación», al no apreciarse diferencia esencial entre las conductas del art. 443 CP y del art. 184 CP por lo que hay un concurso de leyes (art. 8.4 CP) debiéndose aplicar el artículo 443 (o el art. 444) al tener señalada pena superior²⁴³.

Cabría en cambio, concurso de delitos, por ejemplo con el art. 178 CP, cuando la solicitud suponga una agresión sexual en sentido estricto, consumada o intentada: cuando el funcionario llega a amenazar de forma expresa y con la intensidad suficiente para entender concurrente la «intimidación» requerida en el art. 178 para la agresión sexual²⁴⁴.

Por otra parte, tanto si la solicitud sexual es atendida por el particular, como sin no, de adoptar el funcionario una resolución injusta o de llevar a cabo cualquier otro delito del Título XIX CP, deberá apreciarse también un concurso de delitos (con delito de prevaricación, revelación de secreto, etc.).

D) El art. 444 CP

a) *Sujeto activo*

Es un funcionario de Instituciones Penitenciarias o de centros de protección o corrección de menores²⁴⁵.

b) *Sujeto pasivo*

Es el Estado y la persona sujeta a la guarda del funcionario, o alguno de los allegados a que se refiere el número 2 del art. 444 CP: el ascendiente, hermano por naturaleza, por adopción, o afines en los mismos grados de persona que tuviere el sujeto activo bajo su guarda.

c) *Conducta típica*

Consiste en solicitar sexualmente a una persona sujeta a su guarda por el sujeto activo.

²⁴³ Así S. MIR PUIG, op. cit., p. 335.

²⁴⁴ Ibidem.

²⁴⁵ En el art. 383 CPA sólo podría ser sujeto activo el funcionario de prisiones.

Nos remitimos a lo dicho anteriormente respecto de la interpretación de la expresión «solicitar sexualmente a una persona».

d) *Tipo subjetivo*

Se trata, también, de un delito doloso, que no puede cometerse por imprudencia (art. 12 CP) y que exige, en nuestra opinión el ánimo lúbrico.

e) *Concursos*

Nos remitimos a lo dicho al comentar el artículo anterior. Cabe concurso ideal o medial con el delito contra la libertad sexual efectivamente cometido (art. 445 CP), existiendo concurso de leyes con el delito de acoso sexual siendo de preferente aplicación el art. 444 CP, por tener mayor pena (art. 8 número 4 CP).

E) El art. 445 CP

Dice así: «Las penas previstas en los dos artículos anteriores se impondrán sin perjuicio de las que correspondan por los delitos contra la libertad sexual efectivamente cometidos».

Se trata de un precepto nuevo del CP 95 inexistente en el CPA.

Constituye la inclusión expresa de una regla concursal, que permite confirmar la distinta naturaleza de los delitos de abusos contra la libertad sexual en el ejercicio de la función pública (arts. 443 y 444 CP) y los delitos de agresión o abuso sexual, pues los primeros se dirigen **primordialmente** a tutelar la imparcialidad de las resoluciones de la Administración y la igualdad de oportunidades, en definitiva el correcto funcionamiento de la Administración Pública, siendo **secundaria** la protección a la libertad sexual.

El artículo 445 sólo excluye el concurso de normas, pero, al decir «sin perjuicio de las (penas) que correspondan» deja al intérprete la consideración de si se produce un concurso ideal o real.

CONCLUSIONES

1ª.— El Código Penal de 1995, el llamado «Código de la democracia» se hace eco de la enorme **sensibilización** de toda la sociedad ante el fenómeno de la **corrupción** en el sector público, la instrumentalización de la función pública en beneficio propio o de tercero por parte de las autoridades y de los funcionarios públicos, la colusión entre los intereses públicos y los intereses privados, y sigue el proceso ya iniciado, con voluntad de atajar dicha corrupción, por la Ley Orgánica 9/1991, de 22 de marzo, y aborda una importante reforma de los delitos que afectan a la función pública, creando, por una parte, nuevos tipos penales; por otra, modificando tipos ya existentes en el CPA; adelantando las barreras del Derecho penal creando tipos de peligro cuando antes lo eran de resultado y **endureciendo las penas imponibles** aunque sin perder de vista el principio de proporcionalidad de la pena coherente con el sistema de penas cortas de prisión, frente a exigencias desproporcionadas de establecer la pena de prisión en la mayoría de los delitos contra la Administración pública, y finalmente, destipificando conductas, antes delictivas, por mor del principio de «última ratio» del Derecho penal, al entender que existen medios menos lasivos que el Derecho penal para hacer frente a ellas, como la sanción administrativa disciplinaria, etc., que salen del Código y se relegan al ámbito del ilícito administrativo, o civil.

2ª.— El Código penal de 1995, siguiendo al Proyecto de Código penal de 1980, y los proyectos de 1992 y 1994, en la línea del legislador italiano y francés, ha optado por denominar la rúbrica del Título XIX del libro II: «**Delitos contra la Administración pública**», explicitando lo que ya la doctrina más moderna había advertido: que los delitos de dicho Título atacan el bien jurídico de la Administración pública: **el correcto funcionamiento de la Administración pública** (artículos 9.1º y 3º, 103 y 106 CE).

De este modo, como es usual en el CPA, se orienta al intérprete en la determinación del bien jurídico-penal que ha de servirle de guía.

Se rompe, así, con una tradición que utilizaba una rúbrica, apartándose de lo usual en el CPA, la cual no aludía al **objeto** atacado por los delitos

correspondientes, sino a los **sujetos** activos de los mismos: «De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos» rezaba el Título VII del libro II del CPA, pero que tenía el grave defecto de que fuera de dicho Título había no pocos otros delitos, cuyo sujeto activo también era un funcionario público (así los delitos contenidos en la sección 2ª del Capítulo II del Título II del Libro II, titulada: «De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes»), renunciándose a la función «de guía del intérprete» al no ofrecer el bien jurídico protegido.

Dicho cambio es acertado, porque el bien jurídico afectado es la **administración pública** y no las peculiaridades del sujeto activo del delito.

El examen de los distintos delitos comprendidos en el Título XIX del nuevo Código penal muestra que es necesario distinguir dos grupos diversos; es decir, la Administración pública, como bien jurídico u objeto contra el que se dirigen los delitos referidos, es atacado de dos modos distintos:

a) en el aspecto **externo** (social), se ataca directamente la **pureza de la función pública** — en sentido objetivo o material, atendiéndose al **daño social** que puede inferir un ejercicio indebido del cargo público— que compete a la Administración pública); y

b) en el aspecto **interno** (estatal), se ataca indirectamente la **organización interna** de la Administración (el funcionamiento técnico de la máquina administrativa).

Atacan el aspecto externo del bien jurídico «Administración pública», los delitos de prevaricación (artículo 404 CP); abandono de destino y la omisión del deber de perseguir delitos (arts. 407 y ss.); infidelidad en la custodia de documento y violación de secretos (arts. 413 y ss); revelación de secretos (art.417); cohecho (art. 419 y ss.); tráfico de influencias (arts. 428 y ss); la malversación (arts 432 y ss.); fraudes y exacciones ilegales (arts. 436 y 437); negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función (arts. 439 a 445).

En cambio, atacan el aspecto **interno**, el delito de nombramientos ilegales (arts. 405) y el delito de desobediencia funcional (art. 410) que suponen una realización indebida de un acto propio de la necesidad del servicio, sino que sólo afectan a la «organización interna del poder público» poniéndola en peligro.

El problema que plantean estos últimos delitos, que afectan a la relación interna del sujeto con la organización política, es que es muy difícil o imposible distinguirlos de las infracciones administrativas meramente disciplinarias, al tener ambos tipos de infracciones —las penales y las disciplinarias— un mismo fundamento; la **infracción del deber de cargo** que constituye una visión autoritaria incompatible con la idea de un estado social y democrático de derecho, lo que puede suscitar cuestiones de «**bis in ídem**».

Por ello, se ha dicho que el mantenimiento de estos delitos —nombramientos ilegales, desobediencia funcional— es discutible desde el prisma

de la concepción del Derecho penal como «última ratio», principio según el cual el Estado debe agotar los medios menos lesivos que la pena antes de acudir a ésta, que en este sentido debe constituir un arma subsidiaria, porque redundaría en una mayor esfera de lo penal en España.

Pero el legislador penal de 1995, como ya hiciera el Proyecto de 1980, en vez de optar por la supresión de estos delitos, ha decidido su mantenimiento, aunque ha mejorado su ubicación, situando el delito de nombramientos ilegales bajo el Capítulo Primero del Título XIX, «De la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos», y separándolo de la usurpación, con la que sin embargo ninguna relación tenía.

Pero los delitos reunidos en el Título XIX si bien afectan, en general, a la Administración pública, en concreto, lo hacen de modo diverso.

Así, en el delito de *prevaricación administrativa*, constituye el bien jurídico específico, el **principio de legalidad**, o el interés público en el pleno sometimiento de las resoluciones administrativas a la ley y al Derecho; en el *delito de infidelidad de documentos* es la **preservación de la integridad o confidencialidad documental**; en la *revelación de secretos e informaciones*, la **confidencialidad de las informaciones**, en la **fiabilidad en la custodia de informaciones confiadas por razón del cargo**; en el *delito de cohecho y tráfico de influencias*, el **principio de imparcialidad** de la actuación administrativa, en el sentido de neutralidad y objetividad respecto los intereses privados; en el *delito de malversación*, la **correcta gestión de fondos públicos o del patrimonio público** en sentido funcional o instrumental para el cumplimiento de los fines propios de la Administración; en el *delito de fraude*, el **patrimonio público** para el correcto desempeño de funciones públicas; en el *delito de exacciones ilegales*, el **patrimonio privado** con aprovechamiento del cargo respecto al ciudadano que esté en situación de inferioridad; en *delitos de participación indebida en negocios y de actividad profesional o de asesoramiento incompatibles*, el **principio de imparcialidad** de resoluciones de la Administración, el interés que los ciudadanos poseen en que las autoridades y funcionarios públicos no se mezclen en actividades lucrativas que pueden condicionar la adopción de resoluciones partidistas o la orientación de la función pública al servicio de su enriquecimiento personal; en el *delito de uso indebido de secreto o de información privilegiada* por el funcionario público, el **principio de igualdad de oportunidades** respecto a los demás ciudadanos, es decir, el principio de no utilización de la función pública como fuente de privilegio contraria a la igualdad de oportunidades que ha de regir el mercado; en el *delito de solicitudes sexuales*, la **imparcialidad** de las resoluciones de la Administración y el **principio de igualdad**.

3ª.— El Código penal de 1995 separa el delito de prevaricación administrativa del delito de prevaricación judicial por entender que los bienes jurídicos atacan uno y otro son diferentes (así, en la prevaricación administrativa, la Administración pública; en la prevaricación judicial, la Administración

CONCLUSIONES

de Justicia, la tutela judicial efectiva) ubicando a los delitos en Títulos distintos. aquélla en el Título XIX, está en el XX e incluso ofrece una redacción literal distinta de ambos tipos de prevaricación: así, el art. 404 CP castiga «a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare resolución arbitraria en un asunto administrativo...», que según el sentir del grupo parlamentario socialista, el epicentro lo constituye los términos «**resolución arbitraria**», que va en la línea del parágrafo 336 del Código penal alemán, que utiliza la expresión: «Beugung des Rechts» o **torcimiento del derecho** y que se trata de aquella resolución caprichosa, no meramente ilegal, sino que jamás tendría cabida en un ordenamiento jurídico determinado, nunca podría convalidarse, pues adolece de una nulidad fuerte; mientras, que el artículo 446 castiga al «Juez o Magistrado que, a sabiendas, dictare sentencia o resolución injusta...» manteniendo fundamentalmente de redacción del artículo 351 del CPA, aunque se amplía el objeto, además de la sentencia a cualquier otra resolución (no obstante, la jurisprudencia del TS interpretaba de expresión «**sentencia injusta**», en el sentido apuntado de sentencia que torciera el Derecho, en la línea del Código penal), con lo que se suscita la duda de si en el nuevo Código penal para el delito de prevaricación judicial basta el dictar conscientemente sentencia o resolución contraria al derecho objetivo, aunque no constituya un torcimiento del derecho.

4ª.— No incrimina el Código la modalidad imprudente en el delito de prevaricación administrativa (art. 12 CP), a diferencia de lo que ocurre en la prevaricación judicial (art. 447), ni tampoco incrimina la modalidad culposa en ningún otro delito contra la Administración pública (a diferencia del CPA, en que la doctrina y jurisprudencia del TS entendían que el delito de infidelidad en la custodia de documentos podía cometerse por imprudencia —en los casos de pérdida de documentos—, así como en el delito llamado de **malversación culposa**, en realidad en comisión por omisión imprudente).

Parece que no incrimina la prevaricación administrativa omisiva, a diferencia de la incriminación expresa de la prevaricación judicial omisiva (art. 448).

En cambio, mantiene los tipos omisivos del delito de desobediencia funcional (art. 410) o del cohecho de abstención (art. 421) o establece las modalidades de comisión por omisión en los delitos de los artículos 414, 415, 432 (y 434 si en la expresión «**diere una aplicación privada**», se cobija el consentir que otro utilice privadamente el bien mueble o inmueble perteneciente en este público). Incrimina también el delito de cohecho pasivo propio para realizar acción u omisión constitutiva de delito (art. 419).

5ª.— El Código destipifica algunas figuras delictivas: así el delito de anticipación y prolongación de funciones públicas, que ahora se castiga sólo en el art. 402 cuando haya una atribución **falsa** de carácter oficial por el funcionario, pues el bien jurídico protegido es la **fiabilidad del tráfico** (el art.

402 se ubica bajo el Capítulo V: «De la usurpación de funciones públicas y del intrusismo» del Título XVIII: «**De las falsedades**»), de modo que cuando falta esa atribución **falsa**, el mero ejercicio de funciones públicas, es impune, pasando al ámbito administrativo disciplinario.

Igual sucede con el abandono genérico de funciones públicas del art. 376 CPA, hoy también destipificado. En cambio, el Código penal actual castiga el abandono de servicio, sólo cuando sea **colectivo** y manifiestamente ilegal (art. 409).

6ª.— Refuerza la función pública mediante la instauración de **nuevos tipos penales** o de **nuevos tipos agravados**. Así, cabe citar los artículos 409, 414, 415, 425, 434, 441, 412.2, etc.

Asimismo delitos de resultado los transforma en delitos de peligro abstracto, así los delitos de tráfico de influencias de los artículos 428 y ss. de uso de un secreto o información privilegiada, del artículo 442, en que ya no se requiere la efectiva **abstención de un beneficio económico**, sino que basta el **perseguir un beneficio económico**, para la consumación del tipo, lo que pone fin a la discusión doctrinal y jurisprudencial de si «el **beneficio económico**» era un resultado típico o una «**condición objetiva de punibilidad**» lo que tenía como consecuencia que se castigue o no la tentativa, respectivamente.

7ª.— Siguen, sin embargo, planteándose dudas que el nuevo Código penal, entiendo que no acaba de resolver. Me refiero a la cuestión tan debatida doctrinalmente de si el **cohecho activo impropio es o no atípico** (es decir, si se castiga al particular (intraneus) que ofrece dinero o ventaja económicamente evaluable a un funcionario o autoridad para la consecución de un acto no prohibido (justo), que éste no acepta), al existir razones de carácter sistemático que abogan por la impunidad: el artículo 423 CP está situado inmediatamente detrás de los artículos 419, 420, 421 referidos al cohecho pasivo propio, (a un acto delictivo, a un acto injusto o a una abstracción) quedando, el art. 426, todavía más lejos de aquél que en el CPA, (el art. 391 se situaba inmediatamente detrás del artículo 390).

Asimismo, también produce dudas el artículo 439 CP 95, pues a diferencia del art. 401 CPA, utiliza la expresión «**debiendo de informar**» a diferencia del art. 401 CPA, que utilizaba la expresión que «**debe intervenir**», por lo que se cuestiona su ámbito de aplicación.

En el artículo 428 CP ¿Se incrimina la actividad mediadora desinteresada de los cargos públicos, para conseguir una resolución que pueda beneficiar económicamente a todo tercero? Parece que no.

8ª.— El Código incrimina expresamente tipos de participación necesaria (o delitos pluripersonales o de encuentro) en el artículo 406, al castigar a la persona que acepte la propuesta, nombramiento o toma de posesión mencio-

CONCLUSIONES

nada en el art. 405, sabiendo que carece de los requisitos legalmente exigibles, siendo atípica antes dicha conducta.

Modifica el delito de exacciones ilegales de derechos del anterior art. 402, introduciendo, en mi opinión, el llamado delito de «**concusión**» (del derecho comparado, así del derecho penal italiano), aunque sin utilizar dicha denominación, manteniendo la de exacciones ilegales, incluyendo tanto la modalidad de concusión coactiva como la concusión por fraude, que se diferencia del cohecho, en que en aquél el funcionario **exige** (coactivamente o mediante engaño) al particular cantidades diversas o ventajas económicamente evaluables (derechos, tarifas por aranceles o minutas) indebidas, aprovechándose de su condición de funcionario, instrumentalizando la función pública, de su situación de superioridad frente a la situación de inferioridad del particular, que si accede a dicha exigencia lo hace —si conoce su ilegalidad— no espontánea y libremente sino por miedo a un daño injusto, o —si la desconoce— por error derivado de engaño, siendo su participación **impune**, por tratarse de un caso de participación necesaria, mientras que en el cohecho la solicitud del funcionario al particular de dádiva o presente se conecta con un acto concreto de su cargo (delito, acto injusto, acto no prohibido legalmente), de modo que si el particular accede lo hace libremente, persiguiendo también éste una ventaja ilegítima o beneficio personal, a costa del ejercicio de la función pública.

Desaparecen del CP los artículos 200 y ss. del CPA, suscitándose la duda de si los delitos de exacciones ilegales de tributos se encuentran también cobijados en el actual art. 437 CP, o no.

9ª.— Se incrimina hoy **expresamente** la solicitud de dádiva o presente por parte del funcionario para un acto no prohibido legalmente (art. 425), lo que en el CPA era atípico si el particular no la aceptaba, (en contra STS 23.2.93, RA 1525), así mismo el art. 425 introduce el cohecho de respuesta.

El artículo 423 introduce una pena atenuada para el particular que atendiere o aceptare las solicitudes de las autoridades o funcionarios, estableciendo la pena inferior en grado respecto de las penas de prisión y multa previstas para los funcionarios. Y el artículo 427 introduce una excusa absolutoria, para propiciar la denuncia de los cohechos, al particular que hubiera **accedido** ocasionalmente a la solicitud de la dádiva o presente realizada por autoridad o funcionario público y denunciare el hecho a las autoridades competentes antes de la apertura del correspondiente procedimiento, siempre que no hubieren transcurrido más de diez días desde la fecha de los hechos.

Así en el art. 423.2 se opta por hacer caso a las críticas doctrinales que cuestionaban la equiparación punitiva existente desde la Reforma Penal de 1994, entre las conductas de cohecho pasivo y cohecho activo, por entenderse que en realidad el particular que acepte la solicitud de dádiva del funcionario es una **víctima propiciatoria** del cohecho.

Y en la misma línea se mueve el art. 427 CP que trata de propiciar la

denuncia del cohecho por el particular, aunque haya aceptado la solicitud del funcionario, pero dentro de unos plazos. En cambio, se mantiene la equiparación punitiva del cohecho activo con el cohecho pasivo y no cabe la excusa absolutoria, cuando es el particular el que ofrece la dádiva o presente al funcionario, lo que parece acertado.

10ª.— El Código asimismo introduce tipos en que castiga al particular o sujeto que no es autoridad ni funcionario público a efectos penales, por equipararlo al funcionario (así en los artículos 414.2, 418, 422, 429, 430, 435, 440 CP). En estos delitos, en realidad, no se ataca al bien jurídico de la Administración pública, por cuanto el sujeto activo no es un funcionario público en el ejercicio de su cargo, pero por su conexión a un interés público se contemplan en el Título XX, destinado a los Delitos contra la Administración pública, lo que es ciertamente discutible.

11ª.— En el delito de desobediencia funcional se mantiene la expresión «se negaren abiertamente», a pesar de que en un principio se suprimió por aceptación de enmiendas de Grupo Popular, y de Coalición Canaria. El término «abiertamente», que es necesario para evitar una ampliación excesiva del tipo penal, es sinónimo del término «abierto», «claro», «notorio», «reiterado»; no siendo suficiente una negativa por error, negligencia o simple abandono.

Además se sustituye el término «sentencias» por el de «resoluciones judiciales», con la que cabe el delito de desobediencia si se desobedecen no sólo sentencias, sino también autos (por ejemplo el auto que determina la reclamación del expediente, en el recurso contencioso-administrativo —resolución sistemáticamente desobedecida por la Administración en todos los tiempos pasando meses y a veces, años sin remitir dicho expediente; el auto de ejecución de sentencias contencioso-administrativo, etc.).

Y se mantiene, en mi opinión, la obligación de obedecer bajo la amenaza de la pena los **mandatos antijurídicos no manifiestamente contrarios a un precepto de Ley** (o de cualquier otra disposición general).

12.— Finalmente se castiga con la pena de prisión de 1 a 4 años el abandono de destino del art. 407.1, prisión de uno a cuatro años el delito de infidelidad en la custodia de documentos, pena de prisión de seis meses a un año o multa, el delito del art. 414; prisión de uno a tres años la revelación de secretos o informaciones de la cual resultare grave daño para la causa pública (art. 417.1 apartado segundo; prisión de 2 a 4 años, si se tratara de secretos de un particular (art. 417.2); prisión de 2 a 6 años, el cohecho pasivo propio para cometer un delito (art. 419); prisión de 1 a 4 años, para cometer un acto injusto y lo ejecutare, y de 1 a 2 años si no llegara a ejecutarlo (art. 420); con las mismas penas de prisión el cohecho activo propio, y con la pena inferior en grado el cohecho activo de respuesta (art. 423.1 y 2); prisión de 1

CONCLUSIONES

a 3 años en el supuesto del art. 425.2: prisión de seis meses a un año, o su mitad superior en caso de obtenerse el beneficio perseguido, los delitos de tráfico de influencias de los artículos 428 y 429; prisión de seis meses a un año el delito del art. 430, prisión de 3 a 6 años en el delito de malversación propia del art. 432.1, la pena de prisión de 4 a 8 años, si la malversación revistiere especial gravedad, del art. 432.2; prisión de 6 meses a 3 años, cuando la sustracción no alcance las siguientes mil pesetas del art. 432.3; prisión de uno a tres años, el delito de fraude del art. 436; prisión, en la mitad superior de los señalados a los delitos de estafa o apropiación indebida, el art. 438; prisión de 1 a 6 años, si resultara grave daño para la causa pública el uso de un secreto o información privilegiada del art. 442; prisión de 1 a 2 años, el delito de solicitación sexual; prisión de 1 a 4 años, el delito del art. 444.

O sea en más de veinte ocasiones el legislador penal de 1995 establece la pena de prisión para el castigo de los delitos contra la Administración pública, por lo que el **rigor punitivo es claro y manifiesto**, y todavía más, si se tiene en cuenta que en el nuevo Código desaparece la redención de penas por el trabajo.

El Código de la democracia va en la **línea del endurecimiento**, pero el Derecho penal, la pena, es un instrumento, que por sí solo, no parece que baste para «etificar» la función pública, en definitiva, la sociedad.

BIBLIOGRAFÍA

- AAVV: «*Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción*» (a cargo de P. Andrés Ibáñez), Madrid, 1996.
- ALONSO ÁLAMO Mercedes: «*Los Problemas político-legislativos del delito de concusión*», Libro Homenaje al Profesor Agustín Fernández Albor, Santiago de Compostela, 1989.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F.J.: «*El delito de desobediencia de funcionarios públicos*», Bosch Berabe, 1987.
- ÁLVAREZ, Tomás M^a y VIZMANOS, Cirilo: «*Comentarios al Código Penal*», Madrid, 1884.
- AMATO, Giuliano: «*Sulla distinzione tra corruzione e concussione*», Arch. Pen., 1967.
- AMAYA GRACIA: «*Coautoría y complicidad*», Madrid, 1993.
- ANTOLISEI, F: «*Manuale di Diritto Penale. Parte Speciale II*», Milán, 1986.
- ANTÓN ONECA, José: «*Los antecedentes del nuevo Código penal*» separata de la RGLJ, Madrid, Editorial Reus, 1929.
- «*Derecho Penal, T. I: «Parte General*», Madrid, 1949.
- «*Historia del Código Penal de 1822*», separata del ADPCP. Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1965.
- «*El Código Penal de 1870*, «en ADPCP, T. XXIII, fasc. II, mayo-agosto 1970, págs. 229-251.
- «*Derecho Penal*» (edición anotada y corregida por HERNÁNDEZ GUIJARRO, J.J y BENÍTEZ MERINO, L), Madrid, 1986.
- ASUA BATARRITA, Adela: «*Delitos contra la Administración Pública*», IVAP, 1997.
- «*La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración...*», p. 13 a 52.
- AYA ONSALO, Alfonso: «*Delitos contra la Administración Pública*», IVAP, 1997. «Especialidades procesales en los delitos de los funcionarios públicos» y «la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración en los delitos de los funcionarios públicos».

- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique: «*Principios de Derecho penal especial*», II: El hecho punible, 1984, 2ª ed. 1990. 3ª ed. 1994.
- «*Estudios sobre la parte especial del Derecho penal*», Madrid 1991. «*Sobre la reforma de los delitos de los funcionarios*», en Documentación Jurídica, vol. II, enero-diciembre 1983, 7/40. Madrid, 1984.
- BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano: «*Naturaleza jurídica del sicario de la Administración*», REVL, núm. 121, enero-febrero 1962, págs. 1-24.
- BAJO FERNÁNDEZ, M: «*Derecho Penal económico*», Madrid 1978.
- «*El secreto profesional en el Proyecto de Código penal*», ADPCP, 1980.
- «*La realización arbitraria del propio derecho*», Ed. Civitana, 1976.
- «*Protección del Honor y de la intimidad*», en comentarios a la legislación penal, T. I, Madrid, 1982.
- BALDÓ LAVILLA: «*Autoría o participación en determinados supuestos de vigilancia*», en PJ, 1992, p. 189.
- BALDUS, P: «*Strafgesetzbuch-Leipziger Kommentar*», 10 Aufl. Berlín/Nueva York, vor parágrafo 331, T. III, 1988.
- BARBERO SANTOS, M: «*Política y Derecho Penal en España*», Madrid, 1977.
- «*Constitución al estudio de los delitos de peligro abstracto*».
- BARRACHINA JUAN, E: «*La Función Pública*», Parte General, T. I, Barcelona, 1990.
- BAUMANN/WEBBER: «*Strafrecht Allgemeiner Teil*», 9ª ed.
- BELLO LANDROVE, F: «*Los elementos de injusta y manifiestamente injusta en el delito de prevaricación en el Código Penal español*», RGLJ, 1977.
- BERDUGO GÓMEZ, Ig.: «*Anotaciones sobre el delito de tráfico de influencias*», en los delitos de las funciones públicas CGPJ, Cuadernos Derecho Judicial 1995.
- BERNALDO DE QUIRÓS, Constancio: «*Prevaricación*», en Enciclopedia Jurídica Española, T. 25, Barcelona Francisco Seix-Editor, S.F.
- BETTIOL, Giuseppe: «*Sull reato proprio*», en «*Scritti Giuridici*», T. I, Padova, 1996, Casa Editrice Dott Antonio Miceni, p. 318 y ss.
- BINDING, K: «*Die amtsverbrechen und seine legislatorische*», Behandlung, Der Gerichtssaal. Bd. LXIV, 1904, pp. 1 y ss.
- BLECUA FRAGA, Ramón: «*La aplicación pública de caudales a diferente destino como delito de malversación*», ADCPC, 1985, p. 747.
- BOCKELMANN-VOLK: «*Strafrecht. Allgemeiner Teil*», 4ª ed., 1997.
- BOIX REIG, J. con BUSTOS RAMÍREZ, J.: «*Los delitos contra la Hacienda Pública*», Madrid, 1997.
- BOIX REIG, J. con VIVES-CARBONELL-G.CUSSAC: «*Derecho penal. Parte especial*», 2ª ed., Valencia, 1996.
- El mismo: En «*comentarios al Código Penal de 1995*» (Coord. T.S.VIVES) Valencia, 1996.
- BORGH, M et MEYER-BISH, P: «*La Corruption, l'envers des droits de l'homme*», Editions Universitaires, Fribourg, Suisse, 1995.

- BRICOLA, Franco: «*Interesse privato in atti di ufficio*», en ED, T. XXII, Milano, Dott. A. Giuffrè-Editore, 1972, p. 47-94.
- BUSTOS RAMÍREZ, J.: «*Derecho penal español. Parte especial*». Barcelona, 1991.
- CACIAGLI, M: «*Clientelismo, corrupción y criminalidad organizada*». Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1996.
- CABELLO MOHEDANO, Francisco: «*Tráfico de influencias. El nuevo Capítulo XIII del Título VII del Código penal en: El nuevo Código penal. La reforma necesaria*». (Universidad de Cádiz), 1992, p. 61-65.
- CARBONELL MATEU, J.C.: «*La justificación penal. Fundamento, naturaleza y fuentes*». Madrid, 1982.
- CARBONELL MATEU, J.C. y G. CUSSAC: «*Derecho penal. Parte especial*». Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.
- CASABÓ RUIZ: «*Introducción al estudio de los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos*». Escritos Penales, Valencia, 1979.
- «*Comentarios al Código penal*». Tomo II. Barcelona, 1972 con CÓRDOBA RODA, G. RODRÍGUEZ MOURULLO y DEL TORO MARZAL.
- CASAS BARQUERO, E: «*Observaciones técnico-jurídicas sobre la incriminación del cohecho en el Código penal español*». Documentación Jurídica, julio-septiembre, 1978.
- «*Algunos aspectos de los delitos de funcionario público y del particular relativos a dádivas, presentes, ofrecimientos y promesas*». Escritos Penales. Libro Homenaje al profesor ANTÓN ONECA, Salamanca, 1982.
- «*Tráfico de influencias*». Estudios penales en memoria del profesor AGUSTÍN FERNÁNDEZ ALBOR, Universidad de Santiago de Compostela, 1989.
- CASTILLO BLANCO, F.A.: «*Función Pública y poder disciplinario del Estado*». Madrid, 1992.
- CASTRO OROZCO y ORTIZ: «*Código penal explicado para la común inteligencia y fácil aplicación de sus disposiciones*». T. II. Granada, 1848.
- CEREZO MIR, J.: «*Autoría y participación en el Código Penal vigente y en el futuro Código penal*». En la Reforma del Derecho Penal, Barcelona, 1980, p. 231 y ss.
- «*Los delitos de atentado propio, resistencia y desobediencia*». REP. 1960.
- «*Límites entre Derecho penal y administrativo*», ADPCP. 1975.
- «*Curso de Derecho penal español*». Madrid, 1990.
- COBO DEL ROSAL, Manuel: «*Del funcionario público, malversación de caudales, atenuante analógica y falsedad documental*» (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1961), en RFDUC, nueva serie, vol. V, n.º 12, 1961, p. 573.
- «*Examen crítico del párrafo III del artículo 119 del Código penal español*». En RGLJ, 1962, n.º 212, p. 213 y ss.
- «*Sobre el apoderamiento documental para descubrir los secretos del otro*». (Párrafo segundo del art. 497 del Código penal), ADPCP. 1971.

BIBLIOGRAFÍA

- COBO DEL ROSAL, M.-VIVES ANTÓN. T.S.: «Derecho penal, parte general», 3ª ed., Valencia, 1990.
- COBOS GÓMEZ DE LINARES, A.: «Imputación objetiva y sentencia penal», en Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ XXVI, 1994, p. 13 y ss.
- «Presupuestos del error sobre la prohibición», Edersa, Madrid, 1987 (Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid).
- «Código penal comentado». (Coordinado por López-Borja-Rodríguez Ramos), Madrid, 1990.
- CONTENTO, G.: «La concussione», I, Bari, 1970.
- CÓRDOBA RODA, J.: «Libertad de expresión y secreto sumarial», Actualidad Jurídica, 1991.
- «El cohecho de funcionarios públicos». (Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez de Vitoria). Barcelona, 1983.
- CÓRDOBA RODA, J. con RODRÍGUEZ MOURULLO, CASABÓ DEL TORO: «Comentarios al Código penal», T. II. Barcelona, 1972.
- CORTES DOMÍNGUEZ, V.: «Derecho Procesal. El Proceso Penal». Tirant lo Blanch, Valencia, 1987.
- CREMADES MORANT, Joan: «Los delitos contra la Administración pública». IVAP, 1997, e «Infidelidad en la custodia de documentos», p. 233 y «Revelación de secretos e informaciones», p. 257.
- CRESPI, A.; STELA F.; ZUCCACÁ, G.: «Comentario breve al Codice Penale». Pádova, 1986, p. 574 y ss.
- CRESPO BARQUERO, Pedro: «Código Penal de 1995 (comentarios y jurisprudencia)». Ed. Comares, p. 1606 a 1760. Granada, 1998.
- CUARESMA TERAN, Sergio: «La naturaleza del art. 397 del Código penal y la distinción con el peculado propio (comentario a las STS, fila 2ª, de 9 de julio de 1991)». En Poder Judicial, 1991. pág. 197.
- «Malversación de caudales públicos propia e impropia. Comentario a las STS (fila 2ª) de 9 de julio de 1991». En la LEY, 1992-1, pág. 437.
- CUELLO CALÓN, Eugenio: «Derecho Penal. Tomo II. Parte especial. Vol. I y II». 14 edición (reimpresión). Revisado y puesto al día por César Camargo Hernández, Ed. Bosch. Barcelona, 1980.
- CUELLO CONTRERAS, J.: «La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: «el delito sui generis», ADPCP, 1998.
- «Jurisprudencia y prevaricación». La LEY 3219, 1993.
- «El Derecho penal Español. Curso de iniciación». Parte general, I. 1993.
- CUERDA RIEZU, A.: «Concurso de delitos y determinación de la pena». Madrid, 1992.
- «La colisión de deberes en Derecho penal». Madrid, 1984.
- DE ANGEL YAGÜEZ: «Problemas legales de la historia clínica en marco hospitalario». La LEY, 1987-11, p. 1013.
- DE MARISCO, A.: «La ragione di vegreto rei delitti contro la personalte dello Stato», Ap. 1949.

- DEL MORAL GARCÍA, Antonio: «Código penal de 1995 (comentarios y jurisprudencia)». Ed. Comares, p. 1761 a 1804, Granada, 1998.
- DEL RÍO FERNÁNDEZ, Lorenzo: «Participación por omisión en la jurisprudencia del TS» en «Comisión por omisión». Cuadernos Derecho Judicial, CGPJ, 1994.
- DEL TORO MARZAL, A: «Comentarios al Código penal», II, Barna, 1972.
- DE LA MATA BARRANCO, Norberto J.: «Los delitos contra la Administración Pública».
- «La participación del funcionario público en delitos comunes y especiales. Autoría y cooperación. Toma de decisiones en órgano colegiados», p. 95, IVAP, 1997.
- DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. y ETXEBARRÍA, X.: «Malversación y lesión del patrimonio público. Apropiación distracción-disipación por funcionario, de caudales públicos». Bach, 1995.
- DE LA OLIVA SANTOS, A: «El Proyecto de Ley del Jurado de 1994 y la estructura del Proceso Penal», en I Jornadas sobre el Jurado, Sevilla 1995.
- DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, Miguel: «El delito de cohecho», p. 161.
- «El delito de Tráfico de influencias», pág. 171 en «Los delitos contra la Administración Pública» (Edición al cuidado de Adela Asúa Batarrita). IVAP, 1997.
- «Inducción o autoría mediata en malversación impropia», en La LEY, 1986-4, págs. 521 a 531.
- «La evolución legislativa del delito de tráfico de influencias». Actualidad Aranzadi, nº 223, de 30.11.95, págs. 1 a 5.
- «Cohecho y malversación». Enciclopedia Jurídica Básica. T. I, Madrid, 1995, p. 1087.
- «La autoría en Derecho penal». Barcelona, PPO, 1991.
- DÍAZ PALOS, Fernando: «Malversación de caudales públicos», en. NEJ, T.XV, p. 816-24, Ed. Seix Barral, Barcelona, 1972.
- «Estado de necesidad» NEJ, Barcelona.
- DÍAZ VALCÁRCEL, Luis M^a: «Infidelidad en la custodia de documentos». NEJ, XII, 1965.
- ENTRENA CUESTA, R.: «Curso de Derecho Administrativo». 5ª edición, Madrid, 1976, p. 371 y Vol. I, T. II, Madrid, 1982.
- ENTRENA FABRÉ, Rafael: «Delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos». Inédito.
- ESCRIVÁ GREGORI, J.M.: «La puesta en peligro del bien jurídico», en Derecho penal, Barcelona, 1976.
- ETXEBARRÍA ZARRABEITIA: «En los delitos contra la Administración pública» (edición al cuidado de Adela Asúa), IVAP, 1997.
- «Malversación de caudales públicos», p. 179.
- «Fraudes y exacciones ilegales», p. 205.
- FARRÉ TREPAT, E: «La tentativa de delito», Barcelona, 1986.
- FELIP SABORIT, David: «Sobre el tipo objetivo del delito de prevaricación

BIBLIOGRAFÍA

- de Abogado*» (Comentarios a las STS de 10 de marzo y 10 de septiembre de 1992).
- «*La delimitación del conocimiento de la antijuricidad*». Tesis doctoral Universitat Pompeu Fabra, 1997.
- FERNÁNDEZ-ESPINAR, G.: «*La prevaricación judicial*». CACEY, 1993-3, p. 853.
- FERNÁNDEZ, T.R.: «*Arbitrariedad y discrecionalidad*», Madrid, 1991, p. 65 y ss.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: «*Determinados abusos en el ejercicio de la función pública*», en ADPCP, 1981.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo: «*Comentarios al Código Penal*». Director, Gonzalo Rodríguez Mourullo. Coordinador, A. Jorge Berreiro, Ed. Civitas, 1997.
- FENECH, M.: «*El Proceso Penal*», José M^a Bosch, Barcelona, 1956.
- FERRER SAMA, Antonio: «*Comentarios al Código penal*». Tomo IV. Estados Artes Gráficas, Madrid, 1956.
- FRISCH, Nolfang: «*Tipo penal e imputación objetiva*». Colex 1995.
- FURIA, Filippo: «*Le nuove norme in materia di corruzione e altri delitti dei pubblici uffici contro la pubblica amministrazione*» En Dottrina, Boll. Trib, 22, 1990, p. 1605-1612.
- GARCÍA ALBERO, R.: «*Non bis in idem material y concurso de leyes*». Barcelona, 1995.
- GARCÍA ARÁN, M.: «*La prevaricación judicial*». Madrid, 1990.
- «*La protección del Estado como límite penal a las libertades de información y expresión*».
- «*Política Superior y Reforma Penal*». Homenaje al profesor Dr. Juan del Rosal. Edersa, 1993 en Anuario del Departament de Ciències Polítiques: dret de la UAB, p. 63.
- «*Consideraciones sobre los delitos contra la Administración de Justicia en el Proyecto de CP de 1992*».
- GARCÍA ARÁN, M y LÓPEZ GARRIDO, Diego: «*El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador*». Madrid, Closas-Arcoyen, 1996.
- GARCÍA ENTERRÍA, E y FERNÁNDEZ, TR: «*Curso de Derecho Administrativo*», T. I y T. II, Madrid 1989 (2ª edición).
- GARCÍA MACHO, R.: «*Las relaciones de especial sujeción a la constitución Española*», Madrid, 1992.
- GARCÍA GIL, F.: «*Código penal y su jurisprudencia*». Ed. Edijus, 1996.
- GARCÍA-PABLOS, DE MOLINA A.: «*El llamado Derecho penal político de nuevo cuño*», sus presupuestos y directrices, en Cuadernos de Política Criminal, 2 (1977).
- «*La resocialización de la víctima: víctima, sistema legal y política criminal*», p. 193. Criminología y Derecho penal al servicio de la persona. Libro homenaje al profesor A. Beristain.
- «*Derecho penal. Introducción*». 1995.

-
- «El actual saber jurídico-penal y criminológico». Revista Facultad de Derecho Universidad Complutense de Madrid, nº 63.
 - «Hacia una redefinición del rol de la víctima en la criminología y en el sistema legal», pág. 307. Estudios Penales en memoria al profesor Agustín Fernández Albor, 1989. Universidad de Santiago de Compostela.
 - «Manual de Criminología». Madrid (Espasa Calpe), 1988.
 - GARCÍA PLANAS, G: «Consecuencias del principio «non bis in idem», en el Derecho penal» (ADPCP, 1989, 5, p. 109 y ss).
 - «El nuevo delito de tráfico de influencias», Poder Judicial, nº 29, 1993, p. 21 y ss.
 - «Comentarios a la legislación penal». Ed. Cristo, 1982.
 - «Teoría de la pena». Ed. Teenos, 1985.
 - GARCÍA VALDÉS, Carlos: «El uso de información privilegiada y el tráfico de influencias», en Temas de Derecho Penal (Penología. Parte especial, Proyectos de Reforma). Centro de Estudios Judiciales, Ministerio de Justicia, Madrid, 1992, p. 291 y ss.
 - «Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal». T. II de A. QUINTANO, 2ª edición puesta al día por C. García Valdés, Madrid, 1997.
 - «Jornadas sobre la reforma del Código Penal Anteproyecto 1992.» Universidad de Valencia. Instituto de Criminología, 16.5.92.
 - «El proyecto de nuevo Código penal». ed. Tecnos, 1992.
 - GARRIDO FALLA, F; CAZORCA, L.M; ENTRENA y otros: «Comentarios a la Constitución Española» (2ª ed.), Madrid, 1988.
 - GIMBERNAT ORDEIG, E: «Delitos cualificados por el resultado y casualidad», 1966.
 - «Autor y cómplice en el Derecho penal», Universidad de Madrid. Facultad de Derecho, Madrid, 1966.
 - «Introducción a la parte general del Derecho penal Español». Facultad Derecho Universidad Complutense. 1979.
 - «Estudios de Derecho Penal». Ed. Tecnos, 1990.
 - «Prólogo a la octava edición del Código Penal de Tecnos». Madrid, julio 1993 (sobre el tráfico de influencias).
 - «Otra vez: los delitos contra la propiedad intelectual» (Al mismo tiempo, algunas reflexiones sobre los delitos con objeto plural inequívocamente ilícito sobre los de actividad y sobre el ámbito de aplicación de los artículos 13 y 15 del Código penal) en «Política Criminal y Reforma Penal». Homenaje en memoria del profesor Dr. D. Juan del Rosal, Edersa, 1993, p. 589.
 - «Omisión e imputación objetiva en derecho penal» con B. Schünemann y Jürgen Wolter, Madrid. 1994.
 - «Justificación y exculpación en derecho penal» (coloquio hispano-alemán de Derecho penal). con Albin Eser y Walter Perron. Centro de Estudios Judiciales, Madrid. 1995.
 - «Diarriba del nuevo Código penal», La LEY, 1996-3. p. 1336 y ss.

- «Concurso de Leyes, error y participación en el delito». ADPCP, 1992. Tomo XLV. Fasc. III, septiembre-diciembre. p. 833.
- En «La comisión por omisión» «Causalidad, omisión e imprudencia». Cuadernos Derecho Judicial CGPJ. XXIII. 1994.
- GIMÉNEZ SALINAS I COLOMER, ESTHER: «La mediació penal en dret comparat», Justiforum. Papers d'estudis i Formació. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, núm. 5-II Época-Juny 1996, p. 9 a 26.
- GIMENO JUBERO, MIGUEL ÁNGEL: «Ámbito objetivo del proceso del Tribunal del Jurado», en «El Tribunal del Jurado». C.G.P.J, 1995, p. 108 a 139.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: «El delito de prevaricación de funcionario público». Valencia, Tirant lo Blanch, 1994.
- «Prevaricación» (Nueva Enciclopedia Jurídica Seix) 1995.
- «Los delitos de los funcionarios públicos: cuestiones generales. La prevaricación como figura residual». Cuadernos de Derecho Judicial», Madrid. 1994.
- «La nueva regulación de los delitos de los funcionarios públicos en el Código penal de 1995: La prevaricación», en «Los delitos de los funcionarios públicos en el Código penal de 1995». Cuadernos Derecho Judicial CGPJ XXX, 1996.
- GÓMEZ REINO: «El secreto profesional de los periodistas». Revista Administración Pública, números 100 y 102. vol. I p. 628.
- GRACIA MARTÓN, Luis: «La comisión por omisión en el derecho penal especial» en la comisión por omisión. Director, Enrique Gimbernat, Cuadernos Derecho Judicial, XXIII, 1994.
- GRANADOS PÉREZ, Carlos: «El instrumento en el delito de cohecho» en — «Delitos de los funcionarios públicos», CGPJ. Cuadernos Derecho Judicial, IV, 1994, p. 129.
- GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA. Alej.: «Código penal de 1870, concordado y comentado.» T. IV, 2ª ed. Establecimiento tipográfico de los Sucesores de J.A. García, Madrid, 1912.
- También, T. I, 3ª ed. 1923 y T. II, 3ª edición, 1924.
- GUAITA, A.: voz «Funcionario público», Nueva Enciclopedia Jurídica, F. Seix, Barcelona, 1971.
- HASSEMER, V.: «Fundamentos del Derecho penal». Traducción y notas de F. Muñoz Conde-Arroyo, 1984.
- «Delictum sui generis», Köln-Berlin-Bonn-München, 1974.
- «Introducción a la Criminología y al derecho penal», con F. Muñoz Conde, Valencia-1989.
- HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Roberto: «Malversación», en La LEY, de 27.3.96.
- IADECOLA, Gianfranco: «La riforma dei delitti dei pubblici ufficiali contro seconda edizione...» Justitiam Colimus, Torino, 1992.

- JACKOBS, Günter: «*Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*». Marcial Pons, Madrid, 1995.
- JARAMILLO GARCÍA, Antonio: «*Novísimo Código penal, comentado y cotejado con el de 1870*», vol. II, Salamanca, 1929.
- JASO ROLDÁN, Tomás: «*Derecho Penal*», T. II: Parte Especial por J.A. Rodríguez Muñoz, T. Jaso Roldán y J.Mª Rodríguez Devesa, Madrid, 1949.
- JESCHECK, Hans-Heinrich: «*Tratado de Derecho Penal, traducción y ediciones de S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, 1981*».
- Y traducción de la 4ª edición de 1988, de Manzanares, ed. Comares, 1994.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: «*Tratado de Derecho Penal*», T.VII, 1970 y reimpresión total de 1976-77.
- JORGE BARREIRO, A: «*Descubrimiento y revelación de Decretos. Un estudio de Derecho penal español*», en RDP, 1983.
- KINHÄUSER, Urs: «*Täuschung und Wahrheitsanspruch beim Betrug*», en ZStW, 1991, p. 398 y s.
- LANDROVE DÍAZ: «*Descubrimiento y revelación de secretos*», en Jornadas de Derecho penal. Santiago de Compostela, 1976.
- LAURENZO ZOPELLO, Pier: «*El resultado en Derecho Penal*». Valencia, 1992.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: «*Manual de Derecho Penal*», tomo III, Madrid, 1992.
- LÓPEZ GARRIDO, D y GARCÍA ARÁN, M: «*El Código Penal de 1995, la voluntad del legislador*», Madrid, Eurojuris, 1996.
- LÓPEZ PEREGRIN: «*El insider trading o abuso de información privilegiada bursátil*», AP. 1993.
- LUZÓN PEÑA, D.M.: «*Actuación en interés propio en los «fraudes» de funcionarios del art. 401 del CP (comentario a las STS de 29 de mayo de 1989)*». Estudios Penales, Barcelona, 1991. También en La LEY T. 1989-4 p. 416 y ss.
- «*Aspectos especiales de la legítima defensa*». Ed. Bosch, Prólogo. Enrique Gimbernat Ordeig, 1978.
- «*Derecho Penal de la Circulación*» (estudios de la jurisprudencia del Tribunal Supremo). 2ª ed. PPU, Barcelona, 1990.
- «*Curso de Derecho, Parte General*», I, 1996.
- «*Tratamiento del secreto profesional en el derecho español*». Estados Penales PPU, Madrid, 1991.
- «*La violación del secreto profesional*».
- MAGALDI PATERNOSTRO, Mª José: «*La prevaricación de Abogado y Procurador (análisis de los artículos 360 y 361 del Código Penal)*» en «*Delitos de los funcionarios públicos*». Comentarios de Derecho Judicial. CGPJ IV, 1994, p. 101 y ss.
- «*El delito de falso testimonio en el sistema penal español*». Barcelona, 1997.
- «*En los delitos contra la Administración de Justicia ante la Reforma penal*», en Documentación jurídica, 2, Madrid, 1983 (junto a M. GARCÍA ARÁN).

BIBLIOGRAFÍA

- «*Algunas cuestiones en torno a la realización arbitraria del propio Derecho*», en ADPCP, 1993.
- MALINVERNI, Alessandro: «*Pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio nel diritto penale*». Torino, 1951.
- MANZANARES SAMANIEGO, J.L Y ALBACAR LÓPEZ: «*Código Penal*» (Comentario y jurisprudencia).
- MAQUEDA: «*Comentario a las STS de 22 de marzo de 1986: «El Caso Ballesteros»*», en Poder Judicial (2), 1986.
- «*El delito de falso testimonio en el sistema penal español*», Barcelona, 1987.
- MARÉS ROGER, F.: «*Comentarios a la Ley del Jurado*», Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- MARTÍN CANIVELL, J.: «*Prevaricación*». La LEY, 1996-I, p. 1697.
- MARTÍN MATEO: «*Manual de derecho administrativo*», Madrid, 1980.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita: «*La imputación objetiva de resultado*». Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid. Edersa, 1992. Prólogo de Enrique Gimbernat Ordeig.
- MARTÍNEZ-BUJÓN PÉREZ, C: «*Lo objetivo y lo subjetivo en el delito de prevaricación de funcionarios*», en ADPCP, 1991-II.
- MAURACH, R.: «*Tratado de Derecho penal*», (traducción y notas de CORDOBA RODA, J.), Barcelona, 1962.
- MAZA MARTÍN, José Manuel: «*Delito de malversación de caudales públicos por Directo de un Ente Público. Ánimo de apropiación como elemento esencial de la conducta típica. Error de prohibición (comentario a la Sentencia de 6.7.92 de la APM)*» en RGD, Enero-Febrero 1993, pág. 121.
- MELÉNDEZ SÁNCHEZ: «*En torno al delito de prevaricación*». Actualidad Penal, 1990.
- MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Crist.: «*Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*». Madrid, 1993.
- MESTRE DELGADO, E: «*¿Una despenalización de facto?*» (la discutible especialidad del Derecho disciplinario en el concurso de leyes con las faltas penales) en estados penales en homenaje al profesor Fernández Albor, 1989.
- «*Responsabilidad penal de alcaldes y concejales*». Tratado de Derecho Municipal, Madrid, 1988.
- MESTRE LÓPEZ, E: «*El delito de desobediencia a la autoridad o a sus agentes*», Barcelona, 1986.
- MEZGER: «*Tratado de Derecho penal*» T. II (2ª ed. traducción de Rodríguez Muñoz). Madrid, 1949.
- MIR PUIG, Carlos: «*De la malversación de caudales públicos: propuesta de una nueva interpretación del art. 397 del Código penal*», en CPC, 1991, pág. 75.
- «*La posición de garante en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*». En «*la comisión por omisión*». Director, Enrique Gimbernat Ordeig. Cuadernos Derecho Judicial CGPJ XXIII, 1994, p. 251 y ss.

- «El sistema de penas y su medición en la reforma penal». Librería Bosch, 1986.
- MIR PUIG, Santiago: «Derecho Penal. Parte General». 4ª ed., Barcelona, 1996.
- «Introducción a las bases del Derecho penal», 1976.
- «Nombramientos ilegales» NEJ XVII, 1982.
- «Negociaciones prohibidas a los funcionarios» NEJ XVII, 1982.
- «Nombramientos ilegales, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función» en «Los delitos de los funcionarios públicos en el Código penal de 1995». Cuadernos Derecho Judicial. Director: González Cussac. CGPJ XXX, 1996, p. 305 y ss.
- «La distinción de error de tipo y error de prohibición en Derecho penal» en «El consentimiento y el error». Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ XVIII-XX, 1993.
- MOMSEN, Theodor: «Römisches Strafrecht» («El Derecho penal romano» Traducción de P. Dorado. En Biblioteca de Jurisprudencia Filosofía e Historia, La España Moderna. T. II. Leipzig, 1899, Neugedruckt, Graz, 1955.
- MONER MUÑOZ, E: «Reflexiones sobre el cohecho activo impropio. Doctrina del Tribunal Supremo», en Ajuste General del Derecho, 1995.
- MORALES GARCÍA, O.: «Fondos reservados, revelación de secretos y denegación de auxilio» (A propósito de los últimos pronunciamientos del Tribunal Supremo), en AP, nº 16 de 21.4.96 XVIII.
- MORALES PRATS, F y RODRÍGUEZ PUERTA, M.J.: «Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal» (Director: G. QUINTERO OLIVARS y coord. J.M. Vale Muñoz) Pamplona, 1996.
- «Garantías penales y secreto sumarial» en la LEY, 19852.
- MORENO CATENA, VM: «El secreto de la prueba de testigos del proceso penal». Editorial Montecarno SA, 1980.
- MORILLAS CUEVA, L.: «La obediencia debida, aspectos legales y político-criminales». Cuadernos Civitas, 1984.
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo-PORTILLA CONTRERAS. Guillermo: «Los delitos de revelación de secretos, uso de información privilegiada, cohecho impropio y tráfico de influencias», en Comentarios a la Legislación penal, dirigidos por Manuel Lobo del Rosal y coordinados por Miguel Bajo Fernández, T. XVI, p. 173, Edersa, Madrid, 1994.
- MUÑOZ CONDE, F: «El error en Derecho penal español» Valencia, 1989.
- «Los nuevos delitos de tráfico de influencia, revelación de secretos e informaciones y uso indebido de información privilegiada». Comentarios a la Ley Orgánica 9/1991, de 22 de marzo (Apéndice a Derecho Penal. Parte especial, 8ª ed.) Valencia, 1990.
- «Derecho penal. Parte especial» 10ª ed. y 11ª ed. (nuevo Código Penal).
- MUÑOZ CUESTA, J: «Comentario a la STS de 30 de abril de 1988» en La LEY, 1988-4, p. 313.

BIBLIOGRAFÍA

- «*El delito de malversación*» en *La Ley*. p. 1 y ss., 1996, R 4146.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago: «*Tratado Derecho municipal*». Director: «*El Régimen del suelo y la ordenación urbana*». Editorial Civitas, SA. Madrid-1988.
- NIETO GARCÍA, A: «*Reducción de la discrecionalidad en materia disciplinaria*» en *RAP*, nº44, 1964.
- NUVOLONE: «*Breve nota sul concetto penalistico de pubblico ufficiale*» in *RIV. It. Diritto penale*, 1940.
- OCTAVIO DE TOLEDO, E: «*La prevaricación del funcionario público*». Editorial Civitas. Madrid, 1980.
- «*El bien jurídico protegido en los capítulos VI a VIII del Título II del Código penal*» en *CPC*, nº1, 1977, p.115.
- «*Algunas reflexiones sobre tratamiento jurídico del secreto profesional*» *La LEY* 1983-1, p.1076.
- «*El delito de prevaricación de funcionarios públicos*» en *La Ley*, 8 de octubre de 1996.
- OLAIZOLA FUENTES, Inés: «*Previsiones específicas en materia de penalidad. Inhabilitación y suspensión. La agravación genérica de prevalimiento del cargo*», p. 85, en «*Los delitos contra la Administración pública*» (edición al cuidado de Adela Asúa), IVAP. 1997.
- OLESA MUÑIDO, F.F.: «*El delito de malversación por sustracción de caudales o efectos públicos en el vigente código penal español*», en *Estudios Jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Vitoria*, T. I, 621-64, ed. Bosch, Barcelona, 1983.
- OLIVEROS ROSELLÓ, José: «*La malversación en el Código penal de 1995*» en los delitos de los funcionarios públicos en el CP 1995. Cuadernos Derecho Judicial. CGPJ XXX, 1996.
- ORTS BERENGUER, E.: (Con Vives-Boix-Carbonell-G.Cussac)... «*Derecho penal. Parte especial*». 2ª edición, Valencia, 1996.
- «*Comentarios al Código penal de 1995*» (Coordinador T.S. Vives), Valencia, 1996.
- «*Consideraciones sobre los delitos de abandono de destino y omisión del deber de perseguir delitos y de desobediencia y de negación de auxilio*», en *Los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995*. CGPJ. Cuadernos de Derecho Judicial XXX, 1996.
- «*Revelación y uso indebido de secretos e informaciones*», en «*Delitos de los funcionarios públicos*». CGPJ. Cuadernos Derecho Judicial, IV, 1994.
- PACHECO: «*El Código penal concordado y comentado*». Tomo II, Madrid, 1886.
- PAGLIARO: «*Principii di diritto. Parte speciale.*» 1977.
- PAZ M. DE LA CUESTA: «*Tipicidad e imputación objetiva*».
- PEÑARANDA: «*La participación en el delito y el principio de accesoriedad*», Tecnos, 1990.

- PÉREZ-CRUZ MARTIN, A.: «El Tribunal del Jurado en España: pasado, presente y futuro», *Revista General de Derecho*, 1992
- «La competencia del Tribunal del Jurado» en «Comentarios Sistemáticos a la Ley del Jurado y a la reforma de la prisión preventiva». Instituto de Estudios Penales Marqués de Beccaria, Granada, 1996.
- PIQUÉ VIDAL, J: «El Proceso Penal Práctico» LA LEY, 1990.
- PORTILLAS CONTRERAS, G.: «Curso de Derecho penal español». Parte especial I, Marcial Pons, ed., Madrid, 1996.
- PUIG PEÑA, F: «Derecho penal. Parte especial». 7ª ed. actualizada, Edersa, 1998.
- QUERALT JIMÉNEZ, J.J: «La obediencia debida en el Código Penal (análisis de una causa de justificación, art. 812 CP)», Librería Bosch, 1986, Prólogo S. Mir Puig.
- «Derecho penal Español». Parte especial, vol. I y II, librería Bosch, 1987; ed. 1992 ed. José María Bosch y 3ª ed. nuevo Código.
- «El concepto penal de funcionario público», en CPC, nº 27, 1985.
- «Elementos subjetivos de los tipos penales», Cuadernos Derecho Judicial.
- «Delitos contra la Administración Pública en el Nuevo Código Penal. Una aproximación desde la nueva regulación de la prevaricación administrativa», Estudio y Aplicación Práctica del CP 95» (Jimeno-Queralt, Martín Pallín, Marchena Gómez), Ed. Colex, Madrid, 1997.
- QUINTANAR, Manuel: «Sobre los fraudes de los funcionarios públicos» (artículo 401, párrafo 1º Código penal) Comentarios a la Sentencia 1436/1993 de la Excm. Sala 2ª del Tribunal Supremo, en RGD.
- QUINTANO RIPOLLÉS, A.: «Curso de Derecho penal», vol. II. Parte especial. Madrid. Ed. Revista de Derecho Privado, 1963.
- «Comentarios al Código penal», 2ª edición, renovada por el autor y puesta al día en textos jurisprudenciales y bibliográficos por Enrique Gimbernat Ordeig. Madrid, ed. Revista de Derecho Privado, 1966.
- «Tratado de la parte especial del Derecho penal», Tomo I, vol. I, Tomo I, vol. II, Tomo IV puestos al día por Enrique Gimbernat. Edersa 1972 y 1966.
- QUINTERO OLIVARES: «El delito de desobediencia y la desobediencia justificada», en CPC nº 12.
- «La colaboración entre poderes y la denegación de auxilio», en PJ. Nuevo especial VIII, 1988.
- «Los delitos especiales y la teoría de la participación», 1974.
- «Comentarios al Código penal» (Director), Pamplona, 1986.
- REBOLLO VARGAS: «La revelación de secretos e informaciones por funcionario público», CEDECS, Barcelona, 1996.
- RIFÁ, J.M : «El Proceso Penal Práctico». LA LEY, 1990.
- ROCA AGAPITO, LUIS: «El delito de malversación de caudales públicos». Prólogo de Rodrigo Fabio Suárez Montes. José Mª Bosch, Editor, Barcelona, 1999.

BIBLIOGRAFÍA

- RODRÍGUEZ DEVESA: (VOZ): «Exacciones ilegales», en NEJ, Seix, Barcelona, p. 178.
- VOZ «Fraude», en NEJ. Seix, Barcelona, p. 141.
- «Derecho penal español». Parte especial. 6ª edición. Madrid, 1975.
- RODRÍGUEZ DEVESA-SERRANO GÓMEZ: «Derecho penal parte especial», Madrid, 1973.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: «Dolo y error en un delito de malversación impropia (comentario a la STS, Sala 2ª, de 22.9.89)». La Ley, 1990-2, p. 1074.
- «Delitos de peligro, dolo e imprudencia», Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1994. Prólogo de Diego-Manuel Luzón Peña.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G: «Comentarios al Código penal», p. 1 (Córdoba, Del Toro, Casabó), Barcelona, 1972 y «Comentarios al Código penal» (Director) Ed. Civitas, 1997.
- RODRÍGUEZ PUERTA, MARÍA JOSÉ: «El delito de cohecho: Problemática Jurídico-Penal del Soborno de Funcionarios», Ed. Aranzadi, 1999.
- «Comentarios al Nuevo Código Penal». Director: Quintero Olivares; Coordinador: J.M. Valle Muñiz, ed. Aranzadi, 1996.
- «La responsabilidad del particular en el delito de cohecho» Revista de Derecho y Proceso Penal. Ed. Aranzadi. Año 1999-1, número 1. p. 183.
- RODRÍGUEZ RAMOS: «Transfuguismo retribuido y cohecho». Actualidad Penal, nº 22, 30 de mayo-5 de junio de 1994, p. 439 (XXIII).
- «Compendio de Derecho penal. Parte especial». 2ª edición. Ed. Trivium. Madrid, 1997.
- «El título XVI del Anteproyecto de 1992 y diversos aspectos de los delitos de prevaricación y cohecho», en Jornadas sobre la reforma del Código penal. Anteproyecto, 1992, Universidad de Valencia, Instituto de Criminología, de 16.5.92.
- ROLDÁN BARBERO, Horacio: «El delito de desobediencia y la resistencia de la Administración a cumplimiento de las sentencias y otras resoluciones judiciales en el procedimiento contencioso-administrativo», en la Ley, 1990-2.
- «El delito de desobediencia funcional», en la Ley, 1996.
- «Sobre el delito de infidelidad en la custodia de documentos», la Ley, 1994-4, p. 1056.
- «La infidelidad en la custodia de documentos», la Ley, 1996 de 10 de junio de 1996.
- «De la prevaricación administrativa», la Ley, 1994.
- ROMERO COLOMA: «Sobre los fraudes de los funcionarios públicos», CPC 1994.
- ROSAL BLASCO, Bernardo: «Tráfico de influencias», en Jornadas sobre la Reforma del Código penal. Anteproyecto, 1992. Universidad de Valencia, 16 de mayo de 1992.

- ROXIN: «*Derecho penal. Parte general*», «*Täterschaft und tat herrschaft*», Auflage, 1990.
- ROLLO VILLANOVA: «*El concepto de funcionario y la relación de función pública en el nuevo Derecho español*», en RPA, 1964, nº 44.
- RUDOLPHI, H. J.: «*Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico*», en Nuevo Pensamiento Penal, 1975, p. 329-47 (traducción de Enrique Bacigalupo Zapater).
- RUIZ MIGUEL: «*La configuración constitucional del derecho a la intimidad*», Tecnos, 1995.
- SAINZ MORENO: «*Ejercicio privado de funciones públicas*», RAP 100-102, 1983, p. 1725.
- «*Secreto e intervención en Derecho Público*». Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor García de Enterría. T. III, 1991.
- SAINZ PARDO CASANOVA, J.A.: «*El delito de apropiación indebida*», Ed. Bosch, Barcelona, 1978.
- SANZ DE ROZAS: «*Los delitos de desobediencia y de denegación de cooperación*», en «*Delitos contra la Administración Pública*». IVAP, 1997.
- SALOM ESCRIVA: «*El delito de exacciones ilegales del art. 402 CP*» en RGD, núm. 507, Valencia, 1986.
- SANTALUCÍA, Bernardo: «*Derecho penal romano*». Traducido por J. Paricio y C. Velasco. Ed. Ceura, Madrid, 1990.
- SAURA, J.: «*El proceso Penal Práctico*». La Ley, 1990.
- SCHÜNEMAN-FIGUEREIDO: «*Fundamento de un sistema de derecho penal europeo*». Traducción de Silva Sánchez, J.Mª.
- SEGRELLES DE ARENAZA: «*Protección penal del secreto de estado*». Eder-sa, Madrid, 1994.
- SERRANO BUTRAGUEÑO, I.: «*Código Penal de 1995*» (Comentarios y jurisprudencia). Ed. Comares, Granada, 1998, p. 401 a 407.
- SILVA SÁNCHEZ, José Mª: «*El delito de omisión. Concepto y sistema*». Librería Bosch, 1986.
- «*Aproximación al Derecho penal contemporáneo*». Ed. José Mª Bosch, 1997.
- «*Comisión y omisión. Criterios de distinción*», en «*Comisión por omisión*» (Director: Enrique Gimbernat). CGPJ Cuadernos de Derecho Judicial XXIII, 94.
- SILVELA: «*El derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*». T. I, 1874.
- SORIANO GARCÍA: «*Hacia el control de la desviación de poder por omisión*», en Revista Española de Derecho Administrativo (40-41). 1984.
- STRATENWERTH: «*Derecho penal. Parte general*». Traducido por G. Romero, 1982.
- SUÁREZ MONTES: «*Consideraciones político criminales sobre el delito de tráfico de influencias*», en Política Criminal y Reforma Penal. Homenaje

- al profesor Juan del Rosal, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1993. p. 1098.
- «El delito de malversación de caudales públicos», en RGLJ, 1966, p. 8.
- VALEIJE ÁLVAREZ: «Aspectos problemáticos del delito de concusión (diferencias con el cohecho)», RGD, 1994.
- «Consideraciones sobre el bien jurídico en el delito de cohecho». Estudios Penales y Criminológicos, 1995.
- «El tratamiento penal de la Corrupción del funcionario: el delito de cohecho». Edersa, 1996.
- VALLE MUÑIZ, José Manuel: «El delito de estafa: delimitación jurídico-penal con el fraude civil». Ed. Bosch. Barcelona. 1987.
- VALLS GOMBAU, J.F.: «El Proceso Penal Práctico». La Ley, 1990.
- VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos: «Código Penal». (Nuevo Código Penal comentado). Editoriales Derecho Reunido. Edersa, 1996.
- VIADA y VILASECA: «Código penal reformado de 1870, concordado y comentado». T. IV, Barcelona, 1926.
- VICENTE y CARAVANTES: «El Código Penal reformado», Madrid, 1871.
- VIRTO CARRUSCAIN, M^a José: «El delito de prevaricación del funcionario público», en «Los delitos contra la Administración Pública». (Adela Asúa) e IVAP, 1997, p. 121.
- VIVES ANTÓN. T.S: «Las detenciones ilegales», Bosch, Barcelona, 1974.
- «La responsabilidad de los jueces en el Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial». Escritos Penales y Criminológicos, IX, Santiago de Compostela, 1986.
- «Derecho Penal. Parte especial» (con Cobo del Rosal, Boix Reig y otros), 3^a ed. Valencia 1990.
- «Derecho Penal. Parte especial» (Con Carbonell, González Cussac, Boix y Orts). Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.
- «Comentarios al Código Penal de 1995». (Coordinador) Ed. Aranzadi. Pamplona, 1996.
- VIZMANOS, T.M y ÁLVAREZ MARTÍNEZ: «Comentarios al Código Penal». T. II, Madrid, 1848.
- VV. AA: «Delitos de los funcionarios públicos». (Director E. Imprenta de José M^a Alonso. ORTS. Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, mayo 1996.
- WELZEL: «Derecho Penal alemán», trad. Bustos/Yáñez, Santiago de Chile, 1970.
- ZABALEGUI MUÑOZ, M. Car: «La malversación de caudales públicos». Cuadernos Derecho Judicial, CGPJ 1994, p. 155.

MATERIALES DE TRABAJOS

- «*Ley Orgánica de Código Penal*» *Trabajos Parlamentarios*, Tomos I, II y III, CORTES GENERALES, Madrid, 1996.
- «*Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980*».
- «*Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983*».
- «*Proyecto de Ley Orgánica de Nuevo Código Penal de 1992*».
- «*Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1994*».

ÍNDICE

ABREVIATURAS	9
PRELUDIO	13
PRÓLOGO	15
INTRODUCCIÓN	19
<i>CUESTIONES PREVIAS</i>	19
A) Alcance de este trabajo	19
B) Bien jurídico protegido	19
C) El concepto de funcionario público y de autoridad	20
D) La circunstancia agravante genérica del artículo 22.7 CP y los delitos contra la Administración Pública	29
E) Competencia del Tribunal del Jurado	29
e') Extensión de la competencia por conexión	32
e'') Extensión de la competencia por conexión a las faltas inci- dentales	35
F) Las cuestiones prejudiciales jurisdiccionales administrativas	36

PRIMERA PARTE

EL DELITO DE PREVARICACIÓN DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS Y OTROS COMPORTAMIENTOS INJUSTOS (ARTS. 405 y 406 CP)

I. El artículo 404 CP. Diferente sistematización	41
II. Innovaciones o modificaciones introducidas en el nuevo Código ...	43
A) La supresión de la modalidad imprudente	43
B) Dictare resolución «arbitraria»	46
C) El término «injusticia»	48
1. Teorías:	48
a) Teoría subjetiva	48
b) Teoría objetiva	50

ÍNDICE

c) Teoría intermedia	52
d) Teoría mixta	53
2. El nuevo Código Penal	53
D) «A sabiendas de su injusticia»	54
III. La posición de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo	56
IV. La problemática de la comisión por omisión. ¿Delito de resultado?	
o ¿Delito de mera actividad? Posición personal	64
V. Autoría y participación. Posición de la Jurisprudencia. Reciente	
doctrina jurisprudencial que atenúa la responsabilidad del partí-	
cipe en los delitos especiales propios	72
VI. Causas de justificación	79
VII. Causas de exclusión de la culpabilidad	79
VIII. Concursos	79
IX. Nombramientos ilegales. El art. 405 y el art. 406 CP	80
X. Las mal llamadas prevaricaciones específicas	87

EL DELITO DE OMISIÓN DEL DEBER DE PERSEGUIR DELITOS. EL ART. 408 CP

I. Antecedentes	90
II. El bien jurídico	90
III. No incriminación de la imprudencia	91
IV. Sujeto activo	91
V. Conducta típica. Modalidad omisiva. Tipo subjetivo	91
VI. Causas de justificación	92

EL DELITO DE ABANDONO DE DESTINO. LOS ARTS. 407 Y 409 CP

I. EL ARTÍCULO 407 CP	92
A) Antecedentes	93
B) El nuevo precepto sólo tipifica los dos tipos cualificados del	
Artículo 376.2 CPA en el art. 407.1CP	93
C) El artículo 407.2. Figura ex novo	93
D) Conductas típicas. El término «delito» en sentido estricto: exclu-	
sión de la falta	94
E) Comisión dolosa. La STS 6.5.85	95
F) Algunas consideraciones sobre el sujeto activo	95
G) Concursos	96
II. EL ARTÍCULO 409 CP	96
A) Antecedentes	97
B) Bien jurídico	97
C) Conducta típica	97

EL DELITO DE DESOBEDIENCIA FUNCIONARIAL. LOS ARTÍCULOS 410 y 411 CP

I. La relación de jerarquía o el principio de subordinación por razón del servicio o función como presupuesto del delito de desobediencia. La competencia	99
II. Los artículos 410 y 411 del Código Penal	101
A) Antecedentes inmediatos. Los cambios introducidos por el nuevo Código Penal	102
B) El bien jurídico	108
C) El delito especial impropio	109
D) El sujeto activo. La Administración Pública	113
E) El sujeto pasivo	115
F) La conducta típica del art. 410 CP	116
1.1. Tipo objetivo. La locución: «que se negaren abiertamente»	116
1.2. Las formas del mandato: Las resoluciones judiciales, las decisiones y las órdenes. El problema de los llamados mandatos antijurídicos obligatorios	118
1.3. El «debido cumplimiento» a los mandatos	129
2. Tipo subjetivo	130
3. La exención de responsabilidad específica del párrafo segundo 410 CP. ¿Causa de justificación? o ¿causa de exclusión de la tipicidad?	132
4. Las dudas y la remonstratio	134
G) La conducta típica del art. 411 CP	136
H) La remonstratio y el Ministerio Fiscal. Efectos del art. 411 CP: ¿El art. 411 CP deroga el artículo 27.2 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre del estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal?	138
a) Situación anterior a la Ley 50/1981	138
b) La Ley 50/81 de 30 de diciembre	139
c) Situación actual	140

EL DELITO DE DENEGACIÓN DE AUXILIO. EL ART. 412 CP

I. El bien jurídico	141
II. Naturaleza jurídica	143
III. Sujeto activo	144
IV. Supresión de la modalidad típica contenida en el art. 372 II CPA	144
V. Supresión de la modalidad típica del art. 372.1 CPA	147
VI. Tipos básicos. El artículo 412.1 y 412.3 último párrafo CP	148
A) La conducta típica del art. 412.1	148
a) La situación típica	148
b) La ausencia de la acción esperada	149

ÍNDICE

c) Capacidad de realizar la acción debida o esperada	149
B) Conducta típica del art. 412.3 CP último párrafo	151
VII. Tipos agravados: A) El art. 412.2; B) el art. 412.3 primero y segundo párrafo	154
A) El artículo 412.1 CP	154
B) El artículo 412.3 CP, primero y segundo párrafo	154

SEGUNDA PARTE

LOS DELITOS DE INFIDELIDAD EN LA CUSTODIA DE DOCUMENTOS Y DE LA VIOLACIÓN DE SECRETOS O INFORMACIONES COMETIDAS POR AUTORIDAD O FUNCIONARIO PÚBLICO

Cuestiones sistemáticas	157
Los delitos de infidelidad en la custodia de documentos	158
I. Aspectos comunes a los diversos tipos de infidelidad documental ...	158
A) El bien jurídico	159
B) El documento como objeto exclusivo y unitario de protección. Concepto de documento. El artículo 26 CP	159
C) Sujeto activo	161
D) Sujeto pasivo. La Administración Pública. El tercero perjudicado	165
E) Parte subjetiva del tipo penal: El dolo. Exclusión de la modalidad imprudente. Tendencia político-criminal de reducción de la imprudencia punible a favor de la responsabilidad patrimonial del Estado o a favor de la vía disciplinaria	166
II. Las particulares figuras delictivas: la infidelidad material. El art. 413 CP	167
A) La conducta típica	167
B) ¿Delito de resultado o de mera actividad?	169
C) ¿Cabe la comisión por omisión?	169
D) La autoría y la participación	171
E) Causas de justificación	173
F) Concursos	173
III. El artículo 414 CP. El quebrantamiento de los medios para proteger los documentos de acceso restringido	175
A) Conducta típica: a) tipo objetivo. La modalidad omisiva	176
b) tipo subjetivo. El nuevo término «a sabiendas»	176
B) Concurso	176
IV. El artículo 415 CP. La infidelidad respecto a documentos secretos	177
A) Tipo objetivo. La modalidad omisiva. Secretos oficiales ¿Exclusión de informaciones que no deben ser divulgadas por interpretación sistemática del art. 417 CP?	177
B) Tipo subjetivo	182

V. El artículo 416 CP	183
-----------------------------	-----

EL DELITO DE REVELACIÓN DE SECRETOS E INFORMACIONES POR FUNCIONARIO PÚBLICO (ARTS. 417 Y 418 CP)

I. Concepto de secreto. El bien jurídico protegido	185
II. El art. 417 CP. Bien jurídico protegido	186
A) Antecedentes	188
B) Sujeto activo	189
C) Sujeto pasivo	190
D) Conducta típica	190
a) Tipo básico	190
a') Tipo objetivo	190
a'') Tipo subjetivo	197
b) Tipo agravado	197
c) Secretos de un particular	198
c') El bien jurídico protegido	200
c'') El consentimiento como causa de atipicidad, y no como causa de justificación	200
c''') Tipo subjetivo, dolo. No incriminación de la modalidad imprudente	201
E) Causas de justificación	201
III. El artículo 418 CP. El aprovechamiento indebido de secretos o informaciones privilegiadas por particular	218
A) Tipo básico	218
B) El subtipo agravado	221
C) Concursos	222

EL DELITO DE COHECHO EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL

I. Introducción: El bien jurídico común de los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código penal	224
II. El bien jurídico protegido en el delito de cohecho	226
III. Innovaciones del Código penal	228
I. Diferente sistematización o ubicación del delito de cohecho activo	228
II. Inclusión expresa de los términos «en provecho propio o de un tercero»	228
III. Inclusión expresa de «para realizar en el ejercicio de su cargo una acción u omisión constitutivos de delito» (art. 419 CP)	229
IV. Inclusión expresa en los artículos 419, 420 y 421 de la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público, junto a las penas de prisión, multa (o sólo multa)	230
V. Ampliación del ámbito típico del cohecho pasivo impropio. El nuevo art. 425 CP.	230

ÍNDICE

VI. En el delito de cohecho activo propio de respuesta (art. 423.2) se introduce una atenuación	231
VII. En el art. 424 —cohecho activo más benigno— se reproduce el anterior art. 392 CPA	232
VIII. Introducción de un nuevo precepto: el art. 427 CP	232
IX. Sobre el problema de si es atípico o no el cohecho activo impropio de propuesta y de respuesta	233
A) Antes de la reforma por Ley Orgánica 9/1991, de 22 marzo	233
B) Tras la reforma operada por la Ley Orgánica 9/1991, de 22 marzo	237
C) Después de la reforma en vigor del nuevo Código penal	243
D) Consideraciones finales	248

LOS DELITOS DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS. LOS ARTS. 428 Ó 431 CP

I. Introducción	249
A) Antecedentes	249
B) Examen de la regulación legal de los artículos 404 bis a) y 404 bis b) del CPA	251
a) La acción	252
b) La relación de causalidad	254
c) La imputación objetiva	255
d) El resultado típico	258
e) Parte subjetiva: dolo	260
C) Examen de la regulación del art. 404 bis a del Código penal 1973, introducido por la Ley Orgánica 9/1991, de 22 de marzo	260
II. Los nuevos artículos 428, 429 y 430 CP	262
A) Los artículos 428 y 429 CP	262
a) Conducta típica del art. 428 y del art. 429 CP: «el influir»... ..	265
b) «El prevalimiento»	267
c) Finalidad de obtener una resolución beneficiosa	268
A') Especial referencia a la teoría de la imputación objetiva en los delitos de mera actividad y de peligro abstracto	269
B) El artículo 430 del nuevo CP	272

TERCERA PARTE

LOS DELITOS DE MALVERSACIÓN ART. 432 a 431 CP

I. Introducción	275
II. El bien jurídico	280
III. La malversación propia. El art. 432 CP	290

ÍNDICE

A) Antecedentes	291
B) Diferencias respecto del art. 394 CPA	293
a) Abandono del criterio de las cuantías escalonadas respecto del art. 394 CPA	294
b) Suavización de la duración de la pena privativa de libertad por regla general	294
c) Alusión expresa al elemento subjetivo del injusto de ánimo de lucro	294
d) Supresión de la locución «a su disposición»	295
C) Modalidad de apropiación	298
a) Las conductas típicas. El tipo básico	300
a') En la comisión activa	300
b') En comisión por omisión	302
b) Tipos agravados	304
c) Tipo atenuado	305
d) Tipo subjetivo: el dolo y el ánimo de lucro ¿El hacerse pago con caudales públicos constituye causa de atipicidad?	305
e) Autoría y participación	308
f) Causas de justificación	312
g) Causas de exclusión de la culpabilidad	313
h) Circunstancias atenuantes	314
IV. Modalidad de distracción. El art. 433 CP	314
A) Antecedente	314
B) Diferencias con el art. 396 CPA	315
C) Conducta típica	316
V. Nueva modalidad de distracción «sui generis». El art. 434 CP	318
A) Antecedentes	318
B) Conducto típica	319
a') Inclusión expresa de los bienes inmuebles, además de los muebles	319
b') Perjuicio grave para la causa pública	320
C) Tipo subjetivo	320
D) Naturaleza Jurídica. La participación del extraneus	320
VI. La malversación impropia. El art. 435 en relación con los artículos 432, 433 y 434 CP	321
A) Antecedentes	321
B) Examen del nuevo art. 435. Naturaleza accesoria: ampliación del sujeto activo, del objeto material y de la relación entre ambos ..	322
C) Supuestos expresos. Error de prohibición. Participación y autoría mediata en el art. 435.3 CP	323

DE LOS DELITOS DE FRAUDES Y EXACCIONES ILEGALES

I. Consideraciones generales	329
II. Antecedentes	332

ÍNDICE

III. El artículo 436 CP	334
A) Bien protegido	335
B) Sujeto activo	336
C) Naturaleza jurídica	336
D) Sujeto pasivo	337
E) Conducta típica	337
F) Tipo subjetivo	339
G) Concursos	340
IV. El artículo 437 CP	342
A) Novedades	342
a) principal novedad	342
b) eliminación de la anterior restricción doctrinal	343
c) determinación de la pena	344
d) en el art. 437 desaparece el subtipo aprobado del apartado segundo del art. 402 CPA	344
B) Naturaleza jurídica	344
C) Bien jurídico	345
D) Sujeto activo	345
E) Conducta típica	345
F) Tipo subjetivo	348
V. Estafa o apropiación indebida agravada con abuso del cargo del art. 438 CP	349
A) Naturaleza jurídica	349
B) Bien jurídico	350
C) Sujeto activo	350
D) Conducta típica	351
a) Comisión de un delito de estafa o apropiación indebida «abu- sando del cargo»	351
E) Penalidad	351
F) Concursos	352
a) respecto del art. 436 CP	352
b) respecto de la malversación	352
c) respecto del cohecho	352

DE LAS NEGOCIACIONES Y ACTIVIDADES PROHIBIDAS A LOS FUN- CIONARIOS Y DE LOS ABUSOS EN EL EJERCICIO DE SU FUNCIÓN

CONSIDERACIONES PREVIAS	352
I. Participación indebida en negocios a actuaciones (arts 439 y 440) ..	355
A) Antecedentes	355
B) El artículo 439 CP	359
a) sujeto activo	359
b) conducta típica	361
C) El artículo 440 CP	363

ÍNDICE

a) Sujeto activo	364
b) Conducta típica	364
II. El artículo 441 CP	364
a) Sujeto activo	366
b) Conducta típica	366
c) Tipo subjetivo	368
d) Consumación	368
III. Uso indebido de secreto o información privilegiada. El art. 442 CP	368
A) Antecedentes	369
B) Sujeto activo	370
C) Conducta típica	370
a) tipo básico	370
b) tipo agravado	372
c) tipo muy agravado	372
D) Tipo subjetivo	373
E) Concursos	373
IV. Solicitud sexual. Art. 443 a 445 CP	373
A) Antecedentes	374
B) Bien jurídico	375
C) El art. 443 CP	375
a) Sujeto activo	375
b) Sujeto pasivo	375
c) Conducta típica	376
d) Tipo subjetivo	376
e) Concursos	376
D) El artículo 444 CP	377
a) Sujeto activo	377
b) Sujeto pasivo	377
c) Conducta típica	377
d) Tipo subjetivo	378
e) Concursos	378
E) El art. 445 CP	378
CONCLUSIONES	379
BIBLIOGRAFÍA	387

