JORGE VIZUETA FERNÁNDEZ
Profesor de Derecho Penal
Universidad de Zaragoza

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: ESTUDIO CRÍTICO DEL DELITO DE COHECHO

GRANADA, 2003

BIBLIOTECA COMARES DE CIENCIA JURÍDICA
Director de publicaciones:
MIGUEL ÁNGEL DEL ARCO TORRES

© Jorge Vizueta Fernández

Editorial Comares, S.L.
Polígono Juncaril, parcela 208
18220 Albolote (Granada)
Tel.: 958 46 53 82 • Fax: 958 46 53 83
E-mail: comares@comares.com
http://www.comares.com
ISBN: 84-8444-726-X • Depósito Legal: Gr.-1.303/2003
Fotocomposición, impresión y encuadernación: EDITORIAL COMARES, S.L.

A mi familia

SUMARIO

PRÓLOGO XV
NOTA PRELIMINAR XIX
INTRODUCCIÓN 1

CAPÍTULO 1
EVOLUCIÓN HISTÓRICA

1.1. Roma 5
1.2. Derecho histórico español 7
1.3. El periodo codificador 11
1.3.1. Introducción 11
1.3.2. El Código penal de 1822 12
1.3.3. El Código penal de 1848 y la reforma de 1850 14
1.3.4. El Código penal de 1870 16
1.3.5. El Código penal de 1928 18
1.3.6. El Código penal de 1932 21
1.3.7. El Código penal de 1944 21
1.3.8. El Código penal, texto refundido de 1973 24

CAPÍTULO 2
EL TÍTULO XIX DEL LIBRO II DEL CÓDIGO PENAL DE 1995:
DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

2.1. El Título VII del Libro II del Código penal de 1973 27
2.1.1. La opinión mayoritaria 27
2.1.2. La postura de Octavio de Toledo 29
2.1.3. Crítica 31
2.2. Novedades introducidas en el Título XIX del Código penal de 1995 34

A. «De la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos» 35
B. «Del abandono de destino y de la omisión del deber de perseguir delitos» . 36
C. «De la desobediencia y denegación de auxilio» 38
D. «De la infidelidad en la custodia de documentos y de la violación de secretos» . 39
E. «Del cohecho» 41
F. «Del tráfico de influencias» 43
G. «De la malversación» 44
H. «De los fraudes y exacciones ilegales» 47
I. «De las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función» 48
J. Figuras que se ubican en otros lugares del Código 50
2.3. Bien jurídico protegido en el Título XIX del Código penal de 1995 51
2.3.1. Los «Amtsverbrechen» en la doctrina alemana 51
2.3.1.1. Defensores de la existencia de un bien jurídico común a todos los delitos del cargo 51
2.3.1.1.1. Infracción del deber del cargo. Crítica 52
2.3.1.1.2. La pureza del ejercicio del cargo 56
2.3.1.1.3. La opinión de Stock 58
2.3.1.2. Partidarios de la no existencia de un bien jurídico común a todos los delitos del cargo 59
2.3.1.2.1. Binding 59
2.3.1.2.2. La postura de Arzt 60
2.3.1.2.3. La tesis de Wagner. Crítica de Hirsch 61
2.3.2. Los «delitti contro la pubblica amministrazione» en la doctrina italiana . 64
2.3.2.1. Concepto de «pubblica amministrazione» 65
2.3.2.1.1. La opinión dominante: concepto amplio de administración pública 65
2.3.2.1.2. El criterio de los valores de Pannain 68
2.3.2.1.3. La opinión de Tagliarini 68
2.3.2.1.4. El parecer de Rampioni 70
2.3.2.2. Bien jurídico protegido en los delitos del Título II, Libro II, del Código penal italiano 71
2.3.2.2.1. La postura mayoritaria: la dignidad y el prestigio de la Administración pública. Crítica 72
2.3.2.2.2. La doctrina minoritaria 74
A. Tagliarini 75
B. Rampioni 75
2.3.2.3. Breves consideraciones sobre la reforma de abril de 1990 82
2.3.3. Los «delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos» en la doctrina española 85
2.3.3.1. Bien jurídico o elemento común de estos delitos 85
2.3.3.1.1. Los deberes del cargo. Crítica 85
2.3.3.1.2. La opinión de Bacigalupo 91
2.3.3.1.3. El *abuso de poder* 93
2.3.3.1.4. La tesis de Octavio de Toledo 97

2.3.3.1.5. Otros autores 101
2.3.3.2. Partidarios de la inexistencia de un bien jurídico común 102
2.3.3.3. *Excursus*: personalidad jurídica del Estado y/o personalidad jurídica de la Administración 103
2.3.3.3.1. Antecedentes históricos 104
2.3.3.3.2. García de Enterría: personalidad jurídica de la Administración pública 106
2.3.3.3.3. López Guerra y López Rodó: personalidad jurídica del Estado y personalidad jurídica de la Administración . 108
2.3.3.3.4. Martínez López-Muñiz: personalidad jurídica del Estado 111
2.3.3.3.5. La peculiar postura de Santamaría Pastor 111
2.3.3.3.6. Conclusión 112
2.3.4. La rúbrica «delitos contra la Administración pública» 116
2.3.4.1. El concepto de Administración pública en la doctrina administrativa 118
2.3.4.1.1. Concepción subjetiva de la Administración pública . 121
2.3.4.1.2. Concepción objetiva de la Administración pública . 131
2.3.4.2. Concepto de Administración pública en el Título XIX 135
2.3.4.2.1. Ineficacia de la concepción subjetiva 135
A. La prevaricación del funcionario público 136
B. El delito de nombramientos ilegales 138
C. El delito de desobediencia funcionarial 139
D. La infidelidad en la custodia de documentos . . 140
E. El delito de violación de secretos 141
F. La malversación de caudales públicos 143
G. El delito de fraude funcionarial 145
H. Recapitulación 146
2.3.4.2.2. ¿Puede defenderse un concepto objetivo de Administración pública? 147
A. El delito de abandono de destino 149
B. La omisión del deber de perseguir delitos 154
C. El delito de desobediencia funcionarial 155
D. La denegación de auxilio a la Administración de Justicia 162
E. Infidelidad en la custodia de documentos 163
F. El delito de violación de secretos 168
G. Recapitulación 176
2.3.4.2.3. Autonomía del concepto de Administración pública . 176
2.3.5. Las *funciones públicas* como bien jurídico común a todos los delitos del Título XIX 179
2.3.5.1. Aclaración previa 179
A. Función político-criminal del bien jurídico 179
B. Función dogmática del bien jurídico 181
2.3.5.2. Crítica 183
2.3.5.3. Respuesta a estos interrogantes 184

2.3.5.3.1. Comprobación primera: referencia a delitos recogidos en el título XIX 184
A. Actividades prohibidas a tutores, curadores y albaceas 184
B. Estafa o apropiación indebida cometida por autoridad o funcionario público abusando de su cargo . 189
2.3.5.3.2. Comprobación segunda: relación con otros preceptos del Código 193
A. Delitos contra la Administración de Justicia . . 193
B. El delito de desobediencia a la autoridad o sus agentes 194
C. Usurpación de funciones públicas 196
D. Resultado de la comprobación 197
2.4. Recapitulación 198

CAPÍTULO 3
EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE COHECHO

3.1. Evolución doctrinal 201
3.1.1. Deber de fidelidad y prestigio de la Administración pública 201
3.1.2. La «*voluntad estatal*» como bien jurídico protegido 204
3.1.3. La confianza de la sociedad en la corrección de la actividad pública 207
3.1.4. El correcto funcionamiento de la Administración pública 210
3.1.5. La corrupción como compraventa de un acto del cargo 214
3.1.6. El principio de imparcialidad en el ejercicio de las funciones públicas . . 216
3.1.6.1. Italia 216
3.1.6.2. España 219
3.1.6.3. Crítica 225
3.2. Enfoque del problema: clasificación de las distintas modalidades de cohecho . . . 229
3.2.1. Cohecho cometido por autoridad o funcionario público 230
3.2.1.1. Modalidad de recogida (o residual) 231
3.2.1.2. Cohecho subsiguiente 241
3.2.1.3. Cohecho antecedente 250
3.2.1.3.1. Supuestos en los que la conducta contrapartida de la dádiva es conforme a derecho 250
3.2.1.3.2. Supuestos en los que la conducta contrapartida de la dádiva es contraria a derecho 264
A. Cuestiones generales 264
B. El art. 419 del Código penal 268
C. Los artículos 420 y 421 del Código penal 286
3.2.2. Cohecho cometido por particular 296
3.2.2.1. Evolución legislativa 297
3.2.2.2. Análisis típico 298
3.2.2.2.1. El anverso del cohecho cometido por particular 299

A. Regulación anterior a la reforma del Código penal por Ley Orgánica 9/1991, de 22 de marzo . 299
B. Regulación posterior a la reforma del Código penal por Ley Orgánica 9/1991, de 22 de mar . . . 301
C. Regulación surgida del Código penal de 1995 . 302
3.2.2.2.2. Determinación de las acciones típicas 306
3.2.2.2.3. Estructura del tipo 307
A. El art. 423 como reverso de los artículos 419, 420, inciso segundo, y 421 del Código penal 307
B. El art. 423 como reverso del art. 420, inciso primero, del Código penal 312
3.2.2.3. Crítica 313

BIBLIOGRAFÍA 317

PRÓLOGO

En septiembre de 1992 se presentó en mi despacho de la recién creada Facultad de Derecho de la Universidad de La Rioja Jorge Vizueta Fernández, un joven que acababa de finalizar su Licenciatura en Derecho, con una gran preparación, inteligencia y capacidad de trabajo, alumno mío de Derecho penal, Parte General, asignatura que cursó en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, mostrando su deseo de dedicarse a «algo relacionado con el Derecho penal», en realidad, su gran modestia y sencillez le impidieron decirme expresa y claramente que lo que quería, realmente, era ser, en un futuro, profesor de Derecho penal, para lo que tenía indudables cualidades y una gran vocación.

Desde entonces toda su vida la ha dedicado *totalmente* con esfuerzo al estudio y a formarse, en unos momentos cruciales en los que la Universidad española se está trasformando a una gran velocidad vertiginosa en todas sus vertientes: en cuanto a los nuevos planes de estudios, selección del profesorado, estructuras universitarias, órganos de gobierno, etc., etc.

El tema de su tesis doctoral, el delito de cohecho, yo mismo se lo propuse. Al comenzar la década de los años 90 no existía ninguna monografía específica en España en relación con este delito, pero resulta que de repente desde el año 1995 este delito sería objeto de excelentes contribuciones científicas y monografías concretas (fundamentalmente, tesis doctorales). Así aparecieron, sucesivamente, los estudios de Valeije Álvarez, Olaizola Nogales y Rodríguez Puerta.

En España, los delitos cometidos por los funcionarios públicos no merecieron estudios específicos, hasta que Emilio Octavio de Toledo publicó en el año 1980 su obra *La prevaricación del funcionario público*.

El autor del libro que tienen entre sus manos podría haber afrontado, lícitamente, la investigación realizando una cuarta monografía sobre el delito de cohecho, lo que hubiera sido más fácil, cómodo y rápido para él.

En los primeros pasos de la realización de su obra le aconsejé que hiciera un estudio de corte clásico o tradicional del delito de cohecho. Sin embargo, Jorge Vizueta Fernández se ha centrado, únicamente, y está en mi opinión totalmente justificado, en estudiar el Título XIX del Libro II del Código penal de 1995 («Delitos contra la Administración pública») y fundamental y esencialmente en analizar el bien jurídico protegido en el delito de cohecho.

En relación con el análisis del Título XIX del Libro II, realiza un detenido estudio crítico de este Título que aún no se había hecho y analiza las distintas posturas doctrinales encontradas sobre el bien jurídico protegido en los delitos del cargo (los partidarios de la existencia de un bien jurídico común a todos los citados delitos, los partidarios de la no existencia de un bien jurídico común a todos los delitos del cargo, los *«delitti contro la pubblica amministrazione»* en la doctrina italiana, en donde se han estudiado principalmente estas infracciones, sin olvidar nunca la doctrina alemana, etc.), exposición del concepto de personalidad jurídica del Estado y/o personalidad jurídica de la Administración, concepto de Administración pública, rechazando tanto la concepción subjetiva como la concepción objetiva, partiendo el autor de un concepto autónomo de Administración pública, etc.

La parte más importante y original de su obra es la que está dedicada a analizar el bien jurídico protegido en el delito de cohecho. El autor hace para ello, en primer lugar, una imprescindible y necesaria previa clasificación (bastante complicada de hacer) de las distintas figuras delictivas tipificadas en los arts. 419 a 427 del vigente Código penal de 1995, que además analiza desde el punto de vista dogmático-estructural de los tipos: La propuesta que hace el autor atiende al sujeto activo, distinguiendo entre un cohecho cometido por autoridad o funcionario público (arts. 419, 420, 421, 425 y 426), y un cohecho cometido por particular (arts. 423 y 424). El delito de cohecho cometido por autoridad o funcionario público, debido a su gran complejidad técnica, precisa de otros criterios de clasificación. Así, según el momento en que se realiza la correspondiente acción típica, esto es, de si es anterior o posterior a la conducta contrapartida de la dádiva, este cohecho puede ser, a su vez, antecedente (arts. 419, 420, 421, 425.1, primer inciso, y 426, segundo inciso) o subsiguiente (art. 425.1, segundo inciso, y 2), sin olvidar la figura del art. 426, inciso primero, que abarca supuestos de cohecho antecedente y subsiguiente, y que denomina modalidad de recogida o residual. El autor hace, dentro del cohecho antecedente, una ulterior distinción, que obedece al hecho de que la conducta contrapartida de la dádiva sea conforme (arts. 425.1, inciso primero, y 426, segundo inciso) o contraria a derecho (arts. 419, 420 y 421).

El autor propugna en esta obra una de las posturas, a mi juicio, más comprometedoras, valientes, provocadoras y nobles que se han dado en los últimos años en la Ciencia del Derecho penal española: Que todas las figuras delictivas de cohecho deben de ser extraídas del Código penal, esgrimiendo para ello una serie de brillantes y convincentes razonamientos jurídicos realizados de una forma cabal e impecable desde un estricto punto de vista dogmático, haciendo además gala de que está en posesión verdaderamente de una magnífica y excelente formación jurídica.

La postura del autor es aún más valiosa porque supone ir contracorriente de la doctrina y también contra otras corrientes: La política, la de los medios de comunicación y la del vulgo.

Después de haber dirigido su obra, considero, también, que desde un punto de vista dogmático su postura se puede mantener y defender solventemente. Un amplio sector de nuestra doctrina había patrocinado ya, solamente, la despenalización de la conducta de cohecho tipificada en el inciso primero del art. 426 (figura de recogida o residual). Es, como bien señala el autor, el Derecho Administrativo, fundamentalmente, el que debería intervenir en estos casos, aunque para ello sean necesarios cambios de importancia en el ámbito de lo disciplinario.

Para el autor el bien jurídico protegido en el cohecho es la honradez o integridad de la condición de funcionario público, pero según Vizueta Fernández este bien jurídico no merece protección penal, porque no ha hallado acogida en la Constitución española de 1978 ni siquiera de un modo indirecto.

A continuación voy hacer una exposición que tendrá que ser, por desgracia, forzosamente breve y a título de ejemplo ilustrativo, de algunos de los diversos razonamientos jurídicos en que apoya sus tesis y las conclusiones originales fundadas a las que llega el autor y que desde luego suscribo en un todo:

Los supuestos de cohecho subsiguiente del art. 425, al igual que la modalidad de recogida, protegen la honradez o integridad de la condición de funcionario público, lo que lleva al autor por idénticos motivos que en aquélla a inclinarse por su despenalización. En los arts. 425.1, inciso primero, y 426, inciso segundo, donde se recogen los supuestos de cohecho antecedente en los que la conducta contrapartida de la dádiva es conforme a derecho, el autor llega, también, a la misma conclusión.

Las modalidades de cohecho antecedente en las que la conducta contrapartida de la dádiva es contraria a derecho se regulan en los arts. 419, 420 y 421. En relación con la figura del art. 419, el bien jurídico protegido no es otro que el que se lesionaría o pondría en peligro con la realización de la acción u omisión constitutiva de delito contrapartida de la dádiva, y como ésta puede ser muy variada y no queda desde luego determinada en el citado art. 419, habrá que estar al caso concreto para saber de qué bien jurídico se trata, no pudiéndose hablar, por tanto, de un único bien jurídico principal protegido por el art. 419, sino de tantos como acciones y omisiones constitutivas de delito pueda realizar el concreto funcionario público en el ejercicio de su cargo a cambio de una dádiva. Ahora bien, en el *iter* del delito contrapartida de la dádiva, las acciones de solicitar una dádiva, recibirla y aceptar la promesa de su entrega futura constituyen meros actos preparatorios que el Legislador ha elevado a la categoría de delito autónomo, y en el Código penal los actos preparatorios en principio son impunes. El autor considera que los ataques que sufren los bienes jurídicos protegidos por los diversos delitos que pueden ser contraprestación de una dádiva a través de las conductas reguladas en el art. 419 del Código penal, no son lo suficientemente graves como para llevar aparejada una amenaza penal. Solicitar o recibir una dádiva, o aceptar una promesa, para realizar en el ejercicio del cargo un delito, debería quedar extramuros del Derecho penal. Como estas conductas suponen la lesión del bien jurídico *honradez o integridad de la condición de funcionario público*, llevarían aparejada una sanción disciplinaria. Cuando el delito contrapartida de la dádiva se ejecute o haya un principio de ejecución del mismo, se aplicará, entonces, tal delito en grado de consumación o de tentativa, con la agravante genérica, en su caso, de precio, recompensa o promesa. La dádiva o promesa solicitada, recibida o aceptada serviría, por tanto, por un lado, para fundamentar la aplicación de un ilícito disciplinario –por haber lesionado el bien jurídico honradez o integridad de la condición de funcionario público–, y, por otro, para agravar la pena del delito contrapartida de la dádiva –que ha podido consumarse o quedar en grado de tentativa– por ser la conducta más reprochable.

Jorge Vizueta Fernández, sigue sus adecuados razonamientos dogmáticos en relación con el resto de las figuras delictivas de cohecho cometido por autoridad o funcionario público y las figuras delictivas cometidas por particular.

Esta tesis mereció la calificación de Sobresaliente *cum laude* por el Tribunal que el día 31 de Enero de 2003 la juzgó en el salón de grados de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza.

Solamente me queda felicitar a Jorge Vizueta Fernández por su obra bien hecha y desearle, muy fervientemente, que muy pronto obtenga éxitos merecidos en la carrera del profesorado universitario que ha iniciado, y decirle, finalmente, que ha constituido para mí un gran honor el haber podido dirigir esta obra de tanta importancia para la Ciencia del Derecho penal española.

Juan-Felipe HIGUERA GUIMERÁ

Catedrático de Derecho penal
Universidad de Zaragoza

NOTA PRELIMINAR

Esta obra coincide esencialmente en su contenido con el trabajo de investigación que, bajo la dirección del Prof. Dr. don Juan Felipe Higuera Guimerá, y con el título *El delito de cohecho en el marco de los delitos contra la Administración pública*, defendí como tesis doctoral el 31 de enero de 2003 en el Salón de Grados de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza. El Tribunal que la juzgó estuvo presidido por el Prof. Dr. don Emilio Octavio de Toledo y Ubieto, y compuesto además por los Profs. Drs. don José Cerezo Mir, don Carlos M.ª Romeo Casabona, don Luis Gracia Martín y don Miguel Ángel Boldova Pasamar. A todos ellos debo agradecer su esfuerzo e interés por formar parte del Tribunal, así como sus observaciones y comentarios, que he procurado tener en cuenta en esta publicación.

Por otra parte, quiero manifestar aquí mi más sincero agradecimiento a mi maestro, el Prof. Dr. don Juan Felipe Higuera Guimerá, por su constante e incondicional apoyo en la elaboración de este trabajo de investigación y en otros quehaceres universitarios. A su preocupación y desvelos debo mi dedicación a la carrera universitaria, investigadora y docente. El agradecimiento se extiende a todos los miembros del Área de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, en especial al Prof. Dr. Miguel Ángel Boldova Pasamar, por su tiempo y dedicación, sus enseñanzas y consejos, y por hacerme más llevadero el arduo peregrinaje en que a veces se convierte nuestra vida académica.

Hay personas que, por su innata valía, se convierten en soporte insustituible de la vida de uno. Dulce y Santiago lo son de la mía. Para esto, sin embargo, no hay reconocimiento bastante. No me olvido, en fin, de mis amigos de Arenzana, a los que siempre vuelvo.

En Zaragoza, a 5 de marzo de 2003

INTRODUCCIÓN

La idea primigenia de este trabajo fue realizar una investigación al uso de una figura delictiva de la parte especial del Derecho penal, en un momento, el anterior a 1995, en el que no existía en nuestro país un estudio profundo y completo del delito de cohecho [1]. Con estas miras comenzamos a adentrarnos en aquellas obras que de una manera directa o de forma tangencial se ocupaban de este delito, que, en España, fuera de algún provechoso artículo [2], se reducían a los manuales de la parte especial. Con el tiempo descubrimos, sin embargo, la existencia de otras necesidades prioritarias a las que había que hacer frente, sobre todo una vez que fueron sucediéndose las investigaciones rigurosas y completas de esta figura delictiva —nos referimos a las fundamentales aportaciones de VALEIJE ÁLVAREZ [3], OLAIZOLA NOGALES [4] y RODRÍGUEZ PUERTA [5]— que han venido a sofocar la urgencia inveterada de un tratamiento monográfico de la misma. Lo que se ofrece en esta investigación, pues, dista mucho de acercarse a ese nuestro primer desiderátum, por lo que, adelantamos ya, no se encontrará en estas páginas el clásico examen pormenorizado de los distintos elementos que configuran el delito de cohecho.

A mediados de la anterior década —todavía hoy se echa en falta, aunque en menor medida— carecíamos en España de un estudio profundo y moderno del bien jurídico protegido en el delito de cohecho capaz de dar respuesta a la complejidad que siempre ha presentado, hoy más que nunca, esta figura delictiva. Esta fue la primera

[1] Véanse VALEIJE ÁLVAREZ, I., *El delito de cohecho*, págs. 19 y 20; y Olaizola Nogales, I., *El delito de cohecho*, pág. 32.

[2] Véanse RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Cohecho*, págs. 354 y ss.; Casas Barquero, E., *Observaciones*, págs. 857 y ss.; y CÓRDOBA RODA, J., *El cohecho de funcionarios públicos*, págs. 175 y ss.

[3] VALEIJE ÁLVAREZ, I., *El delito de cohecho*, págs. 19 y ss.

[4] OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito de cohecho*, págs. 31 y ss.

[5] RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, págs. 25 y ss.

deficiencia con que nos encontramos cuando dimos comienzo, hace ya demasiados años, a esta investigación. Pronto supimos que un tratamiento serio y aprovechable de esta cuestión, que nos obligaba, entre otras cosas, a enmarcar la figura del cohecho entre los delitos contra la Administración pública, con todo lo que esto supone, no podía despacharse de la manera a como acostumbra hacerse en delitos con una mayor dedicación doctrinal. No bastaba, pues, con la siempre obligada y característica referencia, más o menos superficial, al objeto de protección que principia todo estudio doctrinal de un delito cualquiera. No nos resultó posible, luego de comenzar a conocer los entresijos del delito de cohecho, cubrir el expediente del bien jurídico y pasar, sin más, al estudio de la tipicidad. Nuestro objetivo fue, desde ese momento, profundizar en el análisis del objeto jurídicamente protegido en las distintas modalidades de cohecho albergadas en el Capítulo V del Título XIX del Código penal español. No imaginamos entonces, sin embargo, los resultados que nos depararía un tal estudio.

Comenzamos nuestro trabajo con una mirada a los orígenes. Se indagan los antecedentes más claros de los delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos, con especial atención siempre al delito de cohecho. El Derecho Romano, el Derecho histórico español, el periodo codificador, desde el Código penal de 1822 hasta el de 1973, son objeto de nuestra atención. Difícilmente puede entenderse la regulación actual sin esta retrospección, que nos ofrece cumplida respuesta a algunos de los interrogantes que presenta el Código penal de 1995.

Al estar regulado el delito de cohecho en el Título XIX, bajo la rúbrica «Delitos contra la Administración pública», es obligado, asimismo, detenerse en un estudio pormenorizado de tal título, de su contenido y de las relaciones con otros delitos ubicados en otras rúbricas, de si puede hablarse o no de un bien jurídico común a las múltiples figuras delictivas que presenta. El cambio de la rúbrica del Título VII del Libro II del Código penal de 1973 —«De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos»— por la actual, hace más necesario, si cabe, este detenido análisis, que ha de recaer forzosamente sobre el concepto de *Administración pública*. Frente al escaso interés que tal concepto ha despertado en la doctrina penal de nuestro país, comprensible si se quiere por carecer tradicionalmente de una rúbrica semejante a la que hoy existe, destaca la amplia dedicación que la doctrina italiana ha dispensado a su estudio[6], debido, sin duda, a que su Código penal, desde hace tiempo[7], alude a la *Administración pública* en el Título II de su Libro II. Por ello, las referencias a esta doctrina son ineludibles, al igual que un acercamiento a quienes, desde el ámbito del Dere-

[6] Sobresalen los trabajos de TAGLIARINI, F., *Il concetto di pubblica amministrazione*, págs. 9 y ss.; y RAMPIONI, R., *Bene giuridico*, págs. 3 y ss.

[7] Ya el Código de Zanardelli de 1889 dedicaba un título a los *delitos contra la Administración pública*.

cho administrativo, se han esforzado por configurar un concepto de Administración pública[8].

Finalmente, se centra nuestra atención en el ya específico estudio del bien jurídico protegido en el delito de cohecho. Tras una revisión crítica de las principales posturas que se han venido sustentando al respecto en Alemania, Italia y, por supuesto, España, enfocamos la búsqueda de aquél desde el análisis de los numerosos tipos de cohecho recogidos en los artículos 419 y siguientes de nuestro Código penal, para lo que resulta más que conveniente, como se verá, una correcta clasificación de los mismos.

[8] Véanse, entre otros, MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., *El concepto de Administración pública de la ley de lo contencioso*, págs. 179 y ss.; ESCRIBANO COLLADO, P., *¿Crisis de los conceptos de Administración pública y de Derecho administrativo?*, págs. 165 y ss.; GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho administrativo*, págs. 36 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, 10.ª edición, págs. 27 y ss.; y COSCULLUELA MONTANER, L., *Manual de Derecho administrativo* I, págs. 29 y ss.

CAPÍTULO 1
EVOLUCIÓN HISTÓRICA

1.1. ROMA

Aunque, como advierte MAGGIORE [1], el Derecho griego [2] ya preveía sanciones para el incumplimiento de los deberes del cargo, es en el Derecho romano [3] donde con mayor nitidez se presentan los orígenes de estos delitos, debido, sin duda, a que este pueblo instituyó al derecho como columna vertebral de su organización. «La consideración mucho mayor que se tuvo hacia los derechos individuales, especialmente durante la República», escribe RAMOS MEJÍA, «hicieron que se reprimieran con rigor las expoliaciones y los abusos de los funcionarios públicos, no sólo los cometidos en el seno de la ciudad capital, sino también los perpetrados en las lejanas provincias conquistadas en torno del mar Mediterráneo y sometidas a la égida romana» [4].

Estas prácticas abusivas por parte de los funcionarios públicos eran poco frecuentes en los primeros siglos de Roma debido a «la severidad de las costumbres, la breve duración de los cargos públicos y la vigilancia ejercida por el Senado y los tribunos» [5]. Sin embargo, como pone de manifiesto BRUCHI, los abusos se intensificaron cuando Roma extendió sus conquistas, particularmente en los territorios conquistados. Según este autor, los pretores y cónsules que Roma enviaba para gobernar las nuevas provincias reunían en su persona el poder de todas las magistraturas de la metrópoli: el mando militar, la administración de justicia y el gobierno de las finanzas, por lo que tales

[1] MAGGIORE, G., *Diritto penale...*, Parte speciale, pág. 104.

[2] Sobre el Derecho penal griego, con carácter general, véase GAMBARA, L., *El Derecho penal en la Antigüedad*, págs. 51-61.

[3] Para una aproximación a las diferentes figuras delictivas en el Derecho romano, véase STOCK, U., *Entwicklung*, págs. 62-75.

[4] RAMOS MEJÍA, E., *El delito de concusión*, pág. 13.

[5] Véase BRUCHI, A., *Concussione*, Tomo VIII, pág. 528.

funcionarios, provistos de tan ilimitado poder, no encontraron dificultad para llevar a cabo toda suerte de abusos y desmanes [6, 7]. Fue esto lo que motivó la queja presentada por las delegaciones de las dos provincias de España contra los abusos cometidos por los gobernadores provinciales, y, en consecuencia, originó la legislación tendente a erradicar este tipo de actividades abusivas [8].

En un primer momento, tal y como explica RAMOS MEJÍA, ni el procedimiento ni la sanción consiguiente fueron de naturaleza penal, «sino que se buscó más bien proporcionar al damnificado un medio adecuado de carácter privado a fin de recuperar el dinero extorsionado, repitiendo del culpable el monto respectivo, de donde el nombre de «*crimen repetundarum*» [9] con que se asignó a varios hechos de parecidos perfiles y de análoga raíz corruptora: la concusión, el cohecho, la negociación incompatible con la función pública» [10].

Fue la *lex Calpurnia,* dada por Lucio Calpurnio Pisón en el año 149 antes de Cristo, la primera que reguló de un modo general esta materia [11]. A decir de SANTALUCIA, esta ley «instituyó un tribunal permanente para los supuestos de concusión, confiándose la presidencia al *praetor peregrinus* y disponiendo la formación de una lista anual de jueces, pertenecientes al orden senatorial, de la que caso por caso debían designar-

[6] Véase BRUCHI, A., *Concussione*, Tomo VIII, pág. 528. Según SANTALUCIA, B., *Derecho penal romano*, págs. 77 y 78, es, precisamente, la represión de las *repentudae*, es decir, de las apropiaciones ilícitas y extorsiones realizadas por magistrados romanos en perjuicio de pueblos aliados o sometidos al dominio de Roma, lo que originó el movimiento de reforma que debía conducir a la instauración del nuevo sistema de las *quaestiones perpetuae.*

[7] Conocidos son los discursos que elaboró Cicerón con motivo del proceso que se incoó en Roma contra Gayo Verres, propretor de Sicilia, por abusos cometidos durante su gestión en la provincia; véase CICERÓN, M. T., *Discursos*, I, págs. 205 y ss., y II, págs. 7 y ss.

[8] Véase SANTALUCIA, B., *Derecho penal romano*, pág. 78.

[9] En las XII tablas, alguno de los casos comprendidos en el *crimen repetundarum*, concretamente el del juez que se dejaba corromper, era castigado con la pena de muerte. Véanse, en este sentido, SANTALUCIA, B., *Derecho penal romano*, págs. 55 y 56; MOLLÁ NEBOT, M. S., *Responsabilidad judicial*, págs. 421 y 422; y RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Cohecho*, pág. 355, nota 4, corrigiendo la interpretación de Cuello Calón. En relación con este delito, véanse, asimismo, STOCK, U., *Entwicklung*, págs. 69-71; BRASIELLO, U., *La repressione penale*, págs. 88-91; y LALINDE ABADÍA, J., *Derecho histórico español*, pág. 380.

[10] RAMOS MEJÍA, E., *El delito de concusión*, pág. 14. En palabras de LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Manual*, pág. 328, «se trataba, por tanto, de instaurar un sistema para obtener la restitución de lo indebidamente exigido por el empleado público, pero era un procedimiento de carácter excepcional; presidido por el pretor peregrino, comprendía un buen número de jueces, de rango senatorial, y era esencialmente de finalidad recuperatoria, aunque, como indica Santalucia, realmente se trataba de un procedimiento de naturaleza esencialmente política, dirigido a la tutela del prestigio de la aristocracia dominante más que a la efectiva protección de las poblaciones sometidas».

[11] Véanse CARRARA, F., *Programma*, págs. 117 y 118, nota 1; y MOLLÁ NEBOT, M. S., *Responsabilidad judicial*, pág. 423.

se los que intervenían en cada proceso concreto» [12]. El juicio ante el tribunal fue configurado «como un procedimiento de carácter esencialmente privado, destinado más a la indemnización de los dañados que a la persecución de un crimen, y promovible sólo con la asistencia de patronos romanos extraídos *ex ordine senatorio*» [13].

Luego siguieron la *lex Iunia* [14] y la *lex Acilia* (año 122 a. C.). Esta última, que fue votada por iniciativa de Cayo Graco, trasformó la acción civil de repetición en acción penal, castigando este tipo de abusos con una multa del doble de lo recibido, confiando la presidencia del tribunal a un pretor *ad hoc*, llamado *praetor de repetundis*, que se nombraba cada año entre los elegidos a la magistratura [15].

Posteriormente se dictaron la *lex Servilia* [16], del tribuno Servilius Glaucia, la *lex Cornelia de repetundis* [17], de Sila, y la *lex Iulia*, de César. Esta última regula con gran detalle estos delitos que se mantienen durante casi toda la época imperial. De ellos se deriva una acción que podrá intentarse también contra los hijos de los funcionarios y personas bajo su servicio por las dádivas recibidas mientras éstos desempeñaban su función [18].

1.2. Derecho histórico español

Una vez visto, si bien brevemente, el Derecho romano, y antes de adentrarnos en el periodo codificador, conviene referirse al Derecho histórico español [19].

[12] Santalucia, B., *Derecho penal romano*, pág. 79. Véase también Requejo Prieto, J. M., *Introducción*, pág. 170.

[13] Santalucia, B., *Derecho penal romano*, pág. 79.

[14] Ley que no introdujo cambios sustanciales. Fue propuesta entre el 149 y el 123 a. C. por el tribuno de la plebe M. Junio Silano.

[15] Véanse Ramos Mejía, E., *El delito de concusión*, pág. 15, nota 10; y Murga, J. L., *Las acciones populares en el municipio de Irni*, pág. 239. Para un mayor conocimiento de la *lex Acilia*, véase Santalucia, B., *Derecho penal romano*, págs. 79-81.

[16] De acuerdo con Rodríguez Devesa, J. M., *Cohecho*, pág. 355, esta ley «alteró el procedimiento establecido por la ley *Acilia*, mas se dejó subsistente la acusación formada en virtud de las leyes *Calpurnia* y *Junia;* parece ser que trasladó a uno de los cuatro pretores designados por la suerte la presidencia de la comisión permanente que hasta entonces había ostentado el pretor encargado de los peregrinos».

[17] Véase Santalucia, B., *Derecho penal romano*, pág. 84, para quien esta ley «dictó nuevas normas sobre los juicios de extorsión contra magistrados, reduciendo al *simplum* la pena que había de imponerse al acusado».

[18] Añade Rodríguez Devesa, J. M., *Cohecho*, pág. 355, que con base en esta ley «el tribunal se pronunciaba en primer lugar sobre la culpabilidad del acusado. A continuación los mismos jueces procedían a la *litis aestimatio*, que, según los casos, podía tener por resultado el exilio o afectar a la vida del reo, pero que de ordinario era una indemnización». Sobre la *lex Iulia*, de César (59 a. C.), véase, asimismo, Santalucia, B., *Derecho penal romano*, pág. 85.

[19] No tratamos de hacer un estudio pormenorizado sobre los delitos de los funcionarios públicos en este periodo, pues ni es nuestro cometido ni poseemos la capacidad necesaria para tal empresa. Nuestras pretensiones son más humildes: se trata de esbozar el hilo conductor de estos delitos a

Manifiesta CASAS BARQUERO, siguiendo a LALINDE ABADÍA, que el delito de cohecho se desarrolla ampliamente entre los visigodos, encontrándose sugerentes referencias al cohecho en la *Lex Visigothorum,* comenzada por Chindasvinto (641-652) y continuada por Recesvinto (649-672) [20].

El *Fuero Juzgo* [21] regula, al igual que textos legales posteriores, el delito de cohecho confundiéndolo con el de prevaricación [22].

Como pone de manifiesto OCTAVIO DE TOLEDO, en la Baja Edad Media «se operan sustanciales cambios de rumbo en las concepciones del Derecho, anunciantes de la nueva *ratio* jurídico-política que no se manifestará plenamente hasta el siglo XVI. Estos cambios, sin embargo, se aceleran a partir del siglo XIII, siglo en el que el Estado emerge "como categoría política con sustantividad propia, que empieza su proceso de secularización despojándose lentamente de las categorías teológicas y morales". Sobre este "Estado" se tiene una concepción orgánica, y una parte de ese cuerpo es una emergente organización funcionarial: el rey aparece como centro del reino. Él es la cabeza y el corazón de un cuerpo en el que los súbditos son los miembros, es aún más, el alma misma del pueblo. Al mismo tiempo personifica toda potestad de gobierno. A su lado

---

lo largo de la historia que nos permita, si no consolidar, al menos dar una mínima consistencia al terreno sobre el que debemos levantar el alambicado edificio del bien jurídico en ellos protegido. Aun así, nuestro cometido es harto difícil para alguien que, como el que escribe, no es historiador. Trataremos de estudiar los textos legales más relevantes, mas dejando constancia de la atinada observación de GALO SÁNCHEZ: «Los escritores que hasta ahora han trazado un cuadro de conjunto de la Historia de nuestro Derecho penal lo han hecho casi exclusivamente a base de textos de carácter legal (Códigos, etcétera), sin darse cuenta de que muchos de ellos no se han aplicado nunca o lo han sido de un modo parcial tan sólo. Hay que acudir de preferencia a las redacciones de Derecho consuetudinario y, sobre todo, a los documentos llamados de aplicación del Derecho, que reflejan la realidad de la vida jurídica; cuando éstos faltan, es imposible reconstruir el Derecho penal del correspondiente periodo». Para esta cita, véase JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho penal*, Tomo I, pág. 698.

[20] CASAS BARQUERO, E., *Observaciones*, págs. 859 y 860. Señala JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho penal*, Tomo I, pág. 702, siguiendo a Hinojosa, que esta ley sólo se aplicó de forma parcial.

[21] Según JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho penal*, Tomo I, pág. 702, el *Fuero Juzgo* es la traducción romanceada del *Liber Iudiciorum,* nombre dado por Ureña a la *Lex Visigothorum* en la etapa de Recesvinto.

[22] Referencia a estos delitos se hace en las Leyes XVIII, XIX y XX del Libro II, Título I, y la Ley V, Título IV, Libro VII (prevaricaciones y cohechos judiciales) o la Ley III, Título IV, Libro VII (custodia de presos). También en la *Compilación de Huesca* se recoge, en expresión de GUALLART DE VIALA, A., *El Derecho penal histórico de Aragón,* pág. 164, la prevaricación teñida de cohecho. La trabazón de estos dos delitos es una constante en el Derecho histórico aragonés, de tal forma que el fuero *«De poena corrumpentis Iudices»* de las Cortes de Monzón de 1533, que es, a juicio de Guallart de Viala, donde mejor queda perfilado el cohecho en el Derecho aragonés, sólo recoge el soborno a Jueces o Consejeros; véase el último autor citado, págs. 163 y ss., especialmente la 169.

se mueven unos órganos, unos oficiales que son sus consejeros o ejecutores, sus "brazos", que asisten al rey en el ejercicio del gobierno (...) Los "brazos" deben actuar conforme ordena la "cabeza"; caso contrario, existe una amplia gama de delitos que los castigan. Dicho de otra manera, "el ejercicio del gobierno" (entendido como la total actividad del Estado: legislar, juzgar y administrar) es desempeñado por el rey a través de sus "oficiales"; como consecuencia, éstos deben actuar de acuerdo con lo preceptuado por aquél. Cuando no lo hacen así, en una gran cantidad de casos incurren en delito» [23].

Esta realidad política y administrativa se va a reflejar en los textos legales de la época. El *Fuero Real* [24] recoge en el Libro II, Título II, Ley II, el delito de cohecho, aunque sigue sin distinguirlo del delito de prevaricación [25]. Las *Siete Partidas* (años 1256-1265) [26] es el texto legal de la época que con mayor amplitud recoge estos delitos. Tampoco logra diferenciar nítidamente el delito de cohecho de la prevaricación. Ambos son recogidos en la Partida tercera, Título XXII, Leyes XXIV y XXV. Castiga esta Partida al juez que dictaba sentencia por precio o promesa, distinguiendo si el juicio fuere civil o criminal: en el primero se imponía, además de las penas correspondientes a la prevaricación, «pechar al rey tres tanto de quanto recibió», y si no la había recibido, «deue lo pechar doblado» [27]. En caso de juicio criminal se castigaba al juzgador con destierro y, en el supuesto de no tener parientes, todos sus bienes eran tomados para la cámara del rey. De haber parientes, éstos, antes de recibir los bienes, debían pagar a los herederos del justiciado el cuádruplo de lo recibido, y a la cámara de rey, el triplo. En la Partida tercera, Título XXII, Ley XXVI se recoge lo que hoy

[23] OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *La prevaricación del funcionario público*, págs. 154 y 155.

[24] Dado por Alfonso X El Sabio en 1255 con la intención de poner remedio al gran desorden legislativo que reinaba en la época. Para mayor profundidad, véase JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho penal*, Tomo I, págs. 718-720.

[25] También se castiga la prevaricación en el Libro I, Título VII, Ley VIII; Libro I, Título IX, Ley III (Prevaricación de abogados); Libro I, Título X, Ley XVII (prevaricación de procuradores). Las *Leyes de Estilo*, que más que leyes eran decisiones de los Tribunales y que en número de 252 acompañaban a las ediciones del *Fuero Juzgo*, también hacen referencia a conductas delictivas llevadas a cabo en el ejercicio del cargo público. Sobre las *Leyes de Estilo* nos dice OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *La prevaricación de funcionario público*, pág. 156, que «junto a la general posibilidad de que el rey mande "pesquisas" cuando el "oficial usa mal del oficio" contenida en la Ley 55, prevé un específico supuesto de infidelidad en la custodia de presos en la Ley 111; un también específico abuso de oficio por el alguacil en la Ley 132; los hurtos con abuso de oficio, prácticamente iguales a hurtos domésticos, sobre las cosas del rey en la Ley 145; una apropiación indebida por alcalde abusando del oficio en la Ley 147, y un tipo específico de prevaricación de alcalde en la Ley 174».

[26] De acuerdo con JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho penal*, Tomo I, pág. 720, las *Partidas*, si bien no llegaron a tener fuerza de ley en tiempos de Alfonso X, la adquirieron en siglos posteriores y aun se aplicaban en España en los comienzos del siglo XIX.

[27] Véase GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A., *El Código penal de 1870...*, Tomo IV, págs. 87 y ss.

denomina la doctrina «cohecho activo». Se castiga en ella a los que corrompen a los jueces que los han de juzgar, dándoles o prometiéndoles algo para que juzguen torticeramente. Si es el acusador quien corrompe al juez para que dicte sentencia contra el acusado, además de perder el juicio y salir este último absuelto, se le impone la misma pena que al juzgador que dicta sentencia por precio. De ser el acusado quien corrompe se le impone la pena del delito por el que se le juzga. Otras figuras que se recogen en las Partidas son: prevaricación de juez y abogado e infidelidad en la custodia de documentos (Partida séptima, Título VII, Ley I); infidelidad en la custodia de presos (Partida séptima, Título XXIX, Ley XII); malversación (Partida séptima, Título XIV, Ley XI); negociaciones prohibidas a los funcionarios (Partida quinta, Título V, Ley V); etc. [28]. Del *Ordenamiento de Alcalá*, redactado en el año 1348 en las Cortes allí celebradas, podemos decir, con palabras de JIMÉNEZ DE ASÚA, que «los preceptos de carácter penal no están orgánicamente agrupados, sino que se encuentran dispersos por los varios títulos de la obra. Entre los más interesantes se hallan los que tratan de los jueces prevaricadores, que pierden el oficio y pagan doblado lo que tomen; de los alguaciles que no cumplen con sus deberes; de los guardadores de presos que facilitan su fuga (...)» [29].

Como advierte CASAS BARQUERO, la *Novísima Recopilación* [30] deshace «la confusión hasta entonces mantenida entre prevaricación y cohecho» [31]. Los supuestos de cohecho son tratados ampliamente en esta regulación. De esta manera se prohibía: a los alguaciles, escribanos y porteros «tomar dinero, alhaja ni otra dádiva de los litigantes, ni de sus procuradores, escribanos y agentes, ni de alguno de los reos; ni pactar con las partes agasajo ni albricias algunas, así en los juicios civiles como en los criminales» (Ley 14.ª, Título 30, Libro IV) [32]; a los alcaldes, corregidores y jueces tomar «en público ni

[28] Véase OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *La prevaricación del funcionario público*, pág. 156.

[29] JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho penal*, Tomo I, pág. 746. En este mismo año, 1348, uno de los fueros de las Cortes de Zaragoza prohíbe a los jueces tomar salario de alguna de las partes por administrar justicia; posteriormente, por fuero de las Cortes de Monzón de 1362, esta conducta es sancionada con privación de oficio por un año. Para un estudio más completo de los delitos de los funcionarios públicos en el Derecho histórico aragonés, véase GUALLART DE VIALA, A., *El Derecho penal histórico de Aragón*, págs. 163-173.

[30] Tras el fracaso legislativo de la *Nueva Recopilación*, el Rey Carlos IV encargó a don Juan de la Reguera y Valdelomar la formación de un nuevo Código, y algunos años después aparece la *Novísima Recopilación*, sancionada el 15 de julio de 1805. Véase JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho penal*, Tomo I, pág. 748.

[31] CASAS BARQUERO, E., *Observaciones*, pág. 860. Véase también RAMOS TAPIA, M. I., *El delito de prevaricación judicial*, pág. 79, nota 126.

[32] Esta conducta era castigada con dos años de suspensión de oficio y treinta ducados para los pobres de la cárcel por la primera vez, y por la segunda vez ocho años de presidio en África; y en las mismas penas incurrirán sus domésticos y familiares, contraviniendo a lo referido.

en escondido, por sí ni por otros, dones algunos de ninguna ni algunas personas, de qualquier estado ó condición que sean, de los que ante ellos hovieren de venir ó vinieren á pleyto, agora sean oro, plata, dineros, paños, vestidos, viandas ni otros bienes ni cosas algunas» (Ley 7.ª, Título 1.º, Libro XI)[33]. Castiga la Ley 6.ª, Título 38, Libro XII con pagar el doble de lo recibido, al carcelero o guarda de los presos que reciba dinero, joyas, o viandas de las personas que estuviesen presas. Sabedor el legislador de la *Novísima Recopilación* de la dificultad de probar el acuerdo pecuniario existente entre juzgador y juzgado, excusa a éste de pena si «viniere á descubrir y dezir el don que así diere y hobiere dado á los dichos jueces» (Ley 8.ª, Título 1.º, Libro XI)[34].

1.3. El periodo codificador

1.3.1. Introducción

En palabras de Sáinz de Robles, «la flexibilidad de las fórmulas romanas permitió durante largo tiempo su utilización y su adaptación a situaciones diversas de aquellas para las que fueron ideadas, pero, a fines del siglo XVIII, al culminar el proceso de la Ilustración, las necesidades estatales ya no se reducen a una ampliación de la responsabilidad de sus agentes, sino que reclaman firmas distintas para establecerla»[35]. Pone de manifiesto esta autora que, si bien las diferentes figuras particulares de delitos de funcionarios se remontan largamente en la historia del Derecho, como hemos tenido oportunidad de ver, y que, por tanto, los codificadores no tuvieron que operar «*ex novo*», lo cierto es que el grupo de delitos de los funcionarios públicos, tal y como hoy lo entendemos, es relativamente reciente y coincide en la legislación española, como

[33] Si caían en tales conductas no sólo perdían su oficio, sino que no podían volver a acceder a ningún otro, además de pagar el doble de lo recibido. A su vez, la Ley 9.ª, Título 1.º, Libro XI, castigaba con inhabilitación perpetua para el ejercicio de cualquier oficio que tuviera que ver con la administración de justicia, además del pago del cuádruplo de lo recibido, a los jueces y corregidores que, por sí o a través de sus familiares, recibiesen de los que tuvieran pleito ante ellos dones o regalos de cualquier naturaleza que sean.

[34] Además del delito de cohecho se recogen otras conductas: supuesto singular de prevaricación judicial (ley 10, tít., 1.º, lib. XI), prevaricación de abogado (ley 12, tít. 22, lib. V), infidelidad en la custodia de presos (ley 14, tít. 30, lib. IV; ley 11, tít. 38, lib. XII; y ley 18, tít. 30, lib. IV), violación de secretos (ley 12, tít. 2, lib. IV), malversación de caudales públicos (ley 7, tít. 15, lib. XII), negociaciones prohibidas a los alcaldes (ley 4, tít. 14, lib. V) y exacciones ilegales (ley 24, tít. 30, lib. IV; y ley 1, tít. 23, lib. V). Véase Groizard y Gómez de la Serna, A., *El Código penal de 1870...*, Tomo IV, págs. 118, 125, 158, 226, 246, 253, 262, 306 y 313.

[35] Sáinz de Robles Santa Cecilia, C., *Contribución*, págs. 17 y 18.

generalmente en Europa [36], con los inicios de la codificación. Esto se debe a que en este período hay una radical modificación de la concepción del Estado, de la función pública y de sus servidores que será germen directo de la actual regulación [37].

1.3.2. El Código penal de 1822

A principios de 1820 se sublevó Riego en Cabezas de San Juan, iniciándose el periodo constitucional de 1820 a 1823, en el que, para cumplir el mandato de la Constitución de 1812, se elaboró nuestro primer Código penal, el de 1822 [38]. Tuvo como fuentes, por un lado, el Fuero Juzgo y las Partidas, y, por otro, el Código de Napoleón de 1810 [39]. «En medio de la técnica atrasada», dice ANTÓN ONECA, «de las inadmisibles supervivencias, de la confusión que implica la intromisión de preceptos de Derecho procesal y administrativo, y del gárrulo estilo, hay algunas materias en que, sin presentar precisamente un modelo a seguir en todos sus detalles, se encuentran normas preferibles a las existentes» [40].

En cuanto a los delitos de funcionarios, aparecen regulados en la Parte Primera, dedicada a los delitos contra la sociedad, en el Título VI, que lleva por rúbrica: «De los delitos y culpas de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos» [41]. Re-

[36] Para SÁINZ DE ROBLES SANTA CECILIA, C., *Contribución*, págs. 21-46, el origen de este grupo de delitos ha de encontrarse en el *Allgemeines Preussisches Landrecht de 1794* y en los Códigos penales del periodo de la Revolución francesa, que darían lugar al Código penal francés de 1810. A decir de STOCK, U., *Entwicklung*, págs. 154 y 186, mientras que en el *Allgemeines Preussisches Landrecht de 1794* el verdadero elemento común a todos los crímenes del servidor del Estado no es otro que la lesión del deber oficial, en el Código francés de 1810 el principio rector es el carácter lesivo de la acción delictiva para los intereses de la comunidad.

[37] Véase SÁINZ DE ROBLES SANTA CECILIA, C., *Contribución*, págs. 12, 15-18 y 103. Según esta autora, siguiendo a von LISZT y MAURACH, «los precedentes legislativos de épocas anteriores poseen el carácter de antecedentes históricos, pero carecen, en cambio, de cohesión o relación directa con el presente, pues sólo es posible hablar de delitos de los funcionarios públicos cuando los conceptos de funcionario y de función pública comienzan a acuñarse en la legislación en términos análogos o referibles a los actuales». Véase, asimismo, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *La prevaricación del funcionario público*, págs. 175 y 176.

[38] Véase ANTÓN ONECA, J., *Historia del Código penal de 1822*, pág. 267.

[39] Véanse PACHECO, J. F., *El Código penal...*, Tomo I, pág. LIV; y CEREZO MIR, J., *Curso...*, I, pág. 113.

[40] Véanse ANTÓN ONECA, J., *Historia del Código penal de 1822*, pág. 278; y NÚÑEZ BARBERO, R., *La reforma penal de 1870*, pág. 10, quien entiende que «considerado desde el punto de vista actual, el Código de 1822, junto a su orientación en un sentido de prevención general por medio de la intimidación, ofrece, sin embargo, aspectos de modernidad incluso superiores a sus sucesores».

[41] Véanse LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, L., y RUIZ DE GORDEZUELA LÓPEZ, L., *Códigos penales españoles*, págs. 105 y ss.; y MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Los delitos de los funcionarios públicos*, pág. 57.

coge este Título nada menos que doce capítulos, haciendo un tratamiento minucioso y pormenorizado de estos delitos, que llevó a motivar algunas protestas entre quienes emitieron observaciones al Proyecto de dicho Código penal [42]. Se pretendía, según CASABÓ RUIZ, «sujetar a todos los funcionarios públicos a una responsabilidad efectiva de sus actos a través del órgano cuya misión es la realización práctica del derecho, es decir, los tribunales» [43].

Lo que hoy entendemos por delito de cohecho aparece regulado en el Capítulo II, bajo la rúbrica «De los sobornos, cohechos y regalos que se hagan á los que ejercen algún empleo ó cargo público». Se sigue relacionando el cohecho con el delito de prevaricación [44], de tal forma que el art. 454 recoge expresamente la prevaricación cometida por «soborno ó cohecho dado ó prometido á él ó á su familia directamente ó por interpuesta persona (...)». Se castiga al funcionario público, tanto en los supuestos en que admita o convenga en admitir soborno «y en consecuencia haga alguna cosa contraria á su obligación, ó deje de hacer alguna á que esté obligado» (art. 456) como en aquellos otros en que, dándose tal admisión o conviniendo en ella «para hacer cosa contraria á su obligación, ó dejar de hacer alguna á que esté obligado», no haga la una ni, finalmente, se abstenga de hacer la otra (art. 457). Sanciona con la pérdida del cargo o empleo público y con la imposibilidad de obtener cualquier otro en el tiempo de dos años o, tratándose de un juez, de ejercer más la judicatura, la admisión de algún regalo para hacer un acto de su oficio o cargo, aunque sea justo, o para dejar de hacer uno que no se deba ejecutar. Finalmente, se castiga también al sobornador, distinguiendo si el soborno ha sido o no aceptado por el funcionario, castigando con mayor rigor el primero de los supuestos (art. 460).

[42] Los precedentes más inmediatos de la materia relativa a los delitos de funcionarios públicos se encuentran en el plan de Código criminal de 1787, que no recogía agrupados tales delitos, sino dispersos en varios títulos; así, por ejemplo, el cohecho o baratería de los jueces aparecía regulado entre los delitos contra el «orden público». Véanse a este respecto, CASABÓ RUIZ, J. R., *Los orígenes de la codificación penal de España*, págs. 313 y ss.; y SÁINZ DE ROBLES SANTA CECILIA, C., *Contribución*, págs. 104, 105 y nota 4. La primera vez que se establece en España una recopilación legal de los delitos cometidos por los funcionarios públicos es en el Decreto de Cortes de 24 de marzo de 1813 en el que se establecen las «reglas para que se haga efectiva la responsabilidad de los empleados públicos». Véase en este sentido, CASABÓ RUIZ, J. R., *Introducción al estudio de los delitos de los funcionarios públicos*, págs. 179 y 180, quien, refiriéndose a este Decreto, explica que «pese a la denominación, constituye una auténtica ley penal que describe los distintos delitos que pueden cometer tanto los magistrados y jueces, como los demás empleados públicos. La importancia de esta disposición es tal que constituye el punto de partida de ciertos delitos actuales como los de prevaricación».

[43] CASABÓ RUIZ, J. R., *Introducción al estudio de los delitos de los funcionarios públicos*, pág. 182.

[44] Esto ha llevado a considerar a CASAS BARQUERO, E., *Observaciones*, pág. 860, que «del mismo modo que los textos anteriores a la Novísima Recopilación, confunde (el Código de 1822) los delitos de prevaricación y cohecho dado o prometido al funcionario o a su familia, directamente o por persona interpuesta (...)».

1.3.3. El Código penal de 1848 y la reforma de 1850

El Código penal francés de 1810, el Código napolitano de 1819, el brasileño de 1830 y el Código penal español de 1822 fueron textos que influyeron en el Código de 1848[45, 46]. Se trata de un Código de inspiración liberal conservadora, que reprime con rigor los delitos políticos y religiosos[47].

Los delitos de funcionarios aparecen regulados en el Libro II, Título VIII, bajo la rúbrica «De los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos». Está formado este Título por diecisiete capítulos que, en palabras de SÁINZ DE ROBLES, contienen «el más amplio grupo de comportamientos punibles de los funcionarios públicos de toda la historia de la Codificación española»[48]. La rúbrica del Título VIII ya no habla de «funcionarios públicos», como hacía el Código de 1822, sino de «empleados públicos»[49], término interpretado por los comentaristas de la época en un sentido más amplio que aquél, lo que hace que el Título, de por sí extenso, pueda aplicarse a un

[45] Véase, por todos, JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho penal*, Tomo I, pág. 760.

[46] Como señala CEREZO MIR, J., *Curso...*, I, pág. 115, «después del fracaso de varios intentos codificadores en el reinado de Fernando VII (proyectos de 1830, de Sáinz de Andino, de 1831 y 1834) y en el de Isabel II (proyecto elaborado por la comisión designada en 1836), en 1843 se crea la Comisión General de Códigos presidida por D. Manuel Cortina y de la que formaban parte ilustres figuras de la política, de la magistratura y de la abogacía. D. Manuel Cortina encargó la redacción del Anteproyecto de Código penal a D. Manuel Seijas Lozano (...) Remitido el Proyecto al Gobierno y sometido por éste a la aprobación de las Cámaras, el nuevo Código fue promulgado por la Ley de 19 de marzo de 1848 y entró en vigor el día 1 de julio del mismo año». Para un estudio sobre la etapa inmediatamente anterior al Código de 1848, véase ANTÓN ONECA, J., *El Código penal de 1848*, págs. 473-481.

[47] Véanse CEREZO MIR, J., *Curso...*, I, pág. 116; y NÚÑEZ BARBERO, R., *La reforma penal de 1870*, pág. 13.

[48] SÁINZ DE ROBLES SANTA CECILIA, C., *Contribución*, pág. 108. Un ejemplo de esta amplitud en el castigo de las conductas de los funcionarios lo ofrece el art. 304, donde se castiga al «empleado público que en el ejercicio de su cargo *cometiere algún abuso* que no esté penado especialmente en los capítulos precedentes de este Título (VIII) (...)». No quedó sin crítica tal minuciosidad en el castigo de estos delitos, como aparece claramente reflejado en CASTRO Y OROZCO, J. DE, y ORTIZ DE ZÚÑIGA, M., *Código penal*, pág. 186, donde nos enseñan que el Sr. Armendáriz «hizo una fuerte oposición, por creer que las disposiciones de este mismo artículo (se refiere al 263) y otros del código ponían á los empleados de la administración bajo la dependencia de los tribunales de justicia, y porque en su concepto no debían los agentes administrativos ser responsables de las providencias o resoluciones que consultaran». Esto es una muestra de cómo en esta época existe todavía una gran oposición a estos delitos, sobre todo por quienes eran partidarios de un gobierno fuerte.

[49] El art. 322 del Código de 1848 da la siguiente definición de empleado público: «Para los efectos de este título se reputa empleado todo el que desempeña un cargo público, aunque no sea de Real nombramiento, ni reciba sueldo del Estado». Como puede observarse lo que da rango de empleado público es el mero desempeño de un cargo público.

mayor número de individuos[50]. Otra de las modificaciones respecto al texto del 22 es el traspaso de las conductas que suponen una arrogación de facultades que pertenezcan por la Constitución a las Cortes, que en este texto aparecen reguladas dentro de los «delitos contra la Constitución y orden político de la monarquía», al Título «de los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos»[51]. Otro tanto cabe decir de las conductas que suponen por parte del funcionario público un abuso contra los particulares (artículos 282 al 294).

El delito de cohecho aparecía regulado en el capítulo XIII, en los artículos 305 al 308. Al empleado público que por dádiva o promesa cometía alguno de los delitos recogidos en los capítulos precedentes al XIII del Título VIII[52], se le castigaba, además de con las penas en ellos designadas, con las de inhabilitación absoluta perpetua y multa de la mitad al tanto de la dádiva o promesa aceptada. También recibía castigo el que por dádiva o promesa ejecutare u omitiere acto lícito o debido, propio de su cargo, o el que admitía regalos que le fueran presentados en consideración a su oficio. Para que el delito de cohecho quedara consumado se exigía que el empleado público realizase el acto lícito o ilícito perseguido por la dádiva o promesa, u omitiese el acto debido.

El castigo de los sobornadores era menor, pues se les imponía las penas correspondientes a los cómplices, excepto las de inhabilitación o suspensión. En caso de que el soborno mediare en causa criminal a favor del reo por parte de su cónyuge, ascendiente, descendiente, hermano o afín en los mismos grados, sólo se imponía una multa igual al valor de la dádiva o promesa. Acababa el Capítulo XIII advirtiendo de que «en todo caso caerán las dádivas en comiso».

El Código penal de 1848 fue reformado mediante decretos, siendo la reforma más importante la de 30 de junio de 1850[53]. Aun así, las modificaciones introducidas en tal reforma, a decir de DORADO MONTERO, fueron escasas y sin importancia[54]. El delito de cohecho no fue modificado en modo alguno, aunque existen variaciones, más bien incorporaciones, en algunas de las conductas del Título dedicado a los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos. Así, por ejemplo, se añade al art.

[50] Véanse VIZMANOS, T. M. DE, y ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C., *Comentarios al Código penal*, pág. 233; y PACHECO, J. F., *El código penal...*, Tomo II, págs. 393 y 394.

[51] En este Título, concretamente en su capítulo X, no sólo se recogen las injerencias del ejecutivo y judicial en la esfera del legislativo, sino también las «arrogaciones de atribuciones» del judicial sobre la Administración y viceversa (art. 299).

[52] Para saber de qué delitos se trata, véase LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, L., y RUIZ DE GORDEZUELA LÓPEZ, L., *Códigos penales españoles*, págs. 258-267.

[53] Esta reforma, según NÚÑEZ BARBERO, R., *La reforma penal de 1870*, pág. 15, «obedeció primordialmente (...) a una variedad de matiz, que yo llamaría "autoritario", dentro de una misma política, dado que, tanto el Código de 1848, como la reforma de 1850, se dieron siendo jefe de Gobierno Narváez, para apretar los resortes del poder después de las agitaciones revolucionarias de 1848».

[54] DORADO MONTERO, P., *Código penal de 1870*, pág. 597.

283 (art. 275 del Código de 1848), dentro del capítulo dedicado a la violación de secretos, un nuevo párrafo que regula la interceptación o apertura de «pliegos oficiales»; se incorpora a la infidelidad en la custodia de documentos un nuevo delito, recogido en el art. 280; y, finalmente, se adiciona al capítulo V («Resistencia y desobediencia») un nuevo artículo, el 285, dirigido a «los que desobedecieren gravemente a la Autoridad o a sus agentes en asunto de servicio público» [55].

1.3.4. El Código penal de 1870

Un año después de la revolución de 1868 se promulga una nueva Constitución a la que deberá adaptarse el nuevo orden penal. «Libertad de cultos, introducción y sistematización de los derechos individuales y regulación de su ejercicio, e inclusión de los delitos de imprenta en la legislación común serán los pilares básicos sobre los que se mueva la reforma» [56].

A pesar de que el Título VII, del Libro II, del Código penal de 1870 [57] mantiene la misma rúbrica («De los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos») que la del Título VIII del Código de 1848, sufre aquél modificaciones importantes. Por lo pronto, y aun haciendo la rúbrica mención a los «empleados públicos», el articulado se refiere ya al funcionario público, recogiendo un concepto de éste en el art. 416 [58]. Por otra parte, los «abusos contra particulares», recogidos en el Código de 1848 en el título dedicado a los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos, pasan, adicionándose nuevas figuras, a la Sección II, del Capítulo II, que reza «de los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos individuales garantizados por la Constitución», bajo el Título II, dedicado a los «delitos contra la Constitución» [59]. Solamente los «abusos contra la honestidad» (cap. VIII, tít. VII) se mantienen dentro de los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos. La razón a este proceder del legislador la encuentra SÁINZ DE ROBLES en que la honestidad no es un derecho individual sancionado por la Constitución de 1869 [60].

[55] Véase SÁINZ DE ROBLES SANTA CECILIA, C., *Contribución*, pág. 111 y nota 19.

[56] Véase NÚÑEZ BARBERO, R., *La reforma penal de 1870*, pág. 16.

[57] Para un estudio detallado de este Código, véase NÚÑEZ BARBERO, R., *La reforma penal de 1870*, págs. 16 y ss.

[58] Concepto semejante al recogido actualmente en al apartado 2 del art. 24 del Código penal.

[59] Los derechos regulados en esta Sección II son: libertad personal (arts. 204 a 214), inviolabilidad del domicilio (arts. 215 a 217), inviolabilidad de la correspondencia (arts. 218 a 220), libertad de residencia (arts. 221 y 222), legalidad de los impuestos (arts. 223 a 227), posesión de bienes (art. 228) y libertades de reunión, manifestación y asociación (arts. 229 a 235).

[60] SÁINZ DE ROBLES SANTA CECILIA, C., *Contribución*, pág. 114, nota 24.

Se incluyen en la prevaricación (artículos 366, 369.2 y 371) y en la malversación de caudales públicos (art. 406) supuestos específicos de imprudencia. Al castigar expresamente estas conductas parece como si la intención del legislador fuera la de dotar al ciudadano de más eficaces medios para poder hacer frente a ellas; sin embargo, nos convence más la interpretación que de estas figuras hace GROIZARD, quien lamenta que con los términos «inexcusables» y «manifiestamente injusta» que utiliza el legislador en los artículos citados, se está poniendo trabas al castigo de los comportamientos imprudentes, por lo que con estos nuevos supuestos especiales de imprudencia, lejos de llenar un vacío legal, inexistente al existir la fórmula general de imprudencia, ocasionaban una drástica restricción del castigo de las conductas imprudentes en estos delitos [61, 62].

El delito de cohecho tampoco es ajeno a los cambios que experimentan los delitos de funcionarios del Título VII, Libro II, del Código de 1870 [63]. Su configuración es profundamente modificada, dando como resultado una regulación que en muchos aspectos es similar a la actual. Se deja de poner al cohecho en relación con los «delitos expresados en los capítulos precedentes», como hacía el art. 305 del Código de 1848, y se incluye la expresión más amplia «por ejecutar un acto relativo al ejercicio de su cargo, que constituya delito (...)». Para la consumación del cohecho ya no es necesario que el funcionario realice el acto constitutivo de delito perseguido por la dádiva, basta

61 Véase GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A., *El Código penal de 1870...*, Tomo IV, págs. 100 y 101.

62 Para un análisis más detallado de los cambios experimentados en los delitos de funcionarios en el Código de 1870, véase CASABÓ RUIZ, J. R., *Introducción al estudio de los delitos de los funcionarios públicos*, págs. 186 y 187. Entre ellos destacamos el traslado del delito de desobediencia a la autoridad al capítulo de los atentados; la inclusión como delito de la «omisión de la debida cooperación por parte del funcionario público y el rehúse por cualquiera del desempeño de su cargo; el abandono de funciones se une a la anticipación y prolongación de funciones y se prevé una agravación para el caso de que el abandono tuviera como objeto no perseguir delitos contra la seguridad exterior del Estado o contra la Constitución (...)», etc.

63 De la regulación del cohecho en el Código de 1870, dice GONZÁLEZ Y SERRANO, J., *Apéndice*, pág. 261, que es más clara y abarca más materias que la anterior. Sin embargo, nótese el carácter escéptico del autor en las siguientes líneas que trascribimos y que parecen escritas por un autor de nuestra época: «Por desgracia éste es un delito (el cohecho) que, aunque común en los tiempos azarosos que corremos, pocas veces se ve penado. Su correctivo, más que en las leyes, debe buscarse en la opinión pública. Por esos mundos andan mil concusionarios que hacen hasta gala de sus estafas, ó por lo menos las ostentan, y la opinión está tan pervertida que ninguno se niega á dar la mano á semejantes malvados. El Código penal no será el que ponga cota á tantas demasías. El siglo actual está metalizado; y mientras el principio moral no sea la base de las acciones humanas, las leyes serán impotentes y estarán escritas en los Códigos; pero quedarán sin uso. Si se abren nuestros antiguos Códigos se verá que el cohecho ha sido castigado severamente y en todos los tiempos. Pero esos mismos antecedentes sirven de desengaño en el momento que se demuestra que pocos, muy pocos funcionarios públicos han sido condenados por este feo delito».

que el funcionario reciba por sí o por persona intermedia dádiva o presente, o acepte ofrecimiento o promesa con la intención de realizar tal acto. Si éste llega a ejecutarse se imponen, además, las penas para él previstas. Se regulan en artículos diferentes los supuestos en que se recibe la dádiva o se acepta el ofrecimiento por ejecutar un acto injusto no delictivo relativo al ejercicio de su cargo, y los casos en que la dádiva recibida o prometida tuviere por objeto la abstención de un acto que deba practicar el funcionario en el ejercicio de los deberes de su cargo. Para el primer grupo de supuestos, la mayor o menor gravedad de la pena está en función de que el acto injusto no delictivo relativo al ejercicio de su cargo llegue o no a ejecutarse.

Salvo la inhabilitación [64], las penas de los que sobornan se equiparan a la de los funcionarios públicos sobornados, excepto cuando el soborno se llevaba a cabo en causa criminal a favor del reo por determinadas personas especificadas en el art. 403, para el que está prevista una multa por el valor de la dádiva o promesa.

1.3.5. El Código penal de 1928

En marzo de 1926, el Gobierno encargó a la Sección penal de la Comisión codificadora una nueva edición del Código penal de 1870 [65]. La primera intención era reformar parcialmente el texto del 70, pero la Comisión se excedió en su cometido y compuso un nuevo Código penal. Este fue promulgado por la Real Orden de 8 de septiembre de 1928 y entró en vigor el 1 de enero de 1929 [66]. Como nos aclara CEREZO MIR «la inspiración política del Código es autoritaria, pero no alcanzó pleno desarrollo, pues estando en suspenso la Constitución de 1876 se relegó a una Ley especial posterior la regulación de gran parte de los delitos contra la seguridad interior del Estado, manteniéndose de momento la vigencia de los preceptos del Código penal de 1870» [67].

La rúbrica del Título V, del Libro II del Código en estudio, dedicada a los delitos de los funcionarios en el ejercicio de sus cargos, cambia la expresión «empleados pú-

[64] Según GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A., *El Código penal de 1870...*, Tomo IV, pág. 251, la eliminación que el artículo 402 hace de la pena de inhabilitación se justifica por sí misma. Sin embargo, hay un caso, añade este autor, «en que sería justa su aplicación: cuando el que intenta la corrupción de un funcionario fuere también funcionario público. Entonces todas las razones que abonan la imposición de aquel castigo al cohechado concurren también para legitimar su imposición al sobornante».

[65] Una visión de la legislación anterior al Código penal de 1928 la podemos encontrar en CEREZO MIR, J., *Curso...*, I, págs. 121 y 122.

[66] Para mayores pormenores, véase JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho penal*, Tomo I, págs. 775-777.

[67] CEREZO MIR, J., *Curso...*, I, pág. 124.

blicos» por la de «funcionarios públicos», y añade al final la coletilla «(...) y otros análogos», que nos previene de la ampliación que se lleva a cabo. A diferencia de códigos penales anteriores, el de 1928 recoge el concepto de funcionario en el Libro I (art. 214), fuera, por tanto, de la Parte especial, extendiéndose de este modo su esfera de aplicación [68].

Entre la muchas ampliaciones, que se adivinan con la sola lectura de alguna de las rúbricas [69], cabe mencionarse la que se lleva cabo a través del Capítulo VI que versa sobre las «infracciones de los deberes del cargo no comprendidas en otras disposiciones de este Código o de leyes especiales» [70]. Sobre tal rúbrica ha dicho OCTAVIO DE TOLEDO que «es una de las más claras expresiones de corte totalitario que posee este Código» [71].

También es más extensa la regulación del delito de cohecho, que en alguno de sus puntos contempla un casuismo desmesurado [72]. Las modificaciones sufridas por el cohecho cometido por funcionario, aparentemente nimias, son de una considerable relevancia. La más importante, sin duda, es la que extiende el castigo a los casos en que *la iniciativa para la dádiva, presente, ofrecimiento o promesa haya partido del funcionario público* (párrafos 4.° y 5.° del art. 473) [73], conducta que a partir del Código penal de 1944 quedará reflejada en los tipos con el verbo *solicitar*. En el llamado por la doctrina cohecho pasivo impropio (art. 472 del Código penal de 1928), se exige que el valor intrínseco realizable de la dádiva o regalo desvitúe el carácter de ofrenda honorífica a los servicios del funcionario de índole general, y se adiciona al término «regalos» la expresión «dádivas» [74]. En el párrafo segundo de este último precepto se establece que, *para los efectos de éste y de los anteriores artículos*, existe igualmente de-

68 Se recoge asimismo en el art. 213 un concepto de Autoridad y de agentes de la misma.

69 Por ejemplo, la del Capítulo III («Infidelidad en la custodia de documentos *o de otros objetos*») y el Capítulo IV («De la violación de secretos *y publicación indebida de documentos*»).

70 Recuerda este capítulo el art. 304 del Código de 1848.

71 OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *La prevaricación del funcionario público*, pág. 207.

72 En el mismo sentido, RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Cohecho*, págs. 357 y 358, para quien resulta lamentable «que las novedades introducidas (en el Código de 1928), en general dignas de elogio si se atiende al pensamiento que las inspiraba, padeciesen de un casuismo excesivo, que unido a una redacción poco concisa, resta méritos al intento de reforzar el valladar de las penas, frente a las crecientes formas de corrupción que entonces se empezaban a manifestar sin la gravedad y difusión que han alcanzado después».

73 Resulta chocante que el cambio más importante experimentado en el Código penal de 1928 por el cohecho cometido por funcionario público se recoja en el artículo dedicado al cohecho realizado por particular.

74 La referencia a las «dádivas» volverá a desaparecer del art. 395 del Código penal de 1932, y se incorporará de nuevo a la figura del *cohecho pasivo impropio* a través de la LO 9/1991, de 22 de marzo. Véase a este respecto el epígrafe 1.3.8.

lito *cuando los regalos se hicieren a la esposa, hijos, hermanos o afines del funcionario que vivan en su compañía o estén bajo su autoridad*[75, 76].

Igualmente notables son los cambios experimentados por el delito de cohecho cometido por particular. Basta con que el particular «intente» corromper a un funcionario con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas, para que el delito quede consumado, si bien quedará aquél exento de pena cuando el soborno sea aceptado por el funcionario, aunque éste no haya todavía percibido la dádiva o no se haya cumplido la promesa[77]. El funcionario que reciba una propuesta de corrupción tiene el deber, si no quiere ser castigado como encubridor del delito realizado por quien trate de corromperle, de denunciar el hecho[78]. Cuando la iniciativa de tales propuestas corruptoras parta del funcionario, el castigo sólo alcanzará a éste y no a las personas a quienes la proposición fuere dirigida, aunque ésta haya sido aceptada y ejecutada en todo o en parte. Ahora bien, las personas objeto de tales propuestas deberán denunciar el hecho «al jefe del funcionario de que se trate (...) o al juez de instrucción o funcionario del Ministerio fiscal más próximo (...)», si no quieren incurrir en las penas correspondientes a los encubridores del delito realizado por el funcionario público[79]. No hay castigo para el sobornador cuando el soborno mediare en causa criminal en favor del reo, siempre que se trate de alguna de las personas mencionadas en el art. 474.

Se incluye en el capítulo dedicado al cohecho el delito de tráfico de influencias, castigando al 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 (...)», imponiendo una pena más grave en los supuestos en que «el dinero o la cosa se reclamaren para corromper o con el pretexto de remunerar al funcionario público (...)»[80, 81].

75 Véase SAN MARTÍN LOSADA, L., *El Código Penal de 1928*, pág. 143.

76 Además de todo esto, se añade un párrafo, el tercero, al art. 469: «Si la dádiva tuviere por objeto la consecución de un acto no comprendido en los párrafos anteriores y que no deba ser remunerado, aunque sea justo, la pena que se imponga será de seis meses a un año de prisión, multa de 1.000 a 3.000 pesetas e inhabilitación especial de dos a cuatro años».

77 Véanse los párrafos 1.° y 2.° del art. 473.

78 Art. 473, párrafo 3.°.

79 Párrafos 4.° y 6.° del art. 473.

80 Art. 476. Véase SÁNCHEZ MARTÍNEZ, F., *El delito de tráfico de influencias*, pág. 798.

81 A este arsenal punitivo aún se añaden nuevas figuras delictivas. Se castiga a los «Abogados, Procuradores, mandatarios extrajudiciales, agentes de negocios o representantes de cualquier clase, que exigieren remuneración o recibieren de su cliente alguna dádiva con el pretexto de obtener resolución favorable de cualquier funcionario público, o de pagar costas, derechos a remuneraciones indebidas, o en cuantía mayor que la procedente (...)» (art. 477). Se tipifica, asimismo, las conductas del «Abogado o Procurador que celebrare con su cliente pacto de recibir como premio de sus trabajos una parte de la cosa litigiosa, o un premio cualquiera que dependa del éxito del negocio (...)», y la del «Abogado o Procurador de oficio que exigiere de sus defendidos una remuneración que las leyes no permitan (...)».

1.3.6. El Código penal de 1932

Proclamada la Segunda República el día 14 de abril de 1931 y anulado el Código penal de 1928, queda restablecida la vigencia del Código penal de 1870. La Comisión General de codificación es sustituida por la Comisión Jurídica Asesora, que elabora un Anteproyecto de reforma del Código penal de 1870, remitido al Gobierno en los primeros días de noviembre. El Anteproyecto fue reducido a una ley de Bases por acuerdo de la Comisión Parlamentaria de Justicia, introduciéndose alguna modificación. El 8 de septiembre de 1932 se decreta y sanciona la ley de Bases y el 5 de noviembre aparece publicado en la *Gaceta* el texto articulado, comenzando a regir a partir del 1 de diciembre [82]. En palabras de RODRÍGUEZ DEVESA, «la reforma fue moderada, hecha con tino, discreción y buena técnica, sin vacilar en admitir novedades aportadas por el denostado Código penal de 1928, como la elevación de la menor edad a los dieciséis años, el título de delitos contra la Administración de Justicia o el castigo de la usura; pero ni quiso ni pudo, por su rápida preparación, acometer la tarea de dar un nuevo Código, ni siquiera ir a una reforma más profunda como dentro de la Comisión era tesis de Antón Oneca. Es otra vez el Código penal de 1870, eso sí, remozado» [83].

En cuanto a los delitos de funcionarios, y el delito de cohecho no es ninguna excepción, el Código de 1932 supuso una vuelta a la regulación del texto de 1870, aunque en la rúbrica de su Título VIII, mantuvo del Código de 1928 el término «funcionarios públicos» [84]. El concepto de funcionario público vuelve a recogerse en la parte especial del Código, en la disposición general contenida en el Capítulo XIII del Título VIII.

1.3.7. El Código penal de 1944

Tras la Guerra civil española, todavía estuvo vigente durante largo tiempo el Código penal de 1932 [85], aunque fueron apareciendo numerosas leyes penales especiales que

[82] Véanse con más detalle, RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. y SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal español*, págs. 111 y ss.; y JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, Tomo I, págs. 782 y ss.

[83] RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. y SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal español*, págs. 112 y 113. Por lo que se refiere a la elevación de la menor edad a los dieciséis años, es preciso señalar que ésta fue prevista ya por un Decreto-Ley de 15 de julio de 1925, que, a su vez, sustituyó los Tribunales *especiales* por los Tribunales *tutelares* para niños. En este mismo año, en armonía con esta disposición, un Real Decreto de 14 de noviembre modificó el Código penal de 1870, elevando la mayoría de edad penal a los dieciséis años.

[84] Respeta también, ampliándolo, del Código de 1928, el título dedicado a los delitos contra la Administración de Justicia.

[85] Para JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho penal*, Tomo I, pág. 809, «la verdadera razón de esa subsistencia no fue otra que tener en sus manos un instrumento más eficaz para sus fines represivos. España vive bajo régimen armado y el Código de Justicia Militar es el que proveía a sus objetivos rigurosos con su severo arsenal de penas».

trataron «de dar cuerpo a las concepciones penales del "nuevo Estado" que salía de la guerra» [86]. En 1944 se lleva a cabo la reforma del Código penal [87]. El proyecto de texto refundido de 1944, sometido a la revisión de una comisión formada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, varios miembros de la carrera fiscal y un letrado del Ministerio de Justicia, fue promulgado por Decreto de 23 de diciembre de 1944, siendo publicado en el BOE de 13 de enero, y entrando en vigor el 3 de febrero de 1945 [88].

Contrariamente a lo que pudiera pensarse, las novedades que introduce este Código en los delitos de funcionarios respecto al Código del 32 no son de gran calado. Entre ellas vemos que el concepto de funcionario público vuelve a la parte general, concretamente al párrafo 3.° del art. 119 [89]. En la prevaricación judicial (art. 351) se distingue, a los efectos de la pena que imponer, como ya hacía el Código de 1928, si la sentencia injusta contra el reo en causa criminal por delito se hubiere o no ejecutado. En el delito de desobediencia, la «infracción manifiesta, clara y terminante de un *precepto constitucional*» (párrafo 2.° del art. 374 del Código penal de 1932) torna en «infracción manifiesta, clara y terminante de un *precepto de Ley*» (párrafo 2.° del art. 369). En la denegación de auxilio, vuelve a castigarse al funcionario público que «requerido por un particular a prestar algún auxilio a que esté obligado por razón de su cargo para evitar un delito u otro mal, se abstuviere de prestarlo sin causa justificada» (párrafo 3.° del art. 371) [90, 91]. En el delito de anticipación de funciones públicas (art. 373) se castiga al funcionario que hubiere admitido a alguien para el desempeño del cargo sin que hubiere cumplido las formalidades exigidas [92], y en el abandono de funciones públicas también se castigan los supuestos de los que no se deriva un daño para la causa pública (art. 376). El art. 377 del Código de 1944 ya no habla, como el 382 del texto de 1932, de «invadir las atribuciones del *Poder Legislativo*», sino invadir las «*atribuciones legislativas*», y en los abusos contra la honestidad se amplía el número de su-

[86] Véase RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. y SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal español*, pág. 114.

[87] Una censura al Código penal de 1944 puede verse en JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho penal*, Tomo I, págs. 813-815. CEREZO MIR, J., *Curso...*, I, págs. 127 y 130, dice de él que «es expresión del Derecho penal autoritario, entonces en auge en Europa (...) En conjunto, pues, el Código siguió inspirado en una concepción ecléctica, pero con fuertes tensiones internas por su falta de armonía. Se acentuó la prevención general (atenuada en las reformas de 1870 y 1932), pero se hicieron también progresos en el sentido de la prevención especial».

[88] Véanse CUELLO CALÓN, E., *Derecho penal...*, Tomo I, págs. 158-160; y RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. y SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal español*, págs. 113 y ss.

[89] De tal concepto se suprime el adjetivo «*popular*» que acompañaba a «*elección*».

[90] Decimos «vuelve» por ser una conducta ya castigada en el Código de 1928 (párrafo 3.° del art. 445).

[91] Asimismo, en el art. 372 del Código de 1944 se utiliza la expresión «*cargo público obligatorio*» en lugar de *cargo público de elección popular* (empleada en el art. 377 del Código de 1932), y se elimina de su párrafo 2.° la referencia al jurado.

[92] Se corresponde con el párrafo 2.° del art. 454 del Código de 1928.

puestos merecedores de castigo, ya que las pretensiones pendientes de la resolución del funcionario que tiene la mujer solicitada sexualmente, pueden ser para sí misma o *«para su cónyuge, ascendiente, descendiente, hermano o afín en los mismos grados»* (art. 383). En la malversación de caudales públicos, se añade al art. 394 el párrafo donde se dice que 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»; y en la sustracción hecha *por otra persona* debida al abandono o negligencia inexcusables del funcionario, se atenúa la pena para éste si reintegrare antes del juicio dichos caudales o efectos, o con sus gestiones se lograre el reintegro [93].

Se produce un adelantamiento del castigo del cohecho cometido por funcionario al momento en que éste *solicita* la dádiva o el presente [94]. Por otro lado, la admisión de regalos por parte del funcionario no sólo se castiga cuando son presentados en consideración a su oficio, sino también cuando son presentados *«para la consecución de un acto justo que no deba ser retribuido»* (art. 390) [95].

En el cohecho cometido por particular (art. 391) se pueden reseñar dos novedades respecto al Código penal precedente: de un lado, para que el delito quede consumado, basta con que el particular *intente* corromper al funcionario público, sin ser necesario que lo consiga [96]; de otro, se castiga la aceptación por el particular de las solicitudes llevadas a cabo por el funcionario [97].

[93] Ambos cambios ya estaban previstos en los artículos 480 y 481, en sus párrafos segundos, del Código penal de 1928, respectivamente.

[94] Artículos 385, 386 y 387 del Código de 1944. Por tanto, junto a la aceptación de ofrecimientos o promesas y la recepción de dádivas o presentes, se castiga la simple solicitud. Tal adelantamiento supone una consolidación de lo ya previsto en el Código de 1928 (véase *supra*).

[95] Esta adición, que tiene su antecedente más claro en el art. 469, párrafo 3.°, del Código penal de 1928, es calificada por JASO ROLDÁN, T., *Derecho penal*, pág. 215, de innecesaria, «ya que no es concebible ninguna hipótesis de este párrafo que no se halle a la vez incluida en el anterior». Discrepa de esta postura con argumentos poco convincentes, RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Cohecho*, pág. 360.

[96] Efectivamente, el art. 396 del Código de 1932 exigía para la consumación que el particular *corrompiese* al funcionario público, pudiendo castigarse por tentativa el mero intento de corrupción. No obstante, el intento de corrupción ya era castigado en el art. 473 del Código de 1928, si bien es cierto, el hecho quedaba impune para el particular cuando el soborno era aceptado por el funcionario.

[97] Esta conducta ni siquiera se castigaba en el Código de 1928, al menos genéricamente, pues al particular sólo se le imponían las penas correspondientes a los encubridores del delito cometido por el funcionario cuando, habiendo sido objeto por éste de una solicitud, no denunciare el hecho a quien correspondiera.

1.3.8. El Código penal, texto refundido de 1973

La reforma de 15 de noviembre de 1971 no introdujo cambios en los delitos de funcionarios [98]. Serían leyes posteriores las que modificarían o suprimirían el articulado de estos delitos, e incluso crearían nuevas figuras delictivas.

Procediendo cronológicamente, la Disposición Derogatoria Primera, 1. b) de la Ley Orgánica 2/1987, de 18 de mayo, de Conflictos Jurisdiccionales, deja sin contenido el art. 381 [99].

La Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio [100], sustituye la rúbrica del Capítulo VIII, del Título VII («De los abusos contra la honestidad»), por el encabezamiento «De las limitaciones a la libertad sexual». Ya no se habla de «solicitar a una mujer», sino de «solicitar sexualmente a una persona», y entre la enumeración de los allegados se incluye a «la persona a quien se halle ligada de forma permanente por análoga relación de afectividad».

La Ley Orgánica 9/1991, de 22 de marzo, modifica los artículos 367, 368 y 390 del Código penal, e introduce en el Título VII un nuevo capítulo dedicado al tráfico de influencias [101].

En cuanto a los dos primeros, cambia, primeramente, la rúbrica bajo la cual se albergan. Ya no se dice *violación de secretos,* sino *revelación de los secretos e informaciones y de la información privilegiada y su uso indebido.* Al sujeto activo *funcionario público* se añade la *autoridad,* adición esta superflua [102] por cuanto toda autoridad es ya un funcionario público [103]. Se recoge en el mismo artículo, el 367, la revela-

[98] En el Código penal, texto revisado de 1963, tampoco, salvo la supresión del término *«deberes»* en el art. 387.

[99] Este artículo rezaba de esta manera: «El eclesiástico que, requerido por Tribunal competente, rehusare remitirle los autos pedidos para la decisión de un recurso de fuerza interpuesto, será castigado con la pena de inhabilitación especial. La reincidencia será castigada con la de inhabilitación absoluta».

[100] Sobre las modificaciones introducidas por esta ley en los delitos contra la libertad sexual, puede verse, por ejemplo, VEGA RUIZ, J. A. DE, *Los delitos contra la libertad sexual*, págs. 25 y ss.

[101] Sobre los cambios introducidos por la Ley Orgánica 9/1991, de 22 de marzo, véanse MORILLAS CUEVA, L. y PORTILLA CONTRERAS, G., *Los delitos de revelación de secretos, uso de información privilegiada, cohecho impropio y tráfico de influencias*, págs. 173 y ss.; y MUÑOZ CONDE, F., Apéndice, págs. 3 y ss.

[102] Véase CEREZO MIR, J., *Problemas fundamentales*, pág. 209, quien ya consideró superflua la mención a «la autoridad y a sus agentes» del párrafo 2.º del art. 231 del Código penal, por entender que estarían abarcados en el amplio concepto de funcionario público del art. 119 del mismo texto legal.

[103] En este sentido, entre otros, QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *El concepto penal de funcionario público*, pág. 493; y OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *El delito de prevaricación*, pág. 1515.

ción de secretos oficiales y privados, desapareciendo de estos últimos la mención expresa de que el funcionario sepa de ellos por razón de su cargo [104, 105]. El artículo 368 no supone una modificación de algo ya existente, sino la incriminación de una nueva conducta: el uso indebido de secretos e información privilegiada [106].

Como ya hemos advertido, la Ley Orgánica 9/1991, de 22 de marzo, también introduce variaciones en el llamado por la doctrina *cohecho pasivo impropio*, regulado en el art. 390. Volveremos a esta figura con más detalle, pero antes resulta obligado significar, siquiera someramente, en qué consistieron los cambios más destacados introducidos por la mentada ley. En primer lugar, se añade al término *regalo* el de *dádiva* [107], y ya no se habla de regalos *presentados*, sino *ofrecidos*, lo que supone una ampliación de los supuestos abarcados por el tipo, que comprenderá no sólo los casos en que se admite la entrega efectiva de la dádiva o regalo, sino también aquellos otros en que la admisión se refiere a la promesa de entrega futura [108]. Por otra parte, la locu-

[104] No obstante, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal*, Parte especial, 10.ª edición, pág. 818, cree «que dicha exigencia está implícita en el pfo. 3.° que no es más que un subtipo del delito previsto en el pfo. 1.° (...)».

[105] Se suprime, además, la expresión «o entregare indebidamente papeles o copia de papeles que tenga a su cargo y no deban ser publicados (...)». Tal expresión era a juicio de MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal*, Parte especial, 10.ª edición, pág. 818, redundante «ya que la palabra "revelare" comprende igualmente la entrega, con la ventaja de que no restringe el tipo a los secretos que constan documentalmente, como podía entenderse con la redacción anterior (...)». En el mismo sentido, MORILLAS CUEVA, L. y PORTILLA CONTRERAS, G., *Los delitos de revelación de secretos, uso de información privilegiada, cohecho impropio y tráfico de influencias*, pág. 207. Finalmente, en cuanto al artículo 367, la revelación no sólo alcanza a los secretos, sino también a *cualquier información de que tenga conocimiento* (el funcionario) *por razón de su oficio o cargo*.

[106] Según MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal*, Parte especial, 10.ª edición, pág. 821, con esta nueva conducta se viene a completar el art. 367, ya que «la penalización de la revelación de secretos, oficiales o privados, ni en el caso del funcionario o autoridad ni en el del particular, agota todas las formas de utilización abusiva de los mismos». Véanse también, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Manual*, págs. 272-275; y MORILLAS CUEVA, L. y PORTILLA CONTRERAS, G., *Los delitos de revelación de secretos, uso de información privilegiada, cohecho impropio y tráfico de influencias*, pág. 217 y ss.

[107] QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español*, pág. 599, califica esta incorporación de «duplicación terminológica innecesaria». El añadido no es tan superfluo como aparenta, pues la referencia a las *dádivas* en la descripción típica del art. 390, desbarata el argumento utilizado por aquellos que, en la regulación anterior, entendían que el art. 391 (cohecho realizado por el particular) constituía el reverso del cohecho incriminado en los artículos 385 al 387, pero no del cohecho regulado en el art. 390, debido a que en este último tan sólo se hacía referencia, antes de 1991, a los *regalos*, término no comprendido en la enumeración *«dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas»* del art. 391.

[108] En efecto, la expresión *«que le fueran presentados»*, que aparecía en la descripción del art. 390 anterior a la reforma de 1991, suponía una considerable restricción del ámbito del tipo de este delito, ya que, si bien *«admitir»* viene a significar tanto recibir, implicando la posesión del regalo por el funcionario, como aceptar el ofrecimiento o la promesa de regalo hechos por el particular, sin requerirse aún traslación del regalo a la esfera patrimonial del funcionario, lo cierto es que si los

ción *«para la consecución de un acto justo que no deba ser retribuido»*, añadida, como vimos, en la reforma de 1944 [109], es cambiada por la expresión *«para la consecución de un acto no prohibido legalmente»*; y la alusión al *«oficio»* es sustituida por la referencia a la *«función»* [110]. Finalmente, las nuevas penas son más graves, pues se sustituye la pena de suspensión por la de arresto mayor [111], y la de multa ya no supone una cantidad fija (de 100.000 a 500.000 pesetas), sino que está en función del valor de la dádiva o regalo (del tanto al triplo del mismo, sin que pueda ser inferior a 100.000 pesetas) [112].

Por último, la Ley Orgánica de 1991 añade al final del Título VII un nuevo capítulo, el XIII, donde se regula el delito de tráfico de influencias [artículos 404 bis a), b) y c)] [113].

---

regalos habían de ser *presentados* al funcionario, en el sentido de que habían de ser exhibidos y puestos en su presencia por el particular, no podía hablarse de consumación de un delito de cohecho pasivo impropio en aquellos supuestos en que el funcionario aceptaba un ofrecimiento o promesa que le hacía un particular de un regalo cuando éste no era presentado al mismo tiempo ante él. En el mismo sentido, CASAS BARQUERO, E., *Observaciones*, pág. 898, para quien «la conducta descrita en el artículo 390 del Código penal», se refiere a la regulación anterior a la reforma de 1991, «requiere que la admisión ilícita del funcionario recaiga sobre un efectivo regalo, y no verse sobre un mero ofrecimiento o promesa del mismo».

109 Véase *supra*, epígrafe 1.3.7.

110 En palabras de MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal*, Parte especial, 10.ª edición, pág. 839, la sustitución de la expresión «"oficio" por la de "función" es puramente estilística, y tampoco añade gran cosa la nueva expresión "acto no prohibido legalmente" en lugar de la anterior "acto justo"». En contra, aunque sin dar una explicación satisfactoria sobre cuál ha sido efectivamente el cambio operado, QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español*, pág. 599, para quien «la expresión ahora vigente ("acto no prohibido legalmente") es más amplia que la anterior, por ser más exacta la terminología empleada».

111 Que a su vez, en virtud del art. 47 del Código penal, texto refundido de 1973, llevaba aparejada, como accesoria, la pena de suspensión de todo cargo público durante el tiempo de la condena.

112 Véase MUÑOZ CONDE, F., Apéndice, pág. 35.

113 Sobre esta nueva regulación, véanse, críticamente, GIMBERNAT ORDEIG, E., *Código Penal*, págs. 18-21 (Prólogo a la octava edición), para quien «ilegalizar penalmente —como tráfico de influencias— lo que previamente no ha sido ilegalizado administrativamente no pasa de ser un gesto demagógico: se da a entender a la opinión pública que se quiere acabar con la corrupción, siendo así que las medidas legales a las que se acude son inidóneas para alcanzar ese propósito (...) El tráfico de influencias no se reprime creando nuevos, disparatados y, por ello, inaplicables delitos que tipifican indiscriminadamente conductas perfectamente legítimas, sino impidiendo que la administración pueda, como hasta ahora, repartir fondos públicos y beneficios económicos entre los particulares sin sujeción a ningún punto de referencia objetivo»; SUÁREZ MONTES, R. F., *Consideraciones político-criminales sobre el delito de tráfico de influencias*, págs. 1091 y ss., que opina que el tráfico de influencias no puede combatirse con este tipo de disposiciones; y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Anotaciones sobre el delito de tráfico de influencias*, págs. 205 y ss. Por su parte, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *El delito de tráfico de influencias*, pág. 177, nos da cuenta de la escasa aplicación de estos tipos delictivos, de lo que se infiere, de ser cierta la proliferación de casos de tráfico de influencias que motivó la incriminación de tal delito, la inidoneidad de su regulación.

Capítulo 2
El Título XIX del Libro II del Código Penal de 1995: *Delitos contra la Administración pública*

2.1. El Título VII del Libro II del Código penal de 1973

La rúbrica del Título VII del Código penal anterior rezaba «De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos». Trataremos en este apartado de exponer someramente las diferentes posturas, en la misma línea crítica la mayoría, que se han venido manifestando en torno al citado título.

2.1.1. La opinión mayoritaria

Ya Groizard, al comentar el Título VII del Código penal de 1870 («De los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos»), se lamentaba de que el epígrafe del título no respondiese del todo a su objeto, pues «la palabra empleado se aplica en el uso común a muchas menos personas a que las prohibiciones del título alcanzan» [1]. Consideraba este autor que, sin darse la condición de empleado público, había personas que podían ejercer y de hecho ejercían funciones públicas de las que podían abusar, y a todas eran aplicables las incriminaciones en el título establecidas [2].

Más recientemente, una de las objeciones esgrimida por la doctrina respecto a la rúbrica de este título se refiere al hecho de que no sigue el criterio del bien jurídico, utilizado, por otra parte, en la mayoría de los títulos del Código penal, sino, más bien, atiende a la identidad del sujeto activo, es decir, al funcionario público [3]. «Con ello»,

[1] Groizard y Gómez de la Serna, A., *El Código penal de 1870...*, Tomo IV, pág. 75.

[2] Proponía Groizard y Gómez de la Serna, A., *El Código penal de 1870...*, Tomo IV, pág. 75, para solventar el problema, borrarse del epígrafe la palabra «empleados» y poner en su lugar «funcionarios públicos».

[3] Como bien dice, García Arán, M., *La prevaricación judicial*, pág. 23, «cuando otros títulos aluden al bien jurídico protegido por los preceptos que acogen (contra las personas, contra la propie-

ha dicho CASAS BARQUERO, «no sólo queda rota la unidad sistemática del Libro II del Código penal, sino que la expresada cualidad de funcionario en el sujeto activo constituye algo situado fuera de la propia esencia de las infracciones penales» [4].

COBO DEL ROSAL, al realizar un estudio sistemático del Título VII («De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos») y el concepto de funcionario público recogido en el párrafo 3.º del art. 119 del Código penal anterior, pone en duda si es técnicamente adecuada la utilización de la rúbrica en cuestión. Y es que, según este autor, con ella lo que realmente hace el legislador es extender aún más el ya amplísimo concepto de funcionario público del párrafo 3.º del art. 119, quebrantándose de esta forma «la armonía que debe reinar entre el concepto de la Parte general y los tipos concretos de la Parte especial» [5].

Por otra parte, no hace falta una detenida lectura de las figuras recogidas bajo el título en estudio para percatarse de la existencia de delitos cuyo sujeto activo es un particular y no un funcionario público. Por poner un ejemplo, aunque la lista es considerable [6], el art. 391 del Código penal anterior castigaba a «los que con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas corrompieren o intentaren corromper a los funcionarios públicos, o aceptaren sus solicitudes», figura ésta realizada por un particular y denominada por la mayoría de la doctrina cohecho activo, frente al cohecho pasivo que es llevado a cabo por funcionario público (artículos 385, 386, 387 y 390 del Código penal de 1973). El encontrar cobijadas bajo la rúbrica «De los delitos de los funciona-

---

dad, contra la Administración de Justicia), el problema del bien jurídico que en ellos se protege no queda definitivamente solucionado (...), pero, en todo caso, se proporciona un punto de partida que alumbra la posterior concreción del ámbito de lo protegido». Véase, asimismo, OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito de cohecho*, pág. 77.

[4] CASAS BARQUERO, E., *Observaciones*, pág. 866. Véase en el mismo sentido crítico, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Manual*, pág. 148. Por su parte, VALEIJE ÁLVAREZ, I., *Consideraciones sobre el bien jurídico protegido en el delito de cohecho*, pág. 303, entiende que «esta denominación al no indicar cuál es el bien o bienes que se entienden preferentemente atacados con las conductas prohibidas, facilita una visión estamental de estos delitos (en tanto que parece subrayarse en ella la idea de dependencia y subordinación) derivando en un entendimiento de los mismos como infracciones de deberes específicos (tales como la obediencia, lealtad, honestidad, fidelidad... etc.)».

[5] Como veremos en su momento, la referida extensión se constata en el hecho de que para ser autor de alguna de las figuras albergadas en el Título VII basta con la mera participación en el ejercicio de la función pública, sin necesidad de la existencia de ninguno de los títulos de incorporación a dicha función («por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente») exigidos por el párrafo 3.º del art. 119 del Código penal de 1973. Véase COBO DEL ROSAL, M., *Examen*, pág. 250.

[6] Véase COBO DEL ROSAL, M., *Examen*, págs. 249 y 250, donde recoge una lista de artículos, concretamente el 363, 366 párrafo 2.º, 372, 374, 399, todos ellos del Código penal anterior, merecedores de este reproche. A esta lista habría que añadir los artículos 404 bis b) y 404 bis c), dedicados ambos al tráfico de influencias e introducidos en el Código penal por LO 9/1991, de 22 de marzo. Véase, asimismo, MORALES GARCÍA, O., *Los delitos de malversación*, págs. 44 y 45.

rios públicos en el ejercicio de sus cargos», figuras delictivas que son y deben ser cometidas por particulares, de entrada, invitaba a la desconfianza, y ponía en duda la eficacia y el sentido de una tal sistemática [7].

A esto hay que añadir el hecho de que existían delitos cometidos por funcionarios públicos que estaban regulados fuera del título en estudio. El grupo de mayor entidad lo formaban las figuras ubicadas en la sección II del capítulo II, Título II, bajo la rúbrica «De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes». A éstos se sumaba un nutrido grupo de supuestos diseminados por todo el Código en los que la condición de funcionario fundamentaba la responsabilidad penal o cualificaba una conducta básica [8].

Todo ello llevaba a RODRÍGUEZ DEVESA a calificar el Título VII como «residuo histórico de figuras que no han hallado mejor acomodo en otros lugares del Código», y a abogar por la desaparición de tal título [9], pues, terminaba diciendo este autor, «hablar hoy de "delitos de los funcionarios" como grupo independiente carece de sentido cuando incluso en el derecho penal militar se ha abandonado esta terminología medieval» [10].

2.1.2. La postura de Octavio de Toledo

Frente a estas críticas, OCTAVIO DE TOLEDO trata de demostrar que la rúbrica del Título VII («De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos») no es impedimento para realizar una correcta interpretación de las distintas figuras delictivas que bajo ella se albergan [11]. Está de acuerdo en calificar a la rúbrica de os-

[7] Véase, entre otros, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Manual*, pág. 147.

[8] Entre ellos, y a modo de ejemplo, pueden mencionarse los artículos 131, 302, 305 párrafo 1.°, 308, 312, 469, 492 bis párrafo 2.°, etc.

[9] Partidario, asimismo, de la supresión de este título, BLECUA FRAGA, R., *La aplicación pública de caudales a diferente destino*, pág. 764.

[10] RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. y SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal español*, Parte especial, pág. 1124 y nota 8. Este autor hace responsable de la, hasta ese momento, existencia del título al conservadurismo legislativo. Por su parte, GARCÍA ARÁN, M., *La prevaricación judicial*, pág. 24, si bien admite el dato de que la separación de delitos a lo largo de la historia de la codificación española del título VII a otros lugares del Código favorece la idea apuntada por Rodríguez Devesa respecto al carácter residual del título, reprocha a este autor que no haya dado una explicación del porqué de su existencia desde el Código penal de 1822, («De los delitos y culpas de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos»).

[11] OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *La prevaricación del funcionario público*, págs. 135-150. Según este autor, las críticas vertidas por los autores respecto a esta rúbrica, entre ellas la referente a que ni acoge en su seno a todos los delitos en que el sujeto activo es un funcionario público, ni en todos los supuestos en ella recogidos es funcionario público el sujeto activo, «son claramente insatisfactorias, por cuanto cierran todo camino de construcción coherente con la materia contenida en el Título VII».

cura, pero considera que «tal oscuridad no responde a un propósito legislativo de expresarse con una fórmula alambicada; más bien ocurre todo lo contrario: que ha buscado una formulación simple, vulgar, perfectamente transparente en el momento de su aparición (1822) y aún inmediatamente después. La distancia y la superposición de modificaciones legislativas hacen perder la perspectiva de claridad sobre una fórmula más vulgar que técnica» [12]. No obstante, considera este autor no ser preciso el cambio de rúbrica propuesto por numerosos autores [13], pues, de un lado, «se puede decir que el Título VII, su contenido en relación con su rúbrica, no tiene más deficiencias que las habituales en los demás títulos del Código», y, por otro, «nada insuperable (...) impide que siga manteniéndose como hipótesis de trabajo que el bien jurídico protegido por los delitos contenidos en el Título VII (...) es la función pública» [14].

Abundando en esta última idea, OCTAVIO DE TOLEDO entiende que el Legislador a lo largo del tiempo «mantiene invariada la fórmula legal "en el ejercicio de su cargo", y la sigue manteniendo en el mismo sentido amplio que antes y con idéntico propósito; señalar que aquí sólo le interesa agrupar las conductas de los funcionarios públicos (funcionarios públicos en sentido penal) que, atentando contra la función pública, se llevan a cabo precisamente por realizar esa participación en el ejercicio de tal función; no le interesan (...) las que, atacando dicho bien jurídico, se realizan fuera de esa actividad (de los particulares que ni siquiera participan del ejercicio de la función pública)» [15]. Finaliza este autor diciendo que «en suma, estamos ante un Título que recoge

[12] OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *La prevaricación del funcionario público*, pág. 143.

[13] Entre ellos, COBO DEL ROSAL, M., *Examen*, pág. 255, donde en una de sus conclusiones manifiesta que «ha de sustituirse el título VII del Libro II, por otro en el que se aluda a la comisión de las conductas delictivas con ocasión de la participación en el ejercicio de la función pública, o contra ella, por ser técnicamente incorrecta la agrupación de las figuras penales atendiendo a los sujetos activos del delito».

[14] OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *La prevaricación del funcionario público*, pág. 150.

[15] OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *La prevaricación del funcionario público*, págs. 142 y 143. Sigue diciendo este autor que «el ejercicio del cargo a que alude la rúbrica no es tomado en un estricto sentido técnico, que implica (no es lo mismo, sino que implica) el ejercicio de la función pública, sino (en concordancia con la primera referencia, al funcionario público en sentido penal) con un carácter ampliatorio ("a efectos penales") lo que supone, por tanto, abarcar la mera *participación en el ejercicio de* la función pública. En este sentido, la rúbrica descompuesta diría: "delitos de los que... participan del ejercicio de funciones públicas, en la participación del ejercicio de esas funciones". Bajo este prisma, no tienen por qué excluirse de la agrupación aquellas conductas de los particulares que, participando del ejercicio de funciones públicas, no ejercen cargo alguno, entendiendo este término en su acepción administrativa». Notamos un vicio en la conclusión a la que llega este autor. Se puede estar de acuerdo con Octavio de Toledo en la primera de las ideas vertidas, esto es, en que la fórmula «en el ejercicio del cargo» no ha de ser tomada en un estricto sentido técnico, que implique el ejercicio de la función pública, sino con un carácter ampliatorio, pero no podemos

los delitos contra la función pública, cometidos por aquellos que pueden atacarla desde dentro (quienes participan de su ejercicio), precisamente cuando actúan desde su interior (cuando realizan esa participación). No ante todos los delitos cometidos por funcionarios públicos; 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 los 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)» [16].

2.1.3. Crítica

A pesar de su meritorio esfuerzo, los verdaderos problemas para OCTAVIO DE TOLEDO surgen cuando tiene que comprobar, caso por caso, que las diferentes figuras recogidas en el Título VII se adecuan, responden a la interpretación que ha dado de su rúbrica. Y es que, una cosa es decir, con carácter general, que la intención del Legislador es agrupar en el Título VII «las conductas de los funcionarios públicos (funcionarios públicos en sentido penal) que, atentando contra la función pública, se llevan a cabo precisamente por realizar esa participación en el ejercicio de tal función», y otra, muy distinta, mantener con éxito tal idea después de realizar un análisis detenido de las variadas figuras delictivas recogidas en tal título.

Precisamente, este análisis evidencia que, ni todos los delitos son cometidos por funcionario público (funcionario público en sentido penal), ni todas las conductas su-

---

aunarnos a la conclusión a la que parece llegar este autor referente a la exigencia de la mera participación en el ejercicio de la función pública, pues supondría desconocer que el párrafo 3.° del art. 119 del Código penal anterior, además de exigir la mentada participación, expresa la necesidad de un título de incorporación a la función («por disposición inmediata de la ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente»). Creemos no interpretar mal el texto de Octavio de Toledo respecto a la conclusión a la que, según pensamos, llega, pues tal conclusión parece estar implícita en la idea por él expresada de que «no tienen por qué excluirse de la agrupación aquellas conductas de los particulares que, participando del ejercicio de funciones públicas, no ejercen cargo alguno (...)». Tales particulares cumplen con uno de los requisitos del párrafo 3.° del art. 119 del Código penal anterior, esto es, participar del ejercicio de funciones públicas, pero carecen de un título de incorporación a la función pública, de ahí que sean tildados de «particulares» y no de «funcionarios públicos». Por tanto, si queremos ser congruentes con la rúbrica «De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos», deberíamos excluir aquellas conductas de los particulares que, si bien participan del ejercicio de funciones públicas, carecen de la condición de funcionario por no cumplir con todos los requisitos exigidos por el párrafo 3.° del art. 119 del Código penal de 1973.

[16] OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *La prevaricación del funcionario público*, pág. 143.

ponen un atentado contra la función pública, ni, por último, todos los ataques a ésta se llevan a cabo mientras se participa en el ejercicio de tal función.

Por lo que se refiere a la condición de funcionario público en sentido penal, el primer escollo lo encontramos ya en el Capítulo I del Título VII, en la prevaricación de abogados y procuradores (artículos 360 y 361 del Código penal anterior) [17]. OCTAVIO DE TOLEDO alude a razones de Derecho histórico y de Derecho comparado para defender la ubicación de estos delitos en el título en estudio, pero él mismo reconoce que de atenerse al concepto penal de funcionario público del art. 119, falta un requisito fundamental, esto es, el título de habilitación por el que se realiza la incorporación a la actividad [18].

El párrafo 1.° del art. 372 del Código penal anterior [19], no sólo no cumple el primero de los requisitos, esto es, el de que el sujeto activo sea funcionario público en sentido penal, sino que ni la conducta delictiva se lleva a cabo mientras se participa del ejercicio de la función pública, ni ésta resulta atacada cuando se ejecuta la mencionada conducta [20]. Es el propio OCTAVIO DE TOLEDO quien, al referirse a esta figura, escribe que «no nos hallamos ante un supuesto de participación del ejercicio de funciones públicas, sino precisamente ante todo lo contrario. Ni el sujeto activo es funcionario público a efectos penales, ni la acción delictiva se realiza en el ejercicio del cargo, y, sólo forzando la naturaleza del concepto de bien jurídico (...), se puede decir

[17] Véase en este sentido, REBOLLO VARGAS, R., *La revelación de secretos*, pág. 47 y nota 66. Ya antes, respecto al Código penal de 1932, LÓPEZ-REY Y ARROJO, M., *Derecho penal*, pág. 172.

[18] OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *La prevaricación del funcionario público*, págs. 143, 144 y nota 336. No obstante, citando a Quintano, considera que «la asimilación a los funcionarios no es tan gratuita como a primera vista pudiera parecer, pues, en el proceso tales profesionales, bien que representando a las partes, realizan una función al servicio de la Justicia con carácter en cierto modo público y orgánico, de "relación entre las partes y el Tribunal"». Sin embargo, si bien puede admitirse que abogados y procuradores participan del ejercicio de funciones públicas, no podemos estar de acuerdo en que sólo esto sirva ya para la pretendida asimilación, y menos cuando Octavio acude a palabras de Cobo del Rosal («el concepto de funcionario público, debido a la redacción del párrafo 3.° del art. 119, ha de tener eficacia, proyectarse y extraerse de los específicos supuestos contemplados por el Libro II del Código penal») para corroborar su postura, ya que precisamente es este último autor quien solicita un cambio de rúbrica por no adaptarse a su contenido, y critica al Legislador la extensión desmesurada del, por otra parte, amplísimo concepto de funcionario público del párrafo 3.° del art. 119, por suponer un quebranto de la armonía que debe existir entre el concepto de la Parte general y los tipos concretos de la Parte especial.

[19] Decía así el mentado párrafo: «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, incurrirá en la multa de 100.000 a 500.000 pesetas».

[20] A mi juicio, esto mismo es predicable para el último inciso del párrafo 2.° del art. 401 del Código penal anterior: «(...) y a los tutores y albaceas respecto de los pertenecientes a sus pupilos o testamentarías».

que la función pública resulta afectada por la ejecución del hecho descrito en la norma» [21]. Huelga cualquier otro comentario.

La objeción hecha por COBO DEL ROSAL a la prolongación de funciones públicas del art. 374 del Código penal de 1973 [22], en el sentido de que «mal puede ser funcionario público el que debió cesar de acuerdo con la ley, es decir, que carece del título en virtud del cual operaba como tal funcionario» [23], no puede ser superada por OCTAVIO DE TOLEDO; sin embargo, no renuncia este autor a defender su ubicación dentro del Título VII, pues se está atacando a la función pública y, además, la conducta se desarrolla en el ejercicio del (ilegítimo) cargo, por lo que no existe fricción alguna con la rúbrica de dicho título. Termina este último autor la argumentación preguntándose «¿en qué lugar del Código mejor que aquí puede situarse?» [24]. La fricción que parece no ver OCTAVIO DE TOLEDO existe, pues si algo claro se deriva de la rúbrica del Título VII es que el sujeto activo debe ser un funcionario público [25]. Además, el hecho de que no exista dentro del Código otro Título mejor que el VII para situar esta figura (esto no se discute ahora) no debe condicionar el siguiente paso, que es examinar si se adecua tal figura a la rúbrica de este título, verdadero análisis que se pretende, y, en caso contrario, proponer el cambio de aquélla por alguna que logre superar tales objeciones.

Finalmente, existen otros muchos tipos delictivos del Título VII que no reúnen las condiciones propuestas por OCTAVIO DE TOLEDO para pertenecer al mismo. Las figuras de cohecho de los artículos 391 y 392 y los delitos de tráfico de influencias de los artículos 404 bis b) y 404 bis c), todos ellos del Código penal de 1973 [26], son una clara prueba de ello. Que se trata de particulares y no de funcionarios, no admite duda alguna. Que ninguno de los sujetos activos de estas figuras delictivas realiza la conducta típica mientras participa del ejercicio de la función pública, tampoco [27]. El particular

[21] OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *La prevaricación del funcionario público*, pág. 145. Problemas similares encuentra este autor respecto al párrafo 2.º del art. 372 del Código penal de 1973.

[22] Decía así este artículo: «El funcionario público que continuare ejerciendo su empleo, cargo o comisión después que debiere cesar con arreglo a las leyes, reglamentos o disposiciones del ramo respectivo será castigado con las penas de inhabilitación especial y multa de 100.000 a 500.000 pesetas».

[23] COBO DEL ROSAL, M., *Examen*, pág. 249.

[24] OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *La prevaricación del funcionario público*, pág. 146.

[25] El propio autor mantiene que al legislador le interesa agrupar en el Título VII las conductas de los funcionarios públicos (funcionarios públicos en sentido penal); véase OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *La prevaricación del funcionario público*, pág. 142.

[26] El Capítulo XIII, del Título VII del Código penal de 1973, dedicado al tráfico de influencias, se introdujo por la LO 9/1991, de 22 de marzo, y, por tanto, es posterior al estudio que de estos delitos hace Octavio de Toledo.

[27] Repárese en el art. 404 bis c) del Código penal anterior («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...»). No es necesario que en la

que ofrece a un funcionario una cantidad de dinero para que éste realice en el ejercicio de su cargo una acción delictiva [28], no lleva a cabo su conducta aprovechándose de que participa en el ejercicio de una función pública. Lo mismo puede predicarse del particular que para conseguir una resolución que le reporte un beneficio económico influye en un funcionario prevaliéndose de una estrecha relación personal que a él le une. Por tanto, la idea de OCTAVIO DE TOLEDO [29] referente a que el Título VII «recoge los delitos contra la función pública, cometidos por aquellos que pueden atacarla desde dentro (quienes participan de su ejercicio), precisamente cuando actúan desde el interior (cuando realizan esa participación)», no se ajusta a la realidad de todas las figuras que integran tal título.

En consecuencia, admitir, como OCTAVIO DE TOLEDO, que el Título VII del Código penal de 1973 no tiene más deficiencias que las habituales en los demás títulos del Código, es un ejercicio de buena voluntad que aquél no merece, pues son demasiadas las figuras en él cobijadas que pugnan con su rúbrica «De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos», bien por tratarse de particulares los sujetos que realizan la correspondiente conducta, bien porque ésta se ejecuta en un ámbito estrictamente privado, esto es, sin participar en el ejercicio de la función pública [30]. Por ello debemos mostrarnos favorables a la idea, mantenida por muchos [31], de la modificación de tal rúbrica, postura adoptada también por el Código penal de 1995 en su Título XIX («Delitos contra la Administración pública»). Otra cosa es la conveniencia de esta nueva rúbrica y si resiste un análisis semejante al que acabamos de realizar.

2.2. NOVEDADES INTRODUCIDAS EN EL TÍTULO XIX DEL CÓDIGO PENAL DE 1995

En este apartado trataremos de señalar, sin entrar de momento a valorarlas, las innovaciones más importantes experimentadas por el título en estudio, pues creemos

---

conducta intervenga un funcionario público, ésta se lleva a cabo entre dos particulares, el que ofrece hacer uso de influencias y la persona a la que se dirige el ofrecimiento de éstas, por lo que, podría decirse, el bien jurídico «función pública» ni siquiera es puesto en peligro, y, de serlo, tan remotamente que no merece la protección penal. Véase sobre esta figura delictiva, MUÑOZ CONDE, F., Apéndice, págs. 15-18.

[28] Conducta esta castigada por el anterior Código penal en el art. 391 («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»).

[29] OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *La prevaricación del funcionario público*, pág. 143.

[30] A esto hay que añadir, como se ha visto, que en algún tipo delictivo resulta difícil defender la «función pública» como bien jurídico protegido.

[31] Entre ellos, véase REBOLLO VARGAS, R., *La revelación de secretos*, pág. 50.

necesario un conocimiento de las mismas para poder ofrecer un punto de partida estable sobre el que apoyar el estudio del bien jurídico protegido.

Como ya hemos puesto de manifiesto, el nuevo Código penal, haciéndose eco de las críticas doctrinales vertidas sobre la rúbrica del Título VII del texto de 1973, rotula el Título XIX aludiendo a los «Delitos contra la Administración pública» [32], cambio que, en boca de algún autor, «responde a la necesidad de adecuar la tutela penal de la Administración pública a parámetros constitucionales» [33].

A. El Capítulo I del citado Título se refiere a «la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos» [34]. Queda reducido este capítulo a tres artículos (404 al 406), debido a que la prevaricación judicial (351-357 del Código penal anterior) y la prevaricación de abogados y procuradores (artículos 360 y 361, también del anterior Código) han pasado a formar parte del Título XX [35], dedicado a los «Delitos contra la Administración de Justicia» [36].

En la prevaricación de funcionario público [37], de un lado, ya no se habla de quien «(...) a sabiendas, dictare resolución injusta (...)», sino del que «(...) a sabiendas de su

[32] El Proyecto de Ley Orgánica de Código penal de 1980 y la Propuesta de Anteproyecto de Código penal de 1983 ya recogían en sus Títulos X y XVI, respectivamente, esta rúbrica. Antes, ya había sido propuesta por algún autor, como, por ejemplo, FERRER SAMA, A., *Comentarios al Código penal*, Tomo IV, págs. 57 y 58.

[33] MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *Comentarios al Nuevo Código Penal*, pág. 1845. Véase también REBOLLO VARGAS, R., *Notas*, págs. 551 y 552.

[34] Crítico con esta rúbrica se muestra OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *El delito de prevaricación*, págs. 1514 y 1515.

[35] Si bien ambas prevaricaciones aparecen bajo el mismo título, no se recogen en el mismo capítulo, pues la prevaricación judicial forma el Capítulo I («De la prevaricación»), mientras que la llamada prevaricación de abogados y procuradores es albergada por el art. 467 como una forma de deslealtad profesional. Respecto a esta última sigue castigándose su modalidad imprudente, a pesar de haber autores, como FELIP I SABORIT, D., *Sobre el tipo objetivo del delito de prevaricación de abogado*, pág. 785, partidarios de su despenalización.

[36] Viene así el Código penal a aceptar la postura de un sector amplio de nuestra doctrina, que ha defendido la ubicación de la prevaricación judicial en el título dedicado a los delitos contra la Administración de Justicia. Véanse, entre otros, QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Curso de Derecho penal*, pág. 570, quien consideraba a la prevaricación judicial como «el más grave y típico delito contra la Administración de Justicia»; LUZÓN PEÑA, D. M., *Consideraciones*, pág. 778; y REIGOSA GONZÁLEZ, J. J., *La prevaricación judicial*, págs. 80 y 81. Por otra parte, el Proyecto de Código penal de 1980 y la PANCP de 1983 ya operaron dicho traslado, valorado favorablemente, en cuanto a la última regulación citada, por VIVES ANTÓN, T. S., *La responsabilidad de los jueces*, pág. 274.

[37] Es de notar cómo la nueva regulación de este delito, desmarcándose de sus antecedentes legislativos (Proyectos de 1980 y 1992, y Anteproyecto de 1983), no se refiere expresamente al daño a la causa pública o a un tercero.

injusticia, dictare una resolución arbitraria (...)» [38], y, de otro, desaparece la modalidad imprudente, recogida en el párrafo 2.° del art. 358 del anterior Código penal y criticada por un amplio sector de nuestra doctrina [39].

En el art. 405 («y otros comportamientos injustos») se recoge lo que en el texto anterior se denominaban *«nombramientos ilegales»* (art. 382), ubicados en su Capítulo VII, tras el delito de usurpación de atribuciones. Además de los referidos cambios de sistemática y de denominación [40], la figura muestra también modificaciones en su redacción: la autoridad o funcionario público ha de realizar la acción típica «a sabiendas *de su ilegalidad»* y *«en el ejercicio de su competencia»*, expresiones estas no mencionadas en la regulación anterior, y a las conductas de *proponer* y *nombrar* se añade la de *dar posesión* [41]. Con todo, la novedad más importante en la figura que nos ocupa radica en el art. 406, donde se castiga a quien acepte la propuesta, nombramiento o toma de posesión, a sabiendas de que carece de los requisitos legalmente exigibles [42].

B. El Capítulo II [43] se intitula «del abandono de destino y de la omisión del deber de perseguir delitos», rúbrica que, a pesar de no corresponderse con ninguna de las recogidas en el Título VII del Código penal anterior, no resulta novedosa, pues ya fue utilizada en el Capítulo II, Título XVI, del Proyecto de Código penal de 1992.

[38] Según MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *Comentarios al Nuevo Código Penal*, pág. 1852, este cambio «no va a permitir interpretar en sentido esencialmente distinto este delito». De la misma opinión MARTÍN CANIVELL, J., *Prevaricación*, pág. 1699; FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *Delitos contra la Administración pública*, pág. 1681; y el mismo, *Comentarios al Código penal*, pág. 1089.

[39] Véanse, por todos, GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *El delito de prevaricación de funcionario público*, págs. 37 y 38; y el mismo, *Los delitos de los funcionarios públicos*, pág. 67. En contra, sin embargo, de tal desaparición OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *El delito de prevaricación*, págs. 1520 y 1521; y QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Delitos contra la Administración pública*, págs. 433 y 444.

[40] El cambio sistemático es valorado positivamente por PAZ RUBIO, J. M. y COVIÁN REGALES, M., *Código Penal*, págs. 3874 y 3875, al considerar la conducta como un supuesto específico de prevaricación, pero, en cambio, se inclinan por la conservación de la denominación "nombramientos ilegales", «pues si bien la conducta no se limita al nombramiento, gozaba de amplia tradición en la doctrina».

[41] Véase MIR PUIG, S., *Nombramientos ilegales*, págs. 314 y ss.

[42] Figura ya recogida en el art. 442 del Proyecto de Código penal de 1980.

[43] A este capítulo le dedica duras críticas POLAINO NAVARRETE, M., *Curso de Derecho penal español*, págs. 293 y 294, para quien la articulación que ofrece tal capítulo resulta «catastrófica desde el punto de vista técnico, esperpéntica desde la perspectiva sistemática, y regresiva desde la óptica de la justicia penal». Por su parte, PAZ RUBIO, J. M. y COVIÁN REGALES, M., *Código Penal*, pág. 3882, tampoco están de acuerdo con el contenido del capítulo en estudio, fundamentalmente por considerar que los artículos 407 y 408 afectan más bien a la Administración de Justicia, habiéndose debido ubicar, por tanto, bajo el Título XX. Esta fue, por lo que se refiere a la omisión del deber de perseguir delitos, la postura de la PANCP de 1983, que recoge esta conducta en el art. 422, bajo el título dedicado a los delitos contra la Administración de Justicia.

La anticipación y prolongación de funciones públicas, castigadas en los artículos 373 al 375 del anterior Código penal, no se regulan en el nuevo Código [44], por lo que a partir de ahora sólo serán infracciones administrativas [45], mientras que el abandono (art. 376 del Código penal derogado), sólo se castiga cuando se realice con el propósito de no impedir o no perseguir un delito, o no ejecutar la pena que a él corresponda, impuesta por la autoridad judicial competente (art. 407) [46].

La omisión del deber de perseguir delitos, que antes se regulaba en el art. 359, entre la prevaricación de funcionario público y la de abogado o procurador, aparece ahora con parecida redacción en el art. 408 [47].

El antecedente del párrafo 1.° del art. 409 del nuevo Código penal lo encontramos en el art. 448 del Proyecto de Código penal de 1980. Como nos hacen saber MORALES PRATS y RODRÍGUEZ PUERTA, este precepto dio lugar a un encontrado debate entre los distintos grupos parlamentarios por su posible colisión con el derecho de huelga, zanjándose el asunto con la exigencia de que el abandono del servicio público sea *manifiestamente ilegal* [48]. Su párrafo 2.°, que se introdujo en la tramitación parlamentaria, castiga a los que meramente tomaren parte en el abandono colectivo o manifiestamente ilegal [49] de un servicio público, exigiendo que éste sea esencial, con grave perjuicio del mismo o de la comunidad.

[44] Partidario de la desaparición de la figura recogida en el art. 373 del anterior Código penal por carecer «de la trascendencia social y gravedad objetiva mínimas que requiere la sanción penal», se mostraba MESTRE DELGADO, E., *Responsabilidad penal de alcaldes y concejales*, págs. 646 y 647.

[45] Salvo los supuestos específicos, como, por ejemplo, el art. 483 del Código penal.

[46] Podemos decir, por tanto, que el nuevo art. 407 se corresponde únicamente con el párrafo 2.° del anterior art. 376, corriendo su párrafo 1.° la misma suerte que las conductas de anticipación y prolongación de funciones públicas.

[47] Las variaciones operadas por el precepto no son sustanciales: lo que antes era «*dejare maliciosamente de promover la persecución y castigo de los delincuentes*» torna ahora, con mayor precisión, en «*dejare intencionadamente de promover la persecución de los delitos de que tenga noticia o de sus responsables*». Véase ORTS BERENGUER, E., *Consideraciones sobre los delitos de abandono de destino*, págs. 345 y ss.

[48] Véanse MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *Comentarios al Nuevo Código Penal*, pág. 1870; y MIR PUIG, C., *Los delitos contra la Administración pública*, págs. 97 y 98.

[49] Llama la atención que en este párrafo 2.° se hable de abandono colectivo *o* manifiestamente ilegal, de donde parece deducirse que el delito queda ya configurado al darse uno de los dos requisitos, mientras que en el párrafo 1.° se exige que el abandono sea colectivo *y* manifiestamente ilegal. A pesar del tenor literal, MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *Comentarios al Nuevo Código Penal*, pág. 1871, siguiendo una interpretación teleológica, se inclinan por entender que el párrafo 2.° del art. 409 también se refiere a abandonos colectivos *y* manifiestamente ilegales. En contra, sin embargo, FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *Delitos contra la Administración pública*, pág. 1682 y nota 64, que recuerda a los autores anteriores que toda interpretación teleológica debe respetar el tenor literal del precepto, y es evidente que la exégesis que ellos hacen del mismo no lo respeta.

C. El Capítulo III, que tiene por rúbrica «de la desobediencia y denegación de auxilio», coincide, con las variaciones que veremos, con el Capítulo V del anterior Código.

El delito de desobediencia no ha sufrido grandes cambios. En cuanto al apartado 1 del art. 410, se sustituye la expresión *«sentencias»* por la de *«resoluciones judiciales»*, término este más amplio, pues comprende las providencias, autos y sentencias [50]; y en el apartado 2 se unifica el tratamiento de las autoridades con el de los funcionarios, en el sentido de que ninguno incurrirá en responsabilidad criminal «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» [51]. La redacción del art. 411 del Código penal de 1995 es similar a la del art. 370 del anterior Código, destacando únicamente que la pena de prisión establecida en este último es sustituida ahora por la de multa de doce a veinticuatro meses.

Al igual que en el art. 371 del Código penal anterior, el delito de denegación de auxilio del nuevo art. 412 se configura distinguiendo el requerimiento que procede de la autoridad competente (apartados 1 y 2), del que procede de un particular (apartado 3). Sin embargo, en el ámbito del primero, por un lado, desaparece el tipo cualificado dispuesto en función del grave daño para la causa pública o para un tercero derivado de la omisión, y por otro, se crea un tipo agravado para los casos en que la persona requerida sea «autoridad, jefe o responsable de una fuerza pública o un agente de la autoridad». En la denegación de auxilio a un particular, se pasa de una regulación unitaria, sin distinción del delito para cuya evitación se requiere el auxilio, a un tratamiento diferenciado según que el delito que se pretenda evitar sea contra la vida de las personas (apartado 3, párrafo 1.°), contra su integridad, libertad sexual, salud o libertad (apartado 3, párrafo 2.°), o, finalmente, se trate de cualquier otro delito u otro mal (apartado 3, párrafo 3.°), imponiendo a cada uno de estos tres supuestos una pena diferente, de mayor a menor gravedad, según el orden seguido en nuestra enumeración.

Finalmente, los párrafos 1.° y 2.° del derogado art. 372 corren distinta suerte, pues aquél, como tal, no se regula en el nuevo Código penal, castigándose sólo supuestos específicos [52], y el referido al perito y testigo que dejan voluntariamente de compare-

[50] Sin embargo, ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *El delito de desobediencia de los funcionarios públicos*, pág. 104, consideraba ya para la regulación anterior que «el término "decisión" incluye la parte dispositiva de las distintas resoluciones judiciales, ya sean éstas de mero impulso (providencias), resolutorias de incidentes (autos) o que obren sobre el fondo (sentencias)».

[51] En efecto, en los párrafos 2.° y 3.° del art. 369 del Código penal anterior, para que no incurriesen en responsabilidad criminal, se exigía a los funcionarios públicos que el mandato incumplido constituyese una infracción manifiesta, clara y terminante *de un precepto de ley*, mientras que para los funcionarios constituidos en Autoridad, podía tratarse del incumplimiento de un mandato que infringiese manifiesta y terminantemente *cualquier otra disposición general*. A favor de la nueva regulación ROLDÁN BARBERO, H., *El delito de desobediencia funcionarial*, pág. 1803.

[52] PAZ RUBIO, J. M. y COVIÁN REGALES, M., *Código Penal*, pág. 3818, se refieren a los artículos 511, 512, 527 y 604 del Código penal.

cer ante un Tribunal para prestar sus declaraciones cuando hayan sido oportunamente citados al efecto, se incluye en el apartado 1 del art. 463 como forma de obstrucción a la Justicia[53], si bien con notables variaciones, pues ni se refiere únicamente al perito o testigo ni basta con dejar de comparecer voluntariamente ante cualquier Tribunal[54].

D. El Capítulo IV se ocupa «de la infidelidad en la custodia de documentos y de la violación de secretos»[55], delitos estos que en el Código penal derogado ocupaban capítulos distintos, concretamente, el tercero y el cuarto del Título VII.

Algunas de las modificaciones operadas en el delito de infidelidad en la custodia de documentos, vienen motivadas por la evolución de los objetos sobre los que recaen las distintas acciones. El art. 413 se corresponde con el art. 364 del Código penal de 1973, aunque con algunas variaciones; así, por ejemplo, a los verbos *sustraer, destruir y ocultar,* se añade el de *inutilizar*[56], recogiéndose, además, la posibilidad de que estas conductas afecten al documento *«total o parcialmente»*[57]. Por otra parte, sólo se mencionan los *documentos,* eliminándose el término *papeles,* que aparecía en todos los preceptos dedicados a este delito. Además, a diferencia de la regulación anterior, ya no se incluye un diferente tratamiento penológico con base en la gravedad del daño irrogado por el hecho a la causa pública o a un tercero[58].

[53] En relación con la PANCP de 1983, MAGALDI, M. J. y GARCÍA ARÁN, M., *Los delitos contra la Administración de Justicia*, pág. 1186, se mostraron contrarias a la ubicación de una figura similar en el seno de los delitos contra la Administración de Justicia, y ello porque «(...) tales conductas no afectan en absoluto de manera esencial ni a la actividad jurisdiccional ni a la eficacia real o al fin del proceso, sino únicamente afectan al desarrollo temporal del mismo que, ante la incomparecencia de testigos o peritos, deberá interrumpirse momentáneamente o posponer tales declaraciones a un momento posterior (...)».

[54] En efecto, el art. 463, apartado 1, exige, entre otras cosas, que se trate de un Juzgado o Tribunal en proceso criminal.

[55] Se vuelve a hablar de *«violación de secretos»,* expresión esta que había sido sustituida por la rúbrica *«de la revelación de los secretos e informaciones y de la información privilegiada y su uso indebido»* por la LO 9/1991, de 22 de marzo, por la que se modifican los artículos 367, 368 y 390 del Código penal y se introduce en él un nuevo capítulo acerca del tráfico de influencias.

[56] Véase al respecto ROLDÁN BARBERO, H., *La infidelidad en la custodia de documentos*, págs. 1414 y 1415, para quien «el nuevo término se justifica sobre todo en relación a los documentos informáticos, donde es perfectamente posible su inutilización sin el acto físico de destruir». En el mismo sentido MIR PUIG, C., *Los delitos contra la Administración pública*, pág. 168.

[57] Ya en la regulación anterior, RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. y SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal español*, Parte especial, pág. 1146, consideraban indiferente que la destrucción del documento fuera total o parcial, siempre que desapareciera una parte esencial del mismo.

[58] Llama también la atención, al menos a primera vista, la menor gravedad de la pena de prisión en la regulación actual, si bien nos advierte PAZ RUBIO, J. M. y COVIÁN REGALES, M., *Código Penal*, pág. 3939, de que tal atenuación es sólo aparente, ya que nunca se había aplicado el núm. 1 del art. 364, que es, justamente, donde se preveía la pena de prisión mayor.

La mayor novedad del art. 414 nos la ofrece su apartado 2, donde se castiga al particular que destruyere o inutilizare los medios puestos para impedir el acceso a determinados documentos. Además, el apartado 1 ya no habla, como hacía el derogado art. 365, de *«papeles o efectos sellados por la autoridad»* sino simplemente de *«documentos respecto de los que la autoridad competente haya restringido el acceso»*, variando también la conducta típica, que ya no se refiere a *quebrantar los sellos o consentir en su quebrantamiento,* sino a *destruir o inutilizar los medios puestos para impedir el acceso o consentir su destrucción o inutilización* [59].

Aunque puede decirse que el precedente inmediato del actual art. 415 sea el párrafo 1.° del anterior art. 366 [60], estamos de acuerdo con MORALES PRATS y RODRÍGUEZ PUERTA cuando escriben que «la nueva fórmula empleada por el Código para describir la conducta típica otorga un alcance diverso a esta modalidad delictiva», ya que «el elemento nuclear reside en el *acceso ilícito al contenido de documentos secretos,* mientras que el anterior Código concebía esta forma delictiva como residual o subsidiaria del quebrantamiento de sellos (art. 365 CP/1973) (...)» [61].

Por último, para acabar con este delito, la figura del actual art. 416 es muy similar a la recogida en el párrafo 2.° del anterior art. 366, si bien, desaparece de su dicción la referencia a los *«eclesiásticos»*, y las penas que se imponen a los particulares son inmediatamente inferiores, y no las mismas, a las establecidas en los tres artículos anteriores.

El delito de violación de secretos ya había sido modificado por la LO 9/1991, de 22 de marzo, de ahí que el art. 417 sea muy similar al anterior art. 367. No obstante, en la nueva regulación hay variaciones dignas de mención, como el novedoso y sin precedente art. 418, donde se castiga al «particular que aprovechare para sí o para un tercero el secreto o la información privilegiada que obtuviere de un funcionario público o autoridad», precepto que tiene una estrecha relación con el art. 442 del nuevo Código, que a última hora fue sacado del capítulo en estudio para introducirlo en el Capítulo IX [62].

[59] Véanse ROLDÁN BARBERO, H., *La infidelidad en la custodia de documentos*, págs. 1413 y 1415; y ALONSO PÉREZ, F., *Delitos cometidos por los funcionarios públicos*, págs. 231 y 232.

[60] Véase, por todos, GRACIA MARTÍN, L., *Código Penal y Leyes Penales Especiales*, pág. 325. En contra, sin embargo, PAZ RUBIO, J. M. y COVIÁN REGALES, M., *Código Penal*, pág. 3940, que se inclinan, más bien, por incluir la conducta del anterior párrafo 1.° del art. 366 en el actual art. 413.

[61] MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *Comentarios al Nuevo Código Penal*, pág. 1894.

[62] Sobre el separado tratamiento de la violación de secretos y el uso indebido de secretos o información privilegiada, hay diferentes opiniones. En contra, por ejemplo, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal*, Parte especial, 14.ª edición, pág. 944; a favor, MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *Comentarios al Nuevo Código Penal*, pág. 1990. En nuestra opinión, pudiera defenderse que el uso por parte de autoridad o funcionario público de un secreto o de una información privilegiada, con ánimo de obtener un beneficio económico (art. 442), haya quedado extramuros del actual Capítulo IV, lo que resulta más difícil de justificar es que la regulación del art. 418, debido a su semejanza con aquel precepto, no haya corrido la misma suerte.

E. El Capítulo V recoge las diferentes figuras del delito de cohecho, que mantiene el armazón de la regulación anterior aunque con significativas novedades [63].

Los artículos 419 al 421 recogen lo que la doctrina ha dado en llamar cohecho pasivo propio [64]. La regulación actual aclara que la solicitud o recepción de la dádiva o presente, o la aceptación de ofrecimiento o promesa, puede llevarse a cabo *«en provecho propio o de un tercero»* [65]. Centrándonos en el actual art. 419, cambia la locución *«por ejecutar un acto relativo al ejercicio de su cargo que constituya delito»* del anterior art. 385, por la de *«para realizar en el ejercicio de su cargo una acción u omisión constitutivas de delito»*, lo que no es sino una confirmación de la interpretación que de aquella expresión mantenía la mayoría de la doctrina [66]. Por otra parte, el actual art. 421, a diferencia del anterior art. 387, no recoge entre sus penas la de prisión.

[63] De «arcaico, casuístico, atormentado, repetitivo, desordenado y descoordinado» califica a este capítulo OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *Derecho penal, Poderes públicos y negocios*, pág. 869. Sobre sus innovaciones más importantes, véase MIR PUIG, C., *Los delitos contra la Administración pública*, págs. 228 y ss.

[64] Artículos 385 al 387 del anterior Código penal. Véase JUANES PECES, A., *Delitos de los funcionarios públicos*, págs. 1596 y 1597.

[65] La falta de mención expresa de este requisito en los artículos 385 y 386 del Código anterior llevaba a RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Cohecho*, pág. 362, a considerar que «el cohecho se comete aunque las dádivas o presentes entregados o prometidos estén destinados directamente al funcionario o a una persona de su familia (mujer, hijos, etc.), pero en tal caso es preciso que el funcionario se beneficie de la dádiva o presente (...)». De las palabras de este autor se deduce que cuando el funcionario no se beneficiaba ni directa ni indirectamente con su actuación, sino que actuaba en provecho de una tercera persona, no incurría en cohecho. Con esta interpretación se excluía del ámbito del delito de cohecho los supuestos en que el funcionario no pretendía para sí la dádiva, sino que la solicitaba o recibía en provecho de una tercera persona. Con la nueva regulación no cabe esta interpretación.

[66] En efecto, la opinión mayoritaria entendía que la expresión *«por ejecutar un acto (...)»*, hacía referencia a aquellos supuestos en los que la ejecución de dicho acto se planteaba como algo posterior a la conducta de solicitar, recibir o aceptar. Así, por ejemplo, RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Cohecho*, pág. 362, consideraba que la preposición *«por»* tenía un valor equivalente a *«para»* (ejecutar un acto...), *«con el fin de»*, *«con objeto de»*, refiriéndose, por tanto, a un hecho futuro. Con esta interpretación, quedaban fuera del marco del anterior art. 385 los supuestos en que el funcionario recibía dádiva o presente, o aceptaba ofrecimiento o promesa, que se le hacía en consideración a un acto ya realizado por él, aunque este último acto fuera constitutivo de delito, hipótesis que la doctrina dominante incluía en el amplio supuesto del art. 390 del Código penal anterior. Sin embargo, hay que decir que esta opinión no era unánime en la doctrina española, pues existían autores que manifestaban, que si bien era cierto que la expresión *«por ejecutar un acto relativo al ejercicio de su cargo»* sugería de forma directa e inmediata la exégesis antes apuntada, no debía desconocerse que dicha expresión permitía comprender en el presupuesto del art. 385, tanto los supuestos en que la dádiva se solicitaba con anterioridad a la ejecución del acto, como los casos en los que se ejecuta el acto delictivo antes de haberse solicitado la dadiva o aceptado el ofrecimiento, y ello sin vulnerar necesariamente el significado atribuido al tipo penal por la letra de la ley. En este último sentido, véanse CÓRDOBA RODA, J., *El cohecho de funcionarios públicos*, págs. 180 y 181; y BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual*, pág. 375. Por otra parte, la referencia expresa a la *omisión* en el art. 419, como ya hemos

Siguiendo con la terminología utilizada por doctrina y jurisprudencia, el cohecho pasivo impropio aparece regulado, un tanto desordenadamente y mezclado con supuestos de cohecho subsiguiente, en los artículos 425 y 426[67]. Este último artículo es muy similar al anterior art. 390, modificado por LO 9/1991, de 22 de marzo, distinguiéndose de éste en la referencia superflua a la *autoridad,* y en la ausencia de pena privativa de libertad. El art. 425 del Código penal de 1995 no tiene precedente en el Código derogado; previsto ya por el Proyecto de 1980[68], es, como veremos en su momento, de difícil interpretación, sobre todo, cuando se ha de poner en relación con el artículo inmediatamente posterior.

El cohecho cometido por particular aparece regulado en los artículos 423 y 424 del nuevo Código[69]. El primero de estos artículos, a diferencia del 391 del Código derogado, distingue a efectos de pena dos conductas, castigando los supuestos en que el particular atiende las solicitudes del funcionario con una pena inferior en grado a la fijada para los casos en que es el particular quien corrompe o intenta corromper al funcionario[70]. Por su parte, el art. 424, paralelo al anterior 392, añade al término *«cónyuge»* la referencia a *«otra persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad»,* introduce el parentesco por adopción y, finalmente, impone al sobornador la pena de multa de tres a seis meses, abandonando, de este modo, el criterio de determinar la pena en función del valor de la dádiva o promesa. Por último, en el ámbito del cohecho cometido por particular, mención especial merece, por su carácter novedoso, la regulación del art. 427, que deja exento de pena por el delito de cohecho al «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 corres-

---

dejado entrever, no viene a añadir nada a la interpretación de la doctrina, que entendía al término *acto,* recogido en el art. 385, en un sentido amplio, comprensivo tanto de acciones como de omisiones, siempre que fueran, ambas, constitutivas de delito. Véase VALEIJE ÁLVAREZ, I., *El delito de cohecho*, págs. 204 y 205.

[67] Véase OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito de cohecho*, págs. 298 y ss.

[68] En su art. 478.

[69] Véase RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, págs. 285 y ss.

[70] El art. 391 del Código penal de 1973, castigaba con idéntica pena los casos en que la iniciativa de corrupción partía del propio particular y los supuestos en que éste se limitaba a aceptar las solicitudes realizadas por los funcionarios. De esta forma, se castigaba igualmente al particular que corrompía o intentaba corromper al funcionario, que a quien se limitaba a acceder a las demandas de éste. Esto era criticado por la doctrina al considerar que no estábamos ante conductas equiparables. Así, por ejemplo, ORTS BERENGUER, E., *Derecho Penal*, Parte Especial, 2.ª edición, pág. 464, manifiesta que la equiparación punitiva de estas conductas presentaba alguna inconveniencia, por cuanto que, en ocasiones, el particular podía acceder a las demandas, no necesariamente para obtener una decisión ilícita pero que le favoreciera, sino por temor a que su asunto se viera demorado o resuelto injustamente en su contra. Véase también, RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Cohecho*, pág. 364.

pondiente procedimiento, siempre que no hayan transcurrido más de diez días desde la fecha de los hechos»[71].

El art. 422 excluye de su redacción a los *«arbitradores»* y *«hombres buenos»*, que se mencionaban en el anterior art. 388, y cambia la expresión *«cualesquiera personas que desempeñaren una función pública»* por la más amplia *«cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la función pública»*. Finalmente, la disposición contenida en el anterior art. 393, *«en todo caso, las dádivas o presentes serán decomisados»*, pasa, con el objeto de hacerse aplicable también al delito de tráfico de influencias, al último precepto del Capítulo VI, añadiendo en su dicción el término *regalos*[72].

F. El capítulo VI alberga el delito de tráfico de influencias[73]. Pese a lo reciente de su regulación[74], se pueden constatar en el nuevo tratamiento algunas novedades. En los artículos 428 y 429[75], para que el delito llegue a consumarse, ya no es necesario que se produzca efectivamente una resolución de la que se derive un beneficio económico[76], sino que basta con que la influencia se lleve a cabo, por el funcionario público o autoridad, o por el particular, *para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero*[77]. En caso de obtenerse el beneficio perseguido se impone una penalidad más grave, concretamente, las penas del tipo básico en su mitad superior.

El art. 430, anterior 404 bis c), por un lado, alcanza una mayor concreción en la descripción de la conducta típica, pues ahora el sujeto activo se ha de ofrecer, no a hacer uso de cualquier tipo de influencia, sino a realizar precisamente las conductas

[71] El carácter novedoso de esta regulación es relativo, pues ya en el Código penal de 1928, en su art. 473, párrafo 4.°, cuando la iniciativa partía del funcionario, sólo éste era castigado, y no las personas a quienes la proposición fuera dirigida, aunque ésta hubiera sido aceptada y ejecutada en todo o en parte. Ahora bien, el particular en estos casos tenía el deber de denunciar el hecho, incurriendo, de no hacerlo, en las penas correspondientes a los encubridores del delito que el funcionario público hubiera realizado.

[72] No recoge el nuevo texto un artículo semejante al anterior art. 389 («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»), fijándose ahora expresamente en cada delito la pena de inhabilitación especial que ha de imponerse.

[73] Crítico con este delito, GIMBERNAT ORDEIG, E., *Prólogo*, págs. 16 y 17.

[74] Este delito fue introducido en el Código penal de 1973 por LO 9/1991, de 22 de marzo. Véase JUANES PECES, A., *Delitos de los funcionarios públicos*, pág. 1599.

[75] Se corresponden estos preceptos con los artículos 404 bis a) y 404 bis b) del anterior Código.

[76] Véanse respecto a la regulación anterior, SUÁREZ MONTES, R. F., *Consideraciones político-criminales sobre el delito de tráfico de influencias*, pág. 1098; MORILLAS CUEVA, L. y PORTILLA CONTRERAS, G., *Los delitos de revelación de secretos, uso de información privilegiada, cohecho impropio y tráfico de influencias*, pág. 235; y MUÑOZ CONDE, F., Apéndice, pág. 14.

[77] Véase, por todos, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *Los delitos relativos al tráfico de influencias*, págs. 1518 y ss.

descritas en los artículos 428 y 429, y, por otro, suprime la mención expresa a la pena de inhabilitación especial como accesoria para el profesional titulado que cometa el delito.

Finalmente, para acabar con el repaso de la figura de tráfico de influencias, apuntar que el nuevo Código penal dispensa a este delito un tratamiento más severo que el Código derogado [78].

G. La reforma del delito de malversación [79] se deja notar ya en la misma rúbrica del Capítulo VII, que suprime la tradicional referencia a los *caudales públicos* [80].

Desaparece del art. 432 del Código penal de 1995 el criticado sistema de determinación de la pena en función del valor de la sustracción [81], previsto en el anterior art. 394 [82]. Sin acabar con el casuismo de que adolecía la regulación anterior, pero disminuyéndolo sensiblemente, el nuevo tratamiento configura un tipo básico (apartado 1), un tipo privilegiado para los casos en que la sustracción no alcanza las quinientas mil pesetas (apartado 3) [83] y varios tipos agravados en función, unos, de la especial gravedad de la malversación atendiendo al valor de las cantidades sustraídas y al daño o entorpecimiento producido al servicio público, y otros, de la declaración de valor histórico o artístico de las cosas malversadas, o de su finalidad a aliviar alguna calamidad

[78] Según DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *El delito de tráfico de influencias*, pág. 178, no resulta justificado el endurecimiento de las penas. Continúa diciendo este autor que «tanto en 1991 como en 1995 habría sido mejor seguramente tipificar los casos más graves de tráfico de influencias por la vía de la inclusión de alguna previsión al respecto dentro de los (...) delitos de cohecho».

[79] Un resumen de las principales novedades en la regulación actual puede verse en ROCA AGAPITO, L., *El delito de malversación de caudales públicos*, págs. 68 y ss.; y MORALES GARCÍA, O., *Los delitos de malversación*, pág. 28.

[80] Tal supresión, según MORALES PRATS, F. y MORALES GARCÍA, O., *Comentarios al Nuevo Código Penal*, pág. 1960, «(...) se corresponde de una manera más acertada con el contenido real de los tipos, en los que a través de la también clásica extensión operada en el art. 435 CP el objeto material del delito no siempre queda concretizado en caudales públicos sino que, antes bien, incluso los bienes pertenecientes a los particulares pueden constituirse como tal». En el mismo sentido HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, R., *Malversación*, pág. 1454.

[81] Véase, por todos, QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español*, pág. 455. Tal desaparición es valorada positivamente por la doctrina; véase FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *Delitos contra la Administración pública*, pág. 1686. Para CASTRO MORENO, A., *La malversación de caudales*, págs. 258 y 259, sin embargo, no puede decirse que el sistema punitivo anterior haya desaparecido completamente del Código penal vigente, antes bien, «(...) el actual sistema también se fundamenta en la cuantía sustraída, aunque a diferencia del anterior, se hayan simplificado o reducido de manera importante los tramos, habiéndose introducido en los tipos agravados, otros elementos de juicio no puramente económicos-cuantitativos».

[82] Un estudio histórico de este precepto lo encontramos en OLESA MUÑIDO, F. F., *El delito de malversación*, págs. 621-632.

[83] Significar, sin más, la elevación de esta cantidad respecto a las cincuenta mil pesetas que se establecían en el Proyecto de Código penal de 1992 (art. 413.3).

pública (apartado 2)[84]. Por otra parte, el art. 432 exige expresamente en su redacción el *ánimo de lucro*, tanto en el funcionario público que sustrae o consiente que un tercero lo haga, como en el tercero que lleva a cabo la sustracción con el consentimiento de aquél[85, 86].

El art. 433 también incluye modificaciones interesantes respecto al art. 396 del Código penal anterior. Ahora se trata de destinar los caudales o efectos *«a usos ajenos a la función pública (...)»*, expresión que sustituye a la anterior *aplicar a usos propios o ajenos*, lo que en opinión de algún autor «favorece», en relación con el bien jurídico protegido, «las tesis de servicio público en detrimento de la denostada teoría de los

[84] Se da también en el nuevo Código una reducción considerable del máximo de pena a imponer, que, no olvidemos, en la anterior regulación era de reclusión menor cuando el valor de la sustracción excedía de 2.500.000 pesetas. Esta gravedad, según MATA BARRANCO, N. J. DE LA, y ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, X., *Malversación*, pág. 25, nota 33, rayaba la inconstitucionalidad, poniéndonos de manifiesto estos autores que la excesiva dureza de la pena también era apreciada por la jurisprudencia, que en ocasiones optaba «o por solicitar el indulto o por una arriesgada interpretación de los hechos amparada en criterios de justicia material».

[85] A pesar de la ausencia de mención expresa en el art. 394 del anterior Código penal, la jurisprudencia (sentencias del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1986, 12 de enero de 1990, 13 de julio de 1990 y 27 de mayo de 1993, entre otras) entendía que la realización de la conducta típica debía llevarse a cabo con *animus rem sibi habendi*, esto es, con ánimo de apropiación, lo que servía para diferenciar este delito de la conducta recogida en el art. 396, llevada a cabo con ánimo de utilización temporal del objeto distraído por darse intención de devolverlo en un momento posterior. Véase en estos términos la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1991. La doctrina mayoritaria también era de este parecer. Véase, por todos, MIR PUIG, C., *De la malversación de caudales públicos*, págs. 83 y 84. No obstante, los autores no confundían la voluntad de apropiación con el ánimo de lucro. Así, por ejemplo, SUÁREZ MONTES, R. F., *El delito de malversación de caudales públicos*, págs. 18, 37 y nota 81, donde nos dice que «voluntad o intención de apropiación, y ánimo de lucro, son de suyo cosas distintas. El ánimo de lucro puede concurrir —y fundirse por ello— con la voluntad de apropiación, pero ésta no lo requiere. En nuestro derecho la voluntad de apropiación es necesaria, pero también suficiente (...)». Por el contrario, la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de febrero de 1988 exige ánimo de lucro en el delito de malversación del art. 394 del anterior Código.

[86] Para ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, X., *Malversación de caudales públicos*, pág. 180, la exigencia expresa del ánimo de lucro «en los delitos de malversación que consisten en una apropiación definitiva (art. 432) o en una aplicación privada de bienes muebles o inmuebles (art. 434), no parece añadir realmente un nuevo requisito típico que restrinja el ámbito de conductas punibles». En cambio, para MORALES PRATS, F. y MORALES GARCÍA, O., *Comentarios al Nuevo Código Penal*, págs. 1967 y 1968, tal previsión va a provocar consecuencias importantes en sede de comisión por omisión. «Así», dicen estos autores, «en tanto el viejo Código se conformaba para la incriminación omisiva del funcionario con su anuencia hacia la genérica sustracción del tercero, la nueva regulación jurídico penal, con la exigencia del ánimo de lucro en la conducta de éste, recorta el ámbito del injusto». Para más detalle sobre las consecuencias que tiene la introducción del ánimo de lucro como nuevo requisito típico, véase ROCA AGAPITO, L., *El delito de malversación de caudales públicos*, págs. 73 y ss., y 190 y ss., quien critica duramente tal inclusión por implicar un desenfoque estructural en la malversación como delito contra la Administración pública que es.

delitos de infracción del deber» [87]. Por otra parte, el tipo ya no se configura teniendo en cuenta si resulta o no daño o entorpecimiento del servicio público. Finalmente, en el párrafo 2.° del artículo en estudio, el término *sumario* (incoación del sumario) es sustituido por el de *proceso* (incoación del proceso), expresión ésta más amplia, que abarca tanto el sumario como las diligencias previas [88].

Por su parte, el art. 434 recoge una nueva modalidad de malversación [89], castigando 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 Entidad estatal, autonómica o local u Organismos dependientes de alguna de ellas» [90]. La llamada por la doctrina malversación impropia (art. 399 del Código penal anterior) se recoge, mejor estructurada, en el actual art. 435 [91].

Desaparecen de la actual regulación del Capítulo VII, la malversación culposa (art. 395 del Código derogado) [92], la conducta del funcionario público que daba a los caudales o efectos que administraba una aplicación pública diferente a la que estaban destinados (art. 397 del anterior texto) [93], y, finalmente, las conductas albergadas en el

[87] Véase MORALES PRATS, F. y MORALES GARCÍA, O., *Comentarios al Nuevo Código Penal*, pág. 1971. En esta misma dirección puede ir la inclusión de la expresión *«por razón de sus funciones»*.

[88] Como advierte LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Código Penal*, pág. 4096, nota 87, la jurisprudencia interpretaba el término *sumario* en un sentido estricto, sin equipararlo a la incoación de diligencias previas.

[89] Como observa FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *Delitos contra la Administración pública*, pág. 1687, esta figura ni siquiera estaba prevista en el Proyecto de Código penal de 1992. Su inclusión en el Código penal de 1995, en opinión de ENTRENA FABRÉ, R., *El delito de malversación*, pág. 93, «constituye un ejemplo más de cómo un interés esencialmente dirigido a acallar determinados escándalos políticos —en clara alusión al llamado caso Juan Guerra—, conduce a la redacción precipitada de nuevos tipos penales (...)». Véase también CASTRO MORENO, A., *La malversación de caudales*, págs. 346 y ss.

[90] Sobre los arduos problemas de delimitación de esta figura con las recogidas en los artículos 432 y 433, nos da buena cuenta LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Código Penal*, págs. 4102-4107, que nos ofrece varias soluciones al respecto, mostrándonos sus ventajas e inconvenientes. Por su parte, MORALES PRATS, F. y MORALES GARCÍA, O., *Comentarios al Nuevo Código Penal*, pág. 1975, con gran claridad, subsumen en este precepto «todas aquellas conductas tendentes a la obtención de ventajas económicas derivadas de la utilización privada de bienes muebles o inmuebles de las Administraciones Públicas, siempre que no concurra ánimo apropiatorio ni desplazamiento físico del objeto material».

[91] Sobre esta figura, véanse ROCA AGAPITO, L., *El delito de malversación de caudales públicos*, págs. 279 y ss.; y CASTRO MORENO, A., *La malversación de caudales*, págs. 86 y ss.

[92] Conducta que tampoco se recogía ya en el Proyecto de Código penal de 1992, aunque sí en el Proyecto de 1980 (art. 483) y en la PANCP de 1983 (art. 410). Sobre esta figura, véase DÍAZ PALOS, F., *Malversación de caudales públicos*, págs. 822 y 823.

[93] Partidarios de tal supresión, entre otros, FLECUA FRAGA, R., *La aplicación pública de caudales a diferente destino*, págs. 762-764; y OLIVEROS ROSELLÓ, J., *La malversación en el Código penal de 1995*, pág. 266. En contra, sin embargo, de la total desaparición de esta figura se muestra ROCA AGAPITO, L., *El delito de malversación de caudales públicos*, págs. 74 y 75, partidario de su

anterior art. 398, consistentes en la no realización por parte del funcionario público de un pago como tenedor de fondos del Estado debiendo hacerlo, y la negativa a hacer entrega, requerido por orden de autoridad competente, de una cosa puesta bajo su custodia o administración [94].

H. La rúbrica del Capítulo VIII, «De los fraudes y exacciones ilegales», coincide con la del derogado Capítulo XI del Título VII.

El actual art. 436 se corresponde con el anterior art. 400. Introduce aquél alguna mejora técnica, como, por ejemplo, sustituir la referencia a la *comisión de suministros, contratas y ajustes*, por la más genérica *cualquier acto de las modalidades de contratación pública* [95], y la alusión al *Estado, Provincia o Municipio,* por la expresión *cualquier ente público.* Se suprime también del art. 436 el término *especuladores* [96].

El delito de exacciones ilegales aparece regulado en el art. 437 del Código penal. La novedad más significativa experimentada por este delito consiste en que el tipo ya no se limita a los casos en que el funcionario público *exige mayores derechos de los que le estuvieran señalados por razón de su cargo,* sino que abarca también la exigencia de derechos en absoluto debidos, por carecer el funcionario de la facultad de exigirlos. Además, se añade al término *derechos,* la referencia a las *tarifas por aranceles o minutas* [97], y desaparece la agravación de la pena prevista en el anterior art. 402 para el *«culpable habitual».*

El nuevo art. 438 se refiere a los delitos de estafa y apropiación indebida de una manera expresa y no aludiendo sólo al capítulo donde se incluyen, como hacía el anterior art.

---

mantenimiento para los casos más graves, «en los que aunque no se dé un perjuicio económico-contable para el Erario público, sin embargo, desde el punto de vista funcional, pueda ser de consecuencias equiparables a las de una apropiación».

[94] MATA BARRANCO, N. J. DE LA, y ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, X., *Malversación*, pág. 32, al referirse al art. 398 del Código penal anterior, consideran que estábamos ante «un mero delito de desobediencia, difícilmente explicable en un Derecho penal del hecho, asentado sobre la lesividad a bienes jurídicos». De *suprimible*, tacha MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal,* Parte especial, 10.ª edición, pág. 848, al párrafo 2.° del último artículo citado.

[95] Una crítica a la enumeración prevista en el anterior art. 400 la encontrábamos ya en GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A., *El Código Penal de 1870...*, Tomo IV, pág. 298, que proponía sustituir tal enumeración por la expresión *cualquier clase de contrato u operación.* Disconforme, sin embargo, con la nueva redacción por considerarla demasiado amplia, y, por tanto, rechazable desde el punto de vista del principio de legalidad, CATALÁN SENDER, J., *Nuevos perfiles*, págs. 75 y 76.

[96] Véanse al respecto FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *Delitos contra la Administración pública*, pág. 1687; y el mismo, *Comentarios al Código penal*, págs. 1161 y 1162.

[97] De superfluo califica POLAINO NAVARRETE, M., *Curso de Derecho penal español*, pág. 424, este añadido, ya que «la referencia a las tarifas por arancel y a las minutas habrían de entenderse incluidas en los derechos de aportaciones económicas del ciudadano, sin necesidad de su específica mención positiva».

403. La penalidad es más grave, pues aquél ya no se remite, sin más, a las penas de los delitos de estafa y apropiación indebida, sino que impone éstas en su mitad superior[98].

Estos son los tres artículos (436 al 438) que, agrupados, forman el actual capítulo dedicado a los fraudes y exacciones ilegales. De tal capítulo se han extraído las conductas albergadas en el anterior art. 401 para ubicarlas en los preceptos 439 y 440, pasando a formar parte del Capítulo IX («De las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función»). De esta rúbrica damos cuenta a continuación.

I. El Capítulo IX cobija en su seno figuras heterogéneas que en la regulación anterior aparecían en diferentes lugares del Código, lo que evidencia el carácter residual de aquél. La rúbrica utilizada, amplia no sólo en su extensión, sino también en el significado de sus términos[99], viene a corroborar esta idea. Algún autor encuentra el denominador común a las distintas figuras recogidas bajo esta rúbrica en el «abuso del cargo con la finalidad, directa o indirecta, de obtener un beneficio económico, o de otro tipo»[100], rasgo poco delimitador, pues se hace extensivo a parte de los delitos del Título XIX.

El art. 439, como ya hemos advertido, procede del párrafo 1.° del anterior art. 401[101]. La intrincada conducta consiste en *aprovecharse de la circunstancia de tener que informar, por razón del cargo, en cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad, para forzar o facilitarse cualquier forma de participación, directa o por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones*[102]. Esta regulación ha perdido precisión respecto a la anterior, que castigaba al funcionario que se interesaba en operaciones en que debía intervenir por razón de su cargo[103]. En suma, se exigen ahora una serie de requisitos, no siempre claros, que dificultan en extremo la interpretación de este delito. Semejantes reparos merece la regulación del actual art. 440, pues se remite a la conducta del artículo anterior *(«...se condujeren del modo previsto en el artículo anterior...»)*[104]. Ya no se nombra en este precepto a los *contadores particulares,* sino a los *contadores partidores,* y se añade a los tutores y albaceas, los *curadores.*

[98] La mayor gravedad de la penalidad no sólo se deriva de este hecho, sino también del mayor rigor punitivo que el nuevo Código penal dispensa a la estafa y a la apropiación indebida.

[99] Así, por ejemplo, POLAINO NAVARRETE, M., *Curso de Derecho penal español*, págs. 430 y 431, que considera que «las «negociaciones» y «actividades» prohibidas son expresiones excesivamente amplias y generalizadoras, que no denotan el carácter delictivo de las mismas».

[100] Véase MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *Comentarios al Nuevo Código Penal*, pág. 1985.

[101] Sobre este precepto, véase LUZÓN PEÑA, D. M., *Actuación en interés propio*, págs. 603 y ss.

[102] Con razón ha dicho POLAINO NAVARRETE, M., *Curso de Derecho penal español*, pág. 434, que «la tipificación actual (...) diluye los términos de descripción positiva hasta hacer difícilmente comprensible el comportamiento típico y, desde luego, virtualmente impracticable el nuevo tipo legal».

[103] Véase LUZÓN PEÑA, D. M., *Actuación en interés propio*, pág. 604.

[104] En opinión de POLAINO NAVARRETE, M., *Curso de Derecho penal español*, pág. 437, tal remisión hace que desde el punto de vista de una interpretación literal, resulte inaplicable este tipo delictivo.

El art. 441 no encuentra réplica en el Código derogado, pero ya aparecía en idénticos términos en el art. 493 del Proyecto de Código penal de 1980. Este Proyecto, sin embargo, al igual que la PANCP de 1983, recogía junto a esta figura dos preceptos que venían a coincidir con los artículos 404 y 198 del Código anterior. No ocurre esto en el nuevo Código penal, que no incluye en su articulado, al menos de forma semejante, las conductas previstas en los dos últimos artículos mencionados, si bien, muchos de los supuestos por ellas abarcados van a tener cabida en el actual art. 441 [105].

La novedad más interesante de la figura contenida en el art. 442 es, como dejamos apuntado en su momento [106], su ubicación en el capítulo referido a las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y a los abusos en el ejercicio de su función. En el Código penal anterior aparecía regulada en el art. 368, en el Capítulo IV, dedicado a la revelación de los secretos e informaciones y a la información privilegiada y su uso indebido. No es ésta, sin embargo, la única variación que presenta aquel artículo, pues ahora, para que el delito quede consumado, no se exige ya la obtención de un beneficio económico, sino que basta con que el funcionario haga uso del secreto o de la información privilegiada *con ánimo de obtener un beneficio económico para sí o para un tercero,* articulando una pena más grave para los casos en que se obtenga el beneficio perseguido.

Los artículos que restan para completar el Capítulo IX, salvo el 445, proceden del Capítulo VIII, Título VII del Código anterior. Este capítulo tenía por rúbrica «De las limitaciones a la libertad sexual» (artículos 383 y 384), que desaparece en el nuevo Código para quedar aquéllos situados entre las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y los abusos en el ejercicio de su función [107].

La regulación del art. 443 es muy similar a la del anterior 383, con la novedad de incluir, al igual que el art. 424, como vimos, el parentesco por adopción [108]. Llama

[105] Castiga este precepto a *«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».* Sobre este delito, véanse MIR PUIG, S., *Nombramientos ilegales*, págs. 320 y 321; y CATALÁN SENDER, J., *El delito de negociaciones prohibidas a funcionarios*, págs. 531- 533.

[106] Véase el epígrafe 2.2. D.

[107] Ya en el Proyecto de Código penal de 1980 se recogían estas conductas en la Sección 2.ª, Capítulo IV, Título X, dedicada a los abusos en el ejercicio de la función pública. El paso a esta rúbrica, en sustitución de la entonces *«De los abusos contra la honestidad»*, fue cuestionado por FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. D., *Determinados abusos en el ejercicio de la función pública*, pág. 486, por considerar que, en una primera lectura, quedaba empañaba, al menos gramaticalmente, su interpretación.

[108] De la misma forma que en la circunstancia mixta de parentesco del art. 23, la relación análoga de afectividad ha de ser *estable*, y no *permanente*.

también la atención el mayor rigor punitivo, pues de la pena de inhabilitación especial se pasa a la de prisión de uno a dos años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años. El art. 444, anterior 384, además de incluir la adopción entre el parentesco, alude al *funcionario de Instituciones Penitenciarias* en lugar de al *funcionario de prisiones*, y añade a aquél, como posible sujeto activo, *el funcionario de centros de protección o corrección de menores* [109].

Por último, el art. 445 señala 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». Con esta nueva previsión se establece expresamente la posibilidad de apreciar un concurso de delitos [110] entre las figuras de los artículos 443 ó 444 y los diferentes preceptos que suponen un atentado contra la libertad sexual [111].

J. Estas son, someramente, las modificaciones más significativas llevadas a cabo por el Legislador en el Título XIX del nuevo Código penal respecto al Título VII, Libro II, del Código anterior. Para acabar con este estudio cómparativo resta, sin más, señalar las figuras que han abandonado, en la nueva regulación, el título dedicado a los delitos contra la Administración pública para ubicarse en otros lugares.

Así, en primer lugar, el delito de infidelidad en la custodia de presos por parte de funcionario público (art. 362 del Código derogado), que pasa a recogerse en el nuevo Código penal en el art. 471, dentro del capítulo VIII («Del quebrantamiento de condena») del título dedicado a los delitos contra la Administración de Justicia [112]. Por otro

[109] Según POLAINO NAVARRETE, M., *Curso de Derecho penal español*, pág. 450, la aplicación del tipo sólo a esta clase de funcionarios supone una discriminación, pues existen otros «círculos funcionariales de investigación criminal o de aplicación del Ordenamiento penal, respecto de los cuales se establezcan idénticas situaciones de dependencia funcionarial (...)».

[110] En la regulación anterior, partidario del concurso de delitos, por ejemplo, RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. y SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal español*, Parte especial, pág. 1165. A favor, sin embargo, de aplicar solamente el precepto correspondiente a la lesión de la libertad sexual, se mostraban QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Curso de Derecho penal*, pág. 561; y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. D., *Los abusos contra la honestidad*, pág. 66, aunque esta última autora, a diferencia de Quintano, no apreciaba la agravante 10.ª del art. 10 del Código penal anterior, pues «la cualidad de funcionario ya se tuvo en cuenta para fundamentar uno de los requisitos del tipo».

[111] En este sentido, MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *Comentarios al Nuevo Código Penal*, pág. 1996. Según ORTS BERENGUER, E., *Comentarios al Código Penal de 1995*, pág. 1877, esta previsión es superflua, «porque resulta evidente que si se materializa una agresión o un abuso sexual, el castigo de la solicitud no agota el de estos otros atentados». Por su parte, MIR PUIG, S., *Nombramientos ilegales*, págs. 335 y 336, partidario también del concurso de delitos, considera, no obstante, que el art. 445 no alcanza al delito de acoso sexual del art. 184 del Código penal; basta en este caso con las penas de los artículos 443 ó 444 para sancionar los ataques contra la función pública y la libertad sexual.

[112] QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español*, pág. 663, ya estudiaba, en la regulación anterior, la infidelidad en la custodia de presos entre los delitos contra la Administración de Justicia. La PANCP de 1983 también recoge esta figura (art. 450) bajo el Título «De los delitos contra la

lado, las distintas figuras de usurpación de atribuciones, ubicadas en la regulación anterior entre los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos (Capítulo VII, Título VII), pasan ahora, con un tratamiento similar, a formar parte de la Sección 2.ª («De la usurpación de atribuciones»), Capítulo III («De los delitos contra las Instituciones del Estado y la división de poderes»), del Título XXI, que versa sobre los delitos contra la Constitución [113].

2.3. Bien jurídico protegido en el Título XIX del Código penal de 1995

Una vez observados los cambios más significativos experimentados por el Título XIX del Código penal actual, es momento de analizar si tal título se dirige a la protección de un único bien jurídico, y, de ser así, cuál sería éste, o si, por el contrario, no cabe hablar de un bien jurídico común a las distintas figuras delictivas en él cobijadas. Para ello creemos que resultará provechoso realizar un estudio de las diferentes posturas doctrinales que en torno a sus correspondientes regulaciones se han venido manteniendo en Alemania, Italia y, por supuesto, España.

2.3.1. Los «Amtsverbrechen» en la doctrina alemana

Entre las controversias existentes en Alemania en torno a los «Amtsverbrechen», puede destacarse, en primer lugar, la referente a si es posible encontrar un núcleo común a todos los delitos recogidos en el Título 30 del StGB («Straftaten im Amte»), o si, por el contrario, tal empresa resulta una quimera por lo diferente de las figuras en él albergadas.

2.3.1.1. *Defensores de la existencia de un bien jurídico común a todos los delitos del cargo*

Entre los autores partidarios de la existencia de un núcleo común a todos los delitos del Título 30 del StGB tampoco existe acuerdo en la determinación de cuál ha de

---

Administración de Justicia», en su Capítulo VIII («Del quebrantamiento de condena y de la evasión de detenidos y presos»). Un estudio sobre ello lo encontramos en MAGALDI, M. J. y GARCÍA ARÁN, M., *Los delitos contra la Administración de Justicia*, págs. 1191-1193.

[113] En la regulación anterior, autores como, por ejemplo, BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual*, págs. 399 y 400, ya trataban estas figuras de usurpación de atribuciones entre los delitos contra la seguridad interior del Estado. En este mismo sentido, RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. y SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal español*, Parte especial, págs. 712 y ss., que estudiaban estos delitos bajo el epígrafe «Delitos contra la división de poderes dentro del Estado».

ser la nota o notas configuradoras de tal núcleo, o, si se quiere, dónde radica la esencia de los delitos cometidos en el cargo.

2.3.1.1.1. *Infracción del deber del cargo. Crítica*

Si partimos de un criterio temporal, se puede mantener que en un primer momento las tesis dominantes veían los delitos del cargo como lesiones de los especiales deberes que obligan a los funcionarios frente al Estado. Se hace referencia, por tanto, a un deber subjetivo que nace de la especial relación Estado-funcionario, y que es quebrantado por éste, suponiendo tal quebranto una infidelidad y traición a la confianza que el Estado, u otro ente público, le ha otorgado. En este sentido, STOCK, partiendo de un estudio histórico de estos delitos, recoge la postura de autores como BESELER, HUBRICH o WACHINGER, que consideraban a los «Amtsverbrechen» del PrStGB de 1851 como contrariedades especialmente notables al deber de los funcionarios, amenazadas con pena porque la más alta sanción disciplinaria no era suficiente para su castigo [114]. En esta misma línea se encuentra la opinión de SCHÜTZE, que comprende bajo el «deber del cargo» el círculo especial de deberes que tiene el funcionario en su relación con el Estado como patrón del servicio [115, 116]. Más tarde SCHAFFSTEIN, representante junto a DAHM de la escuela de Kiel, mantendría, con carácter general, que todos los delitos suponen, en su esencia, una lesión de deberes frente a la comunidad, desplazando de este modo el acento, de la lesión del bien jurídico, a la lesión del deber [117].

[114] Véase STOCK, U., *Entwicklung*, págs. 242-244. Este autor, que, como veremos más adelante, es contrario a que el deber del funcionario se configure como objeto de protección en los delitos del cargo, mantiene, con interesantes argumentos, que ya en el PrStGB de 1851 los delitos del cargo han perdido el carácter de lesiones del deber derivado de la condición de funcionario.

[115] SCHÜTZE, T. R., *Lehrbuch*, pág. 521. Véase STOCK, U., *Entwicklung*, págs. 244 y 245, que señala a Heffter como fuente directa de la que beben, no sólo Schütze, sino también autores como Meves y Berner que mantienen opiniones similares. Véase, asimismo, la prolija bibliografía partidaria de esta postura señalada por OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *La prevaricación del funcionario público*, pág. 226.

[116] En época posterior, LANGE, R., *Die notwendige Teilnahme*, págs. 15-19, 55 y 56, añade a la lesión del deber, como especial momento de lo injusto de los delitos del cargo, el elemento de la «Täterschaftsmässigkeit». Este elemento supone un vínculo personal entre hecho y autor, de tal manera que éste, no realiza *un* hecho, sino que debe perpetrar *su* hecho. No obstante, en los delitos del cargo, sigue siendo decisiva para Lange la lesión del deber de fidelidad al cargo por parte del funcionario. Véase, asimismo, sobre la postura de este autor, WAGNER, H., *Amtsverbrechen*, págs. 65-67.

[117] Schaffstein, precursor, entre otros, del nacionalsocialismo penal, concibe el delito como violación de un deber, y considera el deber de fidelidad del individuo a la comunidad fundamento del Derecho penal. Véanse JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, pág. 257; y JIMÉNEZ DE ASUA, L., *Tratado de Derecho penal*, Tomo II, págs. 174-189.

En concreto, los delitos del cargo son para SCHAFFSTEIN ejemplos clásicos donde el concepto de autor queda concretado bajo el punto de vista de la posición del autor en la sociedad, y el hecho queda concebido como lesión del deber [118].

No obstante, a pesar de que la interpretación del delito como lesión del deber ha jugado en Alemania desde siempre un papel fundamental en los delitos del cargo, ya en 1975, escribiría WAGNER que «verdaderamente, hoy en día, nadie sostiene que los delitos del cargo sean exclusivamente lesiones del deber. Más bien, existe acuerdo sobre que el delito del cargo es siempre también lesión de un bien jurídico» [119]. Sin embargo, aunque son numerosos los autores que buscan en los delitos del cargo un ulterior objeto protegido, común a todos ellos, o a determinar según la concreta figura de que se trate, lo cierto es que, como mantiene el propio WAGNER, en muchos de estos

[118] Véanse WAGNER, H., *Amtsverbrechen*, págs. 60 y 61; y MATA BARRANCO, N. J. DE LA, y ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, X., *Malversación*, pág. 72, nota 82.

[119] WAGNER, H., *Amtsverbrechen*, págs. 28, 37 y 38. Véase también WELZEL, H., *Das Deutsche Strafrecht*, pág. 537. Por su parte, ALLFELD, P., *Lehrbuch*, págs. 652, 653, 688 y ss., aunque sostiene que los delitos del cargo son acciones contrarias al deber de los funcionarios que se encuentran al servicio del Estado, hace especial hincapié en que también suponen ataques contra la Administración del Estado, que ve mermada su eficacia y disminuida su consideración pública, y, en no pocos casos, lesionan también especiales bienes jurídicos. La argumentación de Schmidhäuser es, podríamos decir, a la inversa. Este autor parte de que el delito es, ante todo, lesión de un bien jurídico. Sin embargo, por lo que a los delitos del cargo respecta, junto a la lesión fundamental del bien jurídico, juega un destacado papel la lesión del especial deber del cargo, cuyo contenido no es otro que el de no abusar del cargo público. La lesión de un especial deber del cargo es para Schmidhäuser un especial elemento de lo injusto que sirve para caracterizar más de cerca lo injusto específico de un determinado delito. Véase SCHMIDHÄUSER, E., *Strafrecht*, págs. 198 y ss., especialmente, 200 y 201. WAGNER, H., *Amtsverbrechen*, págs. 76-79, reprueba a Schmidhäuser que no aclare si pueden entenderse todos los delitos del cargo de la manera por él señalada. Critica también a este autor la poca claridad a la hora de precisar, no sólo el contenido de la lesión del deber del cargo y la relación entre el bien jurídico y el deber en la esfera de los delitos del cargo, sino también, por qué ve en tales delitos el elemento especial de lo injusto en la lesión del deber especial y no en la lesión de un ulterior bien jurídico. Tras las objeciones de Wagner, SCHMIDHÄUSER, E., *Strafrecht...*, 2. Auflage, págs. 240 y ss., varía, o al menos matiza, su planteamiento anterior. Sigue hablando de especiales elementos de lo injusto que, dentro de la estructura determinada en cada caso por los elementos generales, caracterizan más de cerca lo injusto. Sin embargo, al tratar *«los especiales elementos de lo injusto en particular»*, ya no recoge los «Amtsverbrechen» bajo el apartado dedicado a *«la lesión de un deber especial»*, como en la primera edición de su obra, sino que lo hace bajo el que se ocupa de *«la lesión de ulteriores bienes jurídicos»*, en el subapartado *«Staatszurechnungsdelikte von Amtsträger»*, concepto este creado, precisamente, por Wagner. También los delitos del cargo, dice ahora Schmidhäuser, son hechos que junto al bien jurídico fundamental lesionan un ulterior bien jurídico. Precisar cuál es éste es tarea de la Parte especial del Derecho penal. A modo de ejemplo, se refiere a la lesión corporal en el cargo (§ 340), adhiriéndose a la opinión de Wagner en la determinación del especial bien jurídico protegido por esta figura. Acaba diciendo, respecto a ésta, que se trata de un delito especial, no previsto para todos, y sujeto a la especial situación personal de deber (deber de garante referido al objeto del bien jurídico) del portador del cargo.

autores, sin embargo, sigue predominando la opinión de que «lo injusto específico de los delitos del cargo sólo puede comprenderse a través de la idea del deber, especialmente en aquellos que conciben el delito, en primer lugar, como lesión de un deber» [120].

En esta corriente puede incardinarse la postura de GALLAS. Este autor mantiene que en los delitos del cargo propios aparecen unidos el momento personal y el momento del objeto, de manera que el hecho aparece, de un lado, como lesión de un deber especial impuesto al autor, y, de otro, dirigido contra el bien jurídico, para cuya salvaguarda es determinado el deber [121]. Sin embargo, no sólo para los propios, sino también para los delitos del cargo impropios, rechaza GALLAS un punto de vista orientado solamente al bien jurídico: la idea de la protección de bienes jurídicos, según este autor, no agota el contenido de lo injusto del hecho, sino que es preciso adicionarle la lesión del especial deber que tiene el autor [122].

Por su parte, HÄLSCHNER distingue la lesión del «deber del cargo», de la lesión de «la relación de servicio» [123]. El portador de un cargo tiene, como tal, el deber de ejercer la autoridad pública, que le ha sido trasferida por el Estado, conforme a la Ley y al Derecho. El objeto de los delitos del cargo radica, precisamente, en que tal ejercicio se lleve a cabo correctamente. Cuando el ejercicio de la autoridad pública es contrario a la Ley, se daña la autoridad del Estado en sus derechos e intereses salvaguardados por el portador del cargo, o bien es perturbada la relación jurídica de la autoridad del Estado con los a ella subordinados; queda pervertido y, con ello, lesionado el orden público general [124]. No es extraño, por ello, que HÄLSCHNER considere a los delitos del cargo como delitos contra el Estado. Frente al «deber del cargo» coloca este autor, como ya advertimos, «la relación de servicio», en virtud de la cual el funcionario debe, en primer lugar, observar, de acuerdo con el ordenamiento, las funciones que le obligan, guardar un deber de fidelidad frente al Estado y obediencia a los superiores, y, finalmente, comportarse en y fuera del cargo como lo exige el respeto que requiere su posición pública. Una lesión de «la relación de servicio» supone una infracción disciplinaria. Después de poner de manifiesto esta distinción, HÄLSCHNER concluye diciendo que cuando un funcionario, como portador de un cargo, comete un delito del cargo, está lesionando una doble relación de deber, a saber, el «deber del cargo» en el sentido

[120] WAGNER, H., *Amtsverbrechen*, pág. 38.

[121] Véase GALLAS, W., *Zum Begriff*, pág. 318, donde, con carácter general, mantiene que una reflexión orientada exclusivamente al bien jurídico no es suficiente para comprender el contenido de lo injusto de todos los delitos.

[122] Véase GALLAS, W., *Beiträge zur Verbrechenslehre*, págs. 154 y ss.

[123] No nos ha sido posible consultar directamente la obra de HÄLSCHNER, H., *Das gemaine deutsche Strafrecht*, Bd. II, 2, Bonn, 1887, págs. 1018 y ss., por lo que para el estudio de este autor nos hemos apoyado en los textos de STOCK, U., *Entwicklung*, págs. 247 y 248; y WAGNER, H., *Amtsverbrechen*, pág. 40.

[124] Véanse STOCK, U., *Entwicklung*, pág. 247; y WAGNER, H., *Amtsverbrechen*, pág. 40.

arriba indicado, y el deber derivado de «la relación de servicio», de manera que delito del cargo e infracción disciplinaria concurren [125].

BALDUS parte, asimismo, de que la esencia de los delitos del cargo puede ser caracterizada homogéneamente como lesión de deberes que resultan de la relación de fidelidad existente entre funcionario y Estado, pero se adhiere a SCHÖNKE-SCHRÖDER [126] en la consideración de que el bien jurídico protegido en los delitos del cargo es de naturaleza compleja: dependiendo de la particular figura delictiva que se analice, vendrán en consideración como objetos de protección, unas veces, la integridad del desempeño del cargo, otras, la confianza pública en esa integridad, y, adicionalmente, determinados intereses individuales, como, por ejemplo, libertad, integridad corporal y paz del hogar [127].

A pesar de las numerosas opiniones favorables a que la infracción del deber del cargo juegue un papel importante en lo injusto específico de los *Amtsverbrechen*, no han faltado autores en la doctrina alemana contrarios a concebir los delitos del cargo de la forma hasta ahora apuntada.

En este sentido STOCK, utilizando argumentos ofrecidos anteriormente por OPPENHEIM y NAGLER, rechaza la infracción del deber del cargo como esencia de los *Amtsverbrechen* [128]. Duda de que el concepto de «deber del cargo» o «deber del servi-

[125] Véase STOCK, U., *Entwicklung*, pág. 247. Stock reprocha a Hälschner que su postura, apreciable de *lege ferenda*, no está en consonancia con el Derecho positivo, ya que éste no amenaza con pena a todo portador del cargo, sino sólo a particulares portadores del cargo en supuestos especiales. Por otra parte, el desempeño efectivo de un cargo no es indispensable: no queda excluido el castigo de un funcionario sin cargo a causa de un delito del cargo. Finalmente, Stock reprueba a Hälschner que acentúe demasiado unilateralmente que los delitos del cargo son delitos contra el Estado, mientras que casi siempre considera en ellos dudoso un daño o peligro de terceras personas o de la sociedad.

[126] Véase SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 17. Auflage, Vorbem § 331, nn. mm. 1 y ss. (pág. 1682). Según estos autores, la naturaleza compleja del bien jurídico en los delitos del cargo radica en que, por un lado, comprende la lesión de los deberes que resultan de la relación de fidelidad del funcionario con el Estado, y, por otro, viene en consideración como objeto de protección la integridad de la Administración del Estado, cuya autoridad y base de confianza sufren menoscabo cuando los funcionarios públicos se comportan con el ciudadano de una manera arbitraria.

[127] Véase BALDUS, P., *Leipziger Kommentar*, vor § 331, nn. mm. 12 y 13 (págs. 3 y 4). Por su parte, TRÖNDLE/FISCHER, *Strafgesetzbuch*, vor § 331, n. m. 1 (pág. 1959), mantienen que los delitos del cargo representan un abuso de la autoridad del cargo a través de cuyos portadores se lesionan los derechos de terceros, la relación de fidelidad con el Estado y la confianza de la colectividad en la pureza del ejercicio del cargo. Difícilmente podamos encontrar un ejemplo más claro de «la notable confusión de conceptos» existente en la doctrina alemana, puesta de manifiesto por STORTONI, L., *L'abuso di potere*, pág. 8, nota 6.

[128] STOCK, U., *Entwicklung*, págs. 244 y ss. De esta misma opinión, por ejemplo, BINDING, K., *Lehrbuch*, págs. 394 y ss., quien aporta como argumento, apoyándose en Dollmann (pág. 397), el hecho de que el delito del cargo es anterior a la existencia de un injusto disciplinario y a la creación de la sanción disciplinaria.

cio», a causa de su gran indeterminación y escasa claridad, sea apropiado para consignar un objeto de protección jurídico que sirva penalmente; con él no podría construirse un tipo delictivo perfilado de forma sólida [129]. Añade que la existencia de delitos del cargo que pueden ser cometidos por portadores del cargo que no tienen la condición de funcionarios muestra que no es necesario la presencia de una lesión de deberes derivados de la relación funcionario-patrón del servicio, ya que los mencionados portadores del cargo no funcionarios no se encuentran en una relación funcionarial y no están sujetos al poder disciplinario [130]. Además, mantiene STOCK que un parangón del extenso círculo de infracciones disciplinarias con los delitos del cargo evidencia que estos no han sido seleccionados de aquél según el grado de gravedad de la lesión del deber del funcionario frente al patrón del servicio. Numerosas infracciones del servicio que lesionan gravemente los deberes del funcionario en su relación con el Estado no han sido incluidas por el legislador en los delitos del cargo, lo que demuestra que la medida en que un hecho lesiona los deberes que obligan al funcionario frente al patrón del servicio no ha sido decisiva para elevarlo de infracción disciplinaria a delito [131].

2.3.1.1.2. *La pureza del ejercicio del cargo*

Otro bien jurídico común a todos los delitos del cargo manejado por la doctrina alemana ha sido la «pureza del ejercicio del cargo». En esta dirección apunta la postura defendida por BLEI, para quien bien jurídico protegido en estos delitos es, «genéricamente, el orden público, pero en su dirección hacia dentro, dicho más correctamente: la

[129] Véase STOCK, U., *Entwicklung*, pág. 245. Agrega este autor, haciéndose eco de las palabras de Nagler, que el deber del cargo no se refiere a la relación del Estado en su calidad de fuente de derecho, de portador de imperio frente a sus súbditos como tales, sino que sólo tiene sitio dentro de las relaciones de derecho interno entre el Estado como patrón del servicio y el funcionario, y que, por ello, no podría ser ni primaria ni secundariamente el objeto inmediato del ataque delictivo.

[130] STOCK, U., *Entwicklung*, pág. 246.

[131] STOCK, U., *Entwicklung*, pág. 246. Al exponer su postura personal, mantiene este autor que mientras los *Amtsverbrechen* suponen, al menos indirectamente, una puesta en peligro del público, de la sociedad, el efecto de las infracciones del servicio, sin embargo, en la mayor parte de los casos, se agota en el perjuicio causado por el funcionario al patrón del servicio por la lesión del deber profesional. Una lesión o puesta en peligro de la esfera jurídica de terceros (personas privadas) o del público en su generalidad no pertenece a la esencia de las infracciones del servicio, y, de ocurrir, tendría un carácter excepcional (véanse págs. 252 y 253). De otro lado, la lesión de la reivindicación subjetiva del patrón del servicio, resultante de la relación funcionarial, respecto al cumplimiento del deber por el funcionario, siempre esencial a la infracción del servicio, no es un requisito necesario para el *Amtsdelikt* (véase pág. 253). «Si la especial relación de deber del funcionario», acaba diciendo Stock, «fuera exclusiva o predominantemente objeto de ataque de los delitos del cargo, sería inexplicable por qué en ellos la persecución penal no se ha hecho dependiente, al menos, de una instancia de persecución del patrón del servicio» (véase pág. 254).

pureza del ejercicio del cargo en el sentido amplio de la palabra»[132]. El reproche más común formulado contra esta postura ha sido el de que no es capaz de trazar una frontera nítida entre el Derecho penal y el Derecho disciplinario, pues la «pureza del ejercicio del cargo» también puede sufrir merma a través de una infracción disciplinaria[133].

Como un mero «cambio de acento» y no como otra postura esencialmente distinta, ha calificado GEERDS el posicionamiento de MAURACH, defensor de «la confianza pública en la pureza del ejercicio del cargo» como bien jurídico común a todos los delitos del cargo[134]. Este último autor parte de la existencia de una generalizada conformidad doctrinal en la aceptación de un bien jurídico uniforme a todos los delitos del cargo[135], variando, eso sí, las opiniones a la hora de perfilar cuál sería éste. Él se inclina, como hemos apuntado anteriormente, por la «confianza pública en la pureza del ejercicio del cargo», pero se esfuerza en dejar claro que este bien jurídico común no tiene por qué ser eficaz él solo en todos los delitos del cargo, más bien, esto sólo ocurrirá excepcionalmente, como es el caso del delito de cohecho pasivo de los §§ 331 y 332 del StGB[136], por lo que será necesario, en la mayoría de los delitos, determinar un ulterior bien jurídico protegido[137]. Al igual que al bien jurídico «pureza del ejercicio del cargo», se le ha objetado a la postura en estudio su escasa aptitud para demarcar el delito del cargo y el ilícito disciplinario[138].

132 Véase BLEI, H., *Strafrecht II*, págs. 450 y 451, quien deja claro, sin embargo, que dentro del sintético bien jurídico de la pureza del ejercicio del cargo son posibles, todavía, ulteriores diferenciaciones: «la existencia de un bien jurídico común a todos los delitos del cargo no excluye, como de costumbre, que la esencia de muchos delitos sea determinada definitivamente a través de un ulterior bien jurídico añadido (o, incluso, varios bienes jurídicos ulteriores)». Apuntan, asimismo, a la «pureza del ejercicio del cargo» como valor protegido común a todos los delitos del cargo, entre otros, SCHRÖDER, H., *Das Rechtsgut der Bestechungsdelikte*, pág. 290; y GEERDS, F., *Über den Unrechtsgehalt der Bestechungsdelikte*, pág. 47.

133 En este sentido, véase WAGNER, H., *Amtsverbrechen*, págs. 50-52, y los autores a que hace referencia. Quizás el más crítico con este posicionamiento sea Mayer para quien el bien jurídico «pureza del ejercicio del cargo» es una construcción ficticia y no va más allá de un juego de palabras. En opinión de Wagner, dicho bien jurídico tampoco sirve para delimitar correctamente el delito de lesiones en el cargo (§ 340) y las lesiones corporales de los §§ 223 y siguientes del StGB, objetivo que se propone en esta obra.

134 Véase GEERDS, F., *Über den Unrechtsgehalt der Bestechungsdelikte*, págs. 43 y 44. Véase, asimismo, MAURACH, R., *Deutsches Strafrecht*, pág. 740. Una recopilación de autores que opinan como Maurach puede encontrarse en WAGNER, H., *Amtsverbrechen*, pág. 43, nota 10.

135 De inexacto ha sido calificado este punto de partida por WAGNER, H., *Amtsverbrechen*, pág. 49.

136 Se refiere Maurach a los §§ 331 y 332 tal y como estaban regulados con anterioridad a la reforma del año 1974, introduciendo ésta en los delitos de corrupción cambios significativos, no sólo en la denominación de las diferentes figuras, sino también en el contenido de las mismas.

137 Véase MAURACH, R., *Deutsches Strafrecht*, págs. 740 y 741. De esta misma opinión, FUHRMANN, H., *Berechtigung*, págs. 537 y 538.

138 Una crítica a la postura de Maurach podemos encontrarla en WAGNER, H., *Amtsverbrechen*, págs. 44, 45, 50 y 51.

2.3.1.1.3. *La opinión de Stock*

Especialmente atractiva es la postura de STOCK [139]. Según este autor, todos los delitos del cargo importan, sin duda, un deterioro o inutilización de la Administración Pública [140], en cuyo correcto funcionamiento tiene el Estado un vivo interés [141]. Sin un operar pronto y objetivo de las autoridades, el cumplimiento de las tareas públicas es lesionado o puesto en peligro [142]. El verdadero interés de la postura de STOCK está, no obstante, en saber conectar el concepto de Administración pública con la verdadera finalidad de ésta, que no es otra que la satisfacción de las necesidades colectivas. Por ello, para este autor, «en los *Amtsdelikten* es afectada, casi sin excepción y principalmente, la sociedad, el público, el pueblo, que debe acudir a los Tribunales y autoridades administrativas, y depende de un funcionamiento legal, imparcial, y alejado de todo interés personal de los mismos. Los delitos del cargo afectan a su esfera jurídica lesionándola o poniéndola en peligro» [143]. El carácter de los *Amtsdelikte* como ataque contra los intereses de la sociedad es especialmente claro en los delitos del cargo impropios, pues en ellos son perjudicados bienes jurídicos (integridad corporal, libertad, etc.) de particulares personas privadas. En los delitos del cargo propios, aunque predomina el carácter de la perturbación del organismo administrativo, y la dirección del ataque contra la sociedad no destaca en igual medida y con la misma claridad, la acción, concluye STOCK, no se agota en un daño a la Administración pública, por lo que no puede negarse tampoco aquí un peligro, al menos indirecto, o lesión de la esfera de intereses del público, de la sociedad, del pueblo [144, 145].

[139] STOCK, U., *Entwicklung*, págs. 250 y ss.

[140] Parece utilizar STOCK, U., *Entwicklung*, pág. 252, el concepto de Administración pública en un sentido amplio, incluyendo dentro de él, por tanto, a la Administración de Justicia. De esta misma opinión, SÁINZ DE ROBLES SANTA CECILIA, C., *Contribución*, pág. 153.

[141] También RUDOLPHI, H. J., *Systematischer Kommentar*, vor § 331, n. m. 7 (págs. 8 y 9), mantiene que los delitos del cargo se dirigen contra el correcto funcionamiento de la Administración Pública o de Justicia. «Los tipos penales de los diferentes *Amtsdelikte*», concluye este autor, «quieren salvaguardar, junto a otros bienes protegidos, también las instituciones de la Administración Pública y de Justicia en sus internas y externas condiciones funcionales».

[142] STOCK, U., *Entwicklung*, pág. 251.

[143] STOCK, U., *Entwicklung*, pág. 251. En parecidos términos, con anterioridad en el tiempo, SCHMIDT, R., *Grundriss des deutschen Strafrechts*, págs. 272-274.

[144] Véase STOCK, U., *Entwicklung*, págs. 251 y 252, donde expone que el daño o peligro del público, de la sociedad existe, no sólo, por ejemplo, en un delito de prevaricación que perjudique a una parte o en la realización por razón de un cohecho de una acción contraria al deber del cargo que perjudique a un tercero, sino también, aunque no tan claramente manifiesto, en la aceptación de regalos no autorizados o en la prevaricación sin perjuicio de una parte.

[145] WAGNER, H., *Amtsverbrechen*, págs. 41 y 42, sigue sin ver en la postura de Stock el criterio correcto para deslindar el contenido de lo injusto de la lesión corporal simple y la lesión corporal en el cargo; en definitiva, según aquél, no aporta claridad respecto a qué relación debe existir entre el ejercicio del cargo y la lesión corporal para tener que aplicar el § 340 del StGB.

2.3.1.2. *Partidarios de la no existencia de un bien jurídico común a todos los delitos del cargo*

A pesar de que MAURACH [146] parece dar por sentado la presencia en Alemania de una avenencia doctrinal en torno a la existencia de un bien jurídico común a todos los delitos del cargo, no van en esta dirección, sin embargo, las opiniones de destacados autores alemanes cuyas aportaciones a esta materia pueden considerarse relevantes [147].

2.3.1.2.1. *Binding*

Mantiene este autor que no todos los delitos recogidos en el Título 28 del StGB [148] pueden considerarse delitos en el cargo [149]. Para estar ante, lo que él llama, un delito propio del cargo, no basta con que el sujeto activo reúna una determinada cualidad personal (ser funcionario público o portador del cargo no funcionario) [150], sino que, además, es necesario que el delito se realice *en el cargo* [151]. El Estado, que nombra al

[146] Véase MAURACH, R., *Deutsches Strafrecht*, pág. 740. En desacuerdo con este autor, WAGNER, H., *Amtsverbrechen*, pág. 49.

[147] Partidario de que las normas penales sobre los delitos del cargo no contienen un bien jurídico homogéneo, JESCHECK, H-H., *Leipziger Kommentar*, vor § 331, n. m. 8 (pág. 478), quien apunta que «únicamente se puede decir que en la mayor parte de las disposiciones de este Título —actualmente, el 30— está en juego la protección de la legalidad del desempeño del cargo, y, con ello, también el interés del Estado en la legitimidad y pureza de Administración y Justicia, así como la confianza pública en la integridad del aparato del Estado». Continúa diciendo este autor que, junto a estos objetos de protección, en muchos delitos del cargo, por ejemplo, en el delito de lesiones corporales en el cargo, juegan un papel esencial los intereses individuales afectados en cada caso, por lo que para constatar el bien jurídico habrá que estar al concreto tipo penal que entre en consideración. Parten también de la imposibilidad de determinar un bien jurídico común a todos los delitos del cargo, SCHÖNKE/SCHRÖDER/CRAMER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, Vorbem §§ 331 y ss., n. m. 1 (pág. 2568); y HAFT, F., *Strafrecht*, pág. 299.

[148] A partir de la reforma del StGB de 28 de marzo de 1980, el Título 28 («Straftaten gegen die Umwelt») acogió a un nuevo grupo de delitos tendentes a proteger el medio ambiente, recogiéndose los *Straftaten im Amte* en el Título 29, último de la Parte especial. Posteriormente, al ser ocupado el Título 26 por los *Straftaten gegen den Wettbewerb*, los delitos en estudio pasan al Título 30.

[149] BINDING, K., *Lehrbuch*, págs. 395 y ss.

[150] Véase BINDING, K., *Lehrbuch*, pág. 403, donde deja claro que sujeto idóneo del delito del cargo no es, en principio, solamente el funcionario, sino igualmente todo portador del cargo que tenga acceso a determinados bienes jurídicos, puestos a su alcance para su protección. Véase la nota siguiente.

[151] BINDING, K., *Lehrbuch*, págs. 395 y 401-403, donde mantiene que la posibilidad del delito del cargo nace en el funcionario con la transmisión del cargo y permanace en él sólo el tiempo que está en el cargo. La relación del delito del cargo con el cargo reside en que éste pone en manos de su porta-

funcionario, le encomienda la realización de determinadas tareas. Para el cumplimiento de tales tareas, el Estado dota al funcionario de autoridad, le permite utilizarla, y le impone deberes especiales que ha de guardar en su empleo. Con ello, el Estado coloca a su servidor en una posición en la que, lo mismo puede ejercer la autoridad legalmante, como abusar de ella de forma contraria a derecho [152]. Para BINDING, el fundamento de los delitos del cargo está, por consiguiente, en este empleo de la autoridad para la realización de actos contrarios a derecho a través del órgano del Estado dentro de su competencia. Su esencia radica, pues, en el empleo abusivo de las competencias otorgadas por el Estado y utilizadas como medio del delito [153]. En suma, según BINDING, el delito del cargo presenta dos objetos de ataque: en primer lugar, supone una ofensiva a los variados derechos y bienes jurídicos que el cargo deja al buen criterio del funcionario; en segundo lugar, es un delito contra el Estado, pues se realiza en nombre y en virtud del poder de éste, el funcionario atenta contra los bienes jurídicos que le han sido confiados por el Estado y que le son accesibles en virtud del cargo [154].

2.3.1.2.2. *La postura de Arzt*

Por su parte, ARZT comienza el estudio de los *Amtsdelikte* diciendo que el Título 30, «*Straftaten im Amte*», «contiene junto a los delitos de cohecho una serie de tipos muy heterogéneos» [155]. Para este autor, en los diferentes tipos penales de este Título

---

dor el cuidado de determinados derechos o bienes jurídicos o la disposición de ellos. Él atenta delictivamente contra un bien (perteneciente a un particular o al propio Estado) que le ha sido confiado oficialmente: él lesiona aquellos derechos o bienes, o dispone de ellos contra el derecho. Continúa diciendo este autor, que es verdad que el funcionario, como cada detentador de poder, puede abusar de su autoridad real para la realización de acciones contrarias a derecho fuera de su círculo de profesión pública, pero faltaría entonces, en este caso, la relación de delito y cargo: no existe aquí una acción *en el cargo,* sino una acción en el ejercicio de un ficticio, o con ocasión de un auténtico cargo, y, por tanto, no estamos ante lo que Binding entendiende por *delito del cargo.* Con esta argumentación son pocos los delitos del cargo merecedores de tal denominación (sí, por ejemplo, la prevaricación del § 339), de tal manera que Binding excluye de esta categoría no sólo los delitos del cargo impropios, sino importantes delitos del cargo propios, como el cohecho pasivo (véase págs. 409 y 410). Una crítica a esta excesiva restricción del ámbito de los delitos del cargo la podemos encontrar en STOCK, U., *Entwicklung*, pág. 249, quien reprocha a la construcción de Binding no estar en consonancia con el derecho vigente.

[152] Véase BINDING, K., *Lehrbuch*, pág. 395. También PIOTET, P., *Systematik*, págs. 30 y ss., señala la degradación de la autoridad del Estado como momento importante en los delitos del cargo. Obsérvense las agudas objeciones mantenidas por WAGNER, H., *Amtsverbrechen*, págs. 52-54, contra la postura de Piotet.

[153] BINDING, K., *Lehrbuch*, págs. 404 y ss. Véase, asimismo, RITTLER, T., *Das Strafrecht Österreichs*, pág. 132.

[154] BINDING, K., *Lehrbuch*, págs. 403 y 404.

[155] Véase ARZT/WEBER, *Strafrecht*, BT, pág. 1039.

se evidencian tres directrices esenciales para la elaboración de los bienes jurídicos. En primer lugar, habla ARZT de la protección del Estado: éste confiere con el cargo poderes, autoridad, por lo que resulta inmediatamente ofendido a través del abuso del cargo [156]. En segundo lugar menciona la protección de la colectividad: el abuso del cargo ofende, al mismo tiempo, a la colectividad, porque la autoridad que existe en el cargo sólo es soportable si funcionan los aseguramientos frente al abuso de autoridad. El portador del cargo que abusa de su autoridad en un caso concreto quebranta de una manera que excede al caso particular esta confianza en una Administración suficientemente controlada [157]. La autoridad del tenedor del cargo hace, finalmente, que sea necesaria la protección del ciudadano: éste, para llevar a cabo algunas actividades, construir, por ejemplo, depende del portador del cargo, o, en determinadas ocasiones, como es el caso de la mujer detenida por conducir en estado de embriaguez, no puede sustraerse a él. Esto hace que los portadores del cargo sean autores especialmente peligrosos; de un lado, porque sólo se les puede evitar con mucha dificultad, y, de otro, por la confianza de la que ellos gozan. Además, finaliza ARZT, debido a que el abuso del cargo es amenazado con pena elevada, los delitos son inverosímiles, por lo que a la víctima de un delito del cargo a menudo se le da poco crédito [158]. Dependiendo del tipo de que se trate, «el acento puede encontrarse en la protección, o del Estado, o de la colectividad o del ciudadano afectado» [159].

2.3.1.2.3. *La tesis de Wagner. Crítica de Hirsch*

Especialmente interesante es la postura de WAGNER respecto a los *Amtsverbrechen* mantenida en su escrito de habilitación [160]. De un estudio detallado de la lesión corporal en el cargo del parágrafo 340 del StGB [161], llega este autor a la conclusión de que

156 ARZT/WEBER, *Strafrecht*, BT, pág. 1039.

157 ARZT/WEBER, *Strafrecht*, BT, pág. 1039.

158 Véase ARZT/WEBER, *Strafrecht*, BT, pág. 1039, donde, corroborando su indicación, advierte de que la lesión corporal en el cargo (§ 340) es el delito con la mayor cuota de absolución.

159 ARZT/WEBER, *Strafrecht*, BT, pág. 1040.

160 WAGNER, H., *Amtsverbrechen*, págs. 85 y ss.

161 Véase WAGNER, H., *Amtsverbrechen*, págs. 22, 25-27, donde manifiesta que para llevarse a cabo una ordenación sistemática de los tipos del Título 28 (ahora 30) es necesario previamente un análisis de lo injusto específico de los delitos del cargo. Para ello, comienza con el estudio pormenorizado de la lesión corporal en el cargo (§ 340), precisamente porque Nagler y Binding, más el primero que el segundo, han puesto en duda el carácter de «delito del cargo» de este tipo delictivo, para después establecer qué otros tipos del Título 28 (o fuera de él) coinciden estructuralmente en el contenido de lo injusto con la lesión corporal en el cargo, y cuáles presentan una estructura de lo injusto diferente. De aquí puede deducirse ya la negativa de Wagner a un contenido de lo injusto común a todos los delitos del cargo (véase, por ejemplo, la pág. 269).

existen, en relación con los tipos del Título 28 (actualmente, el 30), dos grandes grupos de delitos: de un lado, aquellos que, como la lesión corporal en el cargo, contienen un injusto que se imputa al Estado, y, de otro, los delitos que no pueden ser imputados a éste [162].

Los primeros [163] se caracterizan porque el funcionario, en ejercicio del cargo público que le ha sido confiado, lesiona un bien jurídico individual, determinando de ese modo que la lesión de este bien jurídico, en la relación jurídica exterior entre ciudadano y Estado, sea imputada a éste [164]. Sin embargo, esto no es todo, pues con la lesión del bien jurídico individual se menoscaba al mismo tiempo desde dentro lo que WAGNER ha dado en llamar *el carácter de Estado de Derecho del Estado* (Rechtsstaatlichkeit des Staates) [165]. Lo injusto específico de estos delitos está, según este autor, en que ambas lesiones no se encuentran una junto a la otra o en una relación de jerarquía, sino unidas entre sí de forma indisoluble [166]. Como paradigma de esta clase de delitos se detiene WAGNER en la lesión corporal en el cargo, regulada en el parágrafo 340 del StGB. Así pues, lo injusto específico de este delito está en que «el autor lesiona *uno actu* el bien jurídico individual de la integridad corporal y el bien jurídico supraindividual del carácter de Estado de Derecho del Estado, debido a que la acción injusta de la lesión corporal por parte del funcionario en ejercicio del cargo público a él confiado es imputada al Estado» [167]. Debe diferenciarse, por tanto, la lesión corpo-

[162] WAGNER, H., *Amtsverbrechen*, págs. 235-237. En desacuerdo con esta clasificación, SCHÖNKE/SCHRÖDER/CRAMER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, Vorbem §§ 331 y ss., n. m. 10 (pág. 2569), por no ofrecer nada definitivamente nuevo para la interpretación de las particulares normas y no ser convincentes algunas de las consecuencias que de ella se derivan; y ARZT/WEBER, *Strafrecht*, BT, pág. 1040, nota 2.

[163] Véase WAGNER, H., *Amtsverbrechen*, págs. 172 y ss., donde, después de estudiar la lesión corporal en el cargo, hace un recorrido por los tipos del Título 28 que coinciden estructuralmente en el contenido de lo injusto con este delito [parágrafos 339 (prevaricación en perjuicio de una parte), 343, 344, 345 y 353 del Título 30 actual]. En las páginas 236 y 237, puede verse una lista de estos delitos, algunos de ellos, como se deriva de la relación ofrecida entre corchetes, ya desaparecidos.

[164] Véase WAGNER, H., *Amtsverbrechen*, págs. 105 y 302. Hay que precisar, no obstante, que aunque Wagner hable de dos grupos de delitos, en realidad hay, aunque reducido, un tercero, al que el propio autor se refiere en las páginas 236 y 237: «en unos pocos tipos se da ciertamente una lesión de un bien jurídico individual, pero que no se puede imputar al Estado (delitos de no imputación al Estado que lesionan un bien jurídico individual)». Se refiere a la corrupción simple en la modalidad de solicitar, del § 331 (hoy llamada *aceptación de ventajas*, recogida en el mismo parágrafo, donde se alude, entre otras modalidades, a la petición de una ventaja para el desempeño del cargo, supuesto al que se refiere Wagner), a la prevaricación realizada por un árbitro en perjuicio de una parte, del § 336 (hoy § 339), y, finalmente, al § 352.

[165] WAGNER, H., *Amtsverbrechen*, págs. 165 y 168. Véase, en España, SÁINZ DE ROBLES SANTA CECILIA, C., *Contribución*, pág. 158.

[166] WAGNER, H., *Amtsverbrechen*, págs. 165, 302 y 303.

[167] WAGNER, H., *Amtsverbrechen*, pág. 170. Para saber con base en qué criterios debe ser efectuada dicha imputación, véanse las págs. 107 y ss.

ral producida por el funcionario *en la relación interna* con el ejercicio de un cargo público que le ha sido confiado, de la lesión corporal producida simplemante en la relación *externa* con el ejercicio del cargo: «aquélla es imputada al Estado, lo coloca en lo injusto, lo menoscaba directamente en su calidad de Estado de Derecho, ésta queda como acción injusta particular del funcionario» [168]. Ha de distinguirse, pues, la lesión corporal *en ejercicio de* un cargo, de la lesión corporal *con ocasión del ejercicio de* un cargo: mientras que en ésta sólo resulta atacada la integridad corporal de la víctima, en aquélla el ataque delictivo se dirige, además, contra el Estado [169].

El segundo grupo de delitos referido por WAGNER (Nichtstaatszurechnungsdelikte) [170] queda integrado por aquellos que solamente presentan ataques contra bienes jurídicos públicos (o bien, intereses públicos) [171], en los que, por tanto, no existe en la relación jurídica exterior una lesión de un bien jurídico individual que pudiera ser imputada al Estado [172]. Lo injusto de estos delitos se caracteriza solamente porque a través de la le-

[168] WAGNER, H., *Amtsverbrechen*, pág. 100.

[169] Véase WAGNER, H., *Amtsverbrechen*, págs. 100 y 101. Crítico con este autor se muestra HIRSCH, H. J., *Literaturbericht*, pág. 775, para quien el resultado al que llega Wagner no es rico en iniciativas.

[170] WAGNER, H., *Amtsverbrechen*, págs. 269 y ss., donde estudia los delitos que, según él, deben integrar este segundo grupo: serían, por ejemplo, (véanse págs. 236 y 237) la corrupción simple en sus modalidades de dejarse prometer y aceptar (§ 331), corrupción grave (§ 332), corrupción de un juez (§ 334 Abs. 1), prevaricación en provecho de una parte (§ 336), etc, debiendo precisar que todos estos delitos se refieren a la regulación del Título 28 anterior a la reforma de 2 de marzo de 1974. En la regulación actual, serían, por ejemplo, los parágrafos 331 (aceptación de ventajas en la modalidad de dejarse prometer o aceptar), 339 (prevaricación en beneficio de una parte), 258 a, 348, etc.

[171] Precisa WAGNER, H., *Amtsverbrechen*, págs. 285 y 286, que en la mayoría de los delitos no imputables al Estado del Título 28 se protegen determinados bienes jurídicos públicos. Sin embargo, existen dentro de este grupo (Nichtstaatszurechnungsdelikte) delitos, de los que no puede afirmarse lo mismo. Se trata, según este autor, de la corrupción grave (§ 332) y de la lesión del secreto del servicio (§ 353 b): «en estos delitos, motivo de la pena es, en efecto, la lesión de bienes públicos. Lo injusto *típico* no está, sin embargo, en la lesión de un especial bien público. Más bien, el tipo describe como conducta injusta la puesta en peligro de la actividad del Estado por medio de determinadas conductas contrarias al deber de empleados del Estado, que no deben ser necesariamente *lesiones del deber del cargo*. En los §§ 332, 353 b StGB, por tanto, lo injusto típico se constituye solamente por la lesión del deber en la relación jurídica interna entre autor y Estado. Ambas disposiciones están cerca del Derecho disciplinario, porque también abarcan meras lesiones del deber del servicio».

[172] WAGNER, H., *Amtsverbrechen*, págs. 235 y 285. Aquí radicaría, pues, la diferencia entre ambos grupos de delitos. Es común a ellos, sin embargo, con excepción de la corrupción grave y de la lesión del secreto del servicio (véase *supra*), que uno y otro lesionan especiales bienes jurídicos del Estado, por consiguiente, son delitos contra el Estado, y, en efecto, desde dentro (véase pág. 302). Por otra parte, según Wagner, en entrambos grupos de delitos del cargo, el autor lesiona el deber del cargo existente en la relación jurídica interna entre él y el Estado, deber que, con arreglo a su procedencia, es especial. La lesión del deber del cargo, sin embargo, no juega para lo injusto en ninguno de los dos grupos un papel independiente: en los delitos imputables al Estado porque el contenido de la lesión del deber del cargo se determina a través de la lesión del deber del Estado en la relación jurídica exterior entre él y el ciudadano,

sión de los bienes jurídicos públicos por representantes del Estado mismo se produce un especial deterioro de su validez [173].

La concepción de los *Amtsverbrechen* de WAGNER ha sido criticada, fundamentalmente, por la imprecisión y vaguedad del bien jurídico, aportado por este autor, *carácter de Estado de Derecho del Estado* (Rechtsstaatlichkeit des Staates) [174]. HIRSCH ha dicho de él que, debido a su amplitud, es demasiado genérico para cumplir la función de selección del concepto de bien jurídico [175]. Pone en duda este autor que la distinción de WAGNER, en el ámbito de los Amtsverbrechen, entre *delitos imputables al Estado* y *delitos no imputables al Estado* [176] sea, desde un punto de vista penal, realmente fecunda: es tan amplio e impreciso el concepto de *carácter de Estado de Derecho del Estado*, considerado por WAGNER bien jurídico protegido en el primero de los grupos de delitos citados, que puede sustentarse, según HIRSCH, que delitos integrantes del segundo de estos grupos, como, por ejemplo, la corrupción o la prevaricación en provecho de una parte, suponen también ataques a este mismo bien jurídico [177].

2.3.2. Los «delitti contro la pubblica amministrazione» en la doctrina italiana

El Código penal italiano de 1930 recoge los delitos contra la Administración pública en el Título II («Dei delitti contro la pubblica amministrazione»), del Libro II, repartiendo su contenido en tres capítulos: los dos primeros acogen, respectivamente, los delitos de los *funcionarios públicos* y de los *particulares* contra la Administración pública, regulando el tercero de ellos una serie de «disposiciones comunes a los capítulos precedentes» [178].

---

y en los delitos no imputables al Estado porque el deber del cargo se refiere a la posibilidad ofrecida con la posición del cargo de causar a bienes jurídicos públicos especial deterioro de su validez; esto es, para los delitos últimamente nombrados, cada lesión del bien jurídico es, al mismo tiempo, una violación del deber de no perjudicar a través de su lesión la validez de los bienes jurídicos (véanse págs. 300-303).

173 WAGNER, H., *Amtsverbrechen*, págs. 288 y ss., y 303.

174 Véanse, básicamente, HIRSCH, H. J., *Literaturbericht*, págs. 772 y ss.; y RUDOLPHI, H. J., *Systematischer Kommentar*, vor § 331, n. m. 7 (pág. 8).

175 HIRSCH, H. J., *Literaturbericht*, págs. 776 y 777.

176 Véase *supra*.

177 HIRSCH, H. J., *Literaturbericht*, págs. 778 y 779. En sentido similar, JESCHECK, H-H., *Leipziger Kommentar*, vor § 331, n. m. 9 (pág. 478). Por su parte, RUDOLPHI, H. J., *Systematischer Kommentar*, vor § 331, n. m. 7 (págs. 8 y 9), considera que tanto los *delitos imputables al Estado* como los *delitos no imputables al Estado*, en el sentido de Wagner, se dirigen contra el correcto funcionamiento de la Administración Pública y de Justicia.

178 Concretamente, el Capítulo III, Título II, Libro II, del Código penal italiano se refiere a las nociones de *funcionario público, persona encargada de un servicio público, persona que ejerce un servicio de pública necesidad*, y finalmente, el art. 360, a los efectos del cese de la calidad de funcionario público.

Antes de estudiar las diferentes propuestas mantenidas por los autores italianos en torno al bien jurídico protegido en el título dedicado a los delitos contra la Administración pública, resulta obligado, por la estrecha trabazón de las materias, hacer mención a las posturas que en Italia se han sustentado sobre el concepto mismo de Administración pública, pues, como veremos, de la determinación de éste va a depender, en buena parte, la defensa de un bien jurídico u otro.

2.3.2.1. *Concepto de «pubblica amministrazione»*

2.3.2.1.1. *La opinión dominante: concepto amplio de administración pública*

El ministro de Justicia Rocco, en la «relación» ministerial sobre el Proyecto de Código penal, afirmaba de forma explícita e inequívoca [179] que «el concepto de "administración pública", por lo que se refiere a los delitos comprendidos en el presente título, se admite en el sentido más amplio, comprensivo de la entera actividad del Estado y de los otros entes públicos [180]. Por tanto, con las normas referentes a los delitos

[179] La cuestión no estaba tan clara respecto al texto vigente con anterioridad al Código penal de 1930 (Código Rocco), esto es, el Código de Zanardelli de 1889. Ya en los informes previos se mantuvieron dos posturas enfrentadas. Por un lado, la «relación» ministerial daba al término «administración pública» una extensión capaz de contener cada rama y sector de las funciones estatales; por otro, la «relación» del Senado afirmaba que el Título III del Código («Dei delitti contro la pubblica amministrazione») «aspira a tutelar el recto y libre ejercicio de la acción administrativa, la recta y libre acción del Gobierno en el ejercicio del Poder administrativo». También en la doctrina hubo una división de pareceres. Una parte de ella, mayoritaria, sostenía que el término «administración pública» era tomado por el legislador en un sentido amplio, comprensivo de toda la subjetividad y de toda la compleja actividad funcional del Estado y de los otros entes públicos, por lo que la tutela penal se extendía a todas las funciones del Estado, incluidas la función legislativa y la jurisdiccional, con excepción de aquellos supuestos en los que existían normas singulares que restringían el ámbito de incriminación a la administración pública en sentido propio, excluyendo los otros poderes organizados del Estado. Algunos autores, sin embargo, aduciendo distintas razones, definían el concepto de administración pública de un modo restrictivo y autónomo, incluyendo en él tan sólo al Gobierno y al Poder ejecutivo. Entre ambas posturas se encontraba el planteamiento de Tagliarini, quien consideraba que si la última de las opiniones pecaba por defecto, la contraria, al incluir en el concepto de administración pública también el poder legislativo, lo hacía por exceso, pues si bien podía afirmarse que los delitos contra la administración pública se aplicaban también a los funcionarios del orden jurisdiccional, no podía mantenerse lo mismo en relación con los funcionarios del orden legislativo (diputados y senadores), quienes, de acuerdo con la mejor doctrina, no podían ser perseguidos por delitos contra la administración pública tan característicos como, por ejemplo, la corrupción o el delito de concusión. En relación con todo lo dicho en esta nota, véase TAGLIARINI, F., *Il concetto di pubblica amministrazione*, págs. 54-73.

[180] Esta amplitud del concepto de Administración pública es fruto, según Bricola, de un atentado fascista al principio de división de poderes. Esta opinión es recogida por PAGLIARO, A., *Principi di Diritto penale*, pág. 2, quien se opone a ella con el argumento de que «la disciplina penal obedece a una lógica interna a sí misma: la de asegurar la tutela de la entera actividad del Estado y de los

contra la administración pública, se tutela no sólo la actividad administrativa en sentido estricto, técnico, sino, bajo un cierto aspecto, también aquella legislativa y judicial. En efecto, la ley penal, en este título, prevé y persigue hechos que impiden o perturban el regular desarrollo de la actividad del Estado y de los otros entes públicos (...) La fórmula del Proyecto tiene el mérito de especificar que la función pública puede desarrollarse en cada campo de la actividad estatal, por obra de cada uno de los tres poderes del Estado; a saber: en el campo legislativo, en el campo judicial y en el campo administrativo, entendido este último en sentido estricto (poder ejecutivo)» [181].

Debido a lo evidente del planteamiento [182], no causa extrañeza que la mayoría de los posicionamientos de la doctrina italiana posteriores al Código penal de 1930 se encaminaran, con alguna diferencia de matiz, en la misma dirección [183].

---

otros entes públicos. Frente a esta exigencia global poco importa al derecho penal si la actividad tutelada es legislativa, administrativa, jurisdiccional o de gobierno».

También Severino Di Benedetto se opone a un concepto amplio de Administración pública por no ser compatible con los principios fundamentales del actual Estado democrático que confiere una autónoma dimensión constitucional a las diversas funciones del Estado. Para este autor, la noción de Administración pública debería de tener un contenido restringido, y coincidir con la mera función administrativa (citado por FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale*, pág. 127).

[181] Véanse MANZINI, V., *Trattato*, págs. 1 y 2, nota 1; y RAMPIONI, R., *Bene giuridico*, pág. 5. Escribe al respecto TAGLIARINI, F., *Il concetto di pubblica amministrazione*, págs. 82 y 83, que «el código Rocco (...) tendió a superar toda duda acerca de la extensión de la definición conceptual de administración pública y (...) llegó explícitamente a suministrar una noción comprensiva tanto de la función de administración o ejecutiva, como de las funciones jurisdiccional y legislativa, resolviendo con ello toda duda acerca de la responsabilidad penal de diputados y senadores por delitos de los funcionarios públicos contra la administración del Estado». Sobre los presupuestos políticos y sociales que dieron lugar a la admisión por el Código Rocco de este concepto de administración pública, véase la última obra citada, págs. 77-91. Se lamenta STORTONI, L., *Delitti dei pubblici ufficiali contro la P. A.*, pág. 712, que de la reforma de los delitos de los funcionarios públicos contra la Administración pública operada por la ley n. 86/90, de 26 de abril, se derive el mismo concepto de Administración pública que el definido por el Código Rocco en época fascista.

[182] Como expone RAMPIONI, R., *Bene giuridico*, págs. 5 y 6, la tesis del concepto amplio de Administración pública también puede defenderse desde el plano positivo, ya que el art. 357 del Código penal italiano, que recoge el concepto de funcionario público, habla de empleados o particulares «que ejercitan (...) una función pública, legislativa, administrativa o judicial». Véanse también TAGLIARINI, F., *Il concetto di pubblica amministrazione*, págs. 125 y 126; y STILE, A. M., *Amministrazione pubblica*, pág. 129. Tanto Rampioni como Tagliarini, (Stile menciona otros preceptos para llegar a los mismos resultados, esto es, evidenciar la inequívoca toma de postura del legislador), se refieren al art. 357 del Código penal tal y como estaba regulado con anterioridad a las reformas operadas en este precepto por las leyes n. 86/90, de 26 de abril, y n. 181/92, de 7 de febrero. No obstante, en la actualidad, el art. 357 del Código penal italiano, que continúa albergando el concepto de funcionario público, sigue aludiendo a las tres funciones públicas, esto es, legislativa, judicial y administrativa. Véase sobre ello, críticamente, STORTONI, L., *Delitti dei pubblici ufficiali contro la P. A.*, pág. 711.

[183] Sobre los fundamentos, no sólo de carácter político, sino también histórico, normativo y sistemático, que condujeron a los autores italianos a la configuración de un concepto amplio de Administración pública, véase RAMPIONI, R., *Bene giuridico*, págs. 8-11.

Así, GRISPIGNI, haciendo especial hincapié en el aspecto subjetivo, mantiene que las normas del Título II no determinan la tutela de cada una de las Administraciones públicas, ni siquiera de la Administración como poder y función distinta de la legislación y de la jurisdicción, sino la tutela del Estado en la complejidad de sus órganos que son previstos y deben funcionar en su interés [184].

Otros autores, en cambio, ponen de relieve el aspecto objetivo. Según PAGLIARO, el legislador penal no alude a la «administración pública» en el sentido de la doctrina del derecho constitucional y administrativo, sino, más bien, con esta expresión, se quiere indicar «la entera actividad funcional del Estado y de los otros entes públicos, con la excepción relativa a aquellas singulares actividades que forman objeto de específica incriminación en el título primero («De los delitos contra la personalidad del Estado») y en el título tercero («De los delitos contra la administración de la justicia») del libro segundo del Código penal, y también en aisladas disposiciones contenidas en otros lugares (por ejemplo, art. 476 del Código penal: falsedad material cometida por un funcionario público en actos públicos)» [185]. MAGGIORE, por su parte, observa cómo «razones de carácter político y tradicional han prevalecido sobre criterios estrictamente técnicos, y en aquéllas se ha inspirado la clasificación de los delitos comprendidos en el título segundo, incluyendo en los delitos contra la administración pública, no sólo los delitos que lesionan la actividad administrativa en sentido propio, sino también la actividad legislativa y judicial» [186].

Finalmente, en el grupo de los que defienden un concepto amplio de Administración pública, hay autores que se refieren, conjuntamente, tanto al aspecto subjetivo como al objetivo [187]. Es el caso, entre otros, de RICCIO, que mantiene que tal concepto comprende «toda la actividad del Estado en sus funciones administrativa, legislativa y judicial, así como la actividad de todos los otros entes públicos», concluyendo que en el concepto de Administración pública se contiene, por tanto, toda la subjetividad y toda la actividad funcional, característica del Estado y de los otros entes, territoriales o institucionales [188].

[184] GRISPIGNI, F., *I delitti contro la pubblica amministrazione*, pág. 17, citado por SANTORO, A., *Manuale*, pág. 220. Véase, en sentido semejante, este último autor, en esta misma obra, pág. 221.

[185] PAGLIARO, A., *Principi di Diritto penale*, págs. 1 y 2. Véanse, en un sentido similar, VANNINI, O., *Manuale*, pág. 53; SPINELLI, G., *I delitti contro la pubblica amministrazione*, pág. 549; PISAPIA, G. D., *Istituzioni di Diritto penale*, pág. 237. Por su parte, ANTOLISEI, F., *Manuale*, págs. 259 y 260, coincidiendo con Pagliaro, aclara que afirmar que son delitos contra la Administración pública todos aquellos que afectan a la *actividad funcional del Estado*, es ir demasiado lejos, pues de una indagación de la totalidad de las normas del código se deriva que quedan excluidos de la categoría los delitos que ofenden los intereses políticos del Estado, es decir, los intereses que conciernen a la vida del Estado en su esencia unitaria, regulados en el Título I, así como aquellos que protegen la especial actividad de los órganos judiciales, y por razones tradicionales están recogidos en el Título III.

[186] MAGGIORE, G., *Diritto penale...*, Parte speciale, págs. 103 y 104.

[187] Véase CHIAROTTI, F., *Delitti contro l'Amministrazione pubblica*, pág. 241.

[188] RICCIO, S., *Amministrazione pubblica*, pág. 564. En parecidos términos, MANZINI, V., *Trattato*, pág. 1; RANIERI, S., *Manuale*, pág. 181; y SANTANIELLO, G., *Manuale*, pág. 340.

2.3.2.1.2. *El criterio de los valores de Pannain*

PANNAIN, aunque conviene con estos autores en que el concepto de «Administración pública» del Título II, Libro II, del Código penal italiano es *rigurosamente penal,* y, por tanto, no coincidente con aquel derivado del *derecho público,* difiere de ellos a la hora de dotarlo de contenido [189]. Según este autor, si bien la noción penal de Administración pública es más amplia que la de Administración en un sentido técnico, no es cierto que aquélla comprenda también las otras actividades y funciones del Estado: «La *función legislativa* y aquella *judicial,* como tales, son siempre, respectivamente, *legislativa* y *judicial,* nunca administrativa, ni siquiera para entrar en la amplia noción del derecho penal» [190]. Para PANNAIN, la extensión del concepto penal toma en consideración el perfil subjetivo, y no el objetivo, que hace referencia de forma especificada a cada una de las funciones. Ahora bien, el perfil subjetivo no es tenido en cuenta como *cualidad inerte,* esto es, no se tutela solamente el órgano como tal, sino, más bien, determinados *valores* que pertenecen a los órganos y personas que constituyen subjetivamente la Administración en un sentido amplio, y, por tanto, valores relativos a órganos, no sólo de la Administración propiamente dicha, sino también de la función legislativa y judicial [191]. De todo lo dicho, concluye el autor que, de acuerdo con el Título II, a la hora de dotar al concepto penal de Administración pública de un contenido, entran en consideración valores que también pueden pertenecer a sujetos de la jurisdicción y de la legislación, pero que son tenidos en cuenta, debido a su importancia en la organización estatal, con independencia de los órganos y de los sujetos a los que pertenecen [192].

2.3.2.1.3. *La opinión de Tagliarini*

También este autor se aleja de lo que ha sido en Italia la opinión mayoritaria en relación con el concepto penal de Administración pública. Según este autor, el Código Rocco, que acoge como hemos visto un concepto amplio de Administración pública, no puede ser considerado como un fetiche ajeno al correr de los tiempos, sino que debe

[189] PANNAIN, R., *I delitti dei pubblici ufficiali*, pág. 1.

[190] PANNAIN, R., *I delitti dei pubblici ufficiali*, pág. 2.

[191] Véase PANNAIN, R., *I delitti dei pubblici ufficiali*, págs. 2-4, que en una primera conclusión determina que, de acuerdo con el Título II, por Administración pública debe entenderse «un conjunto de valores que pertenecen a la *organización pública estatal*» (la cursiva es nuestra), precisando qué ha de entenderse, desde un punto de vista penal, por tal expresión.

[192] PANNAIN, R., *I delitti dei pubblici ufficiali*, pág. 5.

interpretarse nuevamente de forma sistemática a la luz de la evolución histórica y constitucional posterior a su creación [193].

El tránsito del Estatuto de la monarquía (Estatuto Albertino) a la Constitución republicana (1948) trae consigo una nueva estructuración del complejo organigrama del Estado que afecta, no sólo a su forma institucional, sino también a la misma disposición de los poderes fundamentales, a la especificación de las características constitucionales propias de cada una de las funciones, y a la institución de los procedimientos que son vinculantes para el ejercicio de los poderes pertenecientes a éstas: «tal sistema altera sustancialmente el orden de los valores que surgen del Estatuto Albertino con relación, tanto a la función administrativa como a la jurisdiccional, al tiempo que da también un nuevo contenido a las instituciones parlamentarias después del reconocimiento explícito, a nivel jurídico, de los partidos políticos» [194]. Resulta evidente para TAGLIARINI que de todos estos cambios producidos a nivel constitucional, que repercuten hondamente en la significación política de cada uno de los poderes, se deriva la imposibilidad de seguir refiriéndonos a un concepto penal indiferenciado de Administración pública [195]; es indudable que «la distinción de los *valores-fin* de cada función no puede permanecer indiferente en el momento de la especificación de los límites y contenidos propios de la tutela penal otorgada por el código al ejercicio de las funciones públicas estatales» [196]. Si se mantiene un concepto amplio de Administración pública, infiere TAGLIARINI, no puede alcanzarse una especificación de las características fundamentales de cada función pública (legislativa, administrativa y judicial), y nos resultará imposible, por tanto, reconstruir en términos analíticos los valores base que el legislador penal ha querido proteger [197].

193 TAGLIARINI, F., *Il concetto di pubblica amministrazione*, págs. 131 y 132.

194 Véase TAGLIARINI, F., *Il concetto di pubblica amministrazione*, págs. 132-135, donde menciona, junto a los tradicionales, los nuevos valores recogidos por la Constitución de la República italiana, como la independencia del juez (art. 104), el deber de imparcialidad y correcto funcionamiento de la Administración pública (art. 97), y, a nivel parlamentario, la libertad de organización (art. 64), la libertad de iniciativa (art. 71), etc.

195 TAGLIARINI, F., *Il concetto di pubblica amministrazione*, pág. 135. En el mismo sentido LEONE, M., *Pubblica Amministrazione*, págs. 18 y 19. También RAMPIONI, R., *Bene giuridico*, págs. 47 y 48, pone de relieve que los cambios constitucionales sobrevenidos descubren pronto las carencias de la «concepción amplia y omnímoda de administración pública, basada en la absoluta identificación de los conceptos de administración pública-función pública (...)».

196 TAGLIARINI, F., *Il concetto di pubblica amministrazione*, págs. 135 y 136. De la misma opinión FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale*, pág. 127, para quienes las diferencias existentes entre *legislación, administración* y *jurisdicción* deben ser tenidas en cuenta por el intérprete a la hora de precisar el sentido de cada figura delictiva.

197 Véase TAGLIARINI, F., *Il concetto di pubblica amministrazione*, págs. 129 y 136. Como veremos *infra* (epígrafe 2.3.2.2.2. A) de acuerdo con este autor, es necesario analizar qué valores, recogidos en la Constitución, relativos a cada función y a cada poder del Estado, pueden constituir objeto de tutela penal.

2.3.2.1.4. *El parecer de Rampioni*

Una opinión cercana a la de TAGLIARINI es la mantenida por RAMPIONI. Estudiar los delitos de los funcionarios públicos contra la Administración pública partiendo de los esquemas lógicos e instrumentos interpretativos propios de los redactores del Código y de la primera doctrina penal que sobre él se formó, parece comportar, según este último autor, una imagen distorsionada de los mismos que no se corresponde con la norma *actual* y que, desdeñada la evolución histórica, determina en gran medida que no puedan aplicarse [198].

Con la intención de superar este planteamiento, comienza RAMPIONI poniendo de relieve las profundas modificaciones que experimenta el Estado, tanto en su organización como en su actividad, en los años treinta, primero, y con la Constitución republicana, después [199]. En pocos años, de un Estado donde se limita lo más posible el ámbito de intervención, se pasa a una Administración pública proveedora de prestaciones a los ciudadanos [200]: «la progresiva expansión de las tareas y actividades del Estado, (...), el correlativo incremento de los órganos públicos, hacen (...) definir el Estado contemporáneo como Estado "intervencionista", cada vez más partícipe en la vida de la comunidad. Se asiste, en definitiva, a una presencia de la administración cada vez más amplia y penetrante en la vida económica y social: ella se encarga de administrar una enorme demanda social, tanto que a alguno parece, por sus complejas y articuladas tareas, "casi un Estado en el Estado"» [201].

Con la llegada de la Constitución, continúa diciendo RAMPIONI, el aparato estatal, además de asumir la administración directa de servicios públicos e intervenir en cada campo de la actividad económica, participa globalmente como operador social. Su labor no se limita a asegurar el desarrollo ordenado de la actividad de los particulares, sino que llega a modificar la situación económico-social, tiende, con palabras de MORTATI, a «remover los obstáculos de orden económico-social que, limitando en efecto la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país» [202].

[198] Véase RAMPIONI, R., *Bene giuridico*, págs. 47-51, 68 y 69, quien, coincidiendo con Tagliarini, manifiesta que un concepto amplio de Administración pública no permite la individuación de las características propias de cada función, y, por consiguiente, impide la posibilidad de fijar en términos analíticos, y no sintéticos, los valores que el legislador pretende tutelar respecto a cada una de las funciones.

[199] Véase, con detalle, RAMPIONI, R., *Bene giuridico*, págs. 51-59.

[200] RAMPIONI, R., *Bene giuridico*, pág. 52.

[201] RAMPIONI, R., *Bene giuridico*, págs. 54 y 55.

[202] Véase RAMPIONI, R., *Bene giuridico*, pág. 56.

Ante este panorama, la conclusión a la que llega RAMPIONI es fácil de adivinar. La creciente ampliación de las tareas y actividades del Estado, el correspondiente aumento de los órganos públicos, la evolución de la relación ciudadano-Estado, la atenuación de la tradicional separación entre esfera pública y esfera privada, etc., impiden trazar, ni siquiera a efectos penales, una noción amplia de Administración pública, que contenga las tres funciones clásicas [203]. Resulta inadmisible tratar de comprender las numerosas funciones que desarrolla el Estado en una única fórmula, y hacer de ella el esquema lógico-interpretativo de los delitos de los funcionarios públicos contra la Administración pública [204]. Por tanto, todo aquel que quiera realizar un estudio de los delitos de los funcionarios públicos, lo ha de llevar a cabo sin atribuir valor interpretativo alguno a la expresión unitaria «administración pública» contenida en la rúbrica, sin pretender una tutela penal unitaria de las funciones mismas [205]. Se impone, de acuerdo con RAMPIONI, la necesidad de afrontar la exégesis de estos delitos haciendo referencia a cada una de las funciones por separado, y advirtiendo cuáles son las características o valores propios de éstas, fijados en la Constitución, dignos de protección penal [206].

2.3.2.2. *Bien jurídico protegido en los delitos del Título II, Libro II, del Código penal italiano*

Como ya advertíamos, existe una estrecha relación entre, por un lado, el concepto de Administración pública que uno propugne, y, por otro, el bien jurídico que se considere tutelado por los delitos en estudio. TAGLIARINI lo expresa con suma claridad: de una noción amplia de Administración pública [207] dimana «la tendencia a buscar el interés protegido por dichas normas de modo no analítico sino sintético, en relación con la exigencia de hacer entrar en un único concepto todos los atributos relevantes, y diferentes entre ellos, de las distintas funciones públicas» [208].

203 RAMPIONI, R., *Bene giuridico*, págs. 57, 58, 76 y 77.

204 RAMPIONI, R., *Bene giuridico*, págs. 68 y 71. En el mismo sentido STILE, A. M., *Amministrazione pubblica*, pág. 130.

205 RAMPIONI, R., *Bene giuridico*, págs. 71 y 72.

206 RAMPIONI, R., *Bene giuridico*, págs. 72, 76, 77, 79, 118-120. En consonancia con lo dicho, la investigación de este autor (véanse págs. 79 y ss.) se centra exclusivamente en el estudio de la función administrativa en sentido estricto «por el, sin duda, mayor interés, teórico y práctico, que presenta respecto a las otras». Coincide con este autor SEMINARA, S., *Commentario*..., 3.ª edizione, pág. 806.

207 Sobre el concepto amplio de Administración pública, su vinculación con el Estado fascista, y autores que lo siguieron, véase el epígrafe 2.3.2.1.1.

208 TAGLIARINI, F., *Il concetto di pubblica amministrazione*, pág. 128. Véase también PALOMBI, E., *Il delitto di concussione*, págs. 117 y 118.

2.3.2.2.1. *La postura mayoritaria: la dignidad y el prestigio de la Administración pública. Crítica*

Si atendemos a la configuración de las diversas figuras delictivas, y hacemos una comparación desde un punto de vista sistemático, se advierte que los delitos de los funcionarios públicos regulados en el Código Rocco (1930) en poco difieren de los recogidos en el Código Zanardelli (1889). Ahora bien, como pone de manifiesto RAMPIONI, el primero de estos códigos cambia completamente el elenco de los valores, o el contenido de los mismos, que forman el sustrato de tales figuras, y con base en los cuales son interpretadas por doctrina y jurisprudencia [209]: de unos mismos o semejantes delitos se llega, en función de los valores socio-culturales que el intérprete tome en consideración, a resultados hermenéuticos diferentes [210]. En el Estado fascista se muestra clara la vía a seguir en la interpretación de los delitos de los funcionarios públicos: el autoritarismo [211]. Se produce, con ello, una involución en la relación ciudadano-Estado; el individuo se convierte en un mero instrumento del organismo estatal, es privado de su libertad, al menos política [212].

Este es, a grandes trazos, el marco socio-político que va a servir de caldo de cultivo a la postura mayoritaria mantenida por la doctrina y jurisprudencia italianas en torno al bien jurídico protegido en los delitos contra la Administración pública del Código penal de 1930. Se habla, en este ámbito, del «interés relativo al normal funcionamiento y prestigio de la administración pública en sentido amplio por lo que respecta a la probidad, desinterés, capacidad, competencia, disciplina, fidelidad, seguridad, libertad, decoro funcionales y al respeto debido a la voluntad del Estado en relación con determinados actos o relaciones de la administración

[209] Por poner un ejemplo, véase en RAMPIONI, R., *Bene giuridico*, págs. 24 y 25, cómo el deber de fidelidad es concebido de manera distinta por el fascismo que por la doctrina liberal.

[210] RAMPIONI, R., *Bene giuridico*, págs. 20 y 21.

[211] Véase RAMPIONI, R., *Bene giuridico*, pág. 21.

[212] Véase RAMPIONI, R., *Bene giuridico*, págs. 22 y 23, donde sigue diciendo que la concepción autoritaria de las relaciones entre Administración pública y ciudadanos constituye el fundamento lógico e histórico del sistema penal que se trata de examinar, donde el honor y el deber de fidelidad juegan un papel fundamental. A la *violación del deber de fidelidad* que los funcionarios públicos tienen hacia el Estado, se refiere expresamente PISAPIA, G. D., *Istituzioni di Diritto penale*, pág. 237. También JANNITTI PIROMALLO, A., *Elementi di Diritto penale*, pág. 82, configura los delitos contra la Administración pública como «violación de deberes del cargo que los funcionarios tienen hacia el Estado, o (...) violación de los deberes jurídicos que los particulares tienen hacia el Estado (...)». En contra, sin embargo, STILE, A. M., *Amministrazione pubblica*, pág. 133, para quien los delitos de los funcionarios públicos no se agotan en la violación de los deberes del cargo; y BETTIOL, G., *Interesse privato in atti di ufficio*, págs. 277 y 278, aunque se refiere exclusivamente al delito, ya derogado, del art. 324 del Código penal.

pública misma»[213]; del «interés del Estado en la organización y en el normal funcionamiento de sus órganos públicos en sus distintas actividades»[214]; o, en fin, del «regular funcionamiento de la Administración pública, entendida como sujeto [y, en cuanto tal, revestida de una dignidad y de un prestigio (...)], y como actividad concreta [y, por ello, como actividad del cargo y del titular del cargo]»[215].

Cada vez son más, sin embargo, los autores que se muestran críticos con la opinión que acabamos de bosquejar referente al bien jurídico tutelado en los delitos en estudio[216]. Entre ellos puede destacarse a RAMPIONI[217]. Este autor mantiene que los principios fijados por la Constitución italiana impiden que pueda verse en el prestigio de la Administración pública la *ratio* determinante y exclusiva de la tutela de estos delitos; es más, se

[213] MANZINI, V., *Istituzioni*, pág. 66. En sentido similar ANTOLISEI, F., *Manuale*, pág. 261, aunque ya alude expresamente, cosa que no hace en las primeras ediciones, al *«buon andamento»* del art. 97 de la Constitución italiana; y SPINELLI, G., *I delitti contro la pubblica amministrazione*, pág. 549. Por su parte, BARTULLI, A., *L'interesse privato in atti di ufficio*, págs. 97-111, frente a las críticas recibidas por considerar el «correcto funcionamiento y prestigio de la administración pública» bien jurídico protegido en el delito del art. 324 del Código penal italiano, dejado sin contenido por la ley n. 86/90, de 26 de abril, trata de remozar su postura con alusiones a la Constitución italiana, y así, donde antes hablaba de «regular o correcto funcionamiento de la administración pública», ahora menciona la «objetividad o *despersonalización* en el ejercicio de la función pública», y el «prestigio de la administración pública» torna, aunque sin relevancia alguna en cuanto al contenido que el autor confiere a la figura, en el «reflejo de la confianza que la administración pública debe inspirar en la persona de los funcionarios públicos».

[214] RANIERI, S., *Manuale*, págs. 181 y 182, quien, de forma sistemática, se refiere a este mismo bien jurídico a la hora de precisar el objeto protegido por las distintas figuras delictivas del Título II, con frecuentes alusiones al prestigio, lealtad, fidelidad, dignidad, etc., (véanse, por ejemplo, págs. 189, 202, 207, 208, 220, 234, 235, 241, 252, 260, 274, 276, 277, 291, 294, 299, etc.). Véanse también VANNINI, O., *Manuale*, pág. 53; SANTANIELLO, G., *Manuale*, pág. 341; y CHIAROTTI, F., *Delitti contro l'Amministrazione pubblica*, pág. 241.

[215] RICCIO, S., *Amministrazione pubblica*, pág. 570. Llama la atención la postura de LEONE, M., *Pubblica Amministrazione*, págs. 10-19, 38, 41, pues si bien se muestra partidario de una nueva interpretación del concepto de Administración pública del Código Rocco a la luz de los nuevos valores constitucionales, e, incluso, alude tímidamente al *«buon andamento»* y a la *«imparzialità»* del art. 97 de la Constitución italiana como objetos de tutela penal, sigue manteniendo una postura más cercana a los autores italianos hasta el momento estudiados, ya que, con carácter general, para todos los delitos del Título II, continúa hablando del «normal desarrollo de la actividad funcional de Estado», y, en concreto, para los delitos del Capítulo I de este título, sigue jugando un papel importante el deber de fidelidad e integridad del funcionario público frente a la Administración.

[216] Véanse, por ejemplo, PEDRAZZI, C., *Millantato credito*, pág. 1360, que, con expresión que hizo fortuna, habla, refiriéndose sobre todo a la jurisprudencia, de «obsesión del prestigio», obsesión que dimana de una concepción superada de la Administración pública, en términos de autoritarismo fin en sí mismo, antes que de servicio al público; BETTIOL, G., *Interesse privato in atti di ufficio*, págs. 271, 277 y 278; y TAGLIARINI, F., *Il concetto di pubblica amministrazione*, págs. 128, 136 y 174.

[217] RAMPIONI, R., *Bene giuridico*, págs. 26, 71-77, 260, 262 y 263.

trata de un interés que no goza de protección alguna a nivel constitucional, antes bien, choca con los bienes que la Constitución pretende proteger [218]. Los valores que la doctrina mayoritaria considera tutelados por los delitos contra la Administración pública tienen, según RAMPIONI, una naturaleza esencialmente formal, lo que hace que se produzca una ampliación de la esfera operativa de las figuras delictivas y, por tanto, una inseguridad en la determinación de su ámbito de aplicación [219].

Para STILE, la idea del «prestigio de la Administración pública» supone una «absoluta devaluación del bien jurídico como criterio interpretativo, lo que conduce a una comprensión limitada de las normas y a la casi total anulación de la posibilidad de percibir perfectamente el sentido del desvalor del hecho típico» [220]. Mantiene este autor, coincidiendo con RAMPIONI, que tal concepto no sirve para circunscribir el alcance de las normas que castigan los delitos de los funcionarios públicos ni esclarecer las relaciones que existen entre ellas, así como tampoco para distinguir estos delitos de los ilícitos disciplinarios [221].

2.3.2.2.2. *La doctrina minoritaria*

Junto a la crítica dirigida a la opinión mayoritaria, adelantan estos autores la importancia y necesidad de acudir a la Constitución para entresacar los valores esenciales que

[218] RAMPIONI, R., *Bene giuridico*, págs. 73, 74 y 260. Escribe, por su parte, SEMINARA, S., *Commentario...*, 3.ª edizione, pág. 806, que «debe negarse cualquier relevancia a los valores de *probidad* o *corrección* de los funcionarios públicos o *prestigio* de la Administración pública, que no presentan los requisitos de materialidad y "vulnerabilidad" que caracterizan a los bienes merecedores de protección penal, y se presentan, además, el uno como valor-medio todavía no expresivo de una real exigencia de tutela, el otro como la herencia de desaparecidas concepciones ideológicas y políticas».

[219] Véase RAMPIONI, R., *Bene giuridico*, págs. 75 y 76.

[220] STILE, A. M., *Amministrazione pubblica*, pág. 132. Después de lo categórico de su pronunciamiento, sorprende que Stile, más adelante, en pág. 134, siga refiriéndose, en relación con los delitos del Capítulo II, Título II, del Código penal italiano, al *prestigio* de la Administración sin tratar de superar la concepción que se deduce del Código penal de 1930, máxime cuando el propio autor defiende (pág. 135) que en los delitos contra la Administración pública los valores constitucionales constituyen un punto de referencia inequívoco para la determinación del objeto tutelado.

[221] STILE, A. M., *Amministrazione pubblica*, págs. 132 y 133, quien, sin embargo, aludiendo a la doctrina más reciente, advierte de que no puede confundirse la perspectiva de *iure condendo* con la interpretativa: «si la "función crítica" del concepto de bien jurídico y el "acercamiento constitucional" debieran inducir a circunscribir la tutela de la Administración pública a la esfera de la legalidad, de la imparcialidad y de la buena marcha con arreglo a las posibles determinaciones, esto no quiere decir que el legislador de 1930 se haya atenido (o limitado) a tales parámetros, y que, por ejemplo, no pueda haber querido (...) reprimir efectivamente graves violaciones del prestigio de la administración pública que prescinden de la ofensa de ulteriores (...) intereses». Es lo que ocurre, según este autor, con los delitos de corrupción impropia subsiguiente (art. 318 del Código penal italiano) e instigación al desprecio de las instituciones (art. 327).

deben ser tutelados por los delitos contra la Administración pública [222]. Un lugar destacado entre la, cada vez más pujante, doctrina minoritaria, ocupa, sin duda, TAGLIARINI.

A. *Tagliarini*

Este autor, como ya adelantábamos en el apartado dedicado al concepto de Administración pública, es partidario del análisis de cada una de las funciones públicas (administrativa, legislativa y judicial), para de este modo, y teniendo como referencia irrenunciable la Constitución, distinguir sus características esenciales dignas de protección penal [223].

a) *La función administrativa*

Comienza esta parte de su investigación con el estudio de la función administrativa (Administración pública en sentido propio), para lo que resulta fundamental acudir a lo dispuesto en el art. 97 de la Constitución italiana [224]. Supone este precepto una elección precisa y meditada de, por una parte, los valores-fin a los que la Administración debe tender, y, por otra, los valores-medio que deben estar encaminados a la realización de aquéllos. En este sentido, de tal norma se derivan, según TAGLIARINI, «tres valores, esenciales para el correcto acontecer de la actividad administrativa, que tienen especial importancia en el ámbito penal a la hora de especificar los intereses tutelados por las figuras comprendidas en el capítulo I, título II, Libro II del Código penal (...): a) reparto y ejercicio legales de las funciones según la competencia; b) buen funcionamiento; c) imparcialidad de la administración pública» [225].

El primero de estos valores adquiere importancia en su dimensión externa, esto es, en las relaciones existentes entre los titulares de los órganos administrativos y los ciudadanos [226], de modo que el objeto de tutela penal por parte de las figuras delictivas

[222] Véase, por todos, RAMPIONI, R., *Bene giuridico*, págs. 257 y ss.

[223] A ello dedica TAGLIARINI, F., *Il concetto di pubblica amministrazione*, el Capítulo II, Parte segunda, págs. 131 y ss.

[224] Dice así este precepto: «Los cargos públicos son organizados conforme a disposiciones de ley, de manera que sean aseguradas la buena marcha y la imparcialidad de la administración.

En el ordenamiento de los cargos se determinan las esferas de competencia, las atribuciones y las responsabilidades propias de los funcionarios.

A los empleos en las administraciones públicas se accede mediante concurso, salvo los casos determinados por la ley».

[225] TAGLIARINI, F., *Il concetto di pubblica amministrazione*, págs. 141 y 142. Parece adherirse a este autor, INFANTINI, F., *L'abuso della qualità*, págs. 15 y 16, nota 21.

[226] Se percibe en TAGLIARINI, F., *Il concetto di pubblica amministrazione*, págs. 142-145, un especial interés por dejar claro que desde el punto de vista penal, por lo que se refiere a este valor, sólo es relevante aquella actividad administrativa con eficacia externa a la Administración pública, y

que garantizan tal principio es el interés del Estado en que los poderes ligados a cada función no se utilicen de una manera arbitraria y abusiva, o para fines ajenos a los asignados por la ley a cada órgano o cargo, y esto especialmente en consideración a los abusos que puedan surgir en las relaciones intersubjetivas entre administración y ciudadanos [227].

El interés referido a la buena marcha (o funcionamiento) de la Administración pública se dirige a la tutela de la acción de la Administración pública en su aspecto dinámico y último [228]. Se adhiere TAGLIARINI a los que anudan este interés al concepto de «eficiencia», destacando esencialmente dos momentos: el referido al reconocimiento a los órganos administrativos de adecuados poderes decisorios y actos que se organizan para garantizar la puntualidad de la acción administrativa, y el otorgamiento a tales órganos de medios y procedimientos adecuados para el logro de los fines previstos por el ordenamiento [229].

Finalmente, el último de los valores derivados del art. 97 de la Constitución italiana, esto es, la imparcialidad de la Administración pública, tiene un contenido conceptual preciso. Con ella se hace referencia, de una parte, al deber de la Administración pública de obrar en el respeto de un sustancial desapego con relación a las interferencias de los grupos de presión, fuerzas políticas y de los mismos intereses personales de los funcionarios, y, de otra, la obligación, correlativamente, de proceder de modo tal que los beneficios y perjuicios, dimanantes de la acción de administración, sean repartidos con equidad en el respeto de los legítimos intereses de los ciudadanos y sin que permanezca, surja o se vuelva a crear alguna posición de privilegio basada en el actuar de los administradores públicos [230].

---

no las violaciones de los deberes jerárquicos que se producen en el ámbito interno del ordenamiento administrativo, y para cuya represión se disponen las diferentes sanciones disciplinarias. Importa, por tanto, el respeto por parte de los titulares de los órganos administrativos a su esfera de funciones y competencias en las relaciones con los ciudadanos, y, por tanto, al uso legítimo de las mismas en los actos que tengan una eficacia que trascienda el ámbito interno de la Administración pública. En el mismo sentido, MIRRI, M. B., *Corruzione propria e corruzione impropria*, pág. 436.

227 Véase TAGLIARINI, F., *Il concetto di pubblica amministrazione*, págs. 142-157, a lo largo de las cuales realiza un repaso de las figuras que, unas, con toda claridad, otras, no tanto, se dirigen a la tutela de este interés.

228 Véase TAGLIARINI, F., *Il concetto di pubblica amministrazione*, pág. 159.

229 TAGLIARINI, F., *Il concetto di pubblica amministrazione*, págs. 159-165, donde además enuncia las figuras que protegen tal interés, y se detiene, con mayores pormenores por los problemas que plantean, en el delito de peculado por distracción y el regulado en el art. 324 (interés personal en actos del cargo), sin contenido a partir de 1990. Véanse también MIRRI, M. B., *Corruzione propria e corruzione impropria*, págs. 437 y 438; y SEMINARA, S., *Commentario...*, 3.ª edizione, pág. 806.

230 Véase TAGLIARINI, F., *Il concetto di pubblica amministrazione*, págs. 165-168, para quien la imparcialidad así entendida se diferencia del principio de «buen funcionamiento», respecto del cual opera a modo de límite, garantizando que el fin de eficiencia de la Administración pública no derive en el arbitrio. Así también, MIRRI, M. B., *Corruzione propria e corruzione impropria*, págs. 438 y 439.

b) *La función legislativa*

Las conclusiones a las que llega TAGLIARINI respecto a la función legislativa son, como veremos en breve, distintas. Y la razón fundamental ha de buscarse en la propia Constitución italiana. Entre su articulado no hay mención alguna, a diferencia de lo que ocurre en relación con la función administrativa, a que los parlamentarios tengan un *deber de imparcialidad* o *un deber de buen funcionamiento,* y de aquí han de colegirse, por fuerza, consecuencias relevantes en el ámbito penal [231].

En efecto, si conceptuamos la «imparcialidad» como el deber del funcionario público de obrar con total desinterés respecto a las interferencias de grupos de presión, fuerzas políticas o intereses particulares, de modo que los beneficios y perjuicios que derivan de la acción pública sean repartidos entre los ciudadanos con equidad, se advierte inmediatamente que tal deber choca con las facultades más significativas y legítimas de los parlamentarios en el ejercicio de sus funciones, ya que éstos representan a partidos, esto es, a grupos políticos que, si bien han de dirigirse a resolver los problemas generales de la comunidad, no dejan nunca de ser portadores de intereses de clases, grupos y también de ciudadanos, y tal configuración sociológica y jurídica se refleja necesariamente, a nivel institucional, en el proceder de los grupos parlamentarios y, a través de ellos, en el actuar de los diputados [232].

Por otra parte, de la Constitución, y más claramente de los trabajos preparatorios, se deduce, según TAGLIARINI, con cierta perplejidad, que el constituyente no quiso establecer para los parlamentarios «un deber de buen funcionamiento y, coherentemente, no les hizo sujetos pasivos de específicas situaciones jurídicas obligatorias en orden al ejercicio de las potestades a ellos atribuidas» [233].

Después de reparar en que ambos valores, imparcialidad y buen funcionamiento, no operan en relación con los funcionarios del orden legislativo (parlamentarios), se dispone TAGLIARINI a dilucidar, con especial referencia a los delitos de corrupción e interés personal en actos del cargo, si el deber de probidad, o mejor, de no venalidad, que él deduce del párrafo 2.° del art. 54 de la Constitución italiana [234], puede referirse

231 TAGLIARINI, F., *Il concetto di pubblica amministrazione*, págs. 211-223.

232 Véase TAGLIARINI, F., *Il concetto di pubblica amministrazione*, págs. 211-213.

233 TAGLIARINI, F., *Il concetto di pubblica amministrazione*, págs. 217-220, donde pone de manifiesto que en los trabajos preparatorios, se rechazó mayoritariamente la posibilidad de sancionar severamente los casos más graves de incumplimiento por parte de los parlamentarios del deber de estar presente en los trabajos de las cámaras, y esto porque «la elevada función atribuida a los representantes del pueblo no permitía extender a ellos sanciones propias de los funcionarios de los otros poderes estatales, y la naturaleza y existencia misma de una semejante sanción podía (...) afectar a comportamientos que constituyen, no negligencia, sino efectiva manifestación de opinión y voluntad política».

234 Este precepto dice: «Todos los ciudadanos tienen el deber de ser fieles a la república y de observar la Constitución y las leyes.

también a los parlamentarios [235]. Y la conclusión a la que llega es que el límite constitucional existente a favor de la actividad parlamentaria conduce a una restricción de los conceptos de *interés* (art. 324 del Código penal) y *beneficio* (artículos 318 y 319), con la consiguiente reducción del ámbito de aplicación de estos delitos, de manera que es lícito perseguir intereses o conseguir beneficios, incluso patrimoniales, dirigidos a fines de partido, o bien intereses personales de carácter electoral, y resulta ilícito perseguir intereses o conseguir beneficios, para uno mismo o para terceros extraños a las estructuras y a los fines del partido, que tengan un contenido patrimonial [236]. Puede decirse, por tanto, que para los funcionarios del orden legislativo (parlamentarios), el deber de probidad o de no venalidad experimenta en sede de principios constitucionales una profunda limitación en relación con la eficacia que despliega cuando se trata de funcionarios del orden administrativo [237].

c) *La función jurisdiccional*

Por lo que respecta a la función jurisdiccional, si bien se considera, a diferencia de la legislativa, cercana en términos conceptuales a la función de administración en sentido propio, no dispensa ello de un estudio que trate de determinar, en relación con aquélla, las connotaciones específicas que puedan tener los valores a que venimos aludiendo, o incluso, si es el caso, dar cuenta de nuevos intereses acogidos por la Constitución italiana dignos de tutela penal [238].

Con estas miras, cabe decir, en opinión de TAGLIARINI, por lo que se refiere a la función jurisdiccional, que el deber de imparcialidad resulta reforzado por el legislador italiano [239]. Tal deber, cuando se trata del juez, se configura sobre dos extremos: el

---

Los ciudadanos a los que son confiadas funciones públicas tienen el deber de cumplirlas con disciplina y honor, prestando juramento en los casos establecidos por la ley».

Es importante constatar que TAGLIARINI, F., *Il concetto di pubblica amministrazione*, págs. 136-140, dota de un contenido distinto, alejado de concepciones arcaicas, a los términos *disciplina* y *honor*, relacionándolos con los valores de *legalidad* y *rectitud*, «que resultan elementos (...) fundamentales para el correcto ejercicio de las funciones públicas».

235 TAGLIARINI, F., *Il concetto di pubblica amministrazione*, págs. 223-243.

236 TAGLIARINI, F., *Il concetto di pubblica amministrazione*, págs. 228-236, especialmente la nota 209.

237 TAGLIARINI, F., *Il concetto di pubblica amministrazione*, págs. 238 y 239. Por todo lo dicho, se muestra partidario este autor (pág. 241) de la creación de una figura delictiva dirigida a los miembros del Parlamento, y que tenga que ver con el concepto de violación de la Constitución, o mejor, de infidelidad en el ejercicio del mandato parlamentario, garantizando de esta manera una responsabilidad penal para los parlamentarios.

238 Véase TAGLIARINI, F., *Il concetto di pubblica amministrazione*, págs. 243-247, 267 y 268.

239 TAGLIARINI, F., *Il concetto di pubblica amministrazione*, págs. 247-254 y 268-270, que basa esta idea, entre otras razones, en la mayor severidad del deber de abstención del juez.

primero de ellos, característico de todo funcionario de la burocracia pública, alude al deber de no privilegiar en el ejercicio de sus funciones a ningún interés que sea extraño a los fines típicos del órgano del que es titular; el segundo, se refiere al ejercicio de la función específica de «juzgar» según un modelo riguroso de ecuanimidad y objetividad tal que evite que la dialéctica del proceso pueda ser alterada por elementos de juicio ajenos al caso concreto que se decida [240].

También el deber de «buen funcionamiento» afecta, en general, a la función jurisdiccional [241]. Ahora bien, de acuerdo con el autor italiano, este deber encuentra un límite esencial en el deber de imparcialidad del juez, de modo que no puede admitirse que ésta se vea sacrificada en aras de un elevado grado de eficiencia burocrática en la función jurisdiccional o, peor, «que con el pretexto de tal eficiencia los órganos directores o de vigilancia asuman actos, en la forma, de carácter organizador, pero, en su verdadera esencia, encaminados a dirigir, controlar o reprimir los poderes decisorios del juez en el momento del juicio» [242]. Por tanto, puede decirse que también existen en el ámbito de la función jurisdiccional los deberes de imparcialidad y buen funcionamiento, si bien éste se encuentra limitado (y casi debilitado) por la existencia de aquél, que, contrariamente, se tiñe de un tratamiento más esencial y riguroso [243].

Finalmente, se detiene TAGLIARINI en el examen de la tutela penal otorgada por el ordenamiento a la independencia del juez [244]. Y mantiene este autor que el contenido del deber de independencia del juez se sustancia en la garantía de no subordinación de éste a las direcciones políticas y administrativas pertenecientes a la toma de decisiones del gobierno y del Parlamento [245]. Esta particular posición del juez va a permitir una distinción entre la función jurisdiccional y la función administrativa en sentido propio: «mientras la administración pública debe, en el ejercicio de su función específica, someterse al deber de imparcialidad, esto es, obrar de un modo independiente y neutral respecto a los intereses de las clases, grupos y fuerzas sociales en general, pero debe someterse asimismo —con los límites y para los fines previstos por la ley— a las direcciones político-administrativas del gobierno, la magistratura (...), por el contrario, debe ejercer su función sometiéndose exclusivamente a la ley y permaneciendo neutral, no sólo respecto a las influencias de clases o grupos que aspiren a privilegiar su posición en relación con el particular momento del juicio, sino también respecto a las direcciones político-administrativas del gobierno» [246].

240 TAGLIARINI, F., *Il concetto di pubblica amministrazione*, págs. 254 y 255.

241 Véase TAGLIARINI, F., *Il concetto di pubblica amministrazione*, págs. 255-259.

242 TAGLIARINI, F., *Il concetto di pubblica amministrazione*, págs. 258 y 259.

243 TAGLIARINI, F., *Il concetto di pubblica amministrazione*, págs. 259, 270 y 271.

244 TAGLIARINI, F., *Il concetto di pubblica amministrazione*, págs. 259-265 y 271-276.

245 TAGLIARINI, F., *Il concetto di pubblica amministrazione*, pág. 264.

246 TAGLIARINI, F., *Il concetto di pubblica amministrazione*, págs. 264 y 265, donde añade que el juez, a diferencia del administrador público, no sólo tiene un deber de imparcialidad, sino también un preciso deber de independencia respecto a los otros poderes del Estado que se coloca junto a aquél

En suma, para acabar con este autor, también los delitos contra la Administración pública protegen, de la manera expresada, los valores recogidos en la Constitución italiana en defensa de la función jurisdiccional, esto es, la imparcialidad, el buen funcionamiento y la independencia del juez [247].

B. *Rampioni*

Coincide este autor con TAGLIARINI en la necesidad de acometer el estudio de los delitos contra la Administración pública atendiendo separadamente a cada una de las funciones públicas, y para ello acude también a la Constitución en busca de los valores o intereses que deben encontrar protección en el Derecho penal. Existen, sin embargo, entre ambos autores, puntos divergentes dignos de mención [248].

a) *Las funciones legislativa y jurisdiccional*

La *igualdad,* sin mayores precisiones, es el principio al que RAMPIONI alude cuando se refiere a la función legislativa, convirtiéndose en el valor-fin que informa el actuar de quien ejercita tal función [249]. Igualmente parco se muestra en el tratamiento de la función jurisdiccional. Las disposiciones constitucionales que fijan las líneas generales del particular *status* jurídico del juez se encaminan a asegurar su independencia funcional e individual: «es el libre ejercicio por parte de cada magistrado, sujeto solamente a la ley, del poder-deber de juzgar, en una palabra, es la independencia del juez el bien que el constituyente ha querido salvaguardar en el ejercicio de la función jurisdiccional» [250].

b) *La función administrativa*

Con mayor profundidad y rigor aborda RAMPIONI la función administrativa. Acude igualmente al art. 97 de la Constitución italiana en busca de las características más

---

reforzándolo, pero sin identificarse con él, ya que, mientras el deber de imparcialidad concierne a la relación entre el juez, como funcionario público, y los grupos extraños a la estructura estatal, el deber de independencia atañe, en cambio, a la relación entre el juez y el poder político perteneciente institucionalmente al gobierno.

[247] Véase TAGLIARINI, F., *Il concetto di pubblica amministrazione*, págs. 275 y 276.

[248] El mismo enfoque que Rampioni da al tema es distinto, pues si bien se refiere a las características esenciales de las funciones legislativa y jurisdiccional, lo hace someramente, siendo el objeto central de su investigación, como ya indicamos *supra*, el estudio de la función administrativa en sentido estricto.

[249] Véase RAMPIONI, R., *Bene giuridico*, págs. 87 y 88.

[250] RAMPIONI, R., *Bene giuridico*, págs. 88 y 89.

sobresalientes de tal función que han de ser protegidas por los delitos contra la Administración pública. Al igual que TAGLIARINI, destaca como valores dignos de tutela la «imparcialidad» y la «buena marcha» de la Administración, pero, a diferencia de este autor, considera que estos valores son «caracteres "exclusivos" de la acción administrativa», previniendo de que «no debe cederse a la fácil sugestión evocada por el término "imparcialidad", que si (...) tiene puntos de contacto con los principios de igualdad, legalidad e independencia del juez, todavía debe tomarse en la medida y con el significado que mejor se ajustan al carácter administrativo de la actividad y a la naturaleza de las fuerzas que constituyen la administración en sentido dinámico» [251].

Centrado ya en la función administrativa, se esfuerza RAMPIONI en ofrecer un contenido de los dos valores que la caracterizan. Con esta intención, comienza aclarando que el art. 97 de la Constitución italiana no es una mera norma programática, con un contenido genérico, en el sentido de resultar imposible decir con precisión qué significado jurídico tienen «buen funcionamiento» e «imparcialidad», sino, por el contrario, y aquí se sirve de la opinión de la Corte constitucional, la mentada disposición tiene un carácter preceptivo, y los valores abrazados por ella un contenido jurídico preciso [252]. Así pues, sintetiza la «imparcialidad» en la «prohibición de crear preferencias», supone la «realización de los objetivos prefijados a través de una acción no desviada por presiones o influencias externas que pueden determinar discriminaciones arbitrarias entre los sujetos destinatarios» [253]. De esta manera, cuando la Administración procede al logro de sus fines debe ponderar los intereses amparados por la ley; en el ámbito de la discrecionalidad puede ejercitar la facultad de elección, pero debe hacerse teniendo en cuenta criterios uniformes para impedir así discriminaciones o favoritismos [254]. En cuanto al «buen funcionamiento», juega un papel importante el criterio de eficiencia. Es entendida ésta como «(...) idoneidad para lograr el resultado querido; éxito en la obtención del resultado; poder adecuado, efectividad, eficacia» [255]. Al atribuir a la Administración medios jurídicos

251 RAMPIONI, R., *Bene giuridico*, págs. 85, 90-93, donde, luego de recalcar que los valores «imparcialidad» y «buen funcionamiento» de la Administración son caracteres propios de la función administrativa, trata de diferenciar aquel valor, la imparcialidad, de los principios de igualdad e independencia del juez.

252 RAMPIONI, R., *Bene giuridico*, págs. 93 y 94. En el mismo sentido, MIRRI, M. B., *Corruzione propria e corruzione impropria*, págs. 435 y 436. Véase, sin embargo, PALOMBI, E., *Il delitto di concussione*, págs. 118 y 119, quien al estudiar el objeto tutelado por el delito de concusión se refiere al «buen funcionamiento» y a la «imparcialidad» en un tono censurador, debido, según él, al carácter indeterminado de estos conceptos. De la misma opinión SEMINARA, S., *Commentario...*, 3.ª edizione, pág. 806.

253 RAMPIONI, R., *Bene giuridico*, págs. 97, 98 y 261.

254 RAMPIONI, R., *Bene giuridico*, pág. 98.

255 Véase RAMPIONI, R., *Bene giuridico*, págs. 99 y 100, adhiriéndose a Simon.

flexibles para permitir la mejor adecuación de la acción administrativa a los fines prefijados, el criterio de eficiencia se determina, en el plano jurídico, en el principio de flexibilidad y puntualidad de la acción administrativa [256].

Ambos principios, imparcialidad y buen funcionamiento, son, según RAMPIONI, complementarios. Con palabras de MORTATI, considera aquél que «el buen funcionamiento debe entenderse de acuerdo con la imparcialidad, y no se alcanzaría si la posesión por los agentes de las cualidades de capacidad y rendimiento, así como la utilización de las técnicas más idóneas para asegurar rapidez y precisión de trabajo, no fueran puestas al servicio de la objetiva satisfacción del interés público» [257].

2.3.2.3. *Breves consideraciones sobre la reforma de abril de 1990*

Los cambios operados en Italia en los delitos contra la Administración pública por las leyes n. 86/90, de 26 de abril, y n. 181/92, de 7 de febrero, no restan validez alguna a las opiniones, ya referidas, de quienes, con anterioridad a estas fechas, estudian estas figuras delictivas en el marco de la Constitución italiana de 1948 [258]. Conviene, sin embargo, dar una sucinta idea de las innovaciones más relevantes llevadas a cabo por estas disposiciones, sobre todo la de 1990 [259], y las impresiones de los autores italianos que han tratado el tema.

Tras un atormentado *iter* parlamentario, prolongado durante más de cinco años, y después de diversos proyectos de ley infructuosos, la ley n. 86/90, de 26 de abril, lleva a efecto la esperada reforma de los delitos de los funcionarios públicos contra la Administración pública [260]. Sin embargo, la polémica que ha acompañado a la aprobación de la

[256] RAMPIONI, R., *Bene giuridico*, pág. 100, donde añade que «buena administración expresa un concepto final: es la actividad administrativa perfectamente adecuada, en el tiempo y en los medios, al fin específico que obtener (...)».

[257] RAMPIONI, R., *Bene giuridico*, págs. 100 y 101.

[258] Véanse PALAZZO, F. C., *La riforma dei delitti dei pubblici ufficiali*, págs. 491, 493 y 494, quien, después de escribir que la reforma de abril de 1990 es, sin duda, «la más amplia y significativa acontecida en la parte especial del código penal desde la posguerra hasta hoy», mantiene, sin embargo, que el perfil de aquélla es "novelístico", «dado que la nueva disciplina, de un lado, no ha sido diversificada con arreglo a las peculiares exigencias de tutela de las distintas funciones y actividades públicas, y, de otro, no ha utilizado nuevas técnicas de tutela, ni ha satisfecho algunas exigencias repetidamente manifestadas, ni (...) ha transformado los contenidos de desvalor de las "viejas" figuras»; y FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale...*, Appendice, pág. 4.

[259] No haremos referencia ya, en este apartado, a la ley n. 181/92, de 7 de febrero, que en palabras de MAZZA, L., *Delitti contro la pubblica amministrazione*, pág. 697, supone una «operación meramente "cosmética"». Para más detalle, véanse las págs. 701 y ss. de la última obra citada.

[260] Véanse FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale...*, Appendice, pág. 1; y STORTONI, L., *Delitti dei pubblici ufficiali contro la P. A.*, pág. 707, nota 1.

nueva normativa, debido, sobre todo, a la «anómala» mayoría (DC y PCI) que la ha votado y a la inusitada prisa con que se ha llegado a la votación definitiva, unido a las elecciones administrativas de mayo de 1990, ha generado la sospecha entre los autores italianos de que han sido preocupaciones electoralistas, y no razones político-criminales o de técnica legislativa, las que, preferentemente, han motivado la reforma [261].

Por otra parte, algunos de los viejos anhelos de la doctrina, como pudieran ser una mejor y más precisa tipificación de los delitos y, en íntima conexión, evitar injerencias injustificadas del juez penal en las valoraciones discrecionales reservadas a la Administración pública, no han encontrado un satisfactorio acomodo en la nueva regulación [262].

Conviene ya referirnos, sin pretender ser exhaustivos, a las innovaciones más relevantes introducidas por la ley n. 86/90, de 26 de abril [263]. Se han definido nuevamente las nociones de *funcionario público* y *persona encargada de un servicio público* (artículos 357 y 358) [264]; se han extendido al «encargado de un servicio público» las incriminaciones por concusión [265] (art. 317) y abuso del cargo (art. 323), previéndose para este último delito una nueva fórmula capaz de acoger, en parte, las derogadas, y para alguno extravagantes, figuras de interés privado en actos del cargo y peculado por distracción [266]; se crean nuevas figuras delictivas, como el peculado de uso (art. 314, párrafo 2.°), la malversación con perjuicio del Estado (art. 316 bis), la instigación a la corrupción por parte del funcionario público o encargado de un servicio público (art. 322, párrafos 3.° y 4.°), la utilización de secretos del cargo (art. 326, párrafo 3.°), y la corrupción en actos judiciales (art. 319 ter) [267]. Contrariamente a lo que pudiera pare-

[261] Véase FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale...*, Appendice, pág. 4, nota 2, donde se apunta que la abolición de los delitos de *interés privado* y *peculado por distracción* pudo permitir, como consecuencia de la retroactividad de las leyes penales favorables, que personas pendientes de un proceso por alguno de estos delitos, fuesen incluidas en las listas electorales.

[262] Véanse, por ejemplo, SEMINARA, S., *Commentario*, pág. 693; BETTIOL, R., *Legge di modifica dei delitti dei pubblici ufficiali*, págs. 617 y ss.; y MAZZA, L., *Delitti contro la pubblica amministrazione*, pág. 694.

[263] Un cuadro general de la reforma lo encontramos en PETRONE, M., *La nuova disciplina*, pág. 934; y MUSCO, E., *A propósito de la tutela penal de la Administración pública*, pág. 103.

[264] Para un tratamiento de mayor calado, véase FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale...*, Appendice, págs. 5 y ss.

[265] Para este delito y el de peculado (art. 314) se añade en el art. 317 bis un régimen particular de penas accesorias.

[266] Una crítica a la nueva regulación del art. 323, operada por la ley n. 86/90, de 26 de abril, puede encontrarse en STORTONI, L., *Delitti dei pubblici ufficiali contro la P. A.*, págs. 717-719. Este precepto, no obstante, ha sido nuevamente reformado por la ley n. 234/97, de 16 de julio. Crítico con esta reforma, SEMINARA, S., *Commentario...*, 3.ª edizione, pág. 808.

[267] Véase, entre otros, ANTOLISEI, F., *Manuale*, págs. 261 y 262.

cer, la nueva regulación resulta, en su conjunto, menos rigurosa que la anterior [268]. Con excepción del delito de *omisión de actos del cargo*, se ha suprimido de todas las figuras que han sido introducidas o modificadas por la ley de 1990 la pena de multa [269]. Finalmente, se introduce en el art. 323 bis una circunstancia atenuante indeterminada para cuando los hechos previstos en los artículos 314, 316, 316 bis, 317, 318, 319, 320, 322 y 323 sean de «particular tenuidad» [270].

Por lo que alcanzamos a ver, la reforma llevada a cabo en Italia en 1990 ha suscitado más críticas que elogios [271]. Coincide la doctrina, y hemos dado alguna muestra de ello, en que el legislador no ha conseguido los propósitos de política criminal perseguidos por aquélla, no ha dado respuesta a los más arduos problemas que ha venido arrastrando esta materia durante largo tiempo [272]. Escribe PAGLIARO, y la frase es significativa, que «la historia de la reforma de los delitos de los funcionarios públicos contra la administración pública es un historia de buenas intenciones realizadas de modo inadecuado» [273].

Las innovaciones introducidas por la ley en estudio continúan siendo, en opinión de PALAZZO, «insuficientes para asegurar eficiencia e imparcialidad a una acción administrativa degenerada en su interior» [274]. Convienen, por ello, los autores en la necesidad de llevar a cabo, antes de nada, una profunda reforma administrativa; una vez realizada ésta, y sólo después de ello, «sería más acorde con los principios fundamentales del derecho penal crear de nuevo las principales figuras centrándolas sobre (...) un contenido ofensivo de los intereses sustanciales comprometidos por la acción administrativa: de la buena marcha e imparcialidad, al patrimonio y funcionamiento de la administración y a los derechos de los ciudadanos, siendo estos últimos intereses "finales" respecto a los "modales", constituidos por los dos primeros» [275].

[268] Véanse SEMINARA, S., *Commentario*, pág. 693; y PETRONE, M., *La nuova disciplina*, pág. 935.

[269] La razón que apunta PETRONE, M., *La nuova disciplina*, pág. 936, es que la «pena de multa fuera extraña al desvalor típico de estos delitos y constituyera, por tanto, un añadido absolutamente superfluo».

[270] Véase FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale...*, Appendice, pág. 3, quien opina que si la introducción de una tal circunstancia se justifica por el intento de mitigar el tratamiento sancionatorio de todos aquellos casos en los que el grado ofensivo del delito resulta particularmente modesto, no se entiende entonces muy bien por qué se han excluido de la aplicación de la atenuante determinadas figuras delictivas.

[271] Véase, por todos, ANTOLISEI, F., *Manuale*, págs. 263, nota 6, 265 y 266.

[272] Véanse, entre otros, STORTONI, L., *Delitti dei pubblici ufficiali contro la P. A.*, pág. 722; SEMINARA, S., *Commentario*, pág. 693; y PETRONE, M., *La nuova disciplina*, págs. 934 y 949.

[273] PAGLIARO, A., *Per una modifica*, pág. 55.

[274] PALAZZO, F. C., *La riforma dei delitti dei pubblici ufficiali*, pág. 518. Críticamente también, MAZZA, L., *Delitti contro la pubblica amministrazione*, pág. 693.

[275] PALAZZO, F. C., *La riforma dei delitti dei pubblici ufficiali*, págs. 517 y 518. Partidarios también, en primer lugar, de una amplia reforma administrativa, MAZZA, L., *Delitti contro la pubblica amministrazione*, pág. 704; PETRONE, M., *La nuova disciplina*, pág. 949; y FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale...*, Appendice, pág. 5.

2.3.3. Los «delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos» en la doctrina española

Utilizamos, aunque conscientes del peso que ha jugado en los perniciosos resultados a los que tradicionalmente se ha llegado en la interpretación de estas figuras delictivas, la equívoca terminología «delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos», para acercarnos al modo de expresarse de la mayoría de nuestros autores, sobre todo, con anterioridad al actual Código penal, debido, como ya se ha constatado, a la rúbrica del mismo nombre recogida en el Título VII del Libro II del Código penal de 1973.

2.3.3.1. *Bien jurídico o elemento común de estos delitos*

También en España, la doctrina se ha esforzado, con mayor o menor acierto, en encontrar un elemento común, o, los más audaces, en diseñar un único bien jurídico a cuya protección se dirigiesen todas las infracciones penales recogidas, antes, en el mentado Título VII del anterior texto penal, y, ahora, en el Título XIX del nuevo Código.

2.3.3.1.1. *Los deberes del cargo. Crítica*

La «infracción del deber del cargo» como único, o, al menos, principal, elemento que configura los «delitos de funcionarios», ha sido, asimismo, defendida por nuestra doctrina penal[276]. Una explicación a este modo de pensar se puede encontrar, en opi-

[276] También en la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha sostenido profusamente este criterio, si bien, referido, normalmente, no al conjunto de los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos del Título VII del Código penal anterior, ahora, delitos contra la Administración pública del Título XIX del nuevo Código, sino, más bien, a las, en ellos albergadas, particulares figuras delictivas que en cada caso concreto se ventilan en las correspondientes sentencias. Haciendo un recorrido por los distintos delitos de los mentados títulos, de la malversación de caudales públicos se dice, por ejemplo, que queda caracterizada por «(...) la sustracción al patrimonio público y con autor precisamente funcionario que maniobra con infidelidad hacia sus deberes profesionales (...)» [sentencias del Tribunal Supremo de 16 de enero de 1960 (R. J. A. 29), 10 de octubre de 1989 (R. J. A. 7657) y 14 de octubre de 1997 (R. J. A. 7263)], «(...) se integra, porque subjetivamente, un funcionario público, quebrantando el deber de probidad exigido, y dejando indefenso al Organismo a que sirve, sustrae (...)» [sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 1973 (R. J. A. 1596)], es «una acción de sustracción (...) por parte del funcionario (...) donde va ínsito el elemento de deslealtad a sus deberes y fraude a la confianza en él depositada» [sentencias del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1981 (R. J. A. 1086) y 8 de marzo de 1971 (R. J. A. 872)], o, en fin, se traicionan «(...) fundamentales deberes de lealtad, probidad y fidelidad inherentes a la función pública» [sentencia

nión de OCTAVIO DE TOLEDO, en la rúbrica que, desde el primer Código penal, ha venido albergando a estas infracciones, y que no ha sido otra, hasta el Código de 1995, que

---

del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1986 (R. J. A. 3114)]; de las diferentes figuras del delito de fraude cometido por funcionario público, que «(...) suponen el quebrantamiento de los deberes de lealtad y probidad que los funcionarios públicos deben guardar en la gestión que tienen encomendada (...)» [sentencias del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1990 (R. J. A. 3931), 2 de febrero de 1994 (R. J. A. 759) y 21 de octubre de 1996 (R. J. A. 7570)], o que en ellas se da una contradicción de intereses: el público, que representa el funcionario, y el privado, que tiende a buscar una ventaja económica, y que es la que «incide en el deber de lealtad y fidelidad a la función pública, y en ello consiste el bien jurídico aquí protegido» [sentencias del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1990 (R. J. A. 2402), 23 de febrero de 1993 (R. J. A. 1525), 14 de octubre de 1993 (R. J. A. 7386), 8 de febrero de 1994 (R. J. A. 670) y 28 de septiembre de 1995 (R. J. A. 7493)]; del delito de desobediencia de funcionario público, que «(...) el sujeto activo, además de omitir aquello que en el ejercicio de su cargo está obligado a realizar, falta a los deberes específicos de obediencia que le incumben, derivados de la mencionada relación de subordinación (...)» [sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 1997 (R. J. A. 1737)], o que «(...) se trata de las desobediencias puras, pasivas, negativas, por decirlo así, que no constituyen otro crimen. Se trata de delitos de indisciplina civil (...)» [sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1987 (R. J. A. 2020)]; de la infidelidad en la custodia de presos, que resulta sancionada «(...) por razón de infracción del deber de servicio a la Administración de Justicia y del que ha de exigírsele a todo Funcionario Público por razón de la función que desempeña (...)» [sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 1983 (R. J. A. 6304)]; de la prevaricación del artículo 359 del Código penal anterior, que «supone sobre todo el incumplimiento de las obligaciones en general inherentes a la autoridad, función o cargo que se desempeña» [sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1991 (R. J. A. 1564)]; de la prevaricación de abogado o procurador (art. 361 del Código penal anterior), que «(...) su punición viene impuesta por la exigencia ética y legal de lealtad profesional, con sus incompatibilidades inherentes, siendo por ello prevalente en esta figura delictiva la lesión del deber profesional sobre la lesión del derecho (...)» [sentencia del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 1973 (R. J. A. 5111)]; de las limitaciones a la libertad sexual (art. 383 del Código penal anterior), que «(...) no es ciertamente la «libertad sexual de los administrados», ni siquiera de manera principal, el único bien jurídico tutelado penalmente en tal artículo, sino también (...) el irreprochable comportamiento del funcionario, cuya desleal extralimitación en tales situaciones, no puede por menos que traducirse en público desdoro y desprestigio, tanto del funcionario mismo como de la institución oficial en que está integrado (...)» [sentencias del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1992 (R. J. A. 10185) y 13 de junio de 1979 (R. J. A. 2671)]; del delito de cohecho, que «(...) quien por interpósita persona lleva a cabo la exigencia (de la dádiva) infringe un deber específico de su status funcionarial que se subsume bajo el tipo de este delito» [sentencias del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 1997 (R. J. A. 1362) y 21 de mayo de 1993 (R. J. A. 4244)]; del delito de violación de secretos (tal y como estaba regulado con anterioridad a la LO 9/1991 de 22 de marzo, por la que se modifica, entre otras, esta infracción), concretamente de la figura del párrafo 1.º del art. 367 del derogado Código penal, que resulta «(...) punible la simple infracción del deber de sigilo sin necesidad de que se produzca daño como consecuencia de la misma (...)» [sentencia del Tribunal Supremo de 14 de abril de 1973 (R. J. A. 1761)]; y, finalmente, respecto de la infidelidad en la custodia de documentos, se alude también al abuso de confianza y al quebranto de la lealtad debida a la Administración [sentencias del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1968 (R. J. A. 4318) y 23 de febrero de 1978 (R. J. A. 488)].

la de «delitos de los funcionarios públicos (o de los empleados públicos) en el ejercicio de sus cargos»[277]. Según este autor, «haciendo (aparentemente)», se refiere a la rúbrica, «una evidente llamada a un *criterio personal* de agrupación, nada más lógico parece que buscar elementos fundamentalmente personales para caracterizar el objeto de protección de los tipos. Habida cuenta de la especial relación que une a esos sujetos con los organismos en que se integran y la referencia, expresamente resaltada en la propia rúbrica, al cargo, no parece difícil seguir el proceso mental que ha llevado a determinar que el deber (o deberes) del cargo es lo que encuentra protección con la existencia de tales delitos, que la infracción de tal deber (o de cada particular deber) es lo que configura completamente la antijuridicidad de los respectivos tipos»[278].

La idea de «infidelidad al cargo», «quebranto de la lealtad», «abuso de confianza» y «traición a los deberes que lleva consigo el desempeño de cargos públicos», está presente en la obra de GROIZARD, para quien «la desobediencia al poder público, la rebelión contra sus órdenes, la violación de sus mandatos, el desprestigio de las leyes y de las autoridades es, pues, la sustancia primaria determinante de la configuración científica de esta clase de delitos. Todo lo demás es accidental y accesorio»[279].

[277] OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *La prevaricación del funcionario público*, págs. 254 y 255. Interesante la aportación de CUGAT MAURI, M., *La desviación del interés general*, pág. 63, para quien «históricamente este modelo se corresponde con el momento de afirmación del Estado liberal, en el que es "interés público" prioritario la afirmación de la estructura institucional frente a agresiones de fuerzas internas y externas a aquél».

[278] OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *La prevaricación del funcionario público*, págs. 254 y 255.

[279] GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A., *El Código penal de 1870...*, Tomo IV, pág. 76. Ya en el estudio de las específicas figuras del Título VII del Código penal de 1870, se despacha el autor diciendo que los jueces y las autoridades administrativas que prevarican «quebrantan el mandato aceptado, abusan de sus atribuciones, hacen traición al depósito de autoridad, de confianza y de fe que los poderes públicos les han confiado» (pág. 82); o, en la infidelidad en la custodia de presos, los funcionarios «quebrantan la lealtad que exige el ejercicio de sus cargos» (pág. 123); abuso de confianza es la idea que prima en la infidelidad en la custodia de documentos (pág. 139); pequeñas traiciones oficiales e infidelidades de menor cuantía, en la violación de secretos (pág. 157); etc. Véanse, asimismo, CASTEJÓN Y MARTÍNEZ DE ARIZALA, F., *Derecho Penal*, pág. 324, para quien estos delitos «son realizados a la vez contra lo dispuesto en la ley y contra la fidelidad exigida al funcionario»; y LÓPEZ-REY Y ARROJO, M., *Derecho penal*, pág. 172, quien habla de ofensa a la dignidad del cargo y violación de las obligaciones de éste. En la actualidad, HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, R., *Malversación*, pág. 1454, considera que «la fidelidad a la función y a la jerarquía» es el núcleo fundamental de la antijuridicidad de los delitos del Título XIX, Libro II del Código penal de 1995. Esto choca con la Exposición de Motivos del Proyecto de 1992 (similar, en el ámbito que tratamos, al Código penal hoy vigente), donde se dice, precisamente, que en el Código penal de 1973 «la fidelidad a la función y a la jerarquía es el núcleo fundamental de la antijuridicidad; el acatamiento de la organización y régimen administrativo aparece como la mayor manifestación de la legalidad; el bien de la cosa pública y el servicio al ciudadano son elementos que, aunque no desdeñados, se manifiestan de modo claramente complementario. En el nuevo Código», se refiere al Proyecto de 1992, «se invierte el or-

Por su parte, JASO ROLDÁN considera que lo que da unidad a los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos es la infracción del deber, insistiendo en que hay figuras delictivas dentro de este grupo en las que no concurre lesión o puesta en peligro de bien jurídico alguno, mientras que en otras, y sólo en segundo término, se han tomado en cuenta las especiales lesiones de los bienes jurídicos para establecer formas agravadas o configurar ciertas especies delictivas [280]. Estos delitos son, concluye este autor, «infracciones disciplinarias elevadas a la categoría de infracciones penales» [281].

Hoy en día, la mayoría de los autores se muestra decididamente contraria, no sólo a estimar el deber del cargo bien jurídico protegido en los delitos de funcionarios, sino también a considerarlo, ni siquiera esto, principal elemento de su configuración [282]. Verdadero artífice de este cambio de posicionamiento en la doctrina española ha sido, sin duda, OCTAVIO DE TOLEDO, quien dedica muchas páginas de su monografía sobre *la prevaricación del funcionario público* a criticar lo que, hasta el momento de escribirla, era opinión mayoritaria [283]. Para ello, además de utilizar argumentos defendidos ya por OPPENHEIM y BINDING [284], muestra la conexión existente entre el pensamiento del «deber del cargo» como objeto jurídico de los «delitos de funcionarios» y la con-

---

den 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 transcienda 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*».

[280] Esto evidencia, como ha puesto de manifiesto OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *La prevaricación del funcionario público*, págs. 138 y 244, nota 904, que Jaso Roldán no identifica deber del cargo con bien jurídico, aunque eleva a aquél a *ratio* de la agrupación.

[281] JASO ROLDÁN, T., *Derecho Penal*, págs. 192 y 193. También QUINTERO OLIVARES, G., *El delito de desobediencia*, págs. 61-63 y 81, considera, críticamente (pág. 62, nota 11), que muchos de los delitos de los funcionarios encuentran su esencia y fundamento precisamente en la infracción de un deber. Muestra clara de ello es el delito de desobediencia, que, en una valoración inmediata, lo que explica su estructura son *«esas concretas relaciones jerárquicas que implican la existencia de deberes»*; es ante todo, dice este autor, un delito contra un deber. Por ello, Quintero se inclina por la desaparición de esta figura (pág. 81).

[282] Véase GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro...*, I, págs. 337 y, especialmente, 358, que entiende que la «cualidad o *status* de funcionario y los deberes que dicha posición comporta son sólo presupuesto e indicio de la tipicidad de los delitos de funcionarios». En 1980, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *La prevaricación del funcionario público*, pág. 297, tenía por doctrina dominante la que veía en los delitos del Título VII del Código penal meras infracciones del deber (o deberes) del cargo. Hoy, sin embargo, como veremos, el panorama es radicalmente distinto.

[283] OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *La prevaricación del funcionario público*, págs. 239 y ss., y 297 y ss.

[284] Véanse OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *La prevaricación del funcionario público*, pág. 297; y nuestro estudio sobre los *Amtsverbrechen* (epígrafe 2.3.1).

cepción totalitaria del delito[285]. Sostener el «deber del cargo» como objeto de protección de los «delitos de funcionarios» implica, según OCTAVIO DE TOLEDO, «una concepción política incompartible, una visión formalista y abstracta del bien jurídico reñida con la necesidad de determinación, y una función del bien jurídico exactamente contraria a la función limitadora que éste debe cumplir»[286]. Por ello, el «deber del cargo» ha de estar siempre en función de la protección de un interés valioso[287], «nunca puede considerarse como bien jurídico, sino, muy distintamente, como concepto que existe en función de la protección de un bien jurídico», en definitiva, el «deber» verdaderamente relevante para el Derecho penal en relación con el bien jurídico de estos delitos es el que tiene la Administración pública, y, por tanto, las personas físicas que la componen, de servir a los que administran[288].

La doctrina penal española posterior a 1980, de un modo u otro, se ha hecho eco de las objeciones planteadas por OCTAVIO DE TOLEDO a la «infracción del deber del cargo» como principal elemento configurador de los «delitos de funcionarios». Así, por ejemplo, GARCÍA ARÁN insiste en que la infracción del deber del cargo, configurada en un sentido subjetivo y desde el exclusivo punto de vista de la relación entre el Estado y el

[285] OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *La prevaricación del funcionario público*, págs. 234 y ss., y 239 y ss.

[286] OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *La prevaricación del funcionario público*, pág. 261. En págs. 245 y ss., hace Octavio de Toledo un estudio de los delitos del Título VII en los que más claramente se tiende a ver la mera infracción de un deber (delitos de desobediencia, prevaricación del art. 359, abusos contra la honestidad), y comprueba que tal deber es insuficiente para colmar la antijuridicidad de estos delitos, siendo necesario conectarlo con la protección de un bien jurídico.

[287] Véase SEMINARA, S., *Gli interessi tutelati*, pág. 992. Especialmente claro se muestra GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro...*, I, pág. 301, para quien «el desvalor que cabe atribuir a la infracción de un deber —no sólo hace referencia, por tanto, a los delitos de funcionarios— sólo adquiere pleno sentido jurídico-penal en cuanto ese deber esté en función de la protección de un bien jurídico». De acuerdo con este autor, es cierto que en los delitos especiales, y los delitos de funcionarios lo son, hay elementos referidos a la infracción de un deber. Ésta, la infracción de un deber extrapenal, es un elemento del tipo de los delitos especiales, pero de aquí no cabe colegir que se erija en *ratio essendi* de los mismos, la cual habrá que buscarla en otro lugar. Más concretamente, refiriéndose ya a los delitos de funcionarios, mantiene que su *ratio essendi* radica en el «dominio sobre la concreta estructura de la función pública en la que se halla el bien jurídico protegido» (págs. 334-338 y 358).

[288] Pero esto, dice OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *La prevaricación del funcionario público*, págs. 243, 244, 246, 248 y 261, «ya no es un deber en sentido técnico, sino que se dibuja como el contenido esencial de la antijuridicidad de los tipos de referencia». Véanse también GARCÍA ARÁN, M., *La prevaricación judicial*, pág. 37, para quien «los deberes del cargo son también los deberes en relación al administrado, sin cuya concreción se difumina la función»; VIRTO LARRUSCAIN, M. J., *El delito de prevaricación del funcionario público*, pág. 136; OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito de cohecho*, págs. 82 y 83; y MATA BARRANCO, N. J. DE LA, *Relación concursal*, pág. 331.

funcionario, «adopta un tinte antidemocrático en el que, en definitiva, el núcleo del injusto radica en la lesión de la autoridad del Estado» [289]; en este mismo sentido, DE LA MATA abunda en que «en la concepción del "deber del cargo" para definir el injusto de los delitos de funcionarios se traduce una visión autoritaria de la actividad administrativa incompatible con un Estado social y democrático de derecho» [290]. Por su parte, CUGAT MAURI hace hincapié en la crítica relativa a que el «deber del cargo» como objeto de protección en los «delitos de funcionarios» no cumple la importante función de límite al *ius puniendi* estatal que todo bien jurídico tiene atribuida [291].

A todo esto hay que añadir que la rúbrica del Título XIX, Libro II del Código penal de 1995 rompe con la tradicional referencia a «los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos», por lo que esa, en palabras de OCTAVIO DE TOLEDO, «evidente llamada a un *criterio personal* de agrupación», que parecía verse en las sucesivas rúbricas de todos los anteriores Códigos penales españoles [292], desaparece, y con ella un asidero argumental importante de los defensores de la teoría del «deber del cargo».

Por otra parte, son varias las figuras recogidas en el actual Título XIX que tienen por sujeto activo a un particular, del que no puede decirse, por tanto, que posea esa especial relación con la Administración de la que deriven los, también especiales, deberes: no puede seguir defendiéndose el «deber del cargo» como bien jurídico protegido, no es posible mantener que la unidad de estos delitos está en la infracción de ese deber, resulta impropio la referencia a expresiones tan hueras como «infidelidad al cargo», «quebranto de la lealtad», «traición a los deberes que lleva consigo el desempeño de cargos públicos» [293], cuando hay tipos delictivos en el mencionado título que exigen ser realizados por personas que no ejercen cargo público alguno, que ni siquiera participan en el ejercicio de funciones públicas, en definitiva, que no pueden ser consideradas «funcionarios públicos» de acuerdo con los criterios establecidos por el pro-

[289] GARCÍA ARÁN, M., *La prevaricación judicial*, pág. 37. En iguales o parecidos términos, por ejemplo, REBOLLO VARGAS, R., *La revelación de secretos*, págs. 62 y 63; el mismo, *Notas*, págs. 552 y 553; VIVES ANTÓN, T. S., *La responsabilidad de los jueces*, pág. 277; COBO DEL ROSAL, M., *Introducción general*, pág. XVII; RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, págs. 32 y 33; y FERRÉ OLIVÉ, J. C., *Corrupción*, pág. 17.

[290] MATA BARRANCO, N. J. DE LA, *Los delitos de malversación*, pág. 442. Véanse, asimismo, VALEIJE ÁLVAREZ, I., *Consideraciones sobre el bien jurídico protegido en el delito de cohecho*, pág. 330; ASUA BATARRITA, A., *La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración*, pág. 20; y CUGAT MAURI, M., *La desviación del interés general*, pág. 69.

[291] CUGAT MAURI, M., *La desviación del interés general*, págs. 68 y 72. Véase también DEMETRIO CRESPO, E., *Corrupción*, pág. 69.

[292] Véanse OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *La prevaricación del funcionario público*, págs. 254 y 255; y CUGAT MAURI, M., *La desviación del interés general*, pág. 67.

[293] Véase, en este mismo epígrafe, la postura de GROIZARD.

pio Código penal[294]. Así, por ejemplo, a los delitos de cohecho cometido por particular (artículos 423 y 424 del Código penal) y tráfico de influencias de los artículos 429 y 430[295], infracciones estas ya previstas en el Código penal anterior[296], se adicionan una serie de novedosas figuras delictivas: la recogida en el art. 406[297], que castiga a quien acepta la propuesta, nombramiento o toma de posesión mencionada en el art. 405, a sabiendas de que carece de los requisitos legalmente exigibles; la del apartado 2 del art. 414, que sanciona al particular que destruyere o inutilizare los medios colocados para impedir el acceso a determinados documentos; y, finalmente, la del art. 418, que prevé una pena de multa o prisión, según los casos[298], para el particular que aprovechare para sí o para un tercero el secreto o la información privilegiada que obtuviere de un funcionario público o autoridad. En definitiva, resulta erróneo enfrentarse a un estudio conjunto de los delitos del Título XIX, sobre todo si se pretende encontrar el elemento o elementos comunes a todos ellos, partiendo de la engañosa premisa *«delitos de los funcionarios públicos»*, pues sólo una parte de ellos pueden ser caracterizados como tales: la propia rúbrica del título ya no hace referencia a los *delitos de funcionarios públicos,* sino *a los delitos contra la Administración pública.*

2.3.3.1.2. *La opinión de Bacigalupo*

Las objeciones anteriores resultan extensivas a quienes, enfrentándose al grupo con la idea convencional de estar, en todo caso, ante *delitos de funcionarios,* configuran el bien jurídico por éstos protegido desde una doble perspectiva, en la que *el deber de la función pública* sigue jugando un papel fundamental. No puede admitirse, por ello, para la regulación vigente, la postura de BACIGALUPO, que considera que «los tipos penales de los delitos de funcionarios deben alcanzar comportamientos que, en primer lugar, impor-

294 Véanse, en Alemania, por ejemplo, STOCK, U., *Entwicklung*, pág. 246; en España, entre otros, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *La prevaricación del funcionario público*, pág. 297; y MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Sobre la naturaleza de los delitos de los funcionarios públicos*, págs. 360 y 361.

295 Aclarar que la dicción de este artículo no excluye la posibilidad de que sea un funcionario el sujeto activo del delito en él regulado. Véase, en este sentido, CUGAT MAURI, M., *La desviación del interés general*, págs. 239, 240, 243 y 244.

296 Véase el apartado de esta obra dedicado a las novedades introducidas en el Título XIX, Libro II, del Código penal de 1995 (epígrafe 2.2).

297 Véase MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *Comentarios a la Parte Especial*, pág. 1179, para quienes esta modalidad delictiva «confirma que no es el estricto respeto de los deberes propios del cargo el objeto jurídico genéricamente tutelado en este título (...)», refiriéndose al Título XIX.

298 La imposición de una u otra depende de si resulta o no grave daño para la causa pública o para tercero.

ten un ejercicio contrario al deber de la función pública, pero además importen una lesión de la confianza pública en el ejercicio del poder administrativo o judicial de acuerdo a los principios del Estado de derecho»[299]. No estamos ya, en rigor tampoco antes, exclusivamente ante *delitos de funcionarios;* no puede mantenerse como criterio cohesivo el *«ejercicio contrario al deber de la función pública»* en relación con delitos cometidos por quienes no desempeñan ni participan en ella; se trata, por tanto, si es posible, de encontrar elementos que también alcancen, en el sentido de aglutinar, a las figuras del título en estudio no cometidas por funcionarios públicos.

Tampoco la otra vertiente del bien jurídico concebido por BACIGALUPO, esto es, la que alude a *la confianza pública en el ejercicio del poder administrativo o judicial de acuerdo a los principios del Estado de derecho*[300], ha quedado exenta de reparos[301]. Se le ha objetado, por parte de unos[302], que la confianza pública en el ejercicio de la función sufre ya un, mayor o menor, deterioro con el ejercicio contrario al deber de ésta, esto es, que la merma de esta confianza, lejos de ser un algo adicional al incumplimiento del deber, supone, más bien, un efecto automático de éste, y, de otros[303],

[299] BACIGALUPO ZAPATER, E., *Sobre la reforma de los delitos de funcionarios*, pág. 1099. A la posición defendida por este autor, se adhiere LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Manual*, pág. 173. En contra, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *Principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*, pág. 18, nota 27, que reprocha a Bacigalupo estar todavía afincado en la perspectiva que considera a los «delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos» incriminaciones que buscan la protección del Estado.

[300] A la *confianza pública en la pureza del ejercicio del cargo,* se refiere, en Alemania, MAURACH. Para un acercamiento a su postura, autores que la siguen y críticas a la misma, véase el epígrafe 2.3.1.1.2. También el Tribunal Supremo español alude a la *«confianza pública»* en la sentencia de 18 de enero de 1993 (R. J. A. 126), donde al referirse al bien jurídico protegido en el delito de cohecho se habla de la «(...) confianza de los ciudadanos en la correcta administración de acuerdo con los principios del Estado de Derecho (...)»; véanse también, en un sentido similar, pero referidas a otros delitos del Título VII del anterior Código penal, las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1991 (R. J. A. 2571), 28 de octubre de 1991 (R. J. A. 7409), 12 de junio de 1995 (R. J. A. 4516) y 25 de marzo de 1996 (R. J. A. 2191).

[301] Véanse, por ejemplo, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *Principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*, pág. 18, nota 27; OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito de cohecho*, págs. 86 y 87; ROCA AGAPITO, L., *El delito de malversación de caudales públicos*, pág. 50; RAMOS TAPIA, M. I., *El delito de prevaricación judicial*, págs. 113-115; y VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., *El consentimiento del ofendido en los delitos contra la Administración pública*, pág. 4.

[302] Véanse PORTILLA CONTRERAS, G., *El delito de práctica ilegal de detención por funcionario público*, pág. 53; y REBOLLO VARGAS, R., *La revelación de secretos*, pág. 42.

[303] Véanse CUGAT MAURI, M., *La desviación del interés general*, págs. 69 y 70; y ASUA BATARRITA, A., *La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración*, pág. 22, para quien «el prestigio y la confianza de la generalidad en sus instituciones deben entenderse como efecto derivado del correcto funcionamiento de la actuación administrativa. Un prestigio a costa del ocultamiento

que constituye una fórmula vacía al servicio del poder, peligrosa por cuanto da pie a dotarla de contenidos arbitrarios por su supuesta vinculación con la voluntad general [304].

2.3.3.1.3. *El «abuso de poder»*

RODRÍGUEZ DEVESA, contrario a la existencia de un bien jurídico común a todos los delitos del grupo, y partidario, más bien, de consignar en cada caso los intereses jurídicos afectados por cada una de las conductas, señala, no obstante, como peculiaridad de estos delitos, «un abuso de poder en relación con el bien jurídico lesionado o puesto en peligro» [305].

---

de irregularidades, o una confianza del público ignorante de los niveles de corrupción interna, pueden ser funcionales para el desarrollo de un sistema opaco, lo cual precisamente es lo contrario a las exigencias de transparencia y de sumisión a legalidad impuestas por la Constitución». Vemos como esta autora se refiere a la idea del *prestigio,* manifestación, según REBOLLO VARGAS, R., *La revelación de secretos*, pág. 62, de la configuración estrictamente subjetiva del deber del cargo. Una crítica al *prestigio de la Administración Pública* como bien jurídico protegido en estos delitos, por su «abstracción, inmaterialidad y escasa ofensividad», podemos encontrarla en MORILLAS CUEVA, L. y PORTILLA CONTRERAS, G., *Los delitos de revelación de secretos, uso de información privilegiada, cohecho impropio y tráfico de influencias*, págs. 191 y 192. Por el contrario, numerosas sentencias del Tribunal Supremo aluden en sus razonamientos al *«prestigio de la Administración»* . Véanse, entre otras, las de 15 de enero de 1966 (R. J. A. 53), 28 de noviembre de 1980 (R. J. A. 4585), 14 de abril de 1986 (R. J. A. 1966), 7 de diciembre de 1993 (R. J. A. 9393), 9 de febrero de 1995 (R. J. A. 803) y 3 de abril de 1996 (R. J. A. 2897).

[304] Se trata de una fórmula imprecisa y evanescente, donde todo está por determinar, por lo que dista mucho de tener las cualidades mínimas que le permitan cumplir con garantías las funciones atribuidas al concepto de bien jurídico. Ante la vaguedad de la expresión *confianza pública en el ejercicio del poder administrativo o judicial de acuerdo a los principios del Estado de derecho,* todo son interrogantes: ¿cuándo una determinada actuación funcionarial genera desconfianza en la sociedad?, ¿qué condiciones han de darse para que esto ocurra?, ¿qué grado de desconfianza, de cuántos, será necesaria para que quede configurado el tipo?, ¿va a ser necesario que la actuación delictiva del funcionario sea conocida por un sinnúmero de personas para poder hablar de lesión del bien jurídico o se van a configurar todas las figuras como delitos de peligro abstracto?

[305] RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. y SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal español,* Parte especial, pág. 1131, donde dice, finalmente, que «allí donde no hay abuso del poder que la Administración confiere al funcionario debe intervenir solamente el derecho disciplinario para traerle al cumplimiento de sus obligaciones». Véase también OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *La prevaricación del funcionario público*, págs. 222 y 223, quien, sin aceptar esta orientación del «abuso de poder», debido, entre otras razones, a su amplitud y su falta de aprehensibilidad a la hora de manejarla con efectos en la práctica, reconoce que se trata de una interesante y fructífera perspectiva, siempre «que se tenga presente su carácter *fundamentalmente* instrumental», por lo que hay que tenerla más como una orientación para la determinación de los bienes jurídicos que como la determinación misma. De contradictoria tilda PORTILLA CONTRERAS, G., *El delito de práctica ilegal de detención por funcionario pú-*

La perspectiva del «abuso de poder» es tratada, con mayor profundidad, también por SÁINZ DE ROBLES [306]. Así, esta autora, por lo que a este punto atañe, comienza su exposición diciendo que el funcionario, puesto que tiene el deber de ejercer la función pública, dispone de determinados medios, facultades y poderes encaminados a tal ejercicio, posición de poder esta que ha de ser tenida en cuenta en los delitos funcionariales [307]. El «abuso de poder», por tanto, se refiere, en el ámbito de estos delitos, «al empleo abusivo de los medios (...) a que por razón de su cargo tiene acceso el funcionario público», supone, pues, una subordinación, en beneficio propio o de un tercero, de los medios públicos a los fines privados [308]. Este abuso de poder se lleva a cabo en el ejercicio de la función pública, por lo que la relación entre el funcionario y la función, constituye, en palabras de SÁINZ DE ROBLES, el presupuesto inexcusable del abuso de poder [309]. Sin embargo, a juicio de la autora, no basta cualquier relación, no es suficiente una mera «coincidencia temporal entre la acción y el cargo», o «una conexión "ocasional" entre ambos», en el sentido que el cargo constituya una ocasión, una circunstancia más o menos favorable para la realización de la acción, sino que ha de exigirse entre la acción y el cargo una relación más estrecha, en resumen, ha de tratarse de acciones que se realicen en el ejercicio del cargo [310].

---

blico, pág. 51, la postura de Rodríguez Devesa, cuando aprecia este autor, por un lado, la falta de necesidad de un título como el VII, al no tener sentido la agrupación de bienes jurídicos diferentes en un solo título, y elaborar, por otro, el concepto de abuso de poder como el criterio distintivo del ilícito penal, ya que, finaliza Portilla Contreras, significa conceder al hecho cometido bajo el deber del cargo, naturaleza penal. Más recientemente, MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Sobre la naturaleza de los delitos de los funcionarios públicos*, págs. 370 y ss., especialmente 377, encuentra la esencia de los delitos de funcionarios en el *abuso de poder público,* pero, a diferencia de Rodríguez Devesa, contrario a la existencia de un bien jurídico común a los delitos en estudio, considera a la *función pública* bien jurídico afectado por aquel abuso, de tal forma que la no afección a tal objeto de protección o la afección añadida de otro bien jurídico, aun existiendo abuso de poder, explica, según la autora, la ubicación de algunos delitos de funcionarios en otros títulos del Código. Esta opinión parece más bien una propuesta de *lege ferenda* que una explicación del derecho vigente en esta materia.

306 Véase SÁINZ DE ROBLES SANTA CECILIA, C., *Contribución*, págs. 234 y ss., si bien hay que tener en cuenta que la utilización de tal perspectiva tiene la finalidad, fundamentalmente, de encontrar un criterio de distinción entre injusto penal e injusto disciplinario.

307 SÁINZ DE ROBLES SANTA CECILIA, C., *Contribución*, pág. 234. Por lo hasta aquí dicho, se puede intuir ya la escasa utilidad de la propuesta para los fines que perseguimos.

308 SÁINZ DE ROBLES SANTA CECILIA, C., *Contribución*, pág. 238. Véase, asimismo, CASTEJÓN Y MARTÍNEZ DE ARIZALA, F., *Derecho Penal*, pág. 323.

309 SÁINZ DE ROBLES SANTA CECILIA, C., *Contribución*, pág. 238.

310 SÁINZ DE ROBLES SANTA CECILIA, C., *Contribución*, págs. 236, 238-242. Mientras que esta autora hace a los delitos del Título VII del anterior Código penal acreedores de tales condiciones (págs. 235 y 236), por el contrario, en una argumentación controvertible, VALEIJE ÁLVAREZ, I., *Consideraciones sobre el bien jurídico protegido en el delito de cohecho*, págs. 310-318, siguiendo a la doctrina

Si atendemos a que la opinión de SÁINZ DE ROBLES respecto al «abuso de poder» aparece en una obra que versa sobre la *contribución a la teoría general de los delitos de los funcionarios públicos,* y que se utiliza, fundamentalmente, como criterio de distinción entre injusto penal e injusto disciplinario, podemos advertir ya lo insatisfactoria que tal perspectiva resulta a los efectos de encontrar un elemento que pueda considerarse común a todos los delitos del Título XIX. Porque, en efecto, y es repetir la argumentación realizada al criticar la teoría del deber del cargo, para la existencia de «abuso de poder» se está exigiendo, no sólo la cualidad de funcionario público en el sujeto activo, sino una especial vinculación entre la acción delictiva y la función pública, esto es, que aquélla se lleve a cabo en el ejercicio del cargo, requisitos que, por lo pronto, no se dan en los tipos penales del citado título cometidos por particulares. Estos no tienen a su disposición los medios y facultades necesarios para el ejercicio de un cargo público, por lo que mal podrán realizar un empleo abusivo de los mismos: no se puede abusar de un poder del que se carece.

Por otra parte, la idea del «abuso de poder», concepto que, como reconoce la propia SÁINZ DE ROBLES[311], plantea muchos problemas de determinación, es extensible a otros tipos penales ubicados fuera del Título XIX[312]. Estamos pensando, fundamentalmente, en los *delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales,* recogidos en el Capítulo V, Título XXI («Delitos contra la Constitución») del Código penal. De esta forma, VALEIJE ÁLVAREZ mantenía, en relación con el Código penal de 1973, que las conductas descritas en la Sección 2.ª, Capítulo II, del Título II[313] se «identifican como un auténtico ejercicio abusivo del cargo o de la función desempeñada

italiana, mantiene, cuando intenta dar una respuesta que explique la sistematización de los delitos de funcionarios, concretamente la diferencia entre la Sección 2.ª, Capítulo II, Título II y el Título VII, ambos del anterior Código, que «mientras en el primer grupo de delitos (Sección 2.ª, Capítulo II, Título II), las conductas típicas que allí se describen, sí se identifican como un auténtico ejercicio abusivo del cargo o de la función desempeñada por el funcionario, tal aseveración, sin embargo, no se puede mantener para el segundo grupo de delitos (Título VII), donde la ejecución de las distintas conductas típicas permanece al "margen o con una conexión ocasional con el cargo"», distinguiendo, por tanto, al igual que la doctrina italiana, los «delitos de abuso de poder en sentido estricto» (Sección 2.ª, Capítulo II, Título II), de los «delitos de abuso de situación jurídica» (Título VII).

311 SÁINZ DE ROBLES SANTA CECILIA, C., *Contribución*, pág. 236.

312 Véanse OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *La prevaricación del funcionario público*, pág. 223, donde, precisamente, advierte, y lo hace para resaltar que la orientación del «abuso de poder» no es patrocinable sin más, de que delitos como la detención ilegal cometida por funcionario público, extramuros, por tanto, del Título VII del Código penal de 1973, conllevan también un abuso de poder; y MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Sobre la naturaleza de los delitos de los funcionarios públicos*, pág. 377.

313 Que se corresponden en su mayoría con las del Capítulo V del Título XXI del Código penal actual.

por el funcionario, (...) entrañan una extralimitación de las facultades o los poderes concedidos a los funcionarios», utilizando los conceptos de «abuso de poder», «abuso del cargo», y «abuso de la función pública» de manera indistinta[314]. Si ya nos adentramos en figuras delictivas concretas, el concepto de «abuso de poder» es manejado, por ejemplo, por PORTILLA CONTRERAS en su estudio sobre *el delito de práctica ilegal de detención por funcionario público* del art. 184 del Código penal anterior, refiriéndose a él como al uso de las facultades que comporta el poder del funcionario público en menoscabo de las garantías del ciudadano[315]; por JORGE BARREIRO, quien utiliza el *ejercicio abusivo de la propia función* como criterio diferenciador entre las tipologías del artículo 191, número 1.°, y los artículos 490-492, todos ellos del Código penal de 1973[316]; o, finalmente, por MAQUEDA ABREU, que lo considera *ratio iuris* del delito de tortura del art. 204 bis, también del anterior Código penal[317].

[314] VALEIJE ÁLVAREZ, I., *Consideraciones sobre el bien jurídico protegido en el delito de cohecho*, págs. 310-318. Véase también BUENO ARÚS, F., *Los delitos cometidos por los funcionarios públicos*, pág. 1332, para quien la esencia de estos delitos está en «el *abuso* de las funciones encomendadas, abuso que se manifiesta en una lesión *no justificada* de los bienes jurídicos de los particulares».

[315] PORTILLA CONTRERAS, G., *El delito de práctica ilegal de detención por funcionario público*, págs. 127-135, en especial 133. No obstante, a nuestro modo de ver, este autor está utilizando dos conceptos distintos, y en cierto modo incompatibles, de «abuso de poder», pues, por un lado, mantiene que «en el concepto de abuso de poder que se sostiene no basta con que el funcionario se sirva de su posición para realizar el delito, sino que debe además realizar algún acto coercitivo entre los de su oficio», lo que le lleva a decir, que «en aquellos supuestos en los que el funcionario ejerza la posición de poder que el cargo le concede, sin hacer uso de las facultades que el mismo posibilita, no estaremos en presencia de actos de abuso de poder, sino simplemente de abusos de la situación jurídica», y, por otro, al explicar el ámbito de aplicación del art. 481, número 3.° del Código penal anterior, que recogía un tipo agravado para el supuesto en que la detención ilegal se hubiere ejecutado con simulación de funciones públicas, sustenta que, además de para las acciones de los particulares que aparenten el desarrollo de una función pública para conseguir alguna finalidad privada, está pensado, y es lo que ahora nos importa, para «los casos en los que es el propio funcionario el que *abusa del poder que le ofrece su cargo* (la cursiva es nuestra) para obtener resultados que nada tienen que ver con el ejercicio de la función pública», de lo que se infiere que también existen «actos de abuso de poder» cuando el funcionario no ejerce *su* función, esto es, la función que tiene encomendada.

[316] JORGE BARREIRO, A., *El allanamiento de morada*, pág. 20.

[317] MAQUEDA ABREU, M. L., *La tortura*, págs. 449 y 450. Considero importante hacer referencia a la atinada puntualización de esta autora, quien, después de advertirnos de lo poco aprehensible del criterio del «abuso de poder», manifiesta que está utilizando la noción de *abuso* por parte de los funcionarios públicos, no «respecto del Estado como ente integrador de la función pública, pues no es su prestigio ni la estimación de su imagen lo que importa, sino *referida a los particulares*, por el ataque cualificado que su actuación ilícita comporta para los derechos más fundamentales de éstos, lo que en definitiva supone también para todo el cuerpo social la frustración de su expectativa de que aquellos que están a su servicio se comporten de acuerdo con la legalidad constitucional vigente». El contenido del art. 204 bis del Código penal anterior ha pasado a formar parte, aunque con modifica-

2.3.3.1.4. *La tesis de Octavio de Toledo*

Este autor, que, como ya se ha dicho, rompió con la tradicional doctrina defensora del «deber del cargo», partiendo de un análisis conjunto del párrafo 3.° del art. 119 y de la rúbrica del Título VII, ambos del Código penal anterior, plantea como hipótesis de trabajo que «el bien jurídicamente protegido o, mejor dicho, el bien jurídico que la rúbrica del Título VII entiende que se protege con la existencia de los delitos en él contenidos es la *función pública*»[318], entendida ésta como el conjunto de las funciones (legislativa, administrativa y judicial), no dimanantes de los poderes (Legislativo, Ejecutivo y Judicial), sino del Estado, desempeñadas por éste en la persecución de sus fines[319]. Sin embargo, esta hipótesis de partida, esto es, el atribuir personalidad jurídi-

---

ciones importantes, del Título VII, Libro II del Código penal de 1995, dedicado a las *torturas y otros delitos contra la integridad moral*. Los artículos 174 y 175, integrantes, entre otros, de tal título, exigen que la autoridad o funcionario público, sujetos activos de ambos preceptos, *abusen de su cargo*. Este «abuso del cargo» supone para PORTILLA CONTRERAS, G., *Curso de Derecho penal español...*, I, pág. 285, una utilización por parte del funcionario público de los poderes inherentes a su función para la realización práctica del ataque a la integridad moral. Igualmente TAMARIT SUMALLA, J. M., *Comentarios al Nuevo Código Penal*, págs. 866 y 867, para quien la referencia al «abuso del cargo» restringe la condición de sujeto activo a aquellos funcionarios públicos que tienen «encomendada una función de la cual puedan abusar, que es la relativa a la investigación y persecución de ilícitos penales».

[318] OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *La prevaricación del funcionario público*, págs. 136 y ss., y 150. En la página 299 de esta obra, matiza que «el análisis de la rúbrica del Título VII del Código penal, permite sustentar la idea de que en tal título se pretenden recoger las acciones de los funcionarios públicos (funcionarios públicos en sentido penal), realizadas precisamente en el desempeño de la actividad funcionarial, que atacan, por lo menos prevalentemente, la "función pública"». Ya GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A., *El Código penal de 1870...*, Tomo IV, pág. 76, mantenía respecto al Título mencionado que «ningún acto de los previstos puede ser castigado si no es ejecutado en el ejercicio de funciones públicas». Más recientemente, autores como GARCÍA ARÁN, M., *La prevaricación judicial*, pág. 32; y ASUA BATARRITA, A., *La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración*, pág. 30, siguen manteniendo como elemento común el que el delito se realiza mientras se participa en el ejercicio de funciones públicas, pero admitiendo ya que esta nota, que pretende ser común, no concurre en las figuras llevadas a cabo por sujetos que no reúnen la condición de funcionario. Sobre la falta de adecuación de esta opinión con la realidad positiva de las figuras recogidas en el Título VII, véase el epígrafe 2.1.3. de este trabajo.

[319] OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *La prevaricación del funcionario público*, págs. 192 y 193. Según este autor, el que los tres Poderes del Estado pierdan su sustantividad propia y se conviertan en simples expresiones orgánicas de éste, es decir, dejen de considerarse poderes y pasen a estimarse funciones del Estado, se debe al hecho de considerar que la personalidad jurídica corresponde al Estado en su integridad y no a cada uno de sus tres Poderes. Una crítica a la consideración de la «función pública» como concepto omnicomprensivo de todas las actividades realizadas por y para el Estado, podemos encontrarla en la página 332 de esta misma obra de Octavio de Toledo.

ca al Estado, el considerarlo Estado-persona, trae consigo para OCTAVIO DE TOLEDO consecuencias inaceptables [320]. En efecto, si dotamos al Estado de personalidad jurídica, «la Administración deja de identificarse con uno de los poderes, el ejecutivo, y pasa a considerarse como una *función* de ese Estado-persona (...), ya no se ve en el Estado un conjunto de poderes individualizados (entre ellos el Poder Ejecutivo o la Administración pública), sino una persona jurídica que realiza múltiples funciones, una de las cuales sería, precisamente, la de administrar» [321]. La protección de una Administración así entendida, esto es, como Administración-función, conlleva, en última instancia, la tutela del Estado, reproduciéndose el sistema propio del Antiguo Régimen, con la sustitución del antiguo centro subjetivo de convergencia, el monarca, por esa nueva realidad superior, el Estado [322].

Para evitar las consecuencias derivadas del concepto omnicomprensivo de función pública, que difumina las diferencias entre las actividades legislativa, judicial y administrativa [323], OCTAVIO DE TOLEDO es partidario, aun por encima de las pretensiones del legislador histórico, de «individualizar a través de la determinación de las singulares características que a cada una acompañan, las tres diferentes actividades de legislar, juzgar y administrar desenvueltas por los correspondientes y separados poderes» [324].

[320] OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *La prevaricación del funcionario público*, págs. 193 y ss.

[321] OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *La prevaricación del funcionario público*, págs. 194 y 299.

[322] OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *La prevaricación del funcionario público*, págs. 197 y ss., y 299. La adopción, en sede penal, del concepto de Administración-función, lleva aparejadas, según este autor, otras consecuencias. El problema que suscita la concreción de esta «función de administrar» dentro del cuadro de las funciones generales del Estado, viene a resolverse con la adopción de una fórmula negativa, en el sentido de que «administrar» sería toda actuación del Estado distinta de legislar o de enjuiciar, fórmula vaga e indeterminada que «lleva a desvirtuar la perspectiva del bien jurídico, propia del Derecho penal, que exige precisión en su determinación (...)» (págs. 199 y 200).

[323] Para superar este planteamiento, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *La prevaricación del funcionario público*, pág. 237, se muestra partidario «de la creación de un título de "delitos contra las actividades legislativa, judicial y administrativa" que, en capítulos separados, recoja, respectivamente, los delitos que afecten a intereses relacionados con cada una de ellas y, en un cuarto y último capítulo, aquellas cualidades que todas deban poseer al ser ejercitadas». De esta opinión, también, RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, págs. 39-41. Lamenta OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *El delito de prevaricación*, pág. 1517, que el Código Penal de 1995 no haya seguido esta propuesta.

[324] OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *La prevaricación del funcionario público*, págs. 193, 194, 196, 236 y 262. En la página 332, en una de las conclusiones que presenta este autor al apartado dedicado al bien jurídico protegido en el art. 358 del Código penal anterior, desarrolla con claridad esta misma idea, y así, reitera la conveniencia, no sólo de concretar cuál de estas actividades es la singularmente afectada, sino, además, qué cualidad de las distintas que deben acompañar su ejercicio por los sujetos individuales que las desempeñan resulta atacada. «Esta cualidad —termina diciendo— será el inmediato y determinado objeto de protección de la norma considerada. Para su fijación es preciso operar con los datos constitucionales, en la medida en que distingan e individualicen,

Se trata, por tanto, de «proceder en la determinación del objeto de protección de los "delitos de funcionarios", no de un modo sintético, generalizador, (...) sino de un modo analítico a través del cual se pueda verificar cuál es, no sólo la concreta actividad pública afectada, sino en qué aspecto (cualidad) resulta alterada por la conducta realizada por el funcionario público o sujeto activo determinado por el tipo» [325]. En esta labor de concreción, frente al inservible concepto de Administración-función, se presenta mucho más adecuado el de Administración-persona, mejor adaptado a las exigencias sociales del momento actual, más apropiado a un planteamiento democrático y expresivo del carácter de la Administración de organización puesta al servicio de la sociedad [326]. Y es, en efecto, en esta característica, la de ser una organización al servicio de la comunidad a la que está ordenada, donde hace especial hincapié OCTAVIO DE TOLEDO, es a "esta «organización servicial de la comunidad" que es la Administración pública, a la que se atribuye personalidad jurídica propia» [327].

---

a través de estas cualidades, cada una de las actividades legislativa, judicial y administrativa, teniendo siempre presente para esta interpretación constitucional, o como sustitutivo de ella, caso de omisión o de falta de concreción de tales datos, la orientación no hacia el Estado, sino hacia la Sociedad, de las actividades citadas». Esto no ha de dar pie para confundir, como parece haber hecho BACIGALUPO ZAPATER, E., *Sobre la reforma de los delitos de funcionarios*, págs. 1098 y 1099, el bien jurídico concreto de cada figura delictiva, con el objeto de protección del conjunto de los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo, pues, refiriéndose a la propuesta de Octavio de Toledo, habla de la «legalidad en el ejercicio de la actividad administrativa», o, más precisamente, en el «correcto ejercicio de la potestad» atribuida a la Administración y ejercida por el funcionario, como si fuera el objeto de protección del conjunto de estos delitos, cuando, para este último autor, supone el concreto bien jurídico que se protege en el delito de prevaricación del artículo 358 del Código penal anterior. El propio OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *Principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*, pág. 18, nota 27, pone de manifiesto esta confusión.

325 OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *La prevaricación del funcionario público*, pág. 300.

326 Véase OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *La prevaricación del funcionario público*, págs. 195, 196 y 236. No obstante, deja bien claro este autor que en el concepto de Administración-persona no está la solución definitiva, más bien, ha de utilizarse como un concepto dinámico, como instrumento a la aparición de nuevos conceptos todavía mejor adaptados a los planteamientos democráticos. Partidario de la configuración de la Administración como persona, GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, pág. 20. Por su parte, VALEIJE ÁLVAREZ, I., *Consideraciones sobre el bien jurídico protegido en el delito de cohecho*, págs. 341-344, critica el concepto Administración-persona sustentado por Octavio de Toledo, aunque, a nuestro modo de ver, no interpreta correctamente su postura.

327 OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *La prevaricación del funcionario público*, págs. 196 y 197. Véanse, asimismo, las páginas 242-245, 255-257, 262, 283, 284 y 300, donde insiste en la idea de que la Administración justifica su existencia por la actividad que despliega en beneficio de los ciudadanos, de la sociedad, a la que no representa, sino que sirve; donde se considera al funcionario público, no como servidor estatal, sino como servidor social.

Con el Código penal de 1995, la doctrina, generalmente, rechaza la protección de la Administración en sí misma considerada, como conjunto orgánico, y, por consiguiente, la tutela de su digni-

Más recientemente, teniendo ya como punto de referencia el Título XIX del Código penal de 1995, el tono de OCTAVIO DE TOLEDO se muestra mucho más escéptico y crítico, lamentando que se haya desperdiciado una excelente ocasión para superar la anterior regulación de los delitos en estudio [328]. «Siendo criticable la anterior (rúbrica) del Título VII», dice este autor, «era preferible a la actual, que no permite lo que aquélla consentía: descubrir como objeto genérico de la tutela penal (...) a las «funciones públicas»», partiendo, como ya hemos visto que lo hacía, de una visión democrática de las mismas, y considerándolas la *ratio* de este conjunto de incriminaciones o, a lo más, el «bien jurídico de la categoría» [329].

---

dad, integridad o prestigio, poniendo especial atención en el servicio que presta a la comunidad. Véanse en este sentido, por ejemplo, GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *La nueva regulación de los delitos de los funcionarios públicos*, pág. 17; MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *Comentarios al Nuevo Código Penal*, págs. 1845 y 1846; LÓPEZ GARRIDO, D. y GARCÍA ARÁN, M., *El Código penal de 1995*, pág. 176; OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito de cohecho*, págs. 87-89; FERRÉ OLIVÉ, J. C., *Corrupción*, págs. 18-20; CARDENAL MONTRAVETA, S., *Concepto*, págs. 302 y 303; y VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., *El consentimiento del ofendido en los delitos contra la Administración pública*, págs. 7 y ss. Especialmente claros respecto a la importancia del carácter prestacional de la Administración se muestran ORTS BERENGUER, E., *Comentarios al Código Penal de 1995*, págs. 1775 y 1776, para quien el bien jurídico categorial de estos delitos está en «los servicios que los poderes públicos han de rendir a la comunidad»; y QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Delitos contra la Administración pública*, págs. 418 y 419, que coloca en el centro de la protección jurídico-penal a la capacidad de prestar y garantizar servicios. Aluden al carácter prestacional de la Administración, si bien con relación a particulares delitos, por ejemplo, las sentencias del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1986 (R. J. A. 7908), 8 de mayo de 1991 (R. J. A. 3606), y 14 de octubre de 1992 (R. J. A. 8193).

[328] OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *El delito de prevaricación*, págs. 1515-1517. El talante indulgente de este autor respecto a la rúbrica del Título VII del anterior Código penal, encaminado siempre a superar, por vía interpretativa, los defectos de la misma y de su contenido, choca con el tono amargo y pesimista que mantiene a la hora de enfrentarse a la nueva rúbrica del Título XIX, que, como mal menor, en su opinión, es totalmente inexpresiva del bien jurídico.

[329] OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *El delito de prevaricación*, págs. 1516 y 1517. Las consecuencias de una visión democrática de las funciones públicas son, resumidamente: desempeñarse en beneficio de los ciudadanos, individualizar a través de la determinación de las singulares características que a cada una acompañan, las tres diferentes actividades de legislar, juzgar y administrar llevadas a cabo por los correspondientes y separados poderes, y, finalmente, ser conscientes de que, aun después de dar el paso anteriormente indicado, no nos encontramos todavía ante un concepto en condiciones de cumplir la totalidad de los cometidos que son exigibles al bien jurídico, en definitiva, de proporcionar las limitaciones al poder punitivo del Estado. Si, según Octavio de Toledo, era factible llegar a estas consecuencias en la regulación anterior a través de la interpretación, no vemos que existan escollos insalvables para, utilizando el mismo espíritu voluntarioso, mantener igual postura en la nueva rúbrica.

2.3.3.1.5. *Otros autores*

GARCÍA ARÁN, adhiriéndose a OCTAVIO DE TOLEDO, sostiene que «la función pública puede individualizarse como bien jurídico común a todos los tipos del Título VII» [330]. Sin embargo, a diferencia de este autor, quita hierro a la disyuntiva Administración-función o Administación-persona [331], dejando en sus justos términos el alcance del traslado de tales distinciones de la doctrina administrativista al ámbito penal, y poniendo de manifiesto que lo verdaderamente importante es el análisis de las funciones del Estado dentro del marco constitucional, estimándolas desde el punto de vista del contenido de lo que se presta, sus fines y su beneficio para el administrado [332].

330 GARCÍA ARÁN, M., *La prevaricación judicial*, págs. 30 y ss. Enfatizan también la naturaleza *funcional* del bien jurídico, BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual*, pág. 366; y VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., *El consentimiento del ofendido en los delitos contra la Administración pública*, págs. 8 y 9. Véanse, asimismo, REBOLLO VARGAS, R., *La revelación de secretos*, págs. 50 y ss.; y ROLDÁN BARBERO, H., *El delito de desobediencia funcionarial*, págs. 1799 y 1800.

331 En contra de Octavio de Toledo, sustenta GARCÍA ARÁN, M., *La prevaricación judicial*, pág. 35, que a pesar de que la doctrina administrativa ha utilizado en ocasiones la personalidad jurídica única del Estado como argumento contrario a la real división de poderes, esto no tiene por qué ser necesariamente así, porque, según la autora, por un lado, la personalidad jurídica del Estado es una institución que despliega básicamente sus efectos en el ámbito de la responsabilidad patrimonial, y, por otro, «tal personificación jurídica única no tiene por qué obstaculizar la organización *política* del Estado sobre la idea de la separación de poderes ni (...) la atribución de personalidad jurídica instrumental a cada uno de ellos o a instituciones como, por ejemplo, las comunidades autónomas». Véase *infra*, epígrafe 2.3.3.3.

332 GARCÍA ARÁN, M., *La prevaricación judicial*, págs. 35-37. Más recientemente, en la misma dirección, mantiene GARCÍA ARÁN, M., *La prevaricación administrativa*, pág. 357, que lo protegido en el Título XIX del nuevo Código penal es «la función pública como actividad de prestación a los administrados». Véanse, asimismo, MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *Comentarios al Nuevo Código Penal*, págs. 1845-1847; RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, pág. 40; MORALES GARCÍA, O., *Los delitos de malversación*, págs. 70, 71, 98 y 99; CARBONELL MATEU, J. C. y PRATS CANUT, J. M., *Observaciones generales*, pág. 103; DEMETRIO CRESPO, E., *Consideraciones sobre la corrupción*, págs. 185 y 186; y FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *Delitos contra la Administración pública*, págs. 1678 y 1679, quien precisa, además, que «si se tiene en cuenta el carácter fragmentario y de *última ratio* del Derecho penal, no se debe entender la referencia abierta a un funcionamiento correcto como perfección, sino como cumplimiento de unos "mínimos" por parte de la Administración pública a la hora de servir a los intereses generales». En los últimos años, es frecuente ver cómo también el Tribunal Supremo, a la hora de concretar el bien jurídico de determinados delitos de los Títulos VII y XIX de los Códigos penales anterior y vigente, respectivamente, sobre todo de la prevaricación del funcionario público, habla del *«recto y normal funcionamiento de la Administración, con sujeción al sistema de valores instaurado en la Constitución Española»*, teniendo en cuenta especialmente lo dispuesto en sus artículos 103 y 106. Véanse en este sentido las sentencias del Tribunal Supremo de 10 de abril de 1992 (R. J. A. 2954), 25 de mayo de 1992 (R. J. A. 4336), 22 de septiembre de 1993 (R. J. A. 6857), 23 de noviembre de 1993 (R. J. A. 8714), 10 de julio de 1995 (R.

También CUGAT MAURI, teniendo como referencia ineludible la Constitución, apuesta por la función pública como bien jurídico protegido en el Título XIX del Código penal actual [333]. No se queda esta autora, sin embargo, en la simple alusión a la función pública como objeto protegido, sino que, tras un análisis de los principios que informan la actuación de las Administraciones públicas desde el marco constitucional (concretamente los artículos 9, 103 y 106 de la Constitución española), finaliza su exposición diciendo que «la imparcialidad como momento subjetivo de respeto a los principios del buen funcionamiento de la Administración pública, y en concreto de la objetividad, se erige en clave del bien jurídico de todos los delitos contra la Administración pública» [334].

2.3.3.2. *Partidarios de la inexistencia de un bien jurídico común*

Aunque es postura minoritaria, no faltan autores en nuestro país que cuestionan la existencia de un bien jurídico compartido por todos los delitos recogidos, bien en el Título VII del anterior Código penal, bien en el Título XIX del Código de 1995 [335]. Dentro de este grupo de autores, que, como decimos, es minoritario, pueden mencionarse, por ejemplo, a MUÑOZ CONDE, quien, tanto para la regulación pretérita como para la actual, considera difícil encontrar un bien jurídico común a todos estos deli-

---

J. A. 5400), 14 de julio de 1995 (R. J. A. 5435), 1 de abril de 1996 (R. J. A. 3759). En alguna ocasión, la confusión conceptual del Tribunal Supremo es manifiesta, como ocurre en la sentencia de 8 de febrero de 1994 (R. J. A. 670), donde, a la hora de precisar el bien jurídico protegido por el art. 401, párrafo 1.° del Código penal anterior, mezcla posturas doctrinales antagónicas: así, junto a ideas como que el fundamento del indicado artículo «(...) es antes moral que material, pues en un primer plano se encuentra la necesidad de preservar la buena imagen de los organismos públicos (...)», que padece «(...) el deber de lealtad que las Autoridades y funcionarios deben guardar escrupulosa e incondicionalmente en la gestión del servicio público en que intervengan (...)», o que se trata de preservar «(...) la integridad y rectitud del funcionario (...)», todas ellas superadas hoy por nuestra doctrina, se hace referencia, aunque de una forma meramente enunciativa, al «(...) buen orden de la Administración en una sintonía constitucional (...)», tomando como base el art. 103 de la Constitución española, cuyo contenido, recogido por la propia sentencia, señala que «(...) la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho».

333 CUGAT MAURI, M., *La desviación del interés general*, págs. 76 y ss. Véase también GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, págs. 22 y 23.

334 CUGAT MAURI, M., *La desviación del interés general*, págs. 76-100, especialmente 76 y 99. Véase, en contra, VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., *El consentimiento del ofendido en los delitos contra la Administración pública*, págs. 6 y 7.

335 Véase *supra* la postura de Rodríguez Devesa.

tos [336]; a FELIP I SABORIT, que también encuentra dificultoso extraer de estas figuras un denominador común [337]; o, en fin, a MESTRE DELGADO, que se expresa en similares términos [338].

2.3.3.3. *«Excursus»: personalidad jurídica del Estado y/o personalidad jurídica de la Administración*

Una vez estudiadas las diferentes posturas defendidas en España acerca del objeto de protección en los «delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos», conviene, antes de seguir adelante, detenernos en estos dos conceptos, personalidad jurídica del Estado y personalidad jurídica de la Administración, manejados profusamente por la doctrina administrativa, trasladados por OCTAVIO DE TOLEDO al ámbito del Derecho penal, y de los que ha deducido, como hemos visto más arriba, una serie de consecuencias que es necesario valorar.

336 MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal*, Parte especial, 14.ª edición, pág. 928. Véanse también QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Comentarios al Código Penal*, pág. 694, quien ya al comentar las diferentes figuras de prevaricación judicial, que, no olvidemos, en el Código penal anterior se ubicaban en el Título VII, rehusaba ejercitar un análisis en conjunto de su naturaleza por lo dispar y heterogéneo de las mismas; y CABELLO MOHEDANO, F., *Razón*, pág. 90.

337 Véase FELIP I SABORIT, D., *Sobre el tipo objetivo del delito de prevaricación de abogado*, pág. 772. Por su parte, y para la regulación anterior, MIR PUIG, S., *Negociaciones prohibidas a los funcionarios*, pág. 203; y, del mismo autor, *Nombramientos*, págs. 345 y 346, dividía los *delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos* del Título VII en dos grupos, dependiendo de si el bien jurídico afectado era «la *pureza de la Administración,* interés que trasciende a la Administración misma para afectar directamente a la sociedad, o el *correcto funcionamiento interno de la Administración,* que sólo indirectamente, en cuanto interés de una Administración deseable, importa a la sociedad». Dentro del primer grupo incluye delitos como la prevaricación, cohecho, malversación o negociaciones prohibidas a los funcionarios, y en el segundo, más reducido, la desobediencia, la anticipación y prolongación de funciones y los nombramientos ilegales. No explica este autor, sin embargo, en qué consiste ese *daño social* que causan los delitos pertenecientes al primer grupo ni por qué, por ejemplo, el funcionario público que admite una dádiva ofrecida en consideración a su función o para la consecución de un acto no prohibido legalmente (delito de cohecho del art. 390 del Código penal anterior) afecta, con su actuación, directamente a la sociedad, y, por el contrario, el funcionario público que, a sabiendas, propone o nombra para cargo público a persona en quien no concurren los requisitos legales (art. 382 del Código penal anterior) tan sólo afecta al *correcto funcionamiento interno* de la Administración. Por otro lado, la indeterminación de ambos bienes jurídicos obliga a Mir Puig a conformar las dos figuras que estudia, esto es, las negociaciones prohibidas a los funcionarios y los nombramientos ilegales, como delitos de peligro abstracto. Más recientemente, ya con el Código penal de 1995 como base, MIR PUIG, S., *Nombramientos ilegales*, págs. 309-311, aunque habla del bien jurídico *Administración pública,* y, por tanto, parece referirse a un único objeto protegido en todos los delitos del ahora Título XIX, lo cierto es que mantiene idéntica postura.

338 Véase MESTRE DELGADO, E., *Responsabilidad penal de alcaldes y concejales*, pág. 641.

A modo de recapitulación, considerar que «la personalidad jurídica corresponde al Estado en su integridad y no a cada uno de sus tres Poderes, hace que éstos pierdan su sustantividad propia y se conviertan en simples expresiones orgánicas de aquél (...), esto es, dejen de considerarse poderes y pasen a estimarse funciones del Estado» [339]. En concreto, la Administración pública deja de identificarse con el Poder ejecutivo, y pasa a considerarse una *función* de ese Estado-persona [340]. Tener como objeto de referencia de la protección penal la Administración-función conlleva, según este autor, a que, en última instancia, el auténtico objeto de protección sea el Estado (persona jurídica que acoge, entre otras, la función de administrar) [341]. Es por ello, concluye, que el concepto de Administración-función deba «sustituirse por el de Administración-persona, mejor adaptado a un planteamiento democrático y expresivo del carácter de la Administración de organización puesta al servicio de la sociedad. Ello no significa, sin embargo, que la idea de Administración-persona deba aceptarse como algo definitivo, sino, al contrario, como concepto-medio destinado a desaparecer y a dar lugar a nuevos conceptos todavía mejor adaptados a los planteamientos democráticos» [342].

2.3.3.3.1. *Antecedentes históricos*

La teoría de la personalidad en el Derecho público se configura en la doctrina alemana del siglo XIX. En un primer momento, son ALBRECHT (1837) y GERBER (1865) quienes, sobre bases estrictamente jurídicas, formalizan la concepción del Estado como un ente dotado de personalidad [343]. Nos enseña LÓPEZ GUERRA que el dogma de la per-

[339] OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *La prevaricación del funcionario público*, pág. 192. Esta opinión, que Octavio de Toledo generaliza y hace extensiva a nuestros días, es extraída de GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, 1.ª edición, pág. 20 (pág. 28 de la 10.ª edición), quienes, al explicar el concepto de Administración en la evolución del Derecho administrativo, la sostienen en relación con el momento histórico (mediados del siglo XIX) en que por vez primera se reconoce personalidad jurídica al Estado. Volveremos sobre esta cuestión.

[340] OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *La prevaricación del funcionario público*, págs. 194 y ss.

[341] OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *La prevaricación del funcionario público*, págs. 197 y ss.

[342] OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *La prevaricación del funcionario público*, págs. 194 y ss., y 236. No deja de ser paradójico acoger en el ámbito penal el concepto de Administración-persona por su, sostiene este autor, idoneidad para la «individualización de las singulares características fundamentales de cada función pública», también, por tanto, de la función administrativa, cuando García de Enterría, del que Octavio de Toledo toma tal concepto, parte de una consideración subjetiva de la Administración pública precisamente por la imposibilidad de aislar una abstracta función de administrar, por no creer en la existencia de unos caracteres que identifiquen tal función.

[343] Véanse SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Sobre la personalidad jurídica de las Cortes Generales*, págs. 8 y 9; y GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho administrativo*, pág. 305.

sonalidad jurídica del Estado aparece, en realidad, «como solución conceptual a complejas cuestiones políticas, centradas en el problema de la atribución de la soberanía. El pensamiento constitucionalista liberal, siguiendo la corriente doctrinal francesa, atribuía la soberanía a la nación, mientras que los publicistas del absolutismo (...) insistían en la atribución de la soberanía al monarca. Y el compromiso doctrinal, capaz de hacer compatible el abandono teórico de los principios del absolutismo con la permanencia en la práctica de muchos de los poderes del monarca, consistió en la construcción dogmática de la personalidad del Estado. El Estado sería el titular de la soberanía, y monarca y Parlamento serían meros órganos del Estado» [344]. En este contexto histórico e ideológico, frente a la realidad política surgida de la Revolución francesa, donde, en el marco de la división de poderes, se identifica la Administración con el Poder ejecutivo, reconocer al Estado personalidad jurídica trae consigo, en opinión de GARCÍA DE ENTERRÍA, la consideración de aquélla como una mera función de ese Estado-persona: «ya no se ve en el Estado un conjunto de Poderes individualizados (entre ellos el Poder Ejecutivo o Administración Pública), sino una persona jurídica única que realiza múltiples funciones, una de las cuales sería, precisamente, la de administrar» [345].

Posteriormente, en 1874, a esta construcción jurídico-conceptual que considera al Estado persona jurídica añadirá GIERKE la teoría del órgano. El Estado-persona no puede actuar por sí sólo, ha de valerse para ello de órganos, que carecen de personalidad jurídica por ser ésta una cualidad que pertenece en exclusiva al Estado [346].

Más tarde, JELLINEK evidenciará que las relaciones entre el Estado y los súbditos solamente serán jurídicas si uno y otros se reconocen investidos de derechos y obligaciones recíprocos. Los ciudadanos serán, por tanto, portadores de verdaderos derechos subjetivos públicos que pueden ejercitarse frente al propio Estado, cerrándose de esta manera el sistema. La relación Estado-ciudadano, que hasta ese momento era de dominación, pasa a ser una relación jurídica, con derechos y deberes recíprocos [347].

344 LÓPEZ GUERRA, L., *Sobre la personalidad jurídica del Estado*, pág. 22.

345 GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, 1.ª edición, págs. 20 y 21 (pág. 28 de la 10.ª edición).

346 Véase LÓPEZ GUERRA, L., *Sobre la personalidad jurídica del Estado*, págs. 22 y 23, para quien esta concepción aportó ventajas dignas de consideración, entre ellas, la de asegurar la limitación del poder al atribuirlo a órganos distintos, cuyas competencias venían fijadas por el Derecho. Esta exclusividad en la atribución de personalidad jurídica al Estado se vería pronto exceptuada por Lorenz von Stein, quien configura por vez primera como personas jurídicas distintas del Estado, tanto a las entidades locales, como a las corporaciones. Véanse al respecto SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Sobre la personalidad jurídica de las Cortes Generales*, pág. 9; y CASTRO Y BRAVO, F. DE, *La persona jurídica*, págs. 209 y 224.

347 Véase GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, 1.ª edición, pág. 210 (pág. 366 de la 10.ª edición).

El ordenamiento jurídico español, sin embargo, según un amplio sector de la doctrina administrativa [348], se aparta del esquema europeo más arriba esbozado, en el sentido de que no atribuye personalidad jurídica al Estado, sino a la Administración del Estado. En defensa de esta opinión se aducían los artículos 4 de la ley Santamaría de Paredes de 1888 («se consideran de índole civil y de la competencia de la jurisdicción ordinaria las cuestiones en las que el Derecho vulnerado sea de carácter civil y también aquellas que emanen de *actos en que la Administración haya obrado como persona jurídica, o sea, como sujeto de derechos y obligaciones*»), y 1 de la ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, texto refundido de 26 de julio de 1957 («La Administración del Estado, constituida por órganos jerárquicamente ordenados, actúa para el cumplimiento de sus fines con personalidad jurídica única») [349]. El máximo exponente de esta corriente es, sin duda, GARCÍA DE ENTERRÍA.

2.3.3.3.2. *García de Enterría: personalidad jurídica de la Administración pública*

Este autor sólo admite la personalidad del Estado en su conjunto en el ámbito internacional, esto es, cuando el Estado, sujeto del Derecho Internacional, se relaciona

[348] Véase, por todos, SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Sobre la personalidad jurídica de las Cortes Generales*, pág. 10.

[349] Véase LÓPEZ GUERRA, L., *Sobre la personalidad jurídica del Estado*, págs. 25-28. El agudo estudio de este autor, que atiende sobre todo al trasfondo político de ambas leyes, aporta interesantes ideas que cuestionan, debilitándola, la interpretación que mayoritariamente se hace del, en apariencia, perspicuo tenor literal de los preceptos transcritos.

En el momento en que entra en vigor la ley Santamaría de Paredes de 1888, la Corona es titular del poder ejecutivo, y la burguesía tiene un cierto poder político, ya que su representación, el Parlamento, disponía junto con el rey del poder legislativo. El poder ejecutivo (la Corona) aparecía como el auténtico representante del Estado, y el Parlamento no era propiamente un órgano del Estado sino representante de la sociedad. Esto conducía, no sólo al predominio del poder ejecutivo, sino también a reforzar su identificación con el Estado. «Dentro de esta concepción del poder propio de la Corona, de la convicción del papel esencial que correspondía al poder ejecutivo, no es de extrañar la equiparación de "Estado" a Administración. A la hora de conceder personalidad jurídica al poder público resultaba congruente con las perspectivas ideológicas de que se partía conferírsela a la Administración (es decir, al poder ejecutivo), dejando en una nebulosa jurídica al Estado (...)».

Cuando se elabora la ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957, los poderes legislativo y ejecutivo pertenecen al jefe del Estado, al mismo tiempo jefe del Gobierno. El art. 1 de esta ley, ciertamente, confiere personalidad jurídica a la Administración pública, pero en su Exposición de motivos se lee que la ley «asegura la efectividad del principio de nuestro Derecho público, según el cual el Estado constituye una persona jurídica». «A efectos prácticos —finaliza López Guerra— dada la inexistencia de un poder legislativo distinto del ejecutivo al elaborarse la LRJAE, la personalidad de la Administración equivalía a la personalidad del Estado, ya que las Cortes no eran el poder legislativo, sino un mero organismo asesor reconducible a todos los efectos a un apéndice del poder ejecutivo (...)».

con otros Estados. Desde el punto de vista del derecho interno, la personalidad jurídica se atribuye exclusivamente a uno de sus elementos: la Administración pública[350]. Ésta, como se desprende del art. 103.1 de la Constitución española, es una organización al servicio de la comunidad, sometida a la ley y al Derecho, y es precisamente esta organización servicial de la comunidad la que «aparece con una personalidad jurídica propia, y para el Derecho Administrativo, al que está sometida, es, ante todo, un sujeto de relaciones jurídicas. El dato primario ante el Derecho de la Administración Pública es este de su personalidad jurídica, personalidad que es una nota que la comprende a ella sola como organización y que deja fuera (...) a los órganos legislativos y judiciales»[351]. Como corroboración a su postura, menciona GARCÍA DE ENTERRÍA, entre otros, los artículos 3.4 de la ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común («Cada una de las Administraciones públicas actúa para el cumplimiento de sus fines con personalidad jurídica única»), y 2.2 de la ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y

[350] GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, 10.ª edición, pág. 30. Véase asimismo COSCULLUELA MONTANER, L., *Manual de Derecho administrativo* I, págs. 35 y 36. Por su parte, SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Sobre la personalidad jurídica de las Cortes Generales*, pág. 16, admite que, aunque la personalidad jurídica del Estado en el campo internacional no es incompatible con la ausencia de personificación en el Derecho interno, la distinción entre el plano internacional y el interno no deja de ser considerablemente artificiosa.

[351] GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, 10.ª edición, págs. 32-34 y 368. «El Parlamento —sostienen estos autores— más que un órgano del Estado, es un órgano del pueblo (...)», y el Juez «(...) tampoco es un órgano del Estado, sino del Derecho». Esta postura que niega al Parlamento y al Juez la condición de órganos del Estado ha sido criticada desde distintas disciplinas del Derecho. Véanse, por ejemplo, GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho administrativo*, pág. 312: «decir que el Parlamento es "órgano del pueblo" y que los jueces y tribunales "son órganos del Derecho", puede tener un valor metafórico significativo; pero desde el punto de vista técnico jurídico se trata de afirmaciones que carecen de sentido (...) En un sistema de Derecho público no puede hablarse ni de pueblo, ni de Derecho, sino dentro de un todo organizado»; LÓPEZ GUERRA, L., *Sobre la personalidad jurídica del Estado*, págs. 30-31: «(...) la relación pueblo-Parlamento es de representación y no se trata de una relación de organicidad. El Parlamento representa al pueblo dentro de los límites previstos por la Constitución. Pero no es un órgano del pueblo, ya que éste puede actuar directamente (referéndum constitucional, por ejemplo), incluso contradiciendo una decisión parlamentaria: situación ésta impensable en la relación entre una persona jurídica y sus órganos (...)»; y LÓPEZ RODÓ, L., *Personalidad jurídica del Estado*, págs. 63 y 64, quien sustenta que de la Constitución (artículos 62.2, 94.1, 131, etc.) «se desprende claramente que las Cortes, tanto al ejercer su potestad legislativa como al contraer obligaciones internacionales, actúan como órgano del Estado, puesto que es el Estado, y no el pueblo, el sujeto de la potestad legislativa y el sujeto de las relaciones internacionales». Tampoco puede decirse que el juez es un órgano del Derecho, ya que éste «no constituye ninguna persona ni siquiera ninguna organización, sino un ordenamiento normativo, y todo órgano forma parte de una persona o, por lo menos, de una organización».

Funcionamiento de la Administración General del Estado («La Administración General del Estado, constituida por órganos jerárquicamente ordenados, actúa con personalidad jurídica única»). El ordenamiento jurídico vigente, por tanto, en opinión de este autor, continúa afirmando únicamente la personalidad jurídica de la Administración [352].

2.3.3.3.3. *López Guerra y López Rodó: personalidad jurídica del Estado y personalidad jurídica de la Administración*

La tesis de GARCÍA DE ENTERRÍA, al tiempo de su formulación, contó, y aún cuenta, con destacados defensores entre los administrativistas; no obstante, ya antes, pero sobre todo tras la Constitución de 1978, se han alzado voces contrarias a la misma que ponen de manifiesto el escaso consenso que hay en esta materia, sobre todo si se tiene en cuenta que estas opiniones discrepantes no apuntan, como veremos en breve, a la misma dirección [353].

Entre aquellas voces críticas se encuentra la de LÓPEZ GUERRA. No discute este autor la personalidad jurídica de la Administración [354], reconocida en el Derecho positivo español, pero sostiene que negar la personalidad jurídica del Estado plantea problemas a la luz de la Constitución de 1978 [355].

[352] GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, 10.ª edición, págs. 39-41. Reconocen personalidad jurídica a la Administración pública MARTÍN MATEO, R., *Manual de Derecho administrativo*, págs. 32 y 33; FERNÁNDEZ VEGA, J. y MARISCAL DE GANTE Y MIRÓN, J., *Diccionario de la Constitución*, pág. 18; PECES-BARBA, G., *La Constitución española de 1978*, pág. 88; y ESPÍN TEMPLADO, E., *El régimen constitucional español*, pág. 254.

[353] Una muestra de lo que decimos, en GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho administrativo*, págs. 308 y 309.

[354] Véase cómo LÓPEZ GUERRA, L., *Sobre la personalidad jurídica del Estado*, págs. 34 y 35, estima que no hay contradicción alguna en considerar a la Administración órgano de la persona jurídica estatal, y, al mismo tiempo, atribuirle personalidad jurídica, pues no es nuevo para el Derecho público que un órgano esté dotado de personalidad jurídica. En contra, sin embargo, SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Sobre la personalidad jurídica de las Cortes Generales*, págs. 11 y 17, que argumenta que la actual atribución de personalidad jurídica única a la Administración estatal no puede coexistir con el principio de la personalidad jurídica del Estado, so pena de vaciar a aquélla de la mayor parte de su sustancia. Tal argumento, a juicio de LÓPEZ RODÓ, L., *Personalidad jurídica del Estado*, págs. 62 y 63, no es decisivo, pues, además de que la doctrina admite la personificación de organizaciones que a su vez forman parte de otra persona jurídica, «(...) el Estado tiene mucha mayor amplitud que la Administración: hay una serie de órganos constitucionales del Estado que no pueden incluirse en el repertorio de los órganos administrativos (el Congreso, el Senado, el Tribunal Constitucional, el Consejo General del Poder Judicial, el Tribunal de Cuentas, el Defensor del Pueblo, etcétera)».

[355] LÓPEZ GUERRA, L., *Sobre la personalidad jurídica del Estado*, págs. 25, 28 y ss., y 32-35, donde explica que la Constitución ofrece suficientes fundamentos para atribuir al Estado personalidad jurídica en el Derecho interno, ya que aquél (en el sentido de Estado-aparato, pues existen otras

El primer escollo al que alude es el de la naturaleza jurídica de los entes no personificados (Cortes, Tribunales, Corona), fácilmente salvable si los consideramos órganos de la persona jurídica estatal, sin necesidad de acudir para determinar la naturaleza de instituciones como el Parlamento o los jueces a conceptos de difícil precisión, como *órgano del pueblo* u *órgano del Derecho* (en clara alusión a la postura de GARCÍA DE ENTERRÍA), que ayudan poco en la determinación de sus competencias y relaciones [356]. Además, renunciar a la personalidad jurídica del Estado trae consigo serias dificultades a la hora de explicar las relaciones jurídicas que las Cortes pueden mantener con terceros particulares, como, por ejemplo, contratos de ejecución de obras. Dentro del Estado-persona, de acuerdo con LÓPEZ GUERRA, la explicación sería sencilla: se trata de una relación entre un particular y el Estado, que actúa a través de uno de sus órganos distinto de la Administración pública. Por el contrario, si se niega la personalidad jurídica del Estado, nos vemos obligados, bien a otorgar personalidad jurídica propia al Parlamento, posibilidad no recogida por ninguna norma de nuestro ordenamiento, bien a considerar al Parlamento incapaz para obligarse, siendo sus aparentes actos contractuales con terceros, en realidad, actos de la Administración, lo que queda desmentido, no sólo por la práctica diaria de las Cortes, sino también por la legislación vigente, que faculta al Congreso de los Diputados y al Senado a realizar contratos sin intervención de ningún servicio de la Administración pública [357].

Participa de este razonamiento GARRIDO FALLA. Parte este autor del dato incontestable de que los contratos de obras para el acondicionamiento de los palacios del Congreso y del Senado, así como los contratos de suministro que garantizan su funcionamiento, se realizan por los órganos de gobierno de cada una de las cámaras [358]. Si los contratos han de concluirse entre sujetos de derecho, es decir, entre entidades con personalidad jurídica propia, indispensable asimismo para poder después plantear un litigio en relación con la interpretación, cumplimiento o resolución de tales contratos, y los órganos de gobierno de las Cortes —que carecen de personalidad jurídica

---

dos acepciones constitucionales del término, el Estado-ordenamiento y el Estado-comunidad, que a los efectos aquí tratados no nos importan) aparece, en el ámbito interno, como un sujeto de obligaciones y competencias frente a ciudadanos y entidades no estatales, competencias y obligaciones que no se predican, sin embargo, directamente de la Administración pública.

356 LÓPEZ GUERRA, L., *Sobre la personalidad jurídica del Estado*, págs. 30-32 y 35. Una crítica a la consideración del Parlamento como órgano del pueblo, y al juez como órgano del Derecho, *supra*, en el epígrafe 2.3.3.3.2.

357 LÓPEZ GUERRA, L., *Sobre la personalidad jurídica del Estado*, págs. 30, 31 y 35. El argumento se hace extensivo a otras instituciones que, como el Tribunal de Cuentas, Defensor del Pueblo, Consejo General del Poder Judicial y Tribunal Constitucional, pueden contratar sin necesidad de valerse de ningún órgano de la Administración. Véase *infra*, epígrafe 2.3.4.1.

358 GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho administrativo*, págs. 320 y 321.

diferenciada— son independientes de la Administración pública, de negar la personalidad jurídica del Estado llegamos a la absurda conclusión, contraria a la ley como hemos visto, de que las Cortes carecen de competencia para contratar, y en caso de hacerlo, los contratos no serían fiscalizables por los tribunales: «(...) es éste —escribe GARRIDO FALLA— uno de los supuestos que justifican plenamente el recurso a la personalidad jurídica del Estado; en nombre del cual actúan, cuando contratan, los órganos de gobierno interior de las Cortes Generales» [359].

En la línea de LÓPEZ GUERRA, resume LÓPEZ RODÓ su postura diciendo que «tanto la Constitución como la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y la Ley Orgánica del Consejo General del Poder Judicial [360], en armonía con otros muchos textos legales tales como el Código Civil (...), permiten concluir que el Estado tiene personalidad jurídica en el orden interno, con lo que nuestro sistema jurídico queda doctrinalmente homologado con el de los demás países de régimen administrativo» [361]. Es verdad que la Constitución no reconoce expresamente al Estado personalidad jurídica, pero esto, según LÓPEZ RODÓ, «(...) no prueba nada, puesto que también silencia la personalidad jurídica de la Administración y es evidente que ésta la posee» [362]. Tras este parecer, se dedica en su trabajo a constatar que el Estado-persona se deduce implícitamente de la Constitución; en efecto, si todo sujeto de derechos y obligaciones es persona jurídica, no cabe negar al Estado esta naturaleza, pues no hay duda de que éste, como queda reflejado en numerosos artículos de la Constitución, es un sujeto de derechos y obligaciones [363]. Por otra parte, al referirse el Capítulo III, Título IV, de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, a los conflictos entre *órganos constitucionales del Estado* [364], está reconociendo tácitamente la personalidad de éste, pues «(...) en Derecho se entiende por órgano un elemento de la persona jurídica, hasta el punto de que el órgano no tiene existencia distinta de la persona y la persona no puede existir sin órganos» [365].

[359] GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho administrativo*, pág. 321, quien considera, además, que la tesis de la personalidad jurídica del Estado está en la médula de nuestra tradición legislativa y doctrinal, aportando artículos, sobre todo del Código civil, que lo atestiguan, y autores que la defienden (véanse las págs. 309 y ss.). Véase, asimismo, GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A., *Tratado de Derecho Administrativo*, pág. 193.

[360] Sustituida por la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

[361] LÓPEZ RODÓ, L., *Personalidad jurídica del Estado*, pág. 65.

[362] LÓPEZ RODÓ, L., *Personalidad jurídica del Estado*, págs. 57 y 58. Por el contrario, SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Sobre la personalidad jurídica de las Cortes Generales*, pág. 11, considera que el hecho de que la Constitución no reconozca la personalidad jurídica del Estado, si no impide, al menos obstaculiza la defensa de la tesis del Estado-persona.

[363] LÓPEZ RODÓ, L., *Personalidad jurídica del Estado*, págs. 59-61.

[364] Se trata, de acuerdo con el art. 73.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, de los órganos recogidos en el art. 59 de esta misma ley, esto es, Gobierno, Congreso de los Diputados, Senado y Consejo General del Poder Judicial.

[365] LÓPEZ RODÓ, L., *Personalidad jurídica del Estado*, pág. 61.

2.3.3.3.4. *Martínez López-Muñiz: personalidad jurídica del Estado*

No todos los autores que discrepan de la postura de GARCÍA DE ENTERRÍA son partidarios de considerar al Estado persona jurídica sin renunciar a la personalidad de la Administración pública. Así, MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ mantiene que la Constitución de 1978 ha venido a dar la razón a aquellos autores que construyeron el concepto de Administración pública al margen de la noción de persona jurídica, defensores, por tanto, de que la Administración del Estado actúa bajo la personalidad jurídica única de éste, la cual cubre toda su organización tanto a efectos internos como internacionales [366]. En apoyo de este aserto, se vale, entre otros, del argumento que le ofrecen las Comunidades Autónomas, a las que la Constitución confiere potestades legislativas y ejecutivas o administrativas amplias. Pues bien, si las Comunidades Autónomas pueden, con límites, legislar a través de su Parlamento, tienen un Gobierno que gobierna, y una Administración pública que, al igual que la Administración del Estado, ejerce la función administrativa, en opinión de MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ resulta «(...) difícil admitir una personificación de las Administraciones de las Comunidades Autónomas distinta de la de cada una de éstas. Cada Comunidad Autónoma tendrá y actuará —como el Estado en cuanto conjunto de los Poderes públicos institucionalizados con carácter general para toda la nación— una personalidad jurídica única, que amparará y explicará jurídicamente tanto la actuación de sus órganos legislativos como la de su organización administrativa y de gobierno. No parece aceptable una duplicidad de personalidades jurídicas en cada Comunidad Autónoma: una la de la Comunidad en su conjunto —presumiblemente para sus relaciones extracomunitarias—, y otra la de su Administración autónoma —hipotéticamente para la actuación interna, con respecto a los administrados de la región—» [367].

2.3.3.3.5. *La peculiar postura de Santamaría Pastor*

Finalmente, en este abanico de pareceres, no podemos dejar de mencionar el de SANTAMARÍA PASTOR. De acuerdo con él, el Estado español, en el Derecho interno, carece de personalidad jurídica, cualidad que legalmente sólo aparece poseída por los entes administrativos [368]. Hasta aquí, nada de peculiar respecto a alguna de las opinio-

[366] MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., *El concepto de Administración pública de la ley de lo contencioso*, págs. 188, 189 y nota 6, donde se citan autores críticos con la doctrina de la personificación de la Administración del Estado.

[367] MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., *El concepto de Administración pública de la ley de lo contencioso*, págs. 190-197, especialmente la 194.

[368] SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Sobre la personalidad jurídica de las Cortes Generales*, págs. 11, 16 y 17.

nes ya ofrecidas. Pero este autor va más lejos. Es partidario de atribuir también personalidad jurídica a las Cortes y demás organizaciones estatales no administrativas (Consejo General del Poder Judicial, Tribunal Constitucional, Tribunal de Cuentas y Defensor del Pueblo)[369]. No entra SANTAMARÍA PASTOR en la polémica de si estas organizaciones son o no personas jurídicas, sino si debe o no atribuírseles personalidad a los efectos exclusivos de su gestión interna. Y ante esta disyuntiva, como ya hemos apuntado, se muestra decidido defensor de la primera alternativa, que no vendría sino a regularizar jurídicamente la tendencia observada en la práctica; eso sí, recalca este autor que «esta personificación sería, dado su carácter instrumental, puramente (...) parcial; no afectaría a las funciones constitucionales de cada órgano, sino exclusivamente al plano de su gestión interna, esto es, a los efectos patrimoniales, contractuales y procesales»[370].

2.3.3.3.6. *Conclusión*

Si algo revelan las páginas precedentes es la falta de acuerdo en la doctrina administrativa y constitucional sobre una materia que, aunque discutida siempre, ofrece las cotas más altas de disentimiento una vez en vigor la Constitución y algunas de las leyes que la desarrollan[371]. La controversia, por lo demás, no se limita al dilema, ofrecido por OCTAVIO DE TOLEDO, Estado-persona/Administración persona, pues ya hemos visto cómo la variedad de interpretaciones doctrinales se muestra mucho más rica que este planteamiento fragmentario; alguna de ellas, incluso, frente a la pretendida antinomia entre estos dos conceptos, defensora de atribuir personalidad jurídica a la Administración y también al Estado en su conjunto[372].

[369] SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Sobre la personalidad jurídica de las Cortes Generales*, págs. 17-20.

[370] SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Sobre la personalidad jurídica de las Cortes Generales*, pág. 19.

[371] Esto sin hablar de la secular polémica suscitada en torno al concepto mismo de persona jurídica y su naturaleza. Decía FERRARA, F., *Teoría de las personas jurídicas*, pág. 3, que «toda la materia de las personas jurídicas es un cúmulo de controversias. En este terreno todo es disputado: el concepto, los requisitos, los principios; muchos niegan la existencia de las personas jurídicas, que estiman un producto de la fantasía de los juristas. Y es singular que las numerosas y cada vez más agudas y penetrantes investigaciones, en vez de aclarar el problema, lo han complicado más; la multiplicación de las teorías, el choque de las polémicas, la disparidad de las concepciones han intrincado de tal modo el tema que la visión del problema es dificultosa». Véanse asimismo CASTRO Y BRAVO, F. DE, *La persona jurídica*, págs. 204 y ss.; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español*, págs. 413 y ss.; y LACRUZ BERDEJO, J. L. y LUNA SERRANO, A., *Elementos*, págs. 249 y ss.

[372] Véanse LÓPEZ GUERRA, L., *Sobre la personalidad jurídica del Estado*, págs. 34 y 35; y LÓPEZ RODÓ, L., *Personalidad jurídica del Estado*, págs. 62 y 63. Partidario, sin embargo, de la aludida antinomia, parece mostrarse MORALES GARCÍA, O., *Los delitos de malversación*, págs. 32 y 33, nota 22.

Por otra parte, mantener que de la atribución de personalidad jurídica al Estado se deriva como consecuencia inseparable y necesaria un atentado al principio de separación de poderes no deja de ser una visión simplista de la cuestión. En su origen, segundo tercio del siglo XIX, el dogma de la personalidad jurídica del Estado trató de resolver el problema político de la titularidad de la soberanía: ésta no pertenecería ni al monarca ni al pueblo, sino al Estado, «entendido como un ente abstracto del cual todos los protagonistas de la vida política real serían a lo sumo simples órganos» [373]. En aquel momento histórico, a juicio de GARCÍA DE ENTERRÍA, tal planteamiento supuso que los tres poderes perdieran su sustantividad propia y se convirtieran en meras funciones de ese Estado-persona [374]. Sin embargo, sin olvidar sus orígenes, el análisis de este tema debe efectuarse desde la situación jurídico-política nacida de la Constitución de 1978 y consolidada a lo largo de más de veinte años. Y en este contexto, es posible acoger la noción de personalidad jurídica del Estado desligada de cualquier connotación con que esta categoría se elaboró y difundió en el siglo XIX y primera parte del XX [375]. Así lo ha entendido, entre otros, MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, quien, de forma impecable, escribe que «hoy es perfectamente sostenible la personalidad jurídica del Estado con claro discernimiento de su carácter puramente instrumental o técnico, eminentemente relativo, totalmente desligada de toda raíz idealista hegeliana, en cualquiera de sus ramificaciones. Lo que se personaliza es por lo demás el aparato, la estructura institucional del Poder y no la comunidad política; lo que se personaliza es, en suma, aquello que *se constituye* mediante la Constitución como el Estado propiamente dicho y en sentido estricto (es decir, sin incluir los Poderes públicos constitucionales a los que se reconoce como entidades distintas del Estado, aunque subordinadas y entrelazadas eventualmente con él)» [376]. En definitiva, la personalidad jurídica del Estado, no sólo es compatible hoy con el respeto al principio de la separación de poderes acogido por nuestra Constitución, sino que, a juicio de un importante sector doctrinal, se ha convertido en recurso obligado para la resolución de importantes dificultades jurídicas que se han hecho patentes, sobre todo, a raíz de la vigen-

373 Véanse GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, 10.ª edición, pág. 33; y LÓPEZ GUERRA, L., *Sobre la personalidad jurídica del Estado*, pág. 22.

374 GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, 10.ª edición, pág. 28.

375 Véase GARCÍA ARÁN, M., *La prevaricación judicial*, pág. 35.

376 MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., *El concepto de Administración pública de la ley de lo contencioso*, pág. 188, nota 5. Véase también LÓPEZ GUERRA, L., *Sobre la personalidad jurídica del Estado*, págs. 24 y 32-34.

cia de nuestro Texto Fundamental [377]. Si atribuir personalidad jurídica al Estado supusiera un flagrante atentado contra el principio de separación de poderes, la Constitución, pensamos, hubiera otorgado expresamente personalidad a la Administración pública. No lo ha hecho, sin embargo, como tampoco se refiere explícitamente a la personalidad jurídica del Estado, quizá, como apunta algún autor, porque el constituyente «no quiso terciar en el contencioso teórico entre la tesis doctrinal de la personalidad jurídica del Estado, clásica en el Derecho de los sistemas democráticos europeos, y la realidad legal de la personalidad jurídica de la Administración del Estado, avalada por un amplio consenso del sector administrativo de la doctrina jurídico-publica» [378]. Si estos conceptos son manejados en la actualidad por otras disciplinas sin las connotaciones con que fueron creados, sin la intención original de solventar complejas cuestiones políticas zanjadas hoy por la Constitución [379], no hay razón para que sean acogidos por el Derecho penal con los lastres descritos, desterrados ya de otras ramas del Derecho.

Con todo, no acertamos a ver los motivos que inducen a pensar que estas construcciones, creadas, completadas y debatidas, sobre todo, por los estudiosos del Derecho administrativo para dar solución a distintos problemas, muchas veces prácticos, planteados en esta disciplina, deban desempeñar un papel fundamental en el ámbito del Derecho penal. El atribuir personalidad jurídica, bien a la Administración pública, bien al Estado en su conjunto, a ambos al mismo tiempo o, incluso, en expresión de SANTAMARÍA PASTOR, a otras organizaciones estatales no administrativas [380], obedece a razones concretas que, si bien deben ser conocidas por nosotros, no tienen por qué determinar la respuesta a cuestiones propias del Derecho penal.

Al sostener GARCÍA DE ENTERRÍA que sólo la Administración pública tiene personalidad jurídica, se cuida de recalcar que esto es así *para el Derecho administrativo,*

[377] Existen autores, ciertamente, contrarios a la tesis partidaria de otorgar personalidad jurídica al Estado, pero, si bien en algún caso se recuerda el pasado reprochable de esta construcción, sus réplicas no utilizan como argumento la posible discrepancia de esta postura con el principio de separación de poderes admitido por nuestra Constitución. Véase, por ejemplo, SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Sobre la personalidad jurídica de las Cortes Generales*, pág. 11, que aporta tres datos que, según él, obstaculizan la personalidad jurídica del Estado español: «primero, que nuestra Constitución no reconoce esta personificación del Estado; segundo, que dicha tesis carece de tradición sólida en nuestra doctrina; y tercero, que aunque esta personalidad se reconociese teóricamente, habría antes que salvar el escollo legal de que nuestro ordenamiento (a nivel de ley ordinaria, pero algo es algo) la atribuye a la Administración del Estado, so pena de mantener una dualidad realmente insostenible. Creemos que no es pecar de positivistas afirmar que dicha tesis, aunque coherente, no pasa de ser hoy por hoy una pretensión de *lege ferenda*».

[378] SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Sobre la personalidad jurídica de las Cortes Generales*, pág. 10.

[379] Su art. 1.2 establece claramente que «la soberanía nacional reside en el pueblo español (...)».

[380] Véase *supra*, epígrafe 2.3.3.3.5.

convirtiendo la personificación de aquélla en dato primario y *sine qua non* de esta disciplina[381]. A través de la personificación de la Administración este autor trata de explicar todas las relaciones jurídico-administrativas: la Administración pública, en cuanto persona, es un sujeto de Derecho que emana actos, declaraciones, que se vincula por contratos, que responde con su patrimonio de los daños que causa, que es enteramente justiciable ante los Tribunales[382]. En el ámbito internacional, sin embargo, admite la personalidad del Estado en su conjunto[383]. ¿A qué atenernos cuando se trata de nuestra disciplina?

Para COSCULLUELA MONTANER la Administración personificada es necesaria para que los Tribunales puedan controlar sus actuaciones[384]; y MARTÍN MATEO recurre a ella «en el intento de sometimiento de la Administración a la Ley y en el de facilitar también las relaciones de la Administración con los administrados de forma que éstos puedan además acudir a los tribunales (...)»[385].

Cuando LÓPEZ GUERRA[386] y GARRIDO FALLA[387] consideran al Estado persona jurídica, lo hacen, entre otras razones, para dar explicación a determinadas relaciones jurídicas (contratos de obras, por ejemplo) que las Cortes y otras instituciones (Tribunal de Cuentas, Defensor del Pueblo, Consejo General del Poder Judicial y Tribunal Constitucional) mantienen con terceros particulares. El recurso a la personalidad jurídica del Estado posibilitará a éstos, en su caso, dirigir su acción contra el Estado. Semejantes motivos conducen a SANTAMARÍA PASTOR a atribuir personalidad jurídica, no al Estado, como los dos autores anteriores, sino a las instituciones mismas que acabamos de nombrar[388].

Pues bien, que se considere que la personalidad jurídica corresponde a cada una de estas instituciones o, por el contrario, al Estado en su conjunto, no va a resultar decisivo a la hora de valorar la conducta de un funcionario público, perteneciente, por ejemplo, a los órganos de gobierno del Congreso, que al llevar a cabo un contrato de ejecución de obras con un particular se concierta con él para defraudar a la institución a la que pertenece. El funcionario público, adscrito a una determinada Comunidad Au-

381 GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, 10.ª edición, pág. 30.

382 GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, 10.ª edición, págs. 30, 33 y 34.

383 GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, 10.ª edición, pág. 30.

384 COSCULLUELA MONTANER, L., *Manual de Derecho administrativo* I, págs. 35 y 36.

385 MARTÍN MATEO, R., *Manual de Derecho administrativo*, pág. 32.

386 LÓPEZ GUERRA, L., *Sobre la personalidad jurídica del Estado*, págs. 30 y 31.

387 GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho administrativo*, págs. 320 y 321.

388 SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Sobre la personalidad jurídica de las Cortes Generales*, págs. 13, 18 y 19.

tónoma, que con ánimo de lucro sustrae los caudales que tiene a su cargo por razón de sus funciones, comete un delito de malversación, y esto independientemente de si entendemos que cada Comunidad Autónoma tiene y actúa una personalidad jurídica única, o admitimos una personificación de las Administraciones de las Comunidades Autónomas distinta de la de cada una de éstas. El Juez que, a sabiendas, dicta una sentencia injusta, prevarica, sea considerado un órgano del Derecho o un órgano del Estado. O, en fin, el funcionario de la Administración del Estado que, a sabiendas, destruye documentos cuya custodia tiene encomendada por razón de su cargo, comete el delito del art. 413 del Código penal sin importar si, además de a aquélla, se atribuye personalidad al Estado. En el ámbito penal, donde sujeto activo del delito sólo puede ser la persona humana [389], no es necesario acudir al concepto de persona jurídica para que estas actuaciones sean controladas por los Tribunales. Debemos relativizar, por tanto, el alcance de estas construcciones en la materia que nos ocupa.

2.3.4. La rúbrica «delitos contra la Administración pública»

Las rúbricas de los Títulos condicionan, y de qué manera, el estudio de las figuras delictivas en ellos contenidas. En Italia, como hemos tenido ocasión de ver, al referirse el Título II del Código penal a los «delitos contra la Administración pública», todo autor que analiza, con mayor o menor rigor, estos delitos se ve obligado, antes de nada, a dirigir su investigación al estudio del concepto de Administración pública, y en función de cuál sea éste se hace depender, en gran medida, cuestiones tan importantes como la determinación del bien jurídico protegido. En España, sin embargo, al carecer tradicionalmente de una tal rúbrica [390], la doctrina penal no ha estudiado con tanto interés este concepto [391], y es ahora, con el Código de 1995, cuando, movidos por la necesidad, los autores le vienen dispensando una mayor dedicación. Hoy es necesario, como paso previo al estudio del bien jurídico, analizar el concepto de Administración pública que se deduce del Título XIX del Código penal.

Aunque se ha dicho que «la referencia a la Administración pública como objeto de protección no ha suscitado en general oposición» [392], una lectura detenida de las

[389] Véanse CEREZO MIR, J., *Curso...*, II, págs. 68 y ss.; GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro...*, I, págs. 7 y ss.; el mismo, *La cuestión de la responsabilidad penal*, págs. 586 y ss., y 602 y ss.; y ROMEO CASABONA, C. M., *Peligrosidad*, págs. 68 y ss.

[390] Nos referimos a los Códigos penales que han estado en algún momento en vigor, pues el Proyecto de Ley Orgánica de Código penal de 1980, la Propuesta de Anteproyecto de Código penal de 1983 y el Proyecto de Código penal de 1992 ya aludían a los «delitos contra la Administración pública».

[391] No obstante, ha habido meritorias aportaciones, como, por ejemplo, la de Octavio de Toledo. Véase *supra*, epígrafe 2.3.3.1.4.

[392] Véase FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *Delitos contra la Administración pública*, pág. 1678.

distintas aportaciones al tema desmiente tal afirmación. Es cierto que, ya en la regulación anterior, hubo autores que propugnaron una rúbrica semejante [393]. También lo es que la alusión a la Administración pública en el Título XIX del Código penal de 1995 ha sido bien acogida por una parte de la doctrina [394]. Pero que esto sea opinión unánime, incluso mayoritaria, dista mucho de ser indiscutible.

CASABÓ, si bien mantuvo que un título dedicado a «los delitos contra la Administración pública» ofrecía más ventajas que el criterio tradicional español, llegó a la conclusión de que aquél estaba lejos de satisfacer las exigencias de concreción y claridad que debía ofrecer toda rúbrica [395]. Conocedor de los problemas que tal título suscitó en las legislaciones donde lo acogieron, Italia, sobre todo, finalizaba diciendo que «la idea de Administración Pública como uno de los Poderes en que se divide el Estado no sirve, con lo que no entraña progreso político alguno, pues obliga a buscar un concepto lo más amplio posible de Administración Pública que prácticamente resulta inválido por su excesiva generalidad. La ansiada mayor concreción a través de la referencia al bien protegido, se ve en gran manera frustrada» [396].

Más recientemente, también OCTAVIO DE TOLEDO, como hemos dejado apuntado, considera un error del legislador la rúbrica del Título XIX del Código penal, pues, según este autor, lo que sugiere «es que frente a los delitos que se reúnen en este Título se protege "al conjunto de organismos encargados de cumplir esta función» de administrar y no la función misma de "administración", en tanto que "acción o efecto de administrar", o la "administración pública" concebida como "acción del gobierno (...) al dictar y aplicar las disposiciones necesarias para el cumplimiento de las leyes y para la conservación y fomento de los intereses públicos, y al resolver las reclamaciones a

[393] Véanse FERRER SAMA, A., *Comentarios al Código penal*, Tomo IV, págs. 57 y 58; RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. y SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal español*, Parte especial, págs. 8 y 9; ORTEGO COSTALES, J., *Teoría de la parte especial*, págs. 23 y 24; y REBOLLO VARGAS, R., *La revelación de secretos*, pág. 51.

[394] Véanse FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *Delitos contra la Administración pública*, pág. 1678, quien considera que con la nueva intitulación se ve clarificada la finalidad de protección de los delitos contemplados en el Título XIX; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, págs. 21 y 24; y DEMETRIO CRESPO, E., *Corrupción*, pág. 70.

[395] CASABÓ RUIZ, J. R., *Introducción al estudio de los delitos de los funcionarios públicos*, págs. 193-197. Reprueba también la amplitud de la rúbrica MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Sobre la naturaleza de los delitos de los funcionarios públicos*, pág. 367.

[396] CASABÓ RUIZ, J. R., *Introducción al estudio de los delitos de los funcionarios públicos*, pág. 195, que añade, además, como reproche, que con «la rúbrica de delitos contra la Administración Pública se pone el acento en los intereses de la propia Administración que pueden ser distintos y aun contrarios a los generales». Véase también VALEIJE ÁLVAREZ, I., *Consideraciones sobre el bien jurídico protegido en el delito de cohecho*, pág. 345.

que dé lugar lo mandado"», infiriendo, un tanto desmedido, que lo que expresa su contenido es contrario a la Constitución [397].

El sentido de la opinión que merezca la rúbrica «delitos contra la Administración pública» ha de venir respaldado por un detenido estudio de este último concepto. ¿Cómo saber qué es lo que se pretende proteger si desconocemos lo que el legislador, o mejor, la ley penal entiende por Administración pública? Es éste un paso irrenunciable que ha de darse si se quiere llegar a conclusiones que no pequen de inconsistencia. Y para ello resulta obligado recurrir a quienes más tiempo y esfuerzos han dedicado a configurar un concepto de Administración pública.

2.3.4.1. *El concepto de Administración pública en la doctrina administrativa*

El concepto de Administración pública está estrecha e indisolublemente ligado al Derecho administrativo. Se ha dicho que para una correcta conceptuación de éste es necesario previamente dar una respuesta al contenido de aquélla, ya que el Derecho administrativo surge como necesidad de regular la Administración pública, «tanto por lo que concierne a sus peculiares estructuras internas (...) como por lo que se refiere a sus comportamientos *ad extra* (...)» [398]. Ello explica que la definición y delimitación de lo que debe ser la Administración pública ha sido desde los orígenes del Derecho administrativo caballo de batalla de quienes se han dedicado a esta disciplina. No obstante, la controversia, lejos de apaciguarse, sigue ofreciendo páginas encontradas.

No se trata de emprender, excedería de nuestros cometidos, un estudio de la evolución histórica del Estado y de la Administración pública desde sus comienzos hasta nuestros días [399], sino mostrar cuál es el estado de la cuestión una vez transcurridas más de dos décadas desde la publicación de la Constitución. Es cierto que el proceso de instauración del régimen democrático en España no constituyó, a diferencia de lo

[397] OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *El delito de prevaricación*, pág. 1517. En opinión de MORALES GARCÍA, O., *Los delitos de malversación*, pág. 46, nota 90, la posibilidad de realizar alguno de los tipos del Título XIX del Código penal en sede jurisdiccional o legislativa, y «la aparente arbitrariedad en la subsunción bajo el Título de las figuras delictivas», justificarían las palabras de Octavio de Toledo cuando dice que «lo que expresa —se refiere al Título XIX—, tanto en sí cuanto, sobre todo, en conexión con su contenido, es contrario a la Constitución».

[398] Véase BERMEJO VERA, J., *Derecho administrativo*, pág. 35.

[399] Véase al respecto PAREJO ALFONSO, L., *Manual de Derecho administrativo*, págs. 2 y ss., donde hace un repaso histórico partiendo de la Alta Edad Media, pasando por la Baja Edad Media, Edad Moderna, Estado Liberal de Derecho, Estado Social, hasta llegar a la situación actual. Sobre los rasgos fundamentales de la Administración pública y del Derecho administrativo en el Estado Liberal de Derecho, y sus diferencias en el Estado Social y Democrático de Derecho, véase SORIANO, J. E., *El concepto de Derecho administrativo*, págs. 150 y ss.

que aconteció en Italia o Portugal, una ruptura radical con el pasado, antes bien, como advierte SÁNCHEZ MORÓN, puede concebirse como una mediación entre los viejos y los nuevos intereses, entre viejos y nuevos actores[400]. Ahora bien, no puede ponerse en duda la trascendencia de la entrada en vigor de una nueva Constitución que ha venido a modificar sustancialmente la estructura política del Estado[401], que, como norma jurídica básica del ordenamiento español, conlleva cambios relevantes en el mundo del derecho, y ha introducido modificaciones en el funcionamiento y en la misma configuración institucional de la Administración pública[402]. De un sistema administrativo «caracterizado por un amplísimo margen de autonomía y discrecionalidad de las burocracias públicas, por el autoritarismo de las relaciones internas y externas, por

[400] SÁNCHEZ MORÓN, M., *Notas sobre la función administrativa*, págs. 627-632, donde se dice que, a diferencia de lo que ocurrió en Italia, «buena parte de las instituciones que la Constitución condena o desaprueba (y lógicamente las que no condena) no han sufrido sino leves retoques en el período de transición, y no por simple descuido o por subterfugio realizado de espaldas a los constituyentes, sino porque precisamente esa ha sido la condición impuesta y admitida por el proceso de *reforma* (...)».

[401] En efecto, se sustituye el principio de «unidad de poder y coordinación de funciones», del art. 2 de la derogada Ley Orgánica del Estado, por el de «separación de poderes», admitido por la Constitución española de 1978: las Cortes Generales ejercen la potestad legislativa del Estado (art. 66.2); 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, que integran el poder judicial (art. 117); y la función ejecutiva y la potestad reglamentaria corresponde al Gobierno, que dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado (art. 97). Véanse en este sentido ESCRIBANO COLLADO, P., *¿Crisis de los conceptos de Administración pública y de Derecho administrativo?*, pág. 173; BASSOLS COMA, M., *Los principios del Estado de Derecho*, pág. 142; QUINTANA LÓPEZ, T., *El control jurisdiccional de las decisiones parlamentarias*, págs. 2075 y 2076; GARRIDO FALLA, F., *Constitución y administración*, pág. 6; y EMBID IRUJO, A., *La justiciabilidad de los actos de gobierno*, págs. 2698 y 2699.

[402] Véanse SÁNCHEZ MORÓN, M., *Notas sobre la función administrativa*, págs. 629-640; ESCRIBANO COLLADO, P., *¿Crisis de los conceptos de Administración pública y de Derecho administrativo?*, págs. 173 y 174; BERMEJO VERA, J., *Derecho administrativo*, 4.ª edición, págs. 33 y ss.; y BASSOLS COMA, M., *Los principios del Estado de Derecho*, págs. 133 y 134, para quien, a pesar de haberse dicho que el Derecho administrativo es un sistema estable que resiste las innovaciones y los cambios constitucionales, lo cierto es que la Constitución de 1978 supone para el sistema de esta disciplina «un impacto que afectará a sus estratos más profundos. Y ello no sólo por las reformas en las estructuras administrativas que la Constitución programa, sino, fundamentalmente, porque aquélla aporta toda una nueva filosofía del fundamento, ejercicio y control jurídico del poder político (...), del cual el poder administrativo es una de sus manifestaciones más características por su protagonismo en la sociedad contemporánea». En contra de esta opinión parece estar FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *La organización territorial del Estado*, págs. 367-371, para quien, salvo casos concretos, «el texto constitucional se mantiene en una línea bastante convencional y no da mayores alientos al progreso técnico de las instituciones jurídico-administrativas, progreso que, incluso, pudiera resultar frenado por sus preceptos en algún caso».

la falta de control y de crítica frente a la actuación de los administradores», donde el respeto a los derechos humanos, al principio de igualdad ante la ley y a las reglas formales del Estado de Derecho se mostraba muy deficitario[403], se pasa, al menos sobre el papel, a una realidad bien distinta, caracterizada por la sujeción de los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (art. 9.1 de la Constitución española), por el sometimiento pleno de la Administración a la ley y al Derecho (art. 103.1), donde se accede a las funciones y cargos públicos en condiciones de igualdad (art. 23.2) y de acuerdo con los principios de mérito y capacidad (art. 103.3), rige el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3) y opera la institución del Defensor del Pueblo con potestades de supervisión de la actividad de la Administración (art. 54).

Las posturas existentes en relación con el concepto de Administración pública son muy variadas[404]; nosotros nos referiremos a aquellas que han tenido y tienen un mayor predicamento en la doctrina española. Para ello vamos a servirnos, a modo de enfoque, de la diáfana exposición de ENTRENA CUESTA: «La Administración Pública puede ser considerada, en cuanto a su concepto, fundamentalmente, desde dos puntos de vista: subjetivo y objetivo. En el primer sentido se entiende por Administración Pública un conjunto de órganos; en el segundo una actividad. Ambos puntos de vista se distinguen en todo momento por la doctrina, pero poniendo el énfasis sobre uno de ellos. Cuando la balanza cae del lado del aspecto subjetivo, se considera en el sentido inverso por Administración la actividad realizada por los órganos a los que se asigna aquel carácter; en cambio, cuando el que predomina es el aspecto objetivo, la Administración Pública como sujeto estará integrada por el conjunto de órganos —y entes— que realizan la actividad que se estima como administrativa»[405].

Desde la aparición de las primeras publicaciones de la ciencia jurídico-administrativa hasta nuestros días, se han ido alternando en importancia estas dos concepciones de la Administración pública. En un primer momento, a mitad del siglo XIX, firme aún la creencia en la adecuación entre poderes y funciones, predominó la perspectiva subjetiva[406]. Posteriormente, en la primera parte del siglo XX, después de tomar

[403] SÁNCHEZ MORÓN, M., *Notas sobre la función administrativa*, págs. 632 y ss. Véase también NIETO, A., *La Administración española del franquismo*, págs. 567 y ss.

[404] Tiene escrito ENTRENA CUESTA, R., *El concepto de administración pública*, pág. 55, que una enumeración de tales posturas resultaría poco menos que interminable.

[405] ENTRENA CUESTA, R., *El concepto de administración pública*, págs. 57 y 58.

[406] Los tratadistas de la segunda mitad del siglo XIX mantenían que la Administración era un complejo orgánico comprendido dentro del marco del Poder ejecutivo, sin que se identificase totalmente con éste, pues en su interior se ubicaba también el Gobierno, teniendo por misión la de ejecutar, y nada más que ejecutar, la ley. Para más detalle, véase ENTRENA CUESTA, R., *El concepto de administración pública*, págs. 58-62.

conciencia de que el Poder ejecutivo realiza funciones que no son de ejecución, y que los Poderes legislativo y judicial hacen algo más que legislar y dictar resoluciones, es la concepción objetiva la que goza de un mayor número de adeptos [407]. Sin embargo, la búsqueda estéril de unos caracteres que identificaran la función administrativa —hasta el punto, siguiendo un concepto negativo, de acabar considerando como tal la actividad que no es legislativa ni judicial [408]— da pie al resurgimiento de los posicionamientos que conceden la hegemonía al aspecto subjetivo de la Administración [409]. Tras la Constitución de 1978, como tendremos ocasión de ver, se han alzado voces que discrepan de esta última corriente, hoy mayoritaria.

Con el propósito de ser claros, y en busca de la eficacia, vamos a agrupar las diferentes aportaciones al tema que nos ocupa utilizando el esquema trazado, esto es, sirviéndonos del binomio concepción subjetiva-concepción objetiva, sin desconocer la existencia de otras clasificaciones [410], al tiempo que prevenimos de que, en realidad, alguna de las posturas de las que daremos cuenta combinan ambos aspectos, el subjetivo y el objetivo, atendiendo nosotros al más preponderante a la hora de ubicarlas en una u otra concepción.

2.3.4.1.1. *Concepción subjetiva de la Administración pública*

GARCÍA DE ENTERRÍA se encuentra entre aquellos autores que, en los años sesenta, malogrado el propósito de aislar una abstracta función estatal de administrar, parten

[407] Véanse ENTRENA CUESTA, R., *El concepto de administración pública*, págs. 62-64; y ESCRIBANO COLLADO, P., *¿Crisis de los conceptos de Administración pública y de Derecho administrativo?*, pág. 169.

[408] Criterio cuyo sentido, según GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, 10.ª edición, pág. 29, «vendría del hecho de que legislar y juzgar se habrían separado del complejo de funciones del viejo Estado absoluto como simples técnicas formales, en tanto que el resto —un conglomerado o aluvión histórico, donde se mezclan funciones y competencias heterogéneas— no es reductible a ninguna técnica formal uniforme». Véanse las objeciones fundamentales a esta forma negativa de definir la Administración en GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho administrativo*, pág. 37, nota 17.

[409] No obstante, como pone de relieve ENTRENA CUESTA, R., *El concepto de administración pública*, págs. 65 y 66, las diferencias con los primeros autores son evidentes, pues ahora, si bien la Administración sigue integrada en el Poder ejecutivo, las funciones que realiza son heterogéneas, esto es, no sólo ejecutivas, sino también legislativas y jurisdiccionales. De esta opinión ENTRENA CUESTA, R., *Curso de Derecho administrativo*, págs. 30-33.

[410] Véanse, por ejemplo, BOQUERA OLIVER, J. M., *Derecho administrativo*, págs. 53 y ss., que habla de tres perspectivas: subjetiva, funcional y mixta, dentro de las cuales, a su vez, existen diferentes tendencias. En la subjetiva, la orgánica y la personalista; y en la funcional, la material, la teleológica y la jurídico-formal; y ENTRENA CUESTA, R., *Curso de Derecho administrativo*, pág. 29, quien a las concepciones subjetiva y objetiva, añade la formal.

de una consideración subjetiva de la Administración pública[411]. En efecto, ésta no es una determinada función objetiva o material; tampoco un complejo orgánico más o menos ocasional. La Administración pública es para el Derecho administrativo una persona jurídica. «Este de la personificación», sostiene GARCÍA DE ENTERRÍA, «es el único factor que permanece siempre, que no cambia como cambian los órganos y las funciones, y por él se hace posible el Derecho Administrativo. Todas las relaciones jurídico-administrativas se explican en tanto la Administración Pública, en cuanto persona, es un sujeto de Derecho que emana declaraciones de voluntad, celebra contratos, es titular de un patrimonio, es responsable, es justiciable, etc. La personificación de la Administración Pública es así el dato primario y *sine qua non* del Derecho Administrativo»[412]. Es esta nota, la de la personalidad jurídica, la que servirá para individualizar la Administración pública, de los órganos legislativos y judiciales: solamente la Administración es persona jurídica[413]. El Parlamento, «más que un órgano del Estado, es un órgano del pueblo, auténtico titular de la "propiedad del poder" (...)», y el Juez «(...) tampoco es un órgano del Estado, sino del Derecho. Es *viva vox iuris, iuris dictio*, directamente vinculada al Derecho, sin insertarse jerárquicamente en su función sentenciadora en ninguna organización (...) La relación entre el Derecho y el Juez es directa, sin que ningún otro sujeto u órgano pueda intervenir en el momento de tomar sus decisiones»[414].

Al exponer la postura de GARCÍA DE ENTERRÍA podríamos haber citado la última edición de su *Curso de Derecho Administrativo,* donde, por otra parte, mantiene esen-

[411] GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Verso un concetto*, págs. 317 y ss.

[412] GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Curso de Derecho administrativo*, 1.ª edición, pág. 22.

[413] GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Curso de Derecho administrativo*, 1.ª edición, págs. 25 y 26. Aclaran estos autores que más que de Administración pública en singular hay que hablar de Administraciones públicas, de una pluralidad de entidades administrativas dotadas cada una de ellas de personalidad jurídica (véanse las págs. 27, 28 y 207). La existencia de una pluralidad de Administraciones públicas es algo comúnmente aceptado; no obstante, al estudiar su concepto, los autores, buscando la sencillez, se refieren a la *Administración pública* en singular. De acuerdo con el art. 1.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de lo contencioso administrativo, son Administraciones públicas: «a) La Administración General del Estado. b) Las Administraciones de las Comunidades Autónomas. c) Las Entidades que integran la Administración local. d) Las Entidades de Derecho público que sean dependientes o estén vinculadas al Estado, las Comunidades Autónomas o las Entidades Locales».

[414] GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Curso de Derecho administrativo*, 1.ª edición, págs. 23 y ss. De la postura de García de Enterría escribe PAREJO ALFONSO, L., *Manual de Derecho administrativo*, págs. 28 y 29, que «(...) ha supuesto un formidable avance y hoy mantiene su capacidad explicativa y estructurante de la entera materia (...), no obstante, su talón de Aquiles es su formalismo, que la hace incompleta como clave explicativa. Porque si tal formalismo le ha permitido adaptarse a los notables cambios que se vienen sucediendo, la ha encadenado —como contrapartida— a un mundo conceptual que ha entrado en crisis».

cialmente los mismos planteamientos. Si hemos aludido a obras anteriores a la Constitución de 1978 ha sido por no echar en el olvido el contexto jurídico-político en el que este autor, como tantos otros [415], ideó su concepto de Administración pública. No estamos diciendo que éste se inspirara en la filosofía política del régimen anterior, pero sí es deudor de una situación jurídica claramente definida por el predominio del Poder ejecutivo, que monopoliza «(...) la acción del Estado en relación con la Sociedad, asumiendo la vertiente relacional entre el Estado y los ciudadanos» [416]. Como ha destacado ESCRIBANO COLLADO, el planteamiento de GARCÍA DE ENTERRÍA se ha construido sobre la idea «no sólo del predominio o primacía del poder ejecutivo, sino sobre el neutralismo de los demás poderes del Estado en la esfera del Derecho interno, de suerte que el Derecho administrativo no ha de entrar a regular *en ningún caso* las distintas realidades de esos otros poderes, ya que en ellos no existe ningún substrato administrativizable, por lo que éstos quedarían bajo la órbita del Derecho constitucional en todo caso» [417].

Pues bien, con la entrada en vigor de la Constitución y, posteriormente, de la normativa que la desarrolla, la realidad jurídica española cambiará sustancialmente. El Poder ejecutivo perderá parte del predominio de que gozó en el régimen anterior debido a que nuestra Carta Magna, además de encomendar al resto de los Poderes públicos sus propias y características funciones, y precisamente para que éstas puedan ser ejercidas correctamente, ha dotado a aquéllos de un ámbito de organización propio que les permite realizar funciones de carácter administrativo, a través de las cuales, incluso, tienen la posibilidad de mantener relaciones jurídicas con terceros, facultad ésta que había correspondido tradicionalmente a la Administración pública [418]. Dejemos constancia de esta realidad:

[415] Fue en los años sesenta y setenta cuando la doctrina española llevó a cabo las construcciones dogmáticas más importantes del Derecho administrativo actual. Véase ESCRIBANO COLLADO, P., *¿Crisis de los conceptos de Administración pública y de Derecho administrativo?*, pág. 166.

[416] Véase ESCRIBANO COLLADO, P., *¿Crisis de los conceptos de Administración pública y de Derecho administrativo?*, págs. 167 y ss.

[417] ESCRIBANO COLLADO, P., *¿Crisis de los conceptos de Administración pública y de Derecho administrativo?*, págs. 169 y 170, donde continúa diciendo que las Cortes, reducidas a un órgano de colaboración con el Poder ejecutivo, y el Poder judicial, diluido en una acción no política cuyo funcionamiento interno permanecía neutralizado a través del Ministerio de Justicia, «difícilmente (...) podían dar lugar a actuaciones que plantearan el problema de si debían ser sometidas al Derecho administrativo, primero, porque eran asumidas por la propia Administración en un movimiento monopolizador y expansivo de la "acción de gobierno" dentro del Estado. En segundo lugar, porque sus normas básicas hacían inviable una autonomía funcional que fuera más allá de lo estrictamente considerado como "elaboración de las leyes" o "juzgar y ejecutar lo juzgado"».

[418] Véanse ESCRIBANO COLLADO, P., *¿Crisis de los conceptos de Administración pública y de Derecho administrativo?*, págs. 165, 166, 173 y ss.; y GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Derecho administrativo español*, págs. 442 y ss.

1. El art. 72.1 de la Constitución española instituye que «las Cámaras (...), de común acuerdo, regulan el Estatuto del Personal de las Cortes Generales» [419]. Al amparo de lo establecido en este artículo, las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado aprueban el Estatuto del Personal de las Cortes Generales, de 26 de junio de 1989 [420], donde se recogen, entre otros asuntos, la posibilidad de las Cámaras de contratar el personal laboral necesario para el desempeño de funciones no atribuidas estatutariamente a los Cuerpos de funcionarios de las Cortes Generales (art. 4), nombramiento y separación de los funcionarios (arts. 8 y ss.), régimen disciplinario (arts. 46 y ss.) y recursos (art. 50) [421].
2. La composición, organización y funciones del Tribunal de Cuentas, órgano que depende directamente de las Cortes Generales, son reguladas, de conformidad con lo previsto en el art. 136 de la Constitución, por la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas [422]. De acuerdo con esta ley, «el Tribunal de Cuentas tiene competencia exclusiva para todo lo concerniente al gobierno y régimen interior del mismo y al personal a su servicio» (art. 3). Más concretamente, son atribuciones de su Presidente «ejercer la jefatura superior del personal al servicio del mismo y las funciones relativas a su nombramiento, contratación, gobierno y administración en general» [art. 20 c)]; y «disponer los gastos propios del Tribunal y la contratación de obras, bienes, servicios, suministros y demás prestaciones necesarias para su funcionamiento» [art. 20 d)] [423].

[419] El apartado 3 de este mismo artículo dispone que «los Presidentes de las Cámaras ejercen en nombre de las mismas todos los poderes administrativos y facultades de policía en el interior de sus respectivas sedes».

[420] Este Estatuto ha sido modificado, al menos, en cuatro ocasiones, la última por acuerdo de 18 de diciembre de 2000, adoptado por las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado, en reunión conjunta, en funciones de Mesa de las Cortes Generales (BOE núm. 33, de 7 de febrero de 2001). Sobre las otras modificaciones, véase AGUIAR DE LUQUE, L. y GARCÍA FERNÁNDEZ, J., *Constitución española*, pág. 684, nota 1.

[421] Dice así este artículo:

«(...) 3. Las resoluciones que en materia de personal se adopten por los órganos y autoridades de cada Cámara serán recurribles:

a) Las dictadas por los Secretarios Generales, ante la Mesa de cada Cámara o ante las Mesas del Congreso y del Senado en reunión conjunta, en su caso.

b) Las dictadas por las Mesas, reunidas conjunta o separadamente, ante el mismo órgano.

4. El recurso se interpondrá en el plazo máximo de un mes y se entenderá desestimado por el transcurso del plazo de tres meses.

5. En las materias reguladas por el presente artículo se aplicará con carácter supletorio la Ley Reguladora del Procedimiento Administrativo Común».

[422] Existe también la Ley 7/1988, de 5 de abril, de funcionamiento del Tribunal de Cuentas (BOE núm. 84, de 7 de abril de 1988).

[423] Corresponde al Pleno conocer de los recursos de alzada contra las *resoluciones administrativas* dictadas por órganos del Tribunal [art. 21.3 c)]; y a la Comisión de Gobierno ejercer la potestad disciplinaria en los casos de faltas muy graves respecto del personal al servicio del Tribunal [art. 22.2 b)].

3. El Defensor del Pueblo, alto comisionado de las Cortes Generales [424], de acuerdo con la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, «desempeñará sus funciones con autonomía y según su criterio». Dentro de las competencias que le atribuye el Reglamento de organización y funcionamiento del Defensor del Pueblo, de 6 de abril de 1983, están las de proceder al nombramiento y cese del Secretario general y del personal al servicio de la Institución [art. 8 i)], ejercer la potestad disciplinaria [art. 8 l)], y seleccionar al personal a su servicio con arreglo a los principios de mérito y capacidad (art. 27.3). El art. 38 de este reglamento establece que «el régimen de contratación y de adquisición en general en el Defensor del Pueblo será el que rija para las Cortes Generales».
4. La Constitución, en su art. 122.2, determina que «el Consejo General del poder judicial es el órgano de gobierno del mismo. La ley orgánica establecerá su estatuto y el régimen de incompatibilidades de sus miembros y sus funciones, en particular en materia de nombramientos, ascensos, inspección y régimen disciplinario». De acuerdo con la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, el Consejo General del Poder Judicial «podrá dictar Reglamentos sobre su personal, organización y funcionamiento en el marco de la legislación sobre la función pública» (art. 110), tiene competencias en materia de selección, formación y perfeccionamiento, provisión de destinos, ascensos, situaciones administrativas y régimen disciplinario de jueces y magistrados, nombramiento de Secretario general y miembros de los gabinetes o servicios dependientes del mismo, etc. (art. 107). El art. 142.1 señala que «en todo cuanto no se hallare previsto en esta Ley, se observarán, en materia de procedimiento, recursos y forma de los actos del Consejo General, en cuanto sean aplicables, las disposiciones de la Ley de Procedimiento Administrativo (...)» [425], y el art. 143.2 admite el recurso contencioso-administrativo ante la Sala correspondiente del Tribunal Supremo contra los actos, resoluciones y disposiciones emanados del Pleno. Por su parte, el Reglamento 1/1986 de organización y funcionamiento del Consejo General del Poder Judicial, aprobado por acuerdo de 22 de abril de 1986, otorga a éste, a través de su Presidente, que podrá delegar en el Secretario general, la facultad de realizar contratos (arts. 26 y 92) [426].

[424] Véanse los artículos 54 de la Constitución española y 1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo.

[425] Esta remisión se entiende hecha a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

[426] El art. 113 de este reglamento regula la composición de una Junta Económica que ejerce «funciones de asesoramiento y propuesta en materia de adquisición y contratación de obras, servicios y suministros. Actuará como Mesa de Contratación en las subastas, concursos-subastas y concursos que se celebran, así como en las contrataciones directas superiores a 250.000 pesetas (...)».

5. En el art. 165 de la Constitución se establece que «una ley orgánica regulará el funcionamiento del Tribunal Constitucional, el estatuto de sus miembros, el procedimiento ante el mismo y las condiciones para el ejercicio de las acciones». Con arreglo a la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, éste podrá dictar reglamentos sobre su propio funcionamiento y organización, así como sobre el régimen de su personal y servicios (art. 2.2) [427], establece la plantilla de su personal (disposición adicional 1.ª, 2) [428] y elabora su presupuesto (disposición adicional 2.ª, 1); su Presidente ejerce las potestades administrativas sobre el personal del Tribunal (art. 15) y resuelve recursos de alzada contra resoluciones del Secretario general en materia de personal: esta decisión del Presidente, que agota la vía administrativa, es susceptible de ulterior recurso contencioso-administrativo (art. 99.3). Corresponde también al Presidente del Tribunal Constitucional promover y, en su caso, ejercer la potestad disciplinaria, y realizar las funciones de órgano de contratación [art. 14 j) y k) del Reglamento de organización y personal del Tribunal Constitucional, aprobado por acuerdo de 5 de julio de 1990, del Pleno del Tribunal].
6. Finalmente, conviene hacer mención del artículo 58 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que atribuye a la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo el conocimiento «(...) de los recursos contencioso-administrativos contra actos y disposiciones (...) del Consejo General del Poder Judicial y contra los actos y disposiciones de los órganos competentes del Congreso de los Diputados y del Senado, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas y del Defensor del Pueblo en los términos y materias que la Ley establezca (...)» [429]; y, en el mismo sentido, del art. 1.3 a) y b) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de lo contencioso-administrativo, según el cual los Juzgados y Tribunales de este orden conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con «los actos y disposiciones en materia de per-

[427] Aunque nada se diga expresamente en la Ley respecto a la posibilidad de fiscalizar esta actuación del Tribunal, GUAITA MARTORELL, A., *Los actos administrativos*, pág. 249, consideraba que los reglamentos dictados por el Tribunal Constitucional eran impugnables en vía contencioso-administrativa. Hoy, tal posibilidad, se recoge expresamente en el art. 1.3 a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de lo contencioso-administrativo.

[428] En el mismo sentido el art. 2 a) del Reglamento de organización y personal del Tribunal Constitucional, aprobado por acuerdo de 5 de julio de 1990, del Pleno del Tribunal (BOE núm. 185, de 3 de agosto de 1990).

[429] Véase también el art. 74.1 c) de esta misma ley orgánica que asigna a las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia el conocimiento de los recursos que se deduzcan en relación con «los actos y disposiciones de los órganos de gobierno de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo, en materia de personal, administración y gestión patrimonial».

sonal, administración y gestión patrimonial sujetos al derecho público adoptados por los órganos competentes del Congreso de los Diputados, del Senado, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas y del Defensor del Pueblo, así como de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo», y con «los actos y disposiciones del Consejo General del Poder Judicial y la actividad administrativa de los órganos de gobierno de los Juzgados y Tribunales, en los términos de la Ley Orgánica del Poder Judicial».

Este nuevo panorama legislativo ha motivado en la doctrina una profunda meditación sobre los presupuestos de los que parte el Derecho administrativo, que ha servido, como tendremos ocasión de ver a lo largo de esta exposición, para suscitar de nuevo la controversia sobre la validez de la concepción subjetiva de la Administración pública.

No obstante los cambios referidos, y conocedor de ellos, ESCRIBANO COLLADO no es partidario de «(...) poner en saldo todo el esquema jurídico doctrinal en que el Derecho administrativo se basa (...)», sino de «(...) llevar a cabo una labor de depuración de funciones y cometidos que con anterioridad estaban atribuidos a la Administración y hoy ya no lo están o puede que no lo estén, de donde podrá obtenerse un concepto más preciso y riguroso de la Administración pública (...)» [430].

En el estudio de tal concepto, parte este autor del art. 103.1 de la Constitución española, precepto que destaca, entre otros, dos aspectos fundamentales de la Administración pública: el funcional, caracterizado por ese *servir con objetividad los intereses generales,* que domina toda la actividad de la Administración, y aquel otro referido a su subjetividad. Entre la función administrativa y la organización estatal que la asume institucionalmente (Administración como sujeto) existe una correspondencia formal, de tal manera que aquélla, la función administrativa, solamente puede ser ejercida por la Administración pública como organización estatal, y por ningún otro de los Poderes del Estado [431]. Las funciones de organización y gobierno atribuidas por las leyes a estos poderes para un mejor ejercicio de sus propias funciones institucionales no son administrativas; los órganos que las ejercen no actúan como parte integrante de la Administración pública [432]. Si estos órganos no son administrativos, ¿qué son entonces? ESCRIBANO COLLADO se muestra claro: «los órga-

[430] ESCRIBANO COLLADO, P., *¿Crisis de los conceptos de Administración pública y de Derecho administrativo?*, pág. 174.

[431] ESCRIBANO COLLADO, P., *¿Crisis de los conceptos de Administración pública y de Derecho administrativo?*, págs. 175 y 176. Véase también ENTRENA CUESTA, R., *Curso de Derecho administrativo*, pág. 32.

[432] ESCRIBANO COLLADO, P., *¿Crisis de los conceptos de Administración pública y de Derecho administrativo?*, págs. 176 y ss.

nos de gobierno de los poderes públicos tienen la naturaleza del Poder público en el que están integrados, parlamentaria, judicial, etc., lo cual no es sino consecuencia directa del hecho de que tales poderes han asumido de la Constitución y de sus leyes orgánicas como propias las funciones de gobierno junto con las que institucionalmente les corresponden como Poder público» [433]. Si a la actuación de estos órganos de gobierno se aplica el Derecho administrativo, es únicamente con carácter supletorio, pues cada Poder público, ya lo hemos visto, tiene su propia normativa donde quedan reguladas cuestiones atinentes a su organización, funcionamiento, personal, régimen disciplinario, etc [434]. En fin, no cabe hablar de crisis de la concepción subjetiva de la Administración pública y del Derecho administrativo, concluye este autor, sino más bien hay crisis en sus fronteras [435].

También GARCÍA DE ENTERRÍA mantiene su postura inicial, pero se ve obligado a dar respuesta a algunas cuestiones surgidas de la nueva situación jurídica más arriba apuntada. Existen actividades materialmente *administrativas* llevadas a cabo por organizaciones instrumentales que sirven de sostenimiento y apoyo a órganos constitucionales que, sin embargo, no forman parte de la organización personificada que es la Administración pública [436]. «Los actos que en ejercicio de estas funciones de apoyo se realizan —dice este autor— no son propiamente actos administrativos, por cuanto no imputables a la organización personificada que es la Administración General del Estado, sino de órganos que se han configurado con una más o menos perfecta (...) separación de la misma» [437]. Ello no quita que tales actos, en la medida que afecten a terceros, puedan ser recurridos, por mor de la correspondiente norma de atribución específica de competencia, ante la jurisdicción contencioso-administrativa, pero supondrá «una simple extensión pragmática de un régimen de protección a un sector mínimo de la actividad de esos órganos, a los efectos de habilitar para los funcionarios y los terceros una vía efectiva de tutela judicial, tutela no susceptible hoy de limitaciones» [438].

[433] ESCRIBANO COLLADO, P., *¿Crisis de los conceptos de Administración pública y de Derecho administrativo?*, pág. 182. En el mismo sentido, ENTRENA CUESTA, R., *Curso de Derecho administrativo*, pág. 36.

[434] ESCRIBANO COLLADO, P., *¿Crisis de los conceptos de Administración pública y de Derecho administrativo?*, págs. 182 y 183.

[435] ESCRIBANO COLLADO, P., *¿Crisis de los conceptos de Administración pública y de Derecho administrativo?*, pág. 184.

[436] GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Curso de Derecho administrativo*, 10.ª edición, págs. 36 y ss.

[437] GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Curso de Derecho administrativo*, 10.ª edición, pág. 37.

[438] GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Curso de Derecho administrativo*, 10.ª edición, págs. 36-38. Véase asimismo ENTRENA CUESTA, R., *Curso de Derecho administrativo*, págs. 35 y 36, para quien esta ampliación de los límites de la jurisdicción contencioso-adminis-

GARRIDO FALLA, después de convencerse de la imposibilidad de obtener un concepto de Administración pública desde el ángulo que proporciona el punto de vista de las funciones del Estado[439], trata de llegar a aquél a través de distintos caminos. Debido a la heterogeneidad de la actividad administrativa, exteriorizada en actos de ejecución, de legislación y de jurisdicción, la única forma de reconducirla a unidad es atendiendo al poder estatal del que emana. Por ello, para este autor, «Administración pública, en sentido objetivo, o actividad administrativa, es necesariamente *una zona de la actividad desplegada por el Poder ejecutivo*»[440]. Una vez definida la actividad administrativa, también es posible obtener el concepto de Administración pública en sentido subjetivo: sería, pues, «(...) el sujeto de aquella actividad; por consiguiente (...) un complejo orgánico integrado en el Poder ejecutivo»[441]. Ahora bien, ni toda la actividad desplegada por el Poder

---

trativa no afecta a la concepción subjetiva de la Administración pública. Este autor, aunque en la octava edición de esta misma obra admitió que la normativa a la que hemos hecho referencia abría brechas importantes en tal concepción, entiende ahora que debe seguir manteniéndose en todo su alcance la concepción subjetiva porque continúan apareciendo leyes que responden a ella; y hace mención especial de la Exposición de Motivos de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de lo contencioso-administrativo, donde se dice que «(...) era imprescindible confirmar en ésta la sujeción al enjuiciamiento de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de actos y disposiciones emanados *de otros órganos públicos que no forman parte de la Administración*, cuando dichos actos y disposiciones tienen, por su contenido y efectos, una naturaleza materialmente administrativa (...)».

439 Para llegar a esta primera conclusión GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho administrativo*, págs. 36 y 37, realiza el razonamiento siguiente: las tres funciones del Estado (legislativa, jurisdiccional y ejecutiva) tienen un carácter irreductible, en el sentido de que solamente a ellas debe reconducirse cualquier acto estatal, por lo que debe rechazarse la posibilidad de una función administrativa como cuarta función del Estado al lado de las tres anteriores. Si esto es así, ha de verificarse con cuál de las tres funciones estatales se identifica la función administrativa. Un sector importante de la doctrina considera que las funciones ejecutiva y administrativa son equivalentes entre sí, sin embargo, un examen detenido de la cuestión conduce a la evidencia de que hay actividades consideradas administrativas, como dictar normas reglamentarias para organizar servicios públicos o resolver una reclamación presentada por un funcionario, que no responden a los caracteres estrictos que postula la ejecución. Si consideramos a estas actividades administración es porque el concepto que tenemos de ésta no se ajusta, desde el punto de vista material, a la actividad del Estado que llamamos función ejecutiva.

440 GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho administrativo*, pág. 39.

441 GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho administrativo*, pág. 40. De la misma opinión COSCULLUELA MONTANER, L., *Manual de Derecho administrativo* I, págs. 30-32. Este planteamiento, que sirve para dar una respuesta satisfactoria al problema de la heterogeneidad de la actividad administrativa realizada por el Poder ejecutivo, no explica el hecho de que los poderes legislativo y jurisdiccional aparezcan, tras la Constitución y la legislación que la desarrolla, como sujetos de actividades análogas a la administrativa. Esto ha llevado a Garrido Falla a una reflexión sobre su concepto de Administración pública. El nuevo panorama legislativo nacido de la Constitución, y, en concreto, la fiscalización contencioso-administrativa de actos emanados de órganos constitucionales no encua-

ejecutivo es administrativa, ni la Administración como complejo orgánico equivale en su extensión al Poder ejecutivo [442]. Aclaremos estos asertos.

Para que el Poder ejecutivo quede totalmente configurado, a la Administración ha de añadirse el Gobierno, orgánicamente distinto de aquélla como se desprende de la alusión a ambos en la rúbrica del Título IV de la Constitución («Del Gobierno y de la Administración»), y, más concretamente, de su art. 98, que viene a decir que la denominación de Gobierno corresponde al Consejo de Ministros con su Presidente [443]; esto significa, en palabras de GARRIDO FALLA, «calificar de Gobierno al escalón superior de la organización jerárquica del Poder ejecutivo, y de Administración a todos los grados que van desde ministro hacia abajo. Ahora bien, de aquí no es lícito deducir, ni mucho menos, ni que el Gobierno, en sentido subjetivo, no tenga competencias administrativas, ni que los ministros aisladamente considerados no sean órganos políticos. Por el contrario, y a este respecto, el principio que debe sentarse es el de la coexistencia de competencias políticas y administrativas en manos del Gobierno y de las superiores jerarquías administrativas» [444]. Se entiende ahora que toda la actividad realizada por el Poder ejecutivo no sea administrativa, pues el Gobierno, integrado en este poder, además de administrar, es el titular de la *función de gobierno* [445]. Qué actividad de entre las desempeñadas por el Gobierno ha de considerarse administrativa y cuál política, es una tarea que siempre se ha considerado complicada, también hoy, pero conta-

---

drados en la Administración pública, colocan a este autor ante una difícil alternativa: «o el Derecho administrativo comprende la actividad administrativa de *todos* los Poderes y Organos del Estado (lo que supone una vuelta al criterio objetivo de configuración de una función administrativa que antes hemos rechazado), o, simplemente, el ámbito competencial de la jurisdicción contencioso-administrativa y el del Derecho administrativo no coinciden». Garrido Falla se decanta por esta última disyuntiva (véanse las págs. 41-47).

[442] Véanse de GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho administrativo*, págs. 39, nota 21, 51 y ss.; y *Constitución y administración*, págs. 10 y 11.

[443] Véase GARRIDO FALLA, F., *Diccionario del sistema político español*, págs. 3 y 4.

[444] GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho administrativo*, págs. 56 y 57. Respecto a la coexistencia en el Gobierno de competencias políticas y administrativas, véanse SÁNCHEZ AGESTA, L., *Sistema político*, págs. 277, 292 y 293; y ALZAGA VILLAAMIL, O., *Comentario*, págs. 614-617.

[445] Véanse GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho administrativo*, págs. 57 y 58, que considera cuestiones políticas, y no administrativas, que definen la *función de gobierno*, la iniciativa legislativa (art. 87 de la Constitución española), la dirección de la política interior y exterior del Estado (art. 97), las relaciones con las Cortes (arts. 110 a 112), la disolución de éstas (art. 115), la intervención en la designación del Fiscal General (art. 124.4) o de los miembros del Tribunal Constitucional (art. 159.1), etc.; el mismo, *Comentarios a la Constitución*, págs. 1369 y ss. Más extensamente sobre la función de gobierno, entre otros, SÁNCHEZ AGESTA, L., *Sistema político*, págs. 263 y ss., especialmente 269 y 270, donde trata la función de gobernar en la Constitución española; y FERNÁNDEZ-MIRANDA ALONSO, F., *La regulación del Gobierno en la Constitución*, págs. 624-628.

mos con el apoyo inestimable de la Constitución, que viene a configurar como acto político aquel que atañe a las relaciones entre poderes [446].

En definitiva, GARRIDO FALLA se sirve de un criterio orgánico, y es lo más característico de su postura, que le permite situar la actividad administrativa en el Poder ejecutivo, pero ha de echar mano de un criterio objetivo para diferenciar ésta de la *función de gobierno.*

2.3.4.1.2. *Concepción objetiva de la Administración pública*

La concepción de la Administración pública que acabamos de exponer se considera hoy en día dominante en España. No puede decirse, sin embargo, que goce de la primacía de otros tiempos. La aparición de la Constitución de 1978 y la legislación que la desarrolla ha hecho mella en la incontestable superioridad que tuvo antaño. Lo ha dicho GUAITA MARTORELL: «(...) la caracterización subjetiva de la Administración es la más comprensible y comprensiva, la que explica mejor y más fenómenos, la que exige menos salvedades y excepciones, la que lógicamente y con toda evidencia luce por lo común en las disposiciones legales, (...) pero negar que en ocasiones ha de acudirse a otros expedientes para calificar razonablemente un acto (¿es o no administrativo?); negar que (...) en ciertas ocasiones y casos los actos de otros órganos (no de la Administración) pueden y deben ser tratados por el ordenamiento exactamente igual que los dictados por aquélla, y con razón porque son esencial y sustancialmente idénticos; negar que en tales supuestos se está en presencia de verdaderos actos administrativos pues se disciplinan por el régimen propio de éstos, *que es lo único decisivo*; o que en esos casos el órgano que sea ha actuado como Administración, era y es Administración; (...) negar todo eso (...) es negar la evidencia» [447]. Muy sutilmente, este autor, después de referirse a las bondades de la concepción subjetiva, deja constancia de su ineficacia para dar una respuesta satisfactoria a algunos aspectos de la nueva realidad postconstitucional. Se esfuerza en demostrar que el sujeto del que emana el acto, si bien es un dato a menudo decisorio, resulta en algunos casos, cada vez más numerosos, insuficiente, pues ni todos los actos administrativos provienen de la Administración ni todos los actos de ésta son administrativos, esto es, recordando a los viejos autores, no sólo administra la Administración, y la Administración no sólo administra [448].

446 Véase la nota anterior. También COSCULLUELA MONTANER, L., *Manual de Derecho administrativo* I, pág. 31.

447 GUAITA MARTORELL, A., *Los actos administrativos*, págs. 242 y 243.

448 GUAITA MARTORELL, A., *Los actos administrativos*, págs. 243 y ss. Véanse también GARCÍA MIGUEL, M., *Los delitos contra la Administración de Justicia*, pág. 1111; y PECES-BARBA, G., *La Constitución española de 1978*, págs. 79 y 80, que sostiene que de la Constitución se deduce que las funciones legislativa, administrativa y jurisdiccional no son desempeñadas en exclusiva por los órganos tradicionales de la división de poderes (legislativo, ejecutivo y judicial).

GONZÁLEZ NAVARRO pone de manifiesto que, ya antes de la Constitución de 1978, varios autores hicieron tambalearse con sus aportaciones los sólidos cimientos de la tradicional tesis subjetiva, por lo que las nuevas orientaciones que inspiran el ordenamiento jurídico español tras nuestra Carta Magna no son sino la manifestación inevitable de una muerte anunciada: la de la tesis subjetiva[449]. No puede dejarse a un lado la nueva realidad legislativa, el nuevo rumbo de nuestro ordenamiento jurídico que muestra la incapacidad del modelo anterior; es preciso, con las idas y venidas necesarias, superar la concepción subjetiva tradicional, «aceptar que se está produciendo un giro radical que afecta a las bases mismas del derecho administrativo, el cual empieza a rebasar su órbita tradicional —las Administraciones públicas— para extender su regulación a los restantes poderes públicos»[450].

Esta realidad se ha evidenciado por el propio GONZÁLEZ NAVARRO[451], DELGADO BARRIO[452] y GUAITA MARTORELL[453], que en sus trabajos sobre el Tribunal de Cuentas,

[449] GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Derecho administrativo español*, págs. 437 y ss. Los autores a los que se refiere son Parada Vázquez, García-Trevijano y Ballbé Prunés. Véase el interesante estudio que realiza MARTÍN-RETORTILLO, S., *Presupuestos constitucionales*, págs. 11 y ss., en busca de la caracterización de la Administración pública en las diferentes Constituciones españolas. «Si (...) intentamos alcanzar un denominador común que permita en cierto modo denunciar la existencia de una consideración positiva unitaria de la Administración en los textos constitucionales —dice este autor—, no hay duda que tal enlace puede encontrarse precisamente en la consideración material que de la función administrativa se formula. Es quizá la conclusión más importante, acaso también la única, que de todo este análisis puede deducirse con validez general: consideración material de la función administrativa» (pág. 47). Crítico con esta conclusión se muestra ENTRENA CUESTA, R., *El concepto de administración pública*, pág. 59, nota 21, que reprocha a Martín-Retortillo la equiparación que hace, sin aportar argumento alguno, de la función ejecutiva a la función administrativa, planteamiento erróneo que, según aquel autor, vicia el desarrollo de su trabajo e invalida sus conclusiones.

[450] Véanse GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Derecho administrativo español*, págs. 447 y ss., quien, por otra parte, advierte de los riesgos que conlleva dicha extensión del Derecho administrativo, por cuanto puede ocasionar la atribución a los restantes poderes públicos de prerrogativas que comienzan a ser cuestionadas por la doctrina y la jurisprudencia; y SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Sobre la personalidad jurídica de las Cortes Generales*, págs. 14 y 15.

[451] GONZÁLEZ NAVARRO, F., *El control de la actuación del Tribunal de Cuentas*, págs. 793 y ss.: «no hay razón para que una superestructura del Poder como el Tribunal Constitucional o un órgano del Poder judicial como el Consejo General sujeten su actuación administrativa a la Ley de Procedimiento Administrativo, y no pueda hacerse lo mismo con la actividad del Tribunal de Cuentas, la cual es objetivamente administrativa, cualquiera que sea el grupo —"actividad fiscalizadora", "actividad jurisdiccional", "actividad de administración general"— en que convencionalmente queramos incluirla» (pág. 814).

[452] DELGADO BARRIO, J., *Régimen jurídico de los actos del Consejo General del Poder Judicial*, págs. 838 y ss.

[453] GUAITA MARTORELL, A., *Los actos administrativos*, págs. 248 y ss.: el Tribunal Constitucional «administra, pues dicta actos administrativos, y tales actos lo son, como siempre, porque se rigen por el Derecho administrativo, a pesar de que los dicte un órgano constitucional-judicial, e incluso serán impugnables mediante el recurso contencioso-administrativo, exactamente igual que los actos administrativos de la Administración».

Consejo General del Poder Judicial y Tribunal Constitucional, respectivamente, sostienen abiertamente la posibilidad de que estas instituciones puedan realizar actividades de naturaleza administrativa, sometidas, en cuanto tales, al Derecho administrativo[454]. Especialmente elocuente se muestra DELGADO BARRIO para quien el Consejo General del Poder Judicial es una Administración pública, o para ser más exactos, es el órgano supremo de una Administración estatal distinta de la del Poder ejecutivo: la Administración judicial; a ésta se aplica principalmente un conjunto normativo propio, privativo[455], y supletoriamente el Derecho administrativo, y esto sin importar si se concibe el Derecho administrativo de la Administración judicial como especial respecto al del Poder ejecutivo o como una disciplina jurídica autónoma, rama de un Derecho administrativo estatal general[456].

En la misma dirección, MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ sostiene que el Consejo General del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional constituyen Administraciones públicas completamente independientes de la llamada Administración del Estado, o, mejor, como propugna este autor, de la Administración estatal *gubernativa,* lo que pone de manifiesto la importante transformación que la Constitución y leyes posteriores han ocasionado en el tradicional Poder ejecutivo del Estado[457]. Se produce una desmembración del Poder público ejecutivo, hasta la Constitución fuertemente centralizado bajo el Gobierno, instituyéndose las nuevas Administraciones autónomas en porciones de este poder, con cometidos y competencias que en la mayoría de los casos correspondían con anterioridad a la Administración del Estado[458].

454 De esta opinión PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho administrativo* I, págs. 15, 16, 96 y ss., que considera esta extensión del concepto de acto administrativo y del control judicial un progreso del Estado de Derecho que extiende ahora el control jurisdiccional contencioso-administrativo a todos los ámbitos en que se manifieste materialmente una actividad administrativa.

455 Véase *supra*, epígrafe 2.3.4.1.1.

456 DELGADO BARRIO, J., *Régimen jurídico de los actos del Consejo General del Poder Judicial*, págs. 839-842. Véanse también PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho administrativo* I, pág. 98; el mismo, *Derecho administrativo* I, 12.ª edición, pág. 95; y GUAITA MARTORELL, A., *Los actos administrativos*, pág. 246, que sostiene que el Consejo General del Poder Judicial es un órgano administrativo porque «(...) el régimen de sus actos (recuérdese que es esto lo único decisivo) es el propio de los actos administrativos de la Administración, es decir, "de la otra", porque el CGPJ es también Administración, una Administración "paralela"».

457 MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., *El concepto de Administración pública de la ley de lo contencioso*, págs. 216 y ss., 223 y ss.

458 MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., *El concepto de Administración pública de la ley de lo contencioso*, págs. 229-231. Llega este autor a la conclusión, harto significativa, de que las características de la actividad desarrollada por estas Administraciones autónomas y el sometimiento de la misma al Derecho administrativo hacen que éstas sean consideradas como tales: «a la postre, es más bien la naturaleza de la función y especialmente su régimen jurídico formal lo que determina la existencia de una Administración pública».

Finalmente, dentro de este apartado dedicado a la concepción objetiva de la Administración pública reseñaremos la postura de BOQUERA OLIVER[459]. De acuerdo con este autor, el criterio que nos permitirá saber cuando una determinada actividad ha de considerarse administrativa es el que atiende a las consecuencias jurídicas de la misma. El diferente carácter de los efectos jurídicos, la desigual eficacia de sus consecuencias, ordena los actos públicos en leyes, sentencias, actos políticos y actos administrativos[460]. Estos últimos crean, unilateralmente, e imponen consecuencias jurídicas que gozan de la presunción *iuris tantum* de ser conformes al Ordenamiento jurídico. Es la ley la que otorga este poder de crear e imponer situaciones jurídicas de acuerdo con las normas vigentes. Por presumirse legales, los actos administrativos despliegan todos sus efectos desde el momento mismo de su nacimiento, pero cuando tal presunción se destruye, éstos desaparecen o dejan de producirse[461]. Es por ello que «las situaciones jurídicas creadas por el poder administrativo son las de menor fortaleza de todas las que crean unilateralmente los titulares de poderes públicos. Cuando aquéllas nacen o se desarrollan en contra de la legalidad pueden destruirse a instancia de los sujetos pacientes de las mismas, o bien por iniciativa de órganos públicos»[462]. Dicho

[459] Antes de continuar con la opinión de este autor conviene hacer la siguiente precisión. BOQUERA OLIVER, J. M., *Derecho administrativo*, págs. 58 y ss.. sigue, según su propia terminología, una concepción jurídico-formal de la actividad administrativa, a la que ubica, junto a la material u objetiva y la teleológica, en las concepciones funcionales del Derecho administrativo. Éstas, en contraposición con la concepción subjetiva ya vista, se caracterizan por afirmar la existencia de una actividad o función administrativa con características propias. No necesitamos más para exponer la postura de este autor bajo lo que, en busca de la sencillez y con afán sistemático, hemos llamado concepción objetiva de la Administración pública, que abarca pero no se circunscribe a la llamada por Boquera Oliver concepción material u objetiva.

[460] BOQUERA OLIVER, J. M., *Derecho administrativo*, págs. 63-67, y 74-81. En opinión de este autor, la *ley*, que emana del poder legislativo, es el acto jurídico de máxima autoridad, de cumplimiento inexcusable, e inderogable por otro acto jurídico. La *sentencia* proviene del poder judicial, e impone a las personas situaciones jurídicas que tienen el *valor o eficacia de cosa juzgada*. Al igual que los de la ley, los efectos jurídicos de la sentencia son indiscutibles e inatacables, «pero se diferencian entre sí porque los efectos de las sentencias quedan a merced de las leyes (...), mientras que los de las leyes, por ser éstas soberanas, sólo pueden ser destruidos por otra ley posterior». Finalmente, el *acto político*, por una razón objetiva o material —el interés de la comunidad— crea, de manera unilateral, e imputa efectos jurídicos a los súbditos. Es el juez quien tiene competencia para apreciar si el autor del acto político actuó o no movido por el interés de la comunidad. En caso negativo, no habrá actuación de carácter político; si, por el contrario, el juez considera que el acto se encamina a la obtención del interés nacional, se abstendrá de decidir sobre su conformidad o disconformidad con el Ordenamiento jurídico. Los efectos jurídicos del acto político son, por tanto, distintos de los de la sentencia: los de aquél quedan a merced de la valoración del juez; los de ésta sólo pueden ser anulados o modificados por el Legislador.

[461] BOQUERA OLIVER, J. M., *Derecho administrativo*, págs. 66, 67 y 78.

[462] BOQUERA OLIVER, J. M., *Derecho administrativo*, pág. 78.

esto, y para acabar, todo sujeto a quien el Ordenamiento jurídico haya otorgado poder administrativo, esto es, la facultad de dictar actos administrativos, es Administración pública[463].

2.3.4.2. *Concepto de Administración pública en el Título XIX*

Manifiesta GARRIDO FALLA que el vocablo *administración* tiene en castellano una doble significación: «en sentido objetivo, se refiere a la *acción de administrar* (administración, con minúscula); en sentido subjetivo, hace referencia al *sujeto* de esa acción (Administración, con mayúscula)»[464]. Teniendo en cuenta las palabras de este autor, una aproximación superficial al Título XIX del Código penal podría precipitarnos a la opinión de que el legislador de 1995, como quiera que alude a la *Administración* con mayúscula, utiliza este término en la segunda acepción apuntada, esto es, en un sentido subjetivo[465]. Adelantamos ya, sin embargo, que el concepto de Administración pública que se infiere de aquel Título no se corresponde con ninguna de las tendencias, orgánica o personalista, que hemos desarrollado más arriba dentro de la concepción subjetiva de la Administración pública[466]. En lo que sigue intentaremos demostrar por qué.

2.3.4.2.1. *Ineficacia de la concepción subjetiva*

Hemos visto que la Administración pública, de acuerdo con los defensores de un concepto subjetivo, es, en líneas generales, para unos, una persona jurídica, un sujeto de Derecho que emana declaraciones de voluntad, celebra contratos, es titular de un patrimonio, es responsable, es justiciable[467]; para otros, un complejo orgánico integrado en el Poder ejecutivo[468]. Ambas tendencias niegan que las funciones de organización y gobierno realizadas por otros Poderes del Estado tengan una naturaleza administrativa, que los órganos que las ejercen se consideren parte integrante de la Administración pública[469]. Se trata, pues, de comprobar si puede mantenerse esta postu-

463 BOQUERA OLIVER, J. M., *Derecho administrativo*, pág. 80.

464 GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho administrativo*, pág. 32.

465 Véanse, críticamente, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *El delito de prevaricación*, pág. 1517; el mismo, *Derecho penal, Poderes públicos y negocios*, pág. 866.

466 Véase el epígrafe 2.3.4.1.1.

467 Véase GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, 10.ª edición, págs. 30 y ss.

468 Véase GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho administrativo*, pág. 40.

469 Véase, una vez más, el epígrafe 2.3.4.1.1. de este trabajo.

ra en relación con el Título que ocupa nuestra atención. Un recorrido por alguno de los delitos en él recogidos servirá para responder a este interrogante.

A. *La prevaricación del funcionario público*

Comete prevaricación, de acuerdo con el art. 404 del Código penal, *la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo.* Se ha venido considerando *resolución* a todo acto administrativo que comporta una declaración de voluntad de contenido decisorio, expresa o tácita, escrita u oral, que afecte a los derechos de los administrados [470]. Las opiniones sobre qué ha de entenderse por *asunto administrativo* están más divididas, pero la doctrina mayoritaria confiere a tal expresión un significado amplio: «se trata (...) de indicar el carácter administrativo, no judicial, de la cuestión sobre la que el funcionario público dicta la resolución injusta» [471]; quedan excluidas, por tanto, del ámbito del art. 404 del Código penal las resoluciones de naturaleza jurisdiccional y los actos políticos o de gobierno [472].

Si partimos de estas premisas, no hay razones para negar la posibilidad de la existencia de un delito de prevaricación del art. 404 del Código penal en relación con las resoluciones que en materia de personal se adoptan por los órganos y autoridades del Congreso de los Diputados y del Senado [473]; las resoluciones administrativas dictadas

[470] Véanse OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *La prevaricación del funcionario público*, págs. 49-102; el mismo, *El delito de prevaricación*, págs. 1518 y 1519; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, págs. 49-55; MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *Comentarios al Nuevo Código Penal*, pág. 1852; y ALONSO PÉREZ, F., *Delitos cometidos por los funcionarios públicos*, pág. 214. Véanse, asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1992 (R. J. A. 1355), 21 de febrero de 1994 (R. J. A. 1552), 23 de enero de 1998 (R. J. A. 50) y 24 de noviembre de 1998 (R. J. A. 8980).

[471] OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *La prevaricación del funcionario público*, pág. 128.

[472] Véanse OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *La prevaricación del funcionario público*, págs. 127-131; el mismo, *El delito de prevaricación*, pág. 1518; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, págs. 93 y 94; ORTS BERENGUER, E., *Comentarios al Código Penal de 1995*, pág. 1781; y la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1995 (R. J. A. 5435). En contra de la opinión mayoritaria, FERRER SAMA, A., *Comentarios al Código penal*, Tomo IV, pág. 81, considera que la noción de *asunto administrativo* «viene a resultar equivalente a la de acto administrativo en su acepción estricta».

[473] Véase el art. 50 del Estatuto del personal de las Cortes Generales, de 26 de junio de 1989 (BOE núm. 177, de 26 de julio de 1989). De esta opinión la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1992 (R. J. A. 1309), donde se dice que «(...) el *asunto administrativo* cumple la tarea de delimitar, dentro del tipo, la materia o el asunto en el que ha de dictarse la resolución reputada como delictiva y al efecto es de observar que si bien en una aplicación radical y estricta

por los órganos del Tribunal de Cuentas[474]; la decisión del Defensor del Pueblo o del Adjunto en quien delegue rechazando la queja formulada por un ciudadano[475], o las sanciones disciplinarias impuestas por el Defensor del Pueblo o el Secretario General en el ámbito de sus competencias[476]; las múltiples resoluciones de naturaleza administrativa dictadas por el Presidente, Vicepresidente, el Pleno, la Comisión Permanente y la Comisión Disciplinaria del Consejo General del Poder Judicial[477], así como los actos de las Salas de Gobierno del Tribunal Supremo, Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia, como, por ejemplo, la sanción de multa o de advertencia y multa correspondiente a faltas leves a los Jueces y Magistrados dependientes de cada una de ellas;[478] o, finalmente, las resoluciones que en el ejercicio de las potestades administrativas dictan el Presidente, Vicepresidente o el Secretario general del Tribunal Constitucional sobre el personal al servicio de éste[479].

---

de la teoría de la división de poderes cada uno debiera ejercer, institucionalmente, la parte de soberanía que le corresponde, es lo cierto, que la necesidad de que se cumpla el fin jurídico integral, consustancial con la soberanía del Estado, hace que, en la práctica, y con el correspondiente respaldo legal, cada uno de los poderes realice funciones que, teóricamente, corresponden a otro, de modo que el Poder Legislativo realiza, en ocasiones, funciones administrativas, en cuyo supuesto vienen sujetos al ordinario control jurisdiccional en aplicación del principio de que la Administración es universalmente justiciable (...)».

474 Véanse los arts. 3, 20, 21 y 22 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas (BOE núm. 121, de 21 de mayo de 1982); y los arts. 2, 3 y 6 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (BOE núm. 84, de 7 de abril de 1988).

475 Véanse los arts. 17.3 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo (BOE núm. 109, de 7 de mayo de 1981) y 12.3 del Reglamento de organización y funcionamiento del Defensor del Pueblo de 6 de abril de 1983.

476 Véanse los arts. 8 l), 19.1 a) y 34.3 del Reglamento de organización y funcionamiento del Defensor del Pueblo de 6 de abril de 1983.

477 Véanse los arts. 127, 131 y 133 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y 26, 29, 32 y 66 del Reglamento 1/1986 de organización y funcionamiento del Consejo General del Poder Judicial, de 22 de abril de 1986. De esta opinión QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español*, 4.ª edición, pág. 775; y ROLDÁN BARBERO, H., *De la prevaricación administrativa*, pág. 684.

478 Véanse los arts. 152.1.6.°, 158.2 y 421.1 b) de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. En la doctrina se admite pacíficamente la posibilidad de que los jueces y magistrados cometan el delito de prevaricación del art. 404 cuando actúan en asuntos calificables de no estrictamente judiciales; véanse al respecto OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *El delito de prevaricación*, pág. 1518; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, pág. 94; y RAMOS TAPIA, M. I., *El delito de prevaricación judicial*, pág. 220.

479 Véanse los arts. 15 y 99.3 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (BOE núm. 239, de 5 de octubre de 1979), y 14, 16, 25 y 88 del Reglamento de organización y personal del Tribunal Constitucional, aprobado por acuerdo de 5 de julio de 1990, del Pleno del Tribunal (BOE núm. 185, de 3 de agosto de 1990).

B. *El delito de nombramientos ilegales*

Pueden cometer, asimismo, un delito de nombramientos ilegales del art. 405 del Código penal[480], los Presidentes del Congreso de los Diputados y del Senado cuando nombran a los funcionarios pertenecientes a los Cuerpos de Letrados, Archiveros-Bibliotecarios, Asesores Facultativos, Redactores Taquígrafos y Estenotipistas, al Cuerpo Técnico-Administrativo, Cuerpo Auxiliar Administrativo y Cuerpo de Ujieres de las Cortes Generales[481]; el Presidente del Tribunal de Cuentas al efectuar los nombramientos de los funcionarios al servicio de este Tribunal[482]; los componentes de la Comisión de Calificación del Consejo General del Poder Judicial cuando elaboran las propuestas sobre los nombramientos competencia del Pleno[483], y los miembros de éste al nombrar a los funcionarios pertenecientes a los puestos de trabajo permanentes de nivel superior del Consejo General del Poder Judicial[484]; o el Presidente del Tribunal Constitucional cuando, a propuesta del Tribunal calificador, nombra a los Letrados que han de integrarse en dicho Cuerpo[485].

[480] A pesar de que el Capítulo I del Título XIX del Código penal no alude en su rúbrica a la expresión *nombramientos ilegales*, la doctrina sigue utilizando esta denominación para referirse a la conducta incriminada en el art. 405. Véanse, por ejemplo, MIR PUIG, S., *Nombramientos ilegales*, págs. 307 y ss.; y MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *Comentarios al Nuevo Código Penal*, págs. 1858 y ss.

[481] Véanse los arts. 1, 6 y 11b del Estatuto del personal de las Cortes Generales, de 26 de junio de 1989 (BOE núm. 177, de 26 de julio de 1989). En el art. 9 de este Texto se establecen los requisitos necesarios para poder ingresar en los Cuerpos de Funcionarios de las Cortes Generales.

[482] De acuerdo con el art. 89.2 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, son funcionarios al servicio de este Tribunal los integrantes del Cuerpo Superior de Letrados, Cuerpo Superior de Auditores, Cuerpo de Contadores Diplomados, y los pertenecientes a los Cuerpos Superiores de las Administraciones Públicas y Seguridad Social, Cuerpos Generales de Gestión, Administrativo y Auxiliar de la Administración del Estado y Cuerpo General Subalterno de la Administración del Estado, con destino en el Tribunal de Cuentas. Véanse, además, el art. 2.1 c) de esta Ley, y 20 c) de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas.

[483] Junto a la relación de candidatos propuesta por la Comisión de Calificación, cada miembro del Consejo General del Poder Judicial podrá proponer otros aspirantes, por lo que también ellos pueden incurrir, de darse los requisitos típicos, en un delito de nombramientos ilegales. Véanse los arts. 72 y 74 del Reglamento 1/1986 de organización y funcionamiento del Consejo General del Poder Judicial, de 22 de abril de 1986.

[484] Véanse los arts. 32, 132 y 133 del Reglamento 1/1986 de organización y funcionamiento del Consejo General del Poder Judicial, de 22 de abril de 1986.

[485] Véanse los arts. 14 d), 56 y 65 a 73 del Reglamento de organización y personal del Tribunal Constitucional, aprobado por acuerdo de 5 de julio de 1990, del Pleno del Tribunal.

C. *El delito de desobediencia funcionarial*

El art. 410 del Código penal castiga a *las autoridades o funcionarios públicos que se negaren abiertamente a dar el debido cumplimiento a (...) órdenes de la autoridad superior, dictadas dentro del ámbito de su respectiva competencia y revestidas de las formalidades legales.* Por *orden*, a los efectos de este precepto, se viene entendiendo «la manifestación de voluntad formulada por la autoridad superior, ejercitando las competencias administrativas que tiene asignadas, y dirigida a quien, estando jerárquicamente subordinado a él, tiene también la condición de autoridad o de funcionario, para que actúe de una determinada forma en el desempeño de alguna de las tareas que éste tiene atribuidas»[486]. Se exige, por tanto, cuando de órdenes se trata, una relación de subordinación jerárquica entre quien dicta la orden y el funcionario o autoridad que la recibe[487]. No hay duda, entonces, de que los funcionarios de las Cortes Generales pueden ser sujeto activo del delito de desobediencia funcionarial, pues, de acuerdo con el art. 36 f) del Estatuto del personal de las Cortes Generales, de 26 de junio de 1989, están obligados, entre otros deberes, *a cumplir las órdenes legalmente emanadas de sus superiores jerárquicos*[488].

Las normas que regulan la organización y funcionamiento del Tribunal de Cuentas, Defensor del Pueblo, Consejo General del Poder Judicial o Tribunal Constitucional no se muestran tan explícitas cuando se refieren a los deberes de los funcionarios que integran estas organizaciones estatales, pero existen en sus respectivos ámbitos relaciones jerárquicas de las que nacen órdenes, dictadas con la debida competencia y revestidas de las formalidades legales, que pueden ser abiertamente incumplidas por las autoridades o funcionarios públicos destinatarios[489].

[486] ORTS BERENGUER, E., *Derecho Penal*, Parte Especial, págs. 746 y 747. Un estudio concienzudo del concepto de orden en el delito de desobediencia funcionarial, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *El delito de desobediencia de los funcionarios públicos*, págs. 21 y ss.

[487] En este sentido QUINTERO OLIVARES, G., *El delito de desobediencia*, pág. 66; el mismo, *Comentarios a la Parte Especial*, págs. 1190 y 1191; ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *El delito de desobediencia de los funcionarios públicos*, págs. 67 y 68; ROLDÁN BARBERO, H., *El delito de desobediencia funcionarial*, pág. 1801; ORTS BERENGUER, E., *Derecho Penal*, Parte Especial, pág. 746; y la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 1995 (R. J. A. 4549).

[488] De esta opinión ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *El delito de desobediencia de los funcionarios públicos*, pág. 149.

[489] Véanse ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *El delito de desobediencia de los funcionarios públicos*, pág. 59; y ROLDÁN BARBERO, H., *El delito de desobediencia funcionarial*, págs. 1800 y 1801, que advierte de que «(...) en el ámbito judicial, en lo que se refiere a las relaciones internas, también pueden cursarse órdenes eficaces para constituirse en elemento típico del delito de desobediencia».

D. *La infidelidad en la custodia de documentos*

Una de las modalidades de infidelidad en la custodia de documentos, concretamente la tipificada en el art. 413 del Código penal, se refiere a la sustracción, destrucción, inutilización u ocultación, total o parcial, por parte de autoridad o funcionario público, de documentos cuya custodia le esté encomendada por razón de su cargo.

Es necesario, como evidencia la descripción típica, una especial vinculación del funcionario público con el documento sobre el que recae la conducta delictiva: éste ha de estar bajo la custodia de aquél *por razón de su cargo*[490]. Por otro lado, como no podía ser de otro modo, la doctrina penal remite para la determinación del término documento a lo establecido en el art. 26 del Código penal, que tiene por tal *todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica*[491]. Tales requisitos se dan, y, consiguientemente, de realizarse las conductas de sustraer, destruir, inutilizar u ocultar quedará configurado el delito descrito en el art. 413 del Código penal, con relación al Cuerpo de Archiveros-Bibliotecarios de las Cortes Generales, al que corresponde desempeñar las funciones de organización y gestión de los fondos documentales y bibliográficos existentes en cada Cámara, al Cuerpo Auxiliar-Administrativo de las Cortes Generales que desempeña, entre otras, las tareas de archivo y teneduría de libros contables, y al Cuerpo de Ujieres de las Cámaras, que tiene por misión la reproducción, transporte y distribución de impresos y documentos, así como la prestación de servicios adecuados a la naturaleza de sus funciones en archivos y bibliotecas[492]; otro tanto cabe decir del personal de la unidad admi-

[490] Véanse ROLDÁN BARBERO, H., *La infidelidad en la custodia de documentos*, pág. 1413; POLAINO NAVARRETE, M., *Curso de Derecho penal español*, pág. 339; MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *Comentarios a la Parte Especial*, pág. 1203; y las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1992 (R. J. A. 10085), 9 de junio de 1993 (R. J. A. 4861), 20 de octubre de 1994 (R. J. A. 8151), 1 de marzo de 1996 (R. J. A. 2457) y 26 de noviembre de 1997 (R. J. A. 8358). QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español*, 4.ª edición, pág. 794, relaja la vinculación referida, en el sentido de que considera sujeto activo de este delito, no sólo al funcionario público que legalmente tiene encomendada la función de custodia, sino también a sus auxiliares. En esta dirección, las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1989 (R. J. A. 9765) y 6 de marzo de 1995 (R. J. A. 1809).

[491] Véanse ROLDÁN BARBERO, H., *La infidelidad en la custodia de documentos*, pág. 1414; y ORTS BERENGUER, E., *Derecho Penal*, Parte Especial, págs. 750 y 751. Por su parte, MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *Comentarios a la Parte Especial*, pág. 1205, con la finalidad de limitar el alcance del delito, exigen que se trate de documentos con trascendencia para el correcto funcionamiento de la Administración, de tal forma que «quedarían excluidas de su órbita típica la conductas de sustracción o destrucción de documentos sin trascendencia para el tráfico ordinario administrativo o para la función desempeñada por el empleado público, cuya custodia le estaba encomendada».

[492] Véase el art. 7 apartados 2, 6 y 7 del Estatuto del personal de las Cortes Generales, de 26 de junio de 1989 (BOE núm. 177, de 26 de julio de 1989).

nistrativa de la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas encargado de la tramitación y vigilancia de las actuaciones instructoras previas a la exigencia de responsabilidades contables en los procedimientos de reintegro por alcance, y de las unidades administrativas pertenecientes a la Secretaría General de este Tribunal que atienden la tramitación de expedientes de toda índole, informatización y procesamiento de datos, Registro General, Archivo y Biblioteca[493]; del Secretario general, y sus auxiliares, bajo cuya directa responsabilidad se constituye la Sección de Archivo del Servicio de Régimen Interior, Estudios, Documentación y Publicaciones del Defensor del Pueblo[494]; del Secretario general del Consejo General del Poder Judicial cuando custodia los libros de actas de éste, y personal de la Sección de Registro Central, Archivo y Publicaciones del Servicio Central de Secretaría General encargado de clasificar, ordenar y custodiar la documentación del Archivo General del Consejo[495]; y, finalmente, del Jefe del Gabinete Técnico de la Presidencia del Tribunal Constitucional, que entre sus funciones tiene la de organizar y custodiar los archivos de ésta, Secretario de Justicia del Pleno de este Tribunal, del que dependen su Archivo Judicial y Registro General, y Letrado y demás personal adscrito al Servicio de Biblioteca, Documentación y Tratamiento de la Doctrina Constitucional[496].

E. *El delito de violación de secretos*

Siguiendo con este discrecional recorrido por las infracciones del Título XIX, comete un delito de violación de secretos del apartado 1 del art. 417 del Código penal *la autoridad o funcionario público que revelare secretos o informaciones de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo que no deban ser divulgados.*

El sujeto activo, esto es, la autoridad o funcionario público, ha de tener conocimiento de los secretos o informaciones por razón del cargo, por lo que el círculo de los posibles autores se limita a quienes acceden lícitamente a la información o secreto

[493] Véanse los arts. 11.3 y 17 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

[494] Véanse los arts. 20 y 22.2 del Reglamento de organización y funcionamiento del Defensor del Pueblo de 6 de abril de 1983. En los arts. 22 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, 22.2 y 26.2 del Reglamento de organización y funcionamiento del Defensor del Pueblo de 6 de abril de 1983, se dispone que se adoptarán las medidas oportunas en orden a la protección y custodia de documentos reservados o secretos, por lo que no existen mayores dificultades para que los funcionarios bajo cuya custodia se encuentran tales documentos puedan cometer los delitos descritos en los artículos 414 y 415 del Código penal.

[495] Véanse los arts. 91.3 y 96.1 del Reglamento 1/1986 de organización y funcionamiento del Consejo General del Poder Judicial, de 22 de abril de 1986.

[496] Véanse los arts. 18.2 b), 30 y 33 del Reglamento de organización y personal del Tribunal Constitucional, aprobado por acuerdo de 5 de julio de 1990, del Pleno del Tribunal.

que posteriormente revelan [497]. Por *revelar* entiende la doctrina «la comunicación a terceras personas, cuando no están autorizadas para acceder lícitamente a ella, del contenido de un secreto o de una información que no debe ser divulgada» [498].

El concepto central, no obstante, sobre el que gira este precepto es el de secreto [499]. Coincide la doctrina en exigir, cuando de secretos oficiales se trata, una previa declaración legal donde se determine la materia que no debe ser revelada [500]. Sin embargo, la tutela penal no sólo alcanza a los secretos, que requieren, insistimos, una previa declaración legal, sino también a toda información de que tenga conocimiento el funcionario público por razón de su oficio o cargo que no deba ser divulgada [501], lo que supone, en opinión de la doctrina, una excesiva ampliación de la prohibición [502]. Para acotar en lo posible el tipo, exige REBOLLO VARGAS que se trate de informaciones cuya transmisión a terceros implique un daño a la causa pública, es decir, «cuando se dificulte, impida o afecte el buen funcionamiento de la Administración pública» [503].

[497] Véanse MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *Comentarios a la Parte Especial*, pág. 1217; MORILLAS CUEVA, L. y PORTILLA CONTRERAS, G., *Los delitos de revelación de secretos, uso de información privilegiada, cohecho impropio y tráfico de influencias*, pág. 210; MIR PUIG, C., *Los delitos contra la Administración pública*, pág. 189; y REBOLLO VARGAS, R., *La revelación de secretos*, pág. 132.

[498] REBOLLO VARGAS, R., *La revelación de secretos*, pág. 132. En parecidos términos FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *Comentarios al Código penal*, pág. 1120; y CREMADES MORANT, J., *Revelación de secretos e informaciones*, pág. 255.

[499] Para una definición amplia del mismo, contenedora de las notas comunes del secreto público y privado, véanse REBOLLO VARGAS, R., *La revelación de secretos*, págs. 135-137 y 151; y MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal*, Parte especial, 12.ª edición, pág. 937.

[500] Véanse REBOLLO VARGAS, R., *La revelación de secretos*, págs. 171 y 172; ORTS BERENGUER, E., *Revelación y uso indebido de secretos*, págs. 218 y 219; el mismo, *Derecho Penal*, Parte Especial, págs. 753 y 754; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal*, Parte especial, 12.ª edición, pág. 938; MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *Comentarios a la Parte Especial*, págs. 1213 y 1218; y CREMADES MORANT, J., *Revelación de secretos e informaciones*, págs. 252 y 253. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Manual*, págs. 268 y 269, todavía va más lejos, considerando que sólo existirá secreto cuando una ley orgánica lo establezca de forma específica.

[501] Véase la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 1998 (R. J. A. 4877) que en su fundamento de derecho séptimo expresa que «lo revelado tanto pueden ser secretos como "cualquier información"; concepto este constituido por los hechos conocidos en atención al cargo u oficio que sin haber recibido la calificación formal de secretos son por su propia naturaleza reservados, protegiendo así la Ley el deber de sigilo de los funcionarios, impuesto en atención a la índole de los asuntos de que conocen, sean o no "secretos" en su sentido más estricto».

[502] Véanse REBOLLO VARGAS, R., *La revelación de secretos*, págs. 171 y ss.; y MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal*, Parte especial, 12.ª edición, pág. 939.

[503] REBOLLO VARGAS, R., *La revelación de secretos*, pág. 175. Por su parte, MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *Comentarios a la Parte Especial*, págs. 1218 y 1219, concluyen que «para la determinación de lo que debe entenderse por información en cada caso, el Juez deberá valorar las circunstancias de la acción y la entidad del contenido de la revelación, así como tomar en consideración la esfera de reserva o secretos merecedora de tutela penal». Aun con todo, la indeterminación del tipo es manifiesta.

Tras esta somera aproximación a la regulación del delito de violación de secretos del apartado 1 del art. 417 del Código penal, creemos no encontrar impedimento para defender la posibilidad de que este delito sea cometido por los miembros de la Junta de Personal de las Cortes Generales, obligados a observar sigilo profesional en todo lo referente a los temas en que las Cámaras señalen expresamente el carácter reservado[504]; por el Defensor del Pueblo, sus Adjuntos y el Secretario general en relación con el contenido, por ellos conocido, de los documentos clasificados oficialmente como secretos o reservados, y toda persona al servicio del Defensor del Pueblo sujeta a la obligación de guardar estricta reserva en relación con los asuntos que ante éste se tramitan[505]; o por los funcionarios del Consejo General del Poder Judicial, que deben guardar secreto de los asuntos reservados que conocieren en el desempeño de su cargo[506].

F. *La malversación de caudales públicos*

Alguno de los funcionarios pertenecientes a las organizaciones estatales a las que venimos refiriéndonos poseen una disponibilidad o poder sobre el destino de caudales públicos[507]. Así, por ejemplo, el Presidente del Tribunal de Cuentas tiene entre sus atribuciones la de disponer, con sujeción a la Ley General Presupuestaria, los gastos propios de este Tribunal[508]. Cuenta entre las competencias que corresponden al Secre-

[504] Véase el art. 33.6 del Estatuto del personal de las Cortes Generales, de 26 de junio de 1989, donde se añade que «ningún documento reservado entregado a la Junta de Personal podrá ser utilizado fuera del estricto ámbito de las Cortes Generales o para fines distintos de los que motivaron su entrega».

[505] Véanse los arts. 22.2 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, y 26 y 30 del Reglamento de organización y funcionamiento del Defensor del Pueblo de 6 de abril de 1983. Véase, asimismo, SÁINZ MORENO, F., *Secreto e información en el Derecho Público*, págs. 2883-2885.

[506] Véase el art. 144 del Reglamento 1/1986 de organización y funcionamiento del Consejo General del Poder Judicial, de 22 de abril de 1986. Establece también este reglamento el carácter reservado de las deliberaciones del Pleno (art. 50), de la Comisión Permanente (art. 62), de la Comisión Disciplinaria (art. 70) y de la Comisión de Calificación (art. 78), órganos todos ellos del Consejo General del Poder Judicial, con el correspondiente deber de guardar secreto de las mismas por quienes las conozcan por haber asistido a ellas. Asimismo, los asistentes a las deliberaciones del Pleno del Tribunal de Cuentas y los que las conozcan por razón de sus funciones en el Tribunal guardarán secreto de las mismas.

[507] MORALES GARCÍA, O., *Los delitos de malversación*, págs. 168 y ss., al estudiar los elementos característicos del término *caudales o efectos públicos* del art. 432 del Código penal, incluye en el primero de tales elementos («presencia necesaria pero no suficiente de una entidad subsumible en el organigrama público de la Administración») a las, por él llamadas, estructuras públicas asimiladas a la Administración, esto es, Cortes, Tribunal Constitucional, Consejo General del Poder Judicial, etc.

[508] Véanse los artículos 20 d) de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, y 2.1 j) de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

tario General del Defensor del Pueblo la de administrar los créditos para gastos del Presupuesto de éste [509]. En el ámbito del Consejo General del Poder Judicial, el Pleno, o la Comisión Permanente por delegación de éste, autoriza los gastos y la celebración de contratos por cuantía superior a 10 millones de pesetas [510]; el Secretario general autoriza los gastos en los casos no reservados al Pleno o a la Comisión Permanente, ordena los pagos con cargo a cuenta del Consejo en el Banco de España y administra los créditos para gastos del presupuesto de aquél [511]; y la Gerencia, órgano técnico del Consejo, entre sus cometidos de carácter económico financiero, administra los fondos «librados a justificar» y gestiona los fondos de material [512]. Finalmente, al Secretario general del Tribunal Constitucional corresponde, bajo la inmediata dirección del Presidente, la administración de los créditos para gastos del Presupuesto del Tribunal, la autorización del gasto y la ordenación de los pagos [513].

Si nos centramos en el delito de malversación, entre los elementos comunes a sus diversas modalidades destaca la doctrina la especial relación que debe darse entre los caudales públicos y el sujeto activo [514]. En efecto, tal y como se refleja expresamente en los artículos 432 y 433 del Código penal, los caudales o efectos públicos han de estar *a cargo* de la autoridad o funcionario público *por razón de sus funciones* [515]. La primera de estas expresiones, esto es, que los caudales estén *a cargo* del funcionario público, acoge los supuestos de detentación física y detentación jurídica, por lo que abarca, en opinión mayoritaria, «tanto aquellos casos en los que el funcionario tiene la tenencia directa y efectiva de los caudales, como aquellos en los que el funcionario puede adoptar decisiones vinculantes respecto de los mismos aunque literalmente no

[509] Véase el art. 19.1 e) del Reglamento de organización y funcionamiento del Defensor del Pueblo de 6 de abril de 1983.

[510] Véanse los artículos 33 y 56 del Reglamento 1/1986 de organización y funcionamiento del Consejo General del Poder Judicial, de 22 de abril de 1986.

[511] Véase el art. 92 del Reglamento 1/1986 de organización y funcionamiento del Consejo General del Poder Judicial, de 22 de abril de 1986.

[512] Véanse los artículos 110 y 111 del Reglamento 1/1986 de organización y funcionamiento del Consejo General del Poder Judicial, de 22 de abril de 1986.

[513] Véase el art. 25.1 f), g) y h) del Reglamento de organización y personal del Tribunal Constitucional, aprobado por acuerdo de 5 de julio de 1990, del Pleno del Tribunal.

[514] Véase, por todos, ROCA AGAPITO, L., *El delito de malversación de caudales públicos*, págs. 151 y ss., para quien esta específica relación se requiere igualmente en la llamada malversación impropia.

[515] No recoge el art. 434 del Código penal de forma explícita una expresión semejante, pero a juicio de ROCA AGAPITO, L., *El delito de malversación de caudales públicos*, pág. 152, «hay que entenderla implícitamente exigida conforme a una interpretación coherente con los preceptos inmediatamente anteriores al mismo (...)». En el mismo sentido MORALES GARCÍA, O., *Los delitos de malversación*, pág. 181, nota 1.

los tenga en su poder»[516]. Más controversia ha suscitado, sin embargo, el alcance de la locución *por razón de sus funciones,* aunque la mayoría de los autores la interpretan en un sentido estricto, según el cual entre la función pública y la tenencia de los caudales debe existir una relación de dependencia inmediata, o, dicho de otro modo, el funcionario ha de tener los caudales o efectos públicos por razón de las atribuciones específicas de la función que desempeña[517]. Esta especial vinculación que exige el tipo de la malversación entre el funcionario y los caudales públicos concurre en los sujetos más arriba mencionados, por lo que su sustracción con ánimo de lucro por alguno de ellos dará lugar a un delito de malversación.

G. *El delito de fraude funcionarial*

En fin, por no alargar en demasía esta exposición, si el delito de fraude funcionarial del art. 436 del Código penal es cometido por toda *autoridad o funcionario público*

[516] LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Manual,* pág. 366. De la misma opinión DÍAZ PALOS, F., *Malversación de caudales públicos,* pág. 819; OLIVEROS ROSELLÓ, J., *La malversación en el Código penal de 1995,* págs. 285 y 286; MORALES PRATS, F. y MORALES GARCÍA, O., *Comentarios a la Parte Especial,* 3.ª edición, pág. 1761; MORALES GARCÍA, O., *Los delitos de* malversación, págs. 183-190; y ROCA AGAPITO, L., *El delito de malversación de caudales públicos,* págs. 151-155, para quien, abundando en lo mismo, «no es necesario que los caudales o efectos públicos los tenga el funcionario de un modo material o directo, sino que es suficiente una *disponibilidad jurídica,* es decir, aquella posibilidad de disponer de la cosa aunque sean otros quienes la detenten materialmente». Sustentan este mismo parecer las sentencias del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 1995 (R. J. A. 719), 25 de marzo de 1996 (R. J. A. 2191), 13 de febrero de 1997 (R. J. A. 1171), 4 de junio de 1997 (R. J. A. 5239), 5 de junio de 1998 (R. J. A. 5149) y 11 de noviembre de 1998 (R. J. A. 8765), entre muchas otras.

[517] Véanse, en este sentido, FERRER SAMA, A., *Comentarios al Código penal,* Tomo IV, pág. 187; SUÁREZ MONTES, R. F., *El delito de malversación de caudales públicos,* págs. 8 y ss.; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Manual,* págs. 364 y 365; OLIVEROS ROSELLÓ, J., *La malversación en el Código penal de 1995,* págs. 286 y 287; MATA BARRANCO, N. J. DE LA, *Los delitos de malversación,* pág. 449; y ROCA AGAPITO, L., *El delito de malversación de caudales públicos,* págs. 156 y ss. En contra del sentir mayoritario ZABALEGUI MUÑOZ, M. C., *La malversación de caudales públicos,* pág. 172. En la jurisprudencia es dominante, en cambio, una interpretación amplia de tal expresión, y así, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1998 (R. J. A. 9200) se dice que «(...) no es imprescindible que el funcionario tenga en su poder los caudales y efectos públicos por razón de la competencia que las disposiciones administrativas adjudiquen al Cuerpo u Organismo al que pertenezca, sino que basta con que hayan llegado a su poder con ocasión de las funciones que concreta y efectivamente realizare el sujeto como elemento integrante del órgano público (...)». De este mismo parecer las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 1993 (R. J. A. 875), 27 de mayo de 1993 (R. J. A. 4257), 22 de abril de 1994 (R. J. A. 3153), 30 de noviembre de 1994 (R. J. A. 9157), 10 de enero de 1997 (R. J. A. 819) y 11 de noviembre de 1998 (R. J. A. 8765).

que, interviniendo por razón de su cargo en cualquiera de los actos de las modalidades de contratación pública o en liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concierta con los interesados o usa de cualquier otro artificio para defraudar a cualquier ente público[518], no hay obstáculo, en principio, para que puedan ser sujeto activo de este delito los Presidentes del Tribunal de Cuentas[519], Tribunal Constitucional[520] y Consejo General del Poder Judicial[521], y los Secretarios generales de estos dos últimos órganos cuando deleguen en ellos sus respectivos Presidentes, pues todos ellos tienen entre sus competencias la de ejercer las funciones de órganos de contratación[522].

H. *Recapitulación*

Con lo hasta ahora expuesto, no queda cerrada la lista de los delitos agrupados en el Título XIX que pueden cometerse en el ámbito de los órganos objeto de nuestra atención; a ella habría que añadirse el cohecho, tráfico de influencias, determinadas negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos, etc. Nuestro propósito no ha sido hacer un estudio acabado en este sentido, sino poner de manifiesto lo que ya adelanta el rótulo que contiene estas consideraciones, esto es, la inoperancia de la concepción subjetiva de la Administración pública para un correcto entendimiento de las diversas infracciones cobijadas en el Título XIX del Código penal. De seguir este concepto en nuestra disciplina, de mantener, como hacen sus defensores[523], que las funciones de organización y gobierno atribuidas por las leyes a las Cortes Generales, Tribunal de Cuentas, Defensor del Pueblo, Consejo General del Poder Judicial y Tribunal Constitucional no son administrativas, de sostener que los órganos que las ejercen no actúan como parte integrante de la Administración pública, no son Administración pública, habría que negar la posibilidad de que funcionarios públicos pertenecientes a estos Órganos constitucionales puedan cometer, en el ejercicio de sus respectivas funciones,

[518] Sobre este delito, véase por todos CATALÁN SENDER, J., *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos*, págs. 295 y ss.

[519] Véanse los artículos 20 d) de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, y 2.1 j) de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

[520] Véanse los artículos 14 k) y 16.1 b) del Reglamento de organización y personal del Tribunal Constitucional, aprobado por acuerdo de 5 de julio de 1990, del Pleno del Tribunal.

[521] Véanse los artículos 26 y 92 del Reglamento 1/1986 de organización y funcionamiento del Consejo General del Poder Judicial, de 22 de abril de 1986.

[522] Comulgaría con esta opinión CATALÁN SENDER, J., *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos*, pág. 310, pues cuando en el estudio del art. 436 del Código penal interpreta la expresión *cualquier ente público*, incluye en ella todo ente, con personalidad jurídica o sin ella, que gestione bienes o derechos públicos, por ejemplo, las Administraciones de los órganos constitucionales, tales como la Administración Parlamentaria o la Jurisdiccional.

[523] Véase el epígrafe 2.3.4.1.1.

las figuras delictivas del Título XIX del Código penal (donde se recogen, no lo olvidemos, los delitos *contra la Administración pública*), conclusión esta dogmáticamente insostenible y disparatada desde un punto de vista político-criminal. Así, por ejemplo, no constituiría delito de prevaricación la resolución arbitraria dictada, a sabiendas de su injusticia, por el Secretario general del Tribunal Constitucional en el ejercicio de sus potestades administrativas; no cometería un delito de nombramientos ilegales el Presidente del Tribunal de Cuentas que, a sabiendas de su ilegalidad, nombra a un funcionario al servicio de este Tribunal sin concurrir en él los requisitos legalmente establecidos; la negativa abierta de un funcionario de las Cortes Generales a dar el debido cumplimiento a una orden emanada legalmente de un superior jerárquico no supondría desobediencia funcionarial; no podría castigarse por infidelidad en la custodia de documentos al funcionario perteneciente a la Sección de Registro Central, Archivo y Publicaciones del Servicio Central de Secretaría General del Consejo General del Poder Judicial que, a sabiendas, sustrae, destruye, inutiliza u oculta documentos del Archivo General del Consejo cuya custodia le esté encomendada; la revelación por el Secretario General del Defensor del Pueblo del contenido de un documento clasificado oficialmente como secreto quedaría extramuros del art. 417 del Código penal; o, en fin, no habría delito de malversación en la sustracción con ánimo de lucro por el Secretario general del Consejo General del Poder Judicial de los caudales públicos que tiene a su cargo. Y esto porque, si partimos de una concepción subjetiva de la Administración pública, todas estas conductas no serían *contra la Administración pública*, no atacarían la Administración pública subjetivamente considerada.

Una vez reprobado el concepto subjetivo de Administración pública en el Título XIX del Código penal, resta examinar la utilidad de la concepción objetiva en el contexto de este mismo título. A la consecución de tal empeño se dirigen las siguientes páginas.

2.3.4.2.2. *¿Puede defenderse un concepto objetivo de Administración pública?*

Al estudiar las distintas aportaciones que la doctrina administrativa ha realizado en favor de la configuración de un concepto objetivo de Administración pública, nos queda la desconcertante impresión, quizás equivocada, de que son más los esfuerzos invertidos y mejores los argumentos esgrimidos en busca de una crítica certera de la concepción subjetiva de la Administración pública que en el hallazgo de una construcción sólida y perdurable de aquel concepto. No obstante, desde una perspectiva objetiva de la Administración pública, al considerar administrativas las funciones de organización y gobierno que para una mejor consecución de sus cometidos institucionales atribuyen las leyes a diferentes órganos constitucionales (Cortes Generales, Tribunal de Cuentas, etc.)[524],

[524] Véase el epígrafe 2.3.4.1.2.

no hay dificultad alguna en admitir la posibilidad de que funcionarios públicos pertenecientes a estos órganos cometan, en el ejercicio de aquellas funciones, las infracciones del Título XIX del Código penal, por lo que, al menos en este sentido, la concepción objetiva se muestra más satisfactoria que la subjetiva. Con un concepto objetivo de Administración pública, las conductas más arriba mencionadas quedarían abarcadas sin dificultad por los diferentes tipos delictivos agrupados en el Título XIX.

No estamos diciendo con ello, ni mucho menos defendiendo, que de este Título se infiera un concepto objetivo de Administración pública, capaz de explicar convincentemente la retahíla de las heterogéneas figuras delictivas en él recogidas. Al igual que el concepto subjetivo, la concepción objetiva, por sí sola, no permite una interpretación plausible de alguna de las figuras delictivas del Título XIX del Código penal. Por escapar a nuestras aspiraciones, y por no estar preparados para una tal empresa, no vamos a entrar en si es posible defender un concepto objetivo de Administración pública en Derecho administrativo —habría que superar para ello las fundadas objeciones que a lo largo de la segunda mitad del pasado siglo han ofrecido reconocidos estudiosos de esta disciplina [525]—, pero sí intentaremos dejar constancia de que también el concepto objetivo se muestra huérfano de soluciones satisfactorias a los problemas que plantean ciertos *delitos contra la Administración pública* del tan traído y llevado Título XIX.

Algunos de los cambios más relevantes que el legislador de 1995 ha llevado a cabo en este Título parecen obedecer a la intención de reservarlo a la protección de la función administrativa. Efectivamente, la sustitución de la rúbrica «De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos» por la de «Delitos contra la Administración publica», la ubicación de ésta junto al Título dedicado a los «Delitos contra la Administración de Justicia», y el trasiego de aquél a éste de figuras como la prevaricación judicial (arts. 446 y ss.), la prevaricación de abogado y procurador (ahora deslealtad profesional de abogados y procuradores, art. 467), la incomparecencia injustificada en proceso criminal (art. 463, apartado 1) y la infidelidad en la custodia de presos (en el Código penal actual bajo el capítulo dedicado al quebrantamiento de condena, art. 471) [526], largamente demandado por la doctrina por ver en ellas una clara afección a la Administración de Justicia [527], encaminan al intérprete, en un primer acerca-

[525] Véase, por todos, GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho administrativo*, págs. 33-37.

[526] Para una visión global de estos cambios, véase *supra*, epígrafe 2.2.

[527] Véanse, por lo que se refiere al delito de prevaricación judicial, QUINTERO OLIVARES, G., *Los delitos contra la administración de justicia*, pág. 197; MAGALDI, M. J. y GARCÍA ARÁN, M., *Los delitos contra la Administración de Justicia*, pág. 1128; y GARCÍA MIGUEL, M., *Los delitos contra la Administración de Justicia*, pág. 1115; en cuanto a la prevaricación de abogado y procurador, FELIP I SABORIT, D., *Sobre el tipo objetivo del delito de prevaricación de abogado*, págs. 780 y 781; por lo que respecta a la infidelidad en la custodia de presos, RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. y SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho*

miento a estos delitos, hacia la idea más arriba apuntada. Pronto, sin embargo, se percata uno de la endeblez de esta primera impresión.

A. *El delito de abandono de destino*

a) *Abandono de destino con el propósito de no perseguir un delito*

El apartado 1 del art. 407 del Código penal castiga a la autoridad o funcionario público que abandonare su destino con el propósito de no impedir o no perseguir un delito, previendo distintas penas en atención a si el abandono tiene por finalidad no impedir o no perseguir alguno de los delitos comprendidos en los Títulos XXI, XXII, XXIII y XXIV, o si tal propósito va referido a cualquier otro delito del Código penal. *Abandonar el destino* supone, en opinión de un sector de la doctrina, «ausentarse del puesto de trabajo de forma clara y con una cierta prolongación en el tiempo», requiriendo algo más que una mera inasistencia ocasional, una falta de puntualidad o un simple incumplimiento de la jornada de trabajo [528]. Por otra parte, aunque no es postura unánime, se exige que el funcionario público tenga entre sus competencias, al menos de manera genérica, la de impedir o perseguir delitos [529].

Según el art. 299 de la LECrim., constituyen el sumario (nombre que da el legislador a la instrucción en el proceso común) las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos. En la fase de instrucción, por tanto, se llevan a cabo un conjunto de actuaciones dirigidas a determinar hasta qué punto la *notitia criminis* puede dar lugar a la fase del

---

penal español, Parte especial, pág. 1019; y en relación con la incomparecencia de testigo o perito ante un Tribunal (párrafo 2.° del art. 372 del Código penal anterior), SERRANO BUTRAGUEÑO, I., *Delitos contra la Administración de Justicia*, pág. 56. En contra, sin embargo, de la ubicación de esta última figura en el seno de los delitos contra la Administración de Justicia por considerar que no afecta de manera esencial «ni a la actividad jurisdiccional ni a la eficacia real o al fin del proceso», MAGALDI, M. J. y GARCÍA ARÁN, M., *Los delitos contra la Administración de Justicia*, págs. 1185 y 1186.

528 Así, MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *Comentarios a la Parte Especial*, 3.ª edición, pág. 1625; ORTS BERENGUER, E., *Consideraciones sobre los delitos de abandono de destino*, págs. 342 y 343; y MIR PUIG, C., *Los delitos contra la Administración pública*, pág. 94. En contra parece estar POLAINO NAVARRETE, M., *Curso de Derecho penal español*, págs. 297 y 298, para quien basta «la instantánea o esporádica dejación de ejercicio de la función».

529 De esta opinión ORTS BERENGUER, E., *Derecho Penal*, Parte Especial, pág. 744. Partidarios, sin embargo, de que esta figura pueda ser realizada por cualquier funcionario, MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *Comentarios a la Parte Especial*, 3.ª edición, pág. 1625.

juicio oral. Con palabras de CORTÉS DOMÍNGUEZ «la instrucción consiste en realizar las actuaciones necesarias para decidir si se debe o no abrir el juicio contra una determinada persona»[530].

A diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones, en España, tal y como expresa el art. 14.2 de la LECrim., la fase de instrucción es competencia del Juez de Instrucción[531]. Es cierto que en el sumario intervienen una variedad de autoridades y funcionarios (Fiscal, Secretario Judicial, miembros de la Policía judicial)[532], pero es el Juez de Instrucción quien ocupa, de entre todos, el lugar principal en la formación y desarrollo del mismo[533]. Está obligado, desde el momento en que conozca o tenga noticia de la perpetración de un delito, a practicar las primeras diligencias, dando cuenta de dicha incoación al Ministerio Fiscal y, en su caso, al Presidente de la Audiencia (art. 308 LECrim.)[534].

Pues bien, erigiendo al órgano judicial protagonista indiscutible de la fase de instrucción, y teniendo a ésta por el conjunto de actuaciones tendentes a la averiguación del hecho o hechos delictivos y de sus responsables, cabe pensar en un Juez de Instrucción que abandona su destino con el propósito de no decretar la apertura de un sumario que trate de esclarecer un hecho delictivo del que ha tenido noticia, no practicar una diligencia de reconocimiento en rueda en el supuesto en que no está determinada con toda exactitud la persona que ha cometido el delito (arts. 368 y ss. de la LECrim.)[535], no dictar auto de procesamiento contra una persona cuando del sumario resultase algún indicio racional de criminalidad contra la misma (art. 384 de la LECrim.)[536], no dictar auto de entrada en un domicilio cuando está objetivamente jus-

530 CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal Penal*, pág. 335.

531 Véase CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal Penal*, pág. 339. No obstante, como se sabe, corresponde al Ministerio Fiscal la instrucción de los procedimientos por los hechos a los que se refiere el art. 1 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, tal y como establece el art. 16.1 de esta misma ley. Véase, por todos, SANCHO CASAJÚS, C., *Singularidades del procedimiento de la Ley Penal del Menor*, págs. 137 y ss.

532 Véase TOMÉ PAULE, J., *Instituciones de Derecho Procesal*, págs. 9 y ss.

533 Véanse el art. 303 de la LECrim., donde se dispone que *la formación del sumario, ya empiece de oficio, ya a instancia de parte, corresponderá a los jueces de instrucción por los delitos que se cometan dentro de su partido (...)*; y GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*, pág. 369.

534 Véanse GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*, págs. 289, 312 y 313; y ARAGONESES MARTÍNEZ, S., *Derecho Procesal Penal*, pág. 338.

535 Véase CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal Penal*, págs. 378-380, quien escribe que «la diligencia de reconocimiento en rueda puede ser absolutamente necesaria para la condena del inculpado, convirtiéndose en uno de los casos que están reconocidos en la ley y en la jurisprudencia como de pruebas anticipadas o diligencias sumariales que producen en el juicio oral los mismos efectos que las pruebas de cargo».

536 Sobre el auto de procesamiento, véanse ARAGONESES MARTÍNEZ, S., *Derecho Procesal Penal*, págs. 432-437; MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Penal*, págs. 324-328; y ESCUSOL BARRA, E., *El proceso penal por delitos*, págs. 28-30.

tificada y es necesaria para detener al imputado o asegurar el cuerpo del delito (arts. 545 y ss. de la LECrim.), no proceder al registro en un lugar cerrado que supondría la recogida y el aseguramiento de las futuras fuentes de prueba (arts. 545 y ss. de la LECrim.)[537], o, finalmente, no dictar auto de intervención de comunicaciones particulares cuando existan razones que hagan pensar que con ella pueden descubrirse o comprobarse hechos o circunstancias relevantes para la investigación (arts. 579 y ss. de la LECrim.)[538], y tal abandono de destino con alguno de estos propósitos llevarse a cabo con la intención última de no perseguir un delito, bien de los Títulos XXI, XXII, XXIII y XXIV del Código penal, bien perteneciente a cualquier otro título. No hay razón, entonces, para negar que en estos casos el Juez de Instrucción comete el delito regulado en el apartado 1 del art. 407[539]. Y, sin embargo, la función que se ve principalmente afectada es la jurisdiccional[540].

537 En relación con las diligencias de entrada y registro, véanse GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*, págs. 417 y ss.; y HERCE QUEMADA, V., *Derecho Procesal Penal*, págs. 172-177.

538 Véanse MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Penal*, págs. 437-452; y ARAGONESES MARTÍNEZ, S., *Derecho Procesal Penal*, págs. 388 y ss.

539 Sin perjuicio, no obstante, de que respecto de alguno de estos supuestos pueda defenderse también la concurrencia del delito tipificado en el art. 449, apartado 1, del Código penal: «*En la misma pena señalada en el artículo anterior incurrirá el Juez, Magistrado o Secretario Judicial culpable de retardo malicioso en la Administración de Justicia. Se entenderá por malicioso el retardo provocado para conseguir cualquier finalidad ilegítima*».

540 Aunque se ha discutido por la doctrina procesalista sobre la naturaleza jurídica del sumario, la opinión mayoritaria le asigna carácter jurisdiccional, o, al menos, mixto, jurisdiccional y administrativo, frente a los escasos partidarios que lo conciben como pura actividad administrativa. Véanse HERCE QUEMADA, V., *Derecho Procesal Penal*, págs. 142 y 143: «El carácter jurisdiccional o procesal del sumario no puede ser desconocido. El argumento, por alguno defendido, de negarle esa naturaleza por la circunstancia de que el juez instructor no juzga propiamente o falla en el sumario, no puede ser tomado en consideración. En el sumario se realiza un conjunto de actividades propiamente jurisdiccionales: el auto de procesamiento (...); las medidas cautelares personales para asegurar la presencia física del procesado en el momento del juicio oral (...), etc.»; TOMÉ PAULE, J., *Instituciones de Derecho Procesal*, pág. 8: «Es cierto que al sumario pueden incorporarse actividades puramente administrativas (...), pero ello no impide que al sumario se le atribuya la naturaleza de actividad jurisdiccional (pues se desarrolla por un órgano judicial), y de actividad propiamente procesal (pues se desarrolla siguiendo las normas de una ley, indiscutiblemente, procesal)»; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal Penal*, pág. 338, quien, si bien cree no haber dificultad en suscribir la teoría administrativa, considera que «determinados actos de investigación (así, la entrada y registro, intervención de las comunicaciones, etc.) inciden plenamente en el libre ejercicio de los derechos fundamentales, con respecto al cual la Jurisdicción goza del más absoluto monopolio por obra del art. 53.2 CE y de los respectivos preceptos constitucionales que los consagran, los cuales suelen contener la cláusula "salvo resolución judicial" relativa a su limitación»; y ARAGONESES MARTÍNEZ, S. y TOMÉ GARCÍA, J. A., *Derecho Procesal Penal*, págs. 305 y 306.

b) *Abandono de destino con el propósito de no ejecutar una pena*

Ocurre otro tanto con la figura recogida en el apartado 2 del art. 407, que castiga el abandono de destino por autoridad o funcionario público realizado con el propósito de no *ejecutar las penas* impuestas por la autoridad judicial competente.

La potestad jurisdiccional no se agota en la fase declarativa del proceso, comprende también la ejecución de lo juzgado: «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», rezan los artículos 117.3 de la Constitución española[541] y 2.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. De ambos preceptos parece claramente deducirse la naturaleza jurisdiccional de la ejecución penal.

La cuestión, sin embargo, no se muestra tan diáfana entre los estudiosos del tema, sobre todo en relación con la ejecución de las penas privativas de libertad[542], debido, tal vez, a la existencia de disposiciones como el art. 990, párrafo 3.°, de la LECrim. donde se establece que la competencia del Juez o Tribunal para hacer cumplir la sentencia excluye la de cualquier autoridad gubernativa hasta que el condenado ingrese en el establecimiento penal o se traslade al lugar donde deba cumplir la condena, precepto que, en opinión de TOMÉ PAULE, autoriza a mantener que «en nuestro sistema procesal la función del Juez es exclusiva hasta el momento en que el procesado ingrese en prisión, y conjunta con otras Autoridades durante el cumplimiento de la pena»[543]. Hoy, en relación con esta materia, la mejor doctrina sostiene una teoría mixta, distinguiendo entre ejecución de la sentencia penal y cumplimiento de las penas, de tal modo que los actos del órgano judicial competente destinados a promover la ejecución de la resolución judicial y resolver los incidentes que pudieran darse en la misma formarán parte de la actividad procesal de ejecución, y los actos de otros órganos del Estado que tienen a su cargo la realización material de las penas constituyen la actividad penitenciaria administrativa[544]. Dicho de otro modo, en las actividades de ejecución penal,

[541] Sobre este precepto, véase SERRANO ALBERCA, J. M., *Comentarios a la Constitución*, págs. 1646 y ss.

[542] Tres son, básicamente, las concepciones que se defienden al estudiar la naturaleza jurídica de la ejecución de las penas privativas de libertad: la teoría de la naturaleza «material» o administrativa, la teoría de la naturaleza plenamente jurisdiccional y la denominada teoría mixta. Véase extensamente GONZÁLEZ CANO, M. I., *La ejecución de la pena privativa de libertad*, págs. 71-94.

[543] TOMÉ PAULE, J., *Instituciones de Derecho Procesal*, pág. 275. Véase también GONZÁLEZ CANO, M. I., *La ejecución de la pena privativa de libertad*, pág. 88.

[544] Véase HERCE QUEMADA, V., *Derecho Procesal Penal*, págs. 375 y 376. Defensores, asimismo, de una teoría mixta, GONZÁLEZ CANO, M. I., *La ejecución de la pena privativa de libertad*, págs. 87 y ss.; MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Penal*, págs. 795 y 796; HINOJOSA SEGOVIA, R., *Derecho Procesal Penal*, págs. 794-796; y GRACIA MARTÍN, L., *Las consecuencias jurídicas del delito*, pág. 285, que mantiene que «en la ejecución de la pena privativa de libertad confluirán, por un lado, normas que regulan las condiciones y los presupuestos de la ejecución de la resolución judicial y que designan

sobre todo cuando se trata de penas privativas de libertad, pero también, aunque en menor medida, en otras clases de penas, además de los órganos jurisdiccionales, intervienen otros funcionarios y autoridades (Policía, funcionarios pertenecientes a los distintos Cuerpos de Instituciones Penitenciarias [545], Jefatura Central de Tráfico, etc.) que cooperan de una manera decisiva en el exacto cumplimiento de la resolución firme. Ello no empece, sin embargo, como se ha puesto de manifiesto, a que en la ejecución penal existan actos que pertenecen exclusivamente al ámbito jurisdiccional, como, por ejemplo, los dirigidos a promover la ejecución de la sentencia [546].

Si se abandona el destino, y volvemos ya al art. 407, apartado 2, del Código penal, con la finalidad de no realizar alguno de estos actos, será, en todo caso, el ámbito jurisdiccional el que resulte menoscabado. Ocurrirá, por ejemplo, en los supuestos del Juez de Vigilancia Penitenciaria que abandona su destino con el fin de no expedir mandamiento de ingreso en prisión cuando el condenado se encuentra en libertad [547]; o del

---

el órgano al que se encomienda promover la ejecución, pertenecientes al Derecho procesal; y, por otro lado, habrá normas que disciplinarán la realización, modificación y extinción de la pretensión punitiva estatal, es decir normas sobre la ejecución material de la pena, las cuales pertenecerán al Derecho penal o al Derecho administrativo»; en los mismos términos GRACIA MARTÍN, L., *Lecciones*, págs. 75 y 76.

545 Véanse SAPENA GRAU, F., *Curso de Derecho Penitenciario*, págs. 90 y ss.; RACIONERO CARMONA, F., *Derecho Penitenciario*, págs. 67 y ss.; y RODRÍGUEZ ALONSO, A., *Lecciones de Derecho Penitenciario*, págs. 137 y ss.

546 En el proceso penal, a diferencia de lo que ocurre en el civil, la ejecución se inicia en todo caso de oficio, sin necesidad de instancia de ninguna de las partes (art. 988, párr. 2.º). Véanse, por todos, MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Penal*, pág. 797; y GONZÁLEZ CANO, M. I., *La ejecución de la pena privativa de libertad*, pág. 52.

547 El art. 76 de la Ley Orgánica General Penitencia, de 26 de septiembre de 1979, recoge entre las atribuciones del Juez de Vigilancia la de *hacer cumplir la pena impuesta*, y más concretamente, en su apartado 2 a), *la de adoptar todas las decisiones necesarias para que los pronunciamientos de las resoluciones en orden a las penas privativas de libertad se lleven a cabo, asumiendo las funciones que corresponderían a los Jueces y Tribunales sentenciadores.* Se ha polemizado vivamente (véase si no GONZÁLEZ CANO, M. I., *La ejecución de la pena privativa de libertad*, págs. 139 y ss.) sobre el sentido de tal precepto, o lo que es lo mismo, sobre la cuestión referida a la delimitación y establecimiento de las fronteras competenciales entre Juzgados de Vigilancia y Tribunales sentenciadores. No vamos a entrar, como es lógico, en tal discusión. Sin embargo, en el ejemplo propuesto hemos atribuido al Juez de Vigilancia Penitenciaria la facultad de expedir el mandamiento de ingreso en prisión, opinión que está lejos de ser unánime entre los procesalistas ya que hay quien sustenta que «parece más acorde con la naturaleza de las cosas que sea el propio tribunal sentenciador quien, en el acto de declarar la firmeza, dicte el mandamiento, con lo que no habrá necesidad de esperar a la remisión del oportuno testimonio al Juzgado de Vigilancia para que éste automáticamente procediera a librarlo» (en este sentido MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Penal*, págs. 819 y 820). Sea como fuere, atribuyamos tal competencia al Juez de Vigilancia, o lo hagamos al Tribunal sentenciador, en nada desvirtúa nuestro razonamiento, porque, en uno u otro caso, de lo que no hay duda es de que se trata de una actividad jurisdiccional. Sobre la figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria, véanse GARCÍA ALBERO, R., *Curso de Derecho Penitenciario*, págs. 231 y ss.; GRACIA MARTÍN, L., *Lecciones*, págs. 100 y ss.; y RACIONERO CARMONA, F., *Derecho Penitenciario*, págs. 70 y ss.

Juez sentenciador[548] que realiza tal abandono, bien para no ordenar, mediante la remisión de un testimonio de la sentencia, la anotación en el expediente del funcionario cuando las penas impuestas sean de inhabilitación absoluta, inhabilitación especial o suspensión de empleo o cargo publico; bien, tratándose de una inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, con la finalidad de no remitir testimonio de la sentencia a la Junta Electoral Central; bien, por último[549], en el caso de la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, con la intención de no dirigir mandamiento a la Jefatura Central de Tráfico para que deje sin efecto el permiso de conducción y no expida otro nuevo hasta que se extinga la pena[550]. Que estas conductas encuentran acomodo en el apartado 2 del art. 407, no debería ponerse en duda.

B. *La omisión del deber de perseguir delitos*

En el art. 408 del Código penal se regula la omisión del deber de perseguir delitos. Realiza el tipo de esta figura *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*. Sujeto activo del delito, como se infiere claramente de la descripción legal, sólo puede ser la autoridad o funcionario que tenga atribuida, por razón de su cargo, la función de promover la persecución de delitos y de sus responsables[551]. Tal obligación alcanza, no sólo a los funcionarios de la Policía judicial (arts. 282 y 283 de la LECrim.)[552] y fiscales[553], sino también a jueces y magistrados.

[548] Cuando se trata de penas no privativas de libertad, la ejecución de sentencias, tanto en juicios sobre faltas, como en causas por delito, corresponde, aunque con excepciones, al Juez o Tribunal que haya dictado la sentencia firme. Véanse los arts. 984 a 987 y 997 de la LECrim., y 65.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

[549] La ejemplificación podría extenderse, no obstante, a cualquier pena.

[550] En relación con la ejecución de penas no privativas de libertad, véase MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Penal*, págs. 827 y ss.

[551] Véanse MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *Comentarios a la Parte Especial*, 3.ª edición, págs. 1628 y 1629; y ORTS BERENGUER, E., *Consideraciones sobre los delitos de abandono de destino*, pág. 346.

[552] Dispone el art. 282 de la LECrim. que *la Policía judicial tiene por objeto (...) averiguar los delitos (...); practicar, según sus atribuciones, las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes (...)*. Si se examina la jurisprudencia más reciente sobre la omisión del deber de perseguir delitos se comprueba que son los funcionarios de policía los sujetos más castigados por este delito; como corroboración, véanse las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1991 (R. J. A. 2834), 30 de octubre de 1992 (R. J. A. 8613), 18 de mayo de 1994 (R. J. A. 3934), 2 de junio de 1994 (R. J. A. 6003), 9 de julio de 1994 (R. J. A. 5703), 18 de abril de 1997 (R. J. A. 3024) y 17 de junio de 1998 (R. J. A. 5380).

[553] Véanse los arts. 124.1 de la Constitución española, 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y 785 bis de la LECrim. Sobre las funciones del Ministerio Fiscal, y, más concretamente, la compatibilidad y ámbito de aplicación de los dos últimos preceptos citados, véase CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *El Ministerio Fiscal*, págs. 85-90.

Hemos visto ya cómo el Juez de Instrucción desde el momento en que conoce la comisión de un delito está en la obligación de proceder a su averiguación y dictar las medidas oportunas que aseguren la persona del inculpado[554]. La sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 1999 (R. J. A. 472) confirma la de la Audiencia Provincial de Bilbao que castiga por un delito del art. 408 a un Juez de Instrucción que, conocedor del lamentable estado en que se encontraba la detenida, evidenciado por una multiplicidad de golpes en la cara y en la cabeza, y existiendo, por tanto, una racional sospecha de que había sido objeto de torturas, no hace absolutamente nada para promover la persecución de las mismas o de sus responsables. En este sentido, omitirá el deber de perseguir delitos el Juez de Instrucción que intencionadamente no dicta auto de procesamiento contra una persona determinada respecto de la cual existe algún indicio racional de criminalidad, o no decreta, a instancias del Ministerio Fiscal o de alguna parte acusadora[555], concurriendo todos los requisitos exigidos en la LECrim.[556], la prisión provisional de un imputado del que se sospecha fundadamente que tratará de sustraerse a la acción de la justicia, u ocultar, manipular o destruir elementos probatorios. Son supuestos, sin embargo, en los que no puede mantenerse que la función afectada sea la administrativa, pues seguimos moviéndonos en el ámbito de la actividad jurisdiccional[557, 558].

C. *El delito de desobediencia funcionarial*

La negativa abierta de una autoridad o funcionario público 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, conforma el delito de desobediencia funcionarial del art. 410 del Código pe-

[554] Véase HERCE QUEMADA, V., *Derecho Procesal Penal*, págs. 149 y 150.

[555] De acuerdo con el art. 504 bis 2 de la LECrim., si ninguna de las partes acusadoras lo insta, el juez no podrá acordar la prisión provisional del imputado. Véanse GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*, pág. 530; y ARAGONESES MARTÍNEZ, S., *Derecho Procesal Penal*, pág. 419.

[556] Arts. 502 y ss., especialmente el art. 503. Véase MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Penal*, págs. 525 y ss.

[557] Sobre la naturaleza jurídica del sumario, véase *supra*, epígrafe 2.3.4.2.2. A. a.

[558] En el Proyecto de Ley Orgánica de Código penal de 1980 (art. 495) y en la Propuesta de Anteproyecto de Código penal de 1983 (art. 422), la omisión del deber de promover la persecución de delitos, a diferencia de lo que ocurre en el Código penal vigente, aparecía en el Título dedicado a los delitos contra la Administración de Justicia. También nuestra doctrina se ha mostrado partidaria de esta ubicación; véanse LUZÓN PEÑA, D. M., *Consideraciones*, pág. 781; ROLDÁN BARBERO, H., *De la prevaricación administrativa*, pág. 668; y SERRANO BUTRAGUEÑO, I., *Delitos contra la Administración de Justicia*, pág. 56.

nal. Entre los posibles autores de este ilícito penal se encuentran, como veremos, los jueces y el personal al servicio de la Administración de Justicia [559].

a) *Negativa del Juez de Paz a la práctica de diligencias*

El art. 310 de la LECrim. dispone que *los Jueces de instrucción podrán delegar en los municipales la práctica de todos los actos y diligencias que esta Ley no reserve exclusivamente a los primeros cuando alguna causa justificada les impida practicarlos por sí.* Alude este precepto a los inexistentes jueces municipales, suprimidos por el art. 42 de la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y Planta Judicial, dictada en cumplimiento de la Disposición Transitoria 3.ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial [560]. No quiere esto decir, sin embargo, que el referido art. 310 haya quedado sin efecto. Son hoy los Jueces de Paz de la demarcación judicial del Juez de instrucción competente los que realizan las diligencias sumariales por éste delegadas [561].

Aclarado este anacronismo, explica GIMENO SENDRA que, no obstante la utilización en el precepto del verbo *delegar*, la relación jurídica que liga al Juez de instrucción competente con el delegado (Juez de Paz) está más próxima al mandato o a la comisión que a la delegación [562]. El Juez de Paz, pues, está obligado a practicar las diligencias que el Juez de instrucción de su demarcación judicial le ordene [563]. Ahora

559 Véanse OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *El delito de prevaricación*, pág. 1517; y las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1991 (R. J. A. 9134), 10 de febrero de 1995 (R. J. A. 815) y 29 de diciembre de 1995 (R. J. A. 9636), en las que aparecen como autores de un delito de desobediencia Secretarios de Juzgado de Paz.

560 Véase GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*, págs. 346 y ss.

561 El art. 100, apartado 2, de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece, refiriéndose a los Juzgados de Paz, que «en el orden penal, conocerán en primera instancia de los procedimientos por faltas que les atribuya la ley. Podrán intervenir, igualmente, en actuaciones penales de prevención, *o por delegación*, y en aquellas otras que señalen las leyes» (la cursiva es nuestra). Véase GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*, págs. 347 y 348.

562 GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*, pág. 347.

563 Véase la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1995 (R. J. A. 815), que, a pesar de su deficiente dicción, transcribimos en parte: «(...) es lo cierto que el Juzgado de Instrucción de Guardia de Logroño es superior jerárquico del Juzgado de Paz de Nestares pues si siempre en la historia judicial española y dentro de la estructura piramidal de los Organos Jurisdiccionales los Juzgados de Paz estuvieron subordinados a los de Instrucción del Partido Judicial al que pertenecen, en la actualidad así resulta de lo expresamente dispuesto en los artículos 85.3 en el artículo 100 en los números 1.º y 2.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial según los cuales a los Juzgados de Instrucción corresponde conocer de los recursos que se interpongan contra las sentencias que dicten los Juzgados de Paz y que éstos podrán intervenir en actuaciones penales de prevención o por delegación, por lo que no puede ponerse en duda la orden dada por un Juez de Instrucción a un Juzgado de Paz para que proceda, por delegación, a la práctica de determinadas diligencias de carácter penal entra dentro de la competencia

bien, el objeto del mandato no puede ser cualquier acto procesal instructorio; el art. 310 de la LECrim. exceptúa los actos y diligencias reservados exclusivamente a los Jueces de instrucción, entre los que se encuentran, por ejemplo, el auto de procesamiento (art. 384, párr. 5.º) y los autos de ratificación de la prisión provisional [564]. Aun así, como advierte el último autor citado, son muchas las diligencias susceptibles de comisión, como las de prevención, la inspección ocular, el registro o las declaraciones testificales, entre otras [565].

Así las cosas, es perfectamente imaginable un Juez de Paz que se niega abiertamente a practicar una diligencia, por ejemplo, de registro, ordenada por el Juez de instrucción de su demarcación judicial, omitiendo de esta forma un acto de prueba [566] que podría resultar decisivo para obtener la evidencia del tribunal sobre la existencia o no del hecho delictivo y la participación de su autor, frustrando así una correcta administración de justicia [567]. El delito cometido, no obstante, es el de desobediencia del art. 410 del Código penal, uno más de los ubicados bajo la rúbrica «Delitos contra la Administración pública» [568].

---

del Juzgado de Instrucción y la obligación para proceder al levantamiento de un cadáver es totalmente correcta pero además el artículo 310 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal lejos de haber sido derogado por las posteriores disposiciones de carácter orgánico y procesal ha de ser adaptado a éstas en el sentido de que los Jueces de Instrucción pueden delegar en los inferiores radicados en el correspondiente Partido Judicial todos los actos y diligencias que la ley no reserve exclusivamente a ellos cuando concurra causa justificada que les impida realizarlos por sí (...)».

564 Véanse MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Penal*, pág. 325; y GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*, págs. 348 y 349, que considera no susceptibles de comisión aquellas diligencias que inciden directamente en la limitación de los derechos fundamentales.

565 GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*, pág. 349. Véase también, en relación con la entrada y registro en lugar cerrado, ARAGONESES MARTÍNEZ, S., *Derecho Procesal Penal*, pág. 377.

566 Conviene la doctrina en que el registro efectuado por el juez tiene el valor de prueba anticipada o preconstituida; véanse GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*, págs. 431 y 432; y ARAGONESES MARTÍNEZ, S., *Derecho Procesal Penal*, pág. 387.

567 Hogaño, cuando se estudia el bien jurídico protegido en el delito de desobediencia funcionarial, junto al tradicional principio de jerarquía, o el más moderno concepto de competencia, se adicionan otros bienes, cuya salvaguarda explica la protección de los anteriores. Se habla, por ejemplo, de la consecución de los intereses generales (ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *El delito de desobediencia de los funcionarios públicos*, págs. 216 y ss., especialmente 223 y 236; y MORALES GARCÍA, O., *Fondos reservados*, pág. 273), del buen funcionamiento de los poderes públicos (ROLDÁN BARBERO, H., *El delito de desobediencia*, pág. 954), del buen servicio a los ciudadanos (SAINZ DE ROZAS BEDIALAUNETA, R., *Los delitos de desobediencia*, pág. 336) o de la buena marcha de la Administración al servicio de los ciudadanos (sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 1992, R. J. A. 8193).

568 El correcto funcionamiento de la Administración de Justicia se ve asimismo afectado aunque el Juez de Paz no pertenezca a la demarcación judicial del Juez o Tribunal de quien provenga la petición de practicar una determinada diligencia. El delito cometido, sin embargo, no sería ya el de desobediencia del art. 410, sino el de denegación de auxilio a la Administración de Justicia del art. 412, también recogido en el Título XIX del Código penal. Los Jueces y Tribunales, en virtud de los

b) *Incumplimiento de las resoluciones judiciales por las Administraciones públicas*

No son los funcionarios pertenecientes a la Administración de Justicia, sin embargo, los más reacios al cumplimiento de las resoluciones judiciales. Una de las prácticas, quizá la más extendida en nuestros días, que mejor pone en entredicho el funcionamiento correcto de los Poderes públicos, y, si se nos apura, el propio Estado de Derecho, es el incumplimiento contumaz por parte de las Administraciones públicas de las sentencias y demás resoluciones judiciales dictadas en el procedimiento contencioso-administrativo [569]. Y de entre aquéllas, son las Administraciones locales las que se llevan la palma [570].

---

artículos 273 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 183 de la LECrim., tienen el deber de cooperar y de auxiliarse entre sí en el ejercicio de la función jurisdiccional (véase MUERZA ESPARZA, J. e HINOJOSA SEGOVIA, R., *Derecho Procesal Penal*, págs. 274-277). En caso de denegarse tal cooperación, será esta función, y no la administrativa, la que resulte menoscabada. Véase al respecto la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 1997 (R. J. A. 1737) que condena a una funcionaria del Juzgado de Paz de Santurce como autora de un delito de denegación de auxilio a la Administración de Justicia del art. 371 del anterior Código penal por incumplir reiteradamente un exhorto procedente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León.

569 Sostiene el auto del Tribunal Supremo de 16 de julio de 1991 (R. J. A. 6335) que «el derecho a la ejecución de sentencia no puede concebirse únicamente como un derecho del particular interesado en la ejecución sino que es también un esencial interés público el que está implicado en ello, como fundamento del Estado de Derecho (...)». Por su parte, la sentencia 67/1984, de 7 de junio, del Tribunal Constitucional nos recuerda que «la ejecución de las Sentencias —en sí misma considerada— es una cuestión de capital importancia para la efectividad del Estado social y democrático de Derecho que proclama la Constitución —art. 1—, que se refleja —dentro del propio Título Preliminar— en la sujeción de los ciudadanos y los Poderes Públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, (...) Por ello, difícilmente puede hablarse de la existencia de un Estado de Derecho cuando no se cumplen las Sentencias y resoluciones judiciales firmes, (...) Cuando este deber de cumplimiento y colaboración —que constituye una obligación en cada caso concreto en que se actualiza— se incumple por los Poderes Públicos, ello constituye un grave atentado al Estado de Derecho, y por ello, el sistema jurídico ha de estar organizado de tal forma que dicho incumplimiento —si se produjera— no pueda impedir en ningún caso la efectividad de las Sentencias y resoluciones judiciales firmes».

Sobre el incumplimiento por la Administración de las decisiones de los Jueces y Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa, véase el meritorio artículo de ROLDÁN BARBERO, H., *El delito de desobediencia*, págs. 945 y ss.

570 Un alto porcentaje de las sentencias del Tribunal Supremo que versan sobre el delito de desobediencia tienen por sujeto activo a un alcalde. Véanse como muestra las de 16 de noviembre de 1990 (R. J. A. 8994), 14 de octubre de 1992 (R. J. A. 8193), 3 de febrero de 1995 (R. J. A. 872), 20 de junio de 1995 (R. J. A. 4834), 28 de enero de 1997 (R. J. A. 506), 18 de abril de 1997 (R. J. A. 2991), 4 de junio de 1997 (R. J. A. 5156) y 10 de junio de 1998 (R. J. A. 5493). También CATALÁN SENDER, J., *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos*, pág. 128, ha reparado en la proliferación de esta figura delictiva en el ámbito de la Administración local.

El art. 118 de la Constitución española establece, con carácter general, la obligación de cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales. En consonancia con este precepto, pero ya referido al orden de lo contencioso-administrativo, dispone el art. 103, apartado 2, de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998 [571] que «las partes están obligadas a cumplir las sentencias en la forma y términos que en éstas se consignen». Y más concretamente, el apartado 1 del art. 104 de esta misma ley determina que «luego que sea firme una sentencia, se comunicará en el plazo de diez días al órgano que hubiera realizado la actividad objeto del recurso, a fin de que, (...) *la lleve a puro y debido efecto y practique lo que exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo* y en el mismo plazo indique el órgano responsable del cumplimiento de aquél» [572]. No hay duda, por tanto, de que la Administración, como parte en el proceso contencioso-administrativo, está obligada al cumplimiento de las resoluciones emanadas de los Jueces y Tribunales de esta jurisdicción. «La Administración ejecutará la sentencia —señala TORNOS MAS—, pero no en ejercicio de un poder que le es atribuido legalmente, sino como un deber, actuando como parte sometida plenamente al control de los tribunales» [573].

En caso de que la sentencia no sea cumplida en los plazos señalados, además de la ejecución forzosa [574], el órgano judicial tiene la posibilidad de deducir el oportuno testimonio de particulares para exigir la responsabilidad penal que pudiera corresponder [575]. La aplicación del delito de desobediencia del art. 410 queda, por tanto, expedita. Ahora bien, habrá que determinar qué persona o personas están obligadas al cumplimiento de la sentencia, pues la Administración, como se sabe, no puede ser responsable penal. En este sentido, el art. 104, apartado 1, de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998 no se muestra lo preciso que hubiera sido deseable;

571 Ley 29/1998, de 13 de julio.

572 Sobre este artículo, véanse TORNOS MAS, J., *Comentarios*, págs. 726 y ss.; y GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios*..., II, págs. 1775 y ss.

573 TORNOS MAS, J., *Comentarios*, pág. 717. Aunque el art. 103 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956 establecía que *la ejecución de las sentencias corresponderá al órgano que hubiere dictado el acto o la disposición objeto del recurso,* lo cierto es que el Tribunal Constitucional, una vez en vigor la Constitución española, sostuvo en la sentencia 67/1984, de 7 de junio, que debía interpretarse esta competencia no como la atribución de una potestad, sino como la concreción del deber de cumplir lo decidido por las sentencias y resoluciones firmes.

574 Véase el art. 108 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998, donde se regula la ejecución judicial forzosa de las sentencias que condenan a la Administración a realizar una determinada actividad o a dictar un acto. Respecto a este precepto, por todos, GÓMEZ PUENTE, M., *Comentarios*, págs. 764 y ss.

575 Art. 112 b) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998. En relación con este precepto, véanse GÓMEZ-FERRER MORANT, R., *Comentarios*, págs. 798 y 799; y GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios*..., II, págs. 1874 y 1875.

obliga al órgano que ha realizado la actividad objeto del recurso a determinar el *órgano* responsable del cumplimiento del fallo, en vez de exigir, en aras de una ejecución más eficaz y de una, también más eficaz, depuración de responsabilidades penales, la identificación del titular de la unidad administrativa y el personal que tenga a su cargo el cumplimiento de la sentencia[576]. No obstante, que tal precepto no exija la individuación del responsable de cumplir el fallo, no impide que aquél pueda determinarse posteriormente en caso de incumplimiento[577].

El Tribunal Constitucional sustenta en la sentencia 32/1982, de 7 de junio, que «el derecho a la tutela efectiva (...) no agota su contenido en la exigencia de que el interesado tenga acceso a los Tribunales de Justicia, (...) ni se limita a garantizar la obtención de una resolución de fondo fundada en derecho (...) Exige también que el fallo judicial se cumpla y que el recurrente sea repuesto en su derecho y compensado, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido; lo contrario sería convertir las decisiones judiciales y el reconocimiento de los derechos que ellas comportan a favor de alguna de las partes, en meras declaraciones de intenciones». Este posicionamiento se reproduce en otras muchas sentencias del Tribunal Constitucional[578]. También la doctrina ha defendido resueltamente que la ejecución de las sentencias es una manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva[579]. Por ello, el alcalde que se niega abiertamente[580] a dar el debido cum-

576 Véase TORNOS MAS, J., *Comentarios*, págs. 727 y 728.

577 Véase ROLDÁN BARBERO, H., *El delito de desobediencia*, págs. 956 y 957.

578 Sirvan como ejemplo las sentencias 61/1984, de 16 de mayo; 67/1984, de 7 de junio; 65/1985, de 23 de mayo; 106/1985, de 7 de octubre; 176/1985, de 17 de diciembre; 15/1986, de 31 de enero; 118/1986, de 20 de octubre; 33/1987, de 12 de marzo; 125/1987, de 15 de julio; 167/1987, de 28 de octubre; 4/1988, de 21 de enero; 92/1988, de 23 de mayo; 113/1989, de 22 de junio; 194/1993, de 14 de junio; 104/1994, de 11 de abril; 39/1995, de 13 de febrero; 57/1995, de 6 de marzo; 163/1998, de 14 de julio; y 202/1998, de 14 de octubre. El Tribunal Supremo se ha hecho eco de la posición del Tribunal Constitucional, en las sentencias de 14 de marzo de 1994 (R. J. A. 2153) y 23 de diciembre de 1996 (R. J. A. 8920), y en el auto de 24 de febrero de 1995 (R. J. A. 1603).

579 Véanse GONZÁLEZ PÉREZ, J., *El derecho a la tutela jurisdiccional*, págs. 40, 41, 131 y ss.: «La pretensión no quedará satisfecha con la sentencia que declare si está o no fundada, sino cuando lo mandado en la sentencia sea cumplido. Si la sentencia declara que la pretensión es conforme al Ordenamiento jurídico y accede a lo pedido, la tutela jurisdiccional no será efectiva hasta que se efectúe el mandato judicial y el que accionó obtenga lo pedido»; y CHAMORRO BERNAL, F., *La tutela judicial efectiva*, págs. 303 y ss.: «El cumplimiento de las Sentencias y resoluciones judiciales firmes forma parte del complejo contenido del derecho a la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales consagrado en el art. 24.1 CE ya que es un corolario obligado de la misma. De nada serviría haber tenido acceso a la jurisdicción, al proceso y a una resolución fundada en Derecho si luego ésta quedara sin cumplir».

580 Tiene escrito GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios...*, II, págs. 1752 y 1753, que «la oposición abierta a cumplir los mandatos del Tribunal no suele darse en la realidad jurídico-administrativa. No sólo porque sería demasiado descarado en los Estados que quieren seguir llamándose Estado de Derecho, sino porque es un estilo que no va con la sinuosidad, insinceridad e hipocresía del hom-

plimiento a una sentencia que condena al Ayuntamiento al que representa a la demolición de unas obras (sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 1992, R. J. A. 8193), al abono de cantidades debidas al Secretario de la Corporación y a su reintegración en dicho cargo del que había sido desposeído (sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 1990, R. J. A. 8994) o a conceder a un sujeto licencia de instalación de una estación de servicio para la venta de carburantes (sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1998, R. J. A. 5493), por poner algunos ejemplos, afecta evidentemente al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Es éste un derecho de realización gradual y progresiva, en el sentido de que se va perfeccionando con el cumplimiento de etapas correlativas [581]. Puede el interesado haber accedido libremente a la jurisdicción y al proceso en las instancias reconocidas, tener un debate contradictorio, obtener una resolución fundada que ponga fin al proceso, y, sin embargo, no alcanzar el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva porque tal resolución no ha llegado a ejecutarse [582]. En los ejemplos propuestos, el alcalde comete un delito de desobediencia del art. 410 del Código penal, y con su conducta se malogra el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva [583]. De ahí que haya dicho LUZÓN PEÑA que si la desobediencia es a una sentencia, «el bien jurídico afectado no es en absoluto la Administración pública o el mero mantenimiento

---

bre político». Añade este autor, no obstante, que esto no quiere decir que tal oposición no se haya dado jamás.

En relación con el alcance del concepto *«negativa abierta»*, se defienden en doctrina y jurisprudencia dos interpretaciones bien distintas: una restringida, que exige que la manifestación de no cumplimiento sea clara, ostensible, manifiesta, esto es, un acto directo y explícito de desobediencia [en este sentido QUINTERO OLIVARES, G., *El delito de desobediencia*, págs. 70 y 71; ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *El delito de desobediencia de los funcionarios públicos*, págs. 162-164; y las sentencias del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 1976 (R. J. A. 2236) y 6 de marzo de 1987 (R. J. A. 2020)], y otra más amplia que abarca también los casos de pasividad reiterada, presentación de dificultades y trabas o simulación de acatamiento unida a dificultades para hacer ineficaz el mandato [de esta opinión ROLDÁN BARBERO, H., *El delito de desobediencia*, págs. 955 y 956; el mismo, *El delito de desobediencia funcionarial*, pág. 1802; ORTS BERENGUER, E., *Consideraciones sobre los delitos de abandono de destino*, pág. 350; y las sentencias del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 1993 (R. J. A. 2311), 17 de abril de 1997 (R. J. A. 2991) y 22 de febrero de 1999 (R. J. A. 1927)].

581 Véase CHAMORRO BERNAL, F., *La tutela judicial efectiva*, págs. 356-358.

582 Véase CHAMORRO BERNAL, F., *La tutela judicial efectiva*, págs. 357 y 358.

583 No queremos decir con ello que sea la *tutela jurisdiccional efectiva* el concreto bien jurídico protegido en la desobediencia funcionarial. Los autores que se han ocupado de este delito hablan del principio de jerarquía y/o de competencia, pero, como hemos visto *supra*, los ponen en relación, o mejor, en función de un correcto funcionamiento de los poderes públicos, que habrá de ser precisado en cada caso. En los ejemplos que nos ocupan, el principio de competencia se protege porque su lesión afecta a una correcta administración de justicia, o más concretamente, al derecho a obtener una efectiva tutela de los tribunales, aspecto este ajeno a un concepto objetivo de Administración pública. De seguir tal concepto en el Título XIX del Código penal, estas conductas deberían quedar extramuros del art. 410, lo cual entraría en franca contradicción con el sentido objetivo del precepto.

de la disciplina jerárquica, sino precisamente el normal desarrollo o efectividad de la Administración de Justicia» [584].

D. *La denegación de auxilio a la Administración de Justicia*

Si, como hemos tenido ocasión de ver en las páginas que preceden, la Administración condenada está obligada al cumplimiento de la sentencia, las otras Administraciones públicas tienen el deber de prestar la colaboración requerida por Jueces y Tribunales para la ejecución del fallo. La genérica obligación constitucional de colaborar con los órganos judiciales en la ejecución de lo resuelto (art. 118) [585] se concreta, por lo que se refiere al orden de lo contencioso-administrativo, en los artículos 103.3 [586] y 108.1 a) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

En efecto, de acuerdo con esta última disposición, si la Administración que ha sido condenada a realizar una determinada actividad no cumple la sentencia, el Juez o Tribunal puede requerir para la ejecución de la misma la colaboración de las autoridades y agentes de la propia Administración condenada o, en su defecto, de otras Administraciones públicas. Entre *las autoridades y agentes de la Administración condenada*, según expresión de este precepto, no pueden encontrarse, en nuestra opinión, la persona o personas obligadas a cumplir la sentencia, pues sería absurdo pedir la colaboración de alguien para ejecutar una sentencia que previamente se ha negado a cumplir [587].

Aclarado esto, puede inferirse de lo hasta ahora dicho que tanto los funcionarios de la Administración condenada no obligados al cumplimiento de la sentencia, como, en defecto de éstos, los funcionarios pertenecientes a cualquier otro ente público, tie-

584 LUZÓN PEÑA, D. M., *Consideraciones*, pág. 785. Véanse también QUINTERO OLIVARES, G., *Los delitos contra la administración de justicia*, pág. 204; MAGALDI, M. J. y GARCÍA ARÁN, M., *Los delitos contra la Administración de Justicia*, pág. 1125; y ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *El delito de desobediencia de los funcionarios públicos*, pág. 80; Por su parte, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *El bien jurídico protegido*, pág. 129, nota 49, cuando, en un acercamiento incidental al problema, se refiere al objeto protegido por el delito de desobediencia, no sólo alude al *normal desenvolvimiento de la función administrativa*, sino también de la *función judicial*, aunque no lo ponga en relación con el incumplimiento de sentencias por no ser el tema del que se ocupa.

585 Véase también el art. 17.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

586 «Todas las personas y entidades públicas y privadas están obligadas a prestar la colaboración requerida por los Jueces y Tribunales de lo Contencioso-administrativo para la debida y completa ejecución de lo resuelto».

587 Ante el incumplimiento del alcalde de Villanueva de Arosa de la sentencia que le obligaba a convocar un Pleno Extraordinario urgente para tratar de la moción de censura y petición de su cese, así como del nombramiento de otro alcalde si se aprobaba aquélla, se dictó auto encomendando al secretario de dicho municipio la realización de la actividad material necesaria para llevar a cabo tal convocatoria (sentencia de 13 de marzo de 1986, R. J. A. 1080).

nen un deber genérico de auxiliar a la Administración de Justicia en la ejecución de las sentencias [588]. Si omiten tal auxilio, y éste ha sido requerido por autoridad competente [589], serán autores de un delito de denegación de auxilio del art. 412, apartado 1 ó 2, según los casos. Con su conducta lesionan ese presupuesto necesario para el correcto funcionamiento de los poderes públicos, la colaboración entre ellos, afectando mediatamente, también aquí, la efectividad del derecho a la tutela jurisdiccional [590]. No es de extrañar, por ello, que se haya defendido la ubicación de estas conductas en el Título dedicado a los delitos contra la Administración de Justicia [591].

E. *Infidelidad en la custodia de documentos*

Comete un delito de infidelidad en la custodia de documentos del art. 413 del Código penal, el funcionario público que, a sabiendas, sustrajere, destruyere, inutilizare u ocultare, total o parcialmente, documentos cuya custodia le esté encomendada por razón de su cargo.

Superadas las posturas que han patrocinado el *deber de fidelidad* como bien jurídico tutelado en esta figura [592], los autores se han esforzado en precisar qué interés se lesiona cuando un funcionario público comete un delito de infidelidad en la custodia de documentos [593]. La mejor doctrina conecta, acertadamente, la preservación del do-

588 Véase GÓMEZ PUENTE, M., *Comentarios*, págs. 770-772. En opinión de TORNOS MAS, J., *Comentarios*, págs. 718 y 719, los actos de los funcionarios de la Administración pública encaminados a colaborar con la Administración de Justicia en el proceso de ejecución de una sentencia no son propiamente administrativos sino judiciales, imputables al poder judicial, el cual utiliza instrumentalmente a la Administración para el ejercicio de una función jurisdiccional.

589 Con la mención al *auxilio debido*, y a que éste ha de ser requerido por *autoridad competente*, queremos significar, sin más, los requisitos necesarios para la apreciación de esta figura delictiva. Sobre ellos, véanse QUINTERO OLIVARES, G., *La colaboración entre poderes*, págs. 31 y 32; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Manual*, págs. 294 y 295; y MORALES GARCÍA, O., *Fondos reservados*, pág. 291.

590 Véanse QUINTERO OLIVARES, G., *La colaboración entre poderes*, págs. 25, 30 y ss.; MORALES GARCÍA, O., *Fondos reservados*, pág. 291; SAINZ DE ROZAS BEDIALAUNETA, R., *Los delitos de desobediencia*, pág. 346; y GÓMEZ PUENTE, M., *Comentarios*, pág. 772.

591 Véase LUZÓN PEÑA, D. M., *Consideraciones*, págs. 781, 785-787.

592 Así, por ejemplo, GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A., *El Código penal de 1870...*, Tomo IV, pág. 139; y DÍAZ VALCÁRCEL, L. M., *Infidelidad en la custodia de documentos*, págs. 510 y 511. No obstante, todavía hoy, para algún autor, el *deber de fidelidad* sigue jugando un papel importante como bien jurídico protegido en el delito de infidelidad en la custodia de documentos; véase CATALÁN SENDER, J., *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos*, pág. 154.

593 ROLDÁN BARBERO, H., *Sobre el delito de infidelidad en la custodia de documentos*, pág. 1057 (también en *La infidelidad en la custodia de documentos*, pág. 1413) habla de «la seguridad en la custodia y en el tráfico documental», expresión que deja constancia de que los esfuerzos doctrinales arriba aludidos no siempre dan los frutos deseados. Coincide con este autor CREMADES MORANT, J., *Infidelidad en la custodia de documentos*, pág. 237.

cumento con las funciones a las que está destinado, de tal modo que no será típica la sustracción, destrucción, inutilización u ocultación de un documento que no conlleve la imposibilidad de que surtan efecto los fines a que corresponde su contenido y destino[594]. El concreto ámbito en el que opera el documento puede ser muy variado (un Ayuntamiento, la Secretaría de una Facultad de Derecho, un Juzgado de lo Penal, etc.), por lo que habrá que estar a cada caso para determinar el fin que ha resultado frustrado con la conducta típica.

En los últimos años, uno de los ámbitos donde se ha visto acrecentada la comisión de este delito es, precisamente, la Administración de Justicia[595]. Secretarios, Auxiliares y Oficiales de esta Administración no han sido extraños a la perpetración de esta figura: numerosas sentencias dan buena muestra de ello[596]. Ahora bien, los funcionarios públicos pertenecientes a la Administración de Justicia no son las únicas personas que pueden llevar a cabo actuaciones de infidelidad en la custodia de documentos procesales[597]. También los abogados y procuradores, cuando intervienen en un proceso, pueden destruir, inutilizar u ocultar documentos o actuaciones de los que han recibido traslado en aquella calidad. A estos sujetos, sin embargo, no se les aplicará el art. 413 del Código penal, reservado para autoridades y funcionarios públicos, sino la figura regulada en el art. 465, apartado 1, expresamente dirigida a ellos, ubicada entre los delitos contra la Administración de Justicia e inédita en nuestro Derecho penal[598].

[594] Véase MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *Comentarios a la Parte Especial*, págs. 1200-1206. También el Tribunal Supremo ha venido exigiendo que la conducta típica acarree la ineficacia del documento para cumplir los fines para los que fue creado: véanse las sentencias de 29 de junio de 1990 (R. J. A. 5744), 9 de octubre de 1991 (R. J. A. 7587), 9 de diciembre de 1992 (R. J. A. 10085), 9 de junio de 1993 (R. J. A. 4861) y 16 de marzo de 1998 (R. J. A. 2427).

[595] Sería más correcto decir que se ha constatado un aumento del número de supuestos conocidos por los Tribunales. El incremento del número de denuncias contra funcionarios de la Administración de Justicia por la comisión del delito de infidelidad en la custodia de documentos es una realidad que encuentra su explicación, según BONE PINA, J. F., *La falsedad y la infidelidad en la custodia de documentos judiciales*, pág. 123, en el «rejuvenecimiento del personal al servicio de los Tribunales y la desaparición de ciertos comportamientos corporativistas».

[596] Véanse las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1989 (R. J. A. 9765), 2 de marzo de 1995 (R. J. A. 1790), 17 de marzo de 1995 (R. J. A. 2035), 28 de enero de 1997 (R. J. A. 388) y 24 de octubre de 1990 (R. J. A. 8229), comentada por COLÁS TURÉGANO, M. A., *Infidelidad en la custodia de documentos*, págs. 3745 y ss.

[597] Véase MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal*, Parte especial, 12.ª edición, pág. 895, que denomina a la figura contenida en el art. 465 del Código penal, a la que haremos referencia en breve, «delito de infidelidad en la custodia de documentos». Así también BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., *De la obstrucción a la Justicia*, pág. 146.

[598] Véanse QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios a la Parte Especial*, pág. 1378; GONZÁLEZ RUS, J. J., *Curso de Derecho penal español*, pág. 540; y BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., *De la obstrucción a la Justicia*, págs. 51, 144 y 145. Que el Código penal de 1973 no recogiera explícitamente, de manera semejante a como hace el actual apartado 1 del art. 465, la destrucción, inutilización u ocultación

Al describir este último precepto conductas que se realizan en el marco de un proceso judicial, la literatura sobre el tema coincide en señalar el *normal funcionamiento de la Administración de Justicia*, interés protegido por este delito[599]. La destrucción, inutilización u ocultación de documentos o actuaciones en el curso de un proceso implica, en palabras de BENÍTEZ ORTÚZAR, «la nulidad de lo actuado, la inutilidad probatoria de los documentos destruidos, y, por tanto, la obstrucción directa al recto funcionamiento de la Administración de Justicia»[600].

Más que reseñar el concreto bien jurídico protegido en el delito del art. 465 del Código penal —cuestión esta que escapa a nuestros objetivos—, nos interesa sobre todo hacer hincapié en que la actividad que resulta en cualquier caso afectada es la jurisdiccional[601]. Si esto es así, si el abogado o procurador que destruye, inutiliza u oculta un documento recibido en el acontecer de un proceso judicial perjudica gravemente la buena marcha del mismo, y, con ello, la función jurisdiccional[602], no vemos razones poderosas para no mantener parecida opinión cuando el que realiza tales conductas sobre el mismo o semejante documento es un Secretario, Auxiliar u Oficial de la Administración de Justicia, o, incluso, el representante del Ministerio Fiscal o el propio Juez, por mucho que a aquellos autores —abogado y procurador— se les aplique el art. 465, apartado 1, ubicado entre los Delitos contra la Administración de Justicia, y a éstos —llamémosles, por abarcar a todos, funcionarios públicos al servicio

---

de documentos procesales por abogado o procurador, no implica, como supone el último autor citado, que estos comportamientos fueran ajenos al Derecho penal y sancionados únicamente por vía disciplinaria. El art. 366, párrafo 2.°, del anterior Código penal extendía las penas previstas para los funcionarios en este mismo artículo y en los dos anteriores a los «particulares encargados accidentalmente del despacho o custodia de documentos o papeles por comisión del Gobierno o de funcionarios a quienes hubieren sido confiados aquéllos por razón de su cargo», entre los cuales, nos referimos a los particulares, se encontraban los abogados y procuradores. En este sentido ROLDÁN BARBERO, H., *Sobre el delito de infidelidad en la custodia de documentos*, pág. 1058; y la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 1996 (R. J. A. 2007) que condena como autor de un delito de infidelidad en la custodia de documentos del art. 366, párrafo 2.°, del Código penal anterior a un abogado que recibió en calidad de tal unas actuaciones en julio de 1987 y, con la intención de evitar el juicio de la causa en la que estaba su hija procesada o provocar un enjuiciamiento tan tardío que la represión penal se viera frustrada, no la entregó hasta el 19 de septiembre de 1992, cinco años más tarde de su efectiva recepción.

599 Véanse GONZÁLEZ RUS, J. J., *Curso de Derecho penal español*, págs. 541 y 542; GARCÍA ARÁN, M., *Obstrucción a la Justicia*, pág. 283; y BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., *De la obstrucción a la Justicia*, págs. 47, 142, 151 y ss.

600 BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., *De la obstrucción a la Justicia*, pág. 142.

601 Véase MAGALDI, M. J. y GARCÍA ARÁN, M., *Los delitos contra la Administración de Justicia*, págs. 1184, 1187 y 1188.

602 Respecto a la conexión entre el ejercicio de la potestad jurisdiccional y el proceso, véase GARCÍA ARÁN, M., *La prevaricación judicial*, pág. 89.

de la Administración de Justicia— se les castigue con la pena prevista en el art. 413, recogido en el título dedicado a los Delitos contra la Administración pública [603].

La sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1997 (R. J. A. 388) condenó como autor de un delito de infidelidad en la custodia de documentos del art. 364 del anterior Código penal (actual art. 413) a un Oficial de una Sala de lo Contencioso-Administrativo, encargado, entre otras funciones, de la tramitación de los recursos de apelación, que durante un periodo de tiempo muy dilatado ocultó varios de estos recursos

603 Disentimos, por ello, de BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., *De la obstrucción a la Justicia*, págs. 153, 159 y 160, cuando exige en el tipo del art. 465, apartado 1, que la conducta afecte de algún modo la buena marcha del proceso, o, más concretamente, el valor probatorio en el proceso del documento o actuación documentada que se inutiliza, y, sin embargo, en la figura del art. 413, y es aquí donde radica nuestra disconformidad, baste con la mera sustracción, destrucción, inutilización u ocultación del documento, sin necesidad de que estas conductas produzcan efecto alguno en el proceso judicial concreto: con palabras de Benítez Ortúzar, «en el tipo del art. 413, el bien jurídico girará en torno al deber de sigilo que el funcionario público debe tener con los documentos que, por razón de su cargo, están bajo su custodia, con independencia del contenido de los mismos y del resultado que se derive con la actuación infiel del funcionario público». Si, por un lado, como parece deducirse de estas palabras transcritas, el tipo del art. 413 queda configurado con la simple infracción por el funcionario público del deber de sigilo —mejor, de custodia—, y, por otro, el delito del art. 465, apartado 1, exige para su consumación la afectación de la marcha del proceso, no alcanzamos a comprender por qué este autor (págs. 149 y 163) aplica únicamente el art. 413 —por vía del art. 8.4 del Código penal— al abogado del Estado que destruye un documento que ha recibido en tal calidad en un proceso concreto, menoscabando con esta actuación la marcha del mismo, siendo que aquel precepto (art. 413), de seguir su postura, no capta por sí sólo todos los aspectos relevantes del hecho, pues el concreto resultado producido, esto es, el menoscabo de la marcha del proceso, es, según él, ajeno al tipo del art. 413, debiendo acudir para captar todo el desvalor del hecho, cosa que no hace, al concurso ideal de ambas figuras. La solución del concurso de leyes es defendible si, como es lo correcto, consideramos insuficiente para que quede constituido lo injusto del delito del art. 413 la mera infracción del deber de custodia. La infracción de este deber que obliga al funcionario es un elemento del tipo, pertenece al desvalor de la acción, pero para que lo injusto quede constituido es preciso que al desvalor de la acción se añada el desvalor del resultado, esto es, la lesión o el peligro concreto del bien jurídico protegido (véase CEREZO MIR, J., *Curso...*, II, págs. 154-158). Es cierto que éste, en el art. 413, no se circunscribe únicamente, a diferencia de como ocurre en el art. 465, apartado 1, a la Administración de Justicia (el documento que se inutiliza puede operar en otros ámbitos públicos), pero esto no es razón para relajar la función del Derecho penal hasta el punto de erigir en bien jurídico el deber de custodia. Claro que éste juega su papel, pero adquiere su pleno sentido jurídico-penal cuando está en función de la protección de un bien jurídico (véanse GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro...*, I, pág. 301; y GONZÁLEZ RUS, J. J., *Bien jurídico*, pág. 20). En ambas figuras delictivas (artículos 413 y 465), el documento que se inutiliza ha de gozar de cierta relevancia para el desempeño de la actividad pública donde aquél realiza su cometido; si se trata de un documento procesal, y éste goza de tal relevancia, la actividad pública afectada será la jurisdiccional, independientemente de que la conducta la realice un abogado o procurador (art. 465, apartado 1), o un funcionario público perteneciente a la Administración de Justicia (art. 413).

sin darles el trámite oportuno[604]. Con esta conducta se imposibilitó que los recursos de apelación produjeran, al menos temporalmente, los efectos que la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa les tiene asignados[605]. Por de pronto, se impide que el Juzgado *a quo* dicte una resolución expresa sobre el recurso, la cual, eso sí, podrá ser de admisión o inadmisión del mismo. En ambos casos se priva al recurrente del derecho a obtener una resolución adecuadamente motivada y fundada en derecho[606].

La sentencia del Tribunal Constitucional 115/1990, de 21 de junio, precisa que «el derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el art. 24.1 de la Constitución, (...) comprende no sólo el que puede considerarse primer estadio en el ejercicio del derecho a la prestación judicial, es decir, el del acceso a la jurisdicción, sino también el derecho a las sucesivas instancias y recursos previstos en el ordenamiento jurídico (...)». En semejantes términos se manifiesta la doctrina científica. Escribe CHAMORRO BERNAL que «a pesar de que no existe ese derecho general al recurso ni a una doble instancia, salvo en lo penal, sin embargo, cuando el ordenamiento establece un recurso, el acceso al mismo se encuentra comprendido dentro del derecho a la tutela judicial efectiva»[607]. En definitiva, si como establece la sentencia del Tribunal Constitucional 41/1985, de 14 de marzo, «(...) el derecho a la interposición y trámite hasta su resolución de un recurso previsto en el ordenamiento aplicable, a lo que afecta realmente es, en este ámbito constitucional en el que nos hallamos, al derecho a la obtención de la tutela judicial efectiva (...)», es claro que tal derecho resulta menoscabado con el comportamiento que nos ha servido de ejemplo.

Podría hablarse de otras muchas conductas comprendidas en el tipo descrito en el art. 413 del Código penal que no afectan la función administrativa, esto es, que escapan a un concepto objetivo de Administración pública. Sería el caso, por ejemplo, del Secretario Judicial[608] que destruye una prueba documental irrepetible, decisiva para

[604] Explica la sentencia citada que el funcionario público —Oficial de la Administración de Justicia— «durante un tiempo muy dilatado, aparte de no darles el trámite debido, los ocultó convenientemente, de tal forma que su hallazgo no fue labor fácil y necesitó una búsqueda por parte de su superior (...) que se realizó, no sólo en la dependencia que ocupaba por su cargo el inculpado, sino en otras muy dispares, y siempre aprovechando la ausencia del obligado a su custodia, que en aquellos días se hallaba dado de baja por enfermedad».

[605] Véanse el art. 83 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de lo Contencioso-Administrativo; PERA VERDAGUER, F., *Comentarios*, págs. 596 y 597; GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios...*, II, págs. 1497 y ss.; y CORDÓN MORENO, F., *El proceso Contencioso-Administrativo*, págs. 193, 194 y 201.

[606] Véase CHAMORRO BERNAL, F., *La tutela judicial efectiva*, pág. 88.

[607] CHAMORRO BERNAL, F., *La tutela judicial efectiva*, págs. 83-85. En el mismo sentido GONZÁLEZ PÉREZ, J., *El derecho a la tutela jurisdiccional*, págs. 119 y 120; GARCÍA ARÁN, M., *La prevaricación judicial*, págs. 151-153; y CORDÓN MORENO, F., *El proceso Contencioso-Administrativo*, págs. 194 y 195, con referencias jurisprudenciales.

[608] De acuerdo con el art. 473.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, «a los Secretarios corresponde la guarda y depósito de la documentación, su archivo, y la conservación de los bienes y objetos afectos a los expedientes judiciales (...)».

que fuese posible la existencia de una sentencia condenatoria futura[609]. Es evidente, también aquí, que la función perjudicada es la jurisdiccional.

F. *El delito de violación de secretos*

En otro lugar de este trabajo[610] ya nos hemos referido sucintamente a los requisitos típicos del delito de violación de secretos del art. 417, apartado 1, del Código penal. No haremos ahora, por ello, una exposición conjunta de los mismos, dejando a salvo el necesario tratamiento de alguno de ellos cuando así lo exija nuestro razonamiento. Decir de momento, a modo de entrada, que cometerá este delito *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 deban ser divulgados.*

A diferencia de otros preceptos donde también se castiga la revelación de secretos[611], el artículo en cuestión no determina la materia a la que han de referirse los secretos o informaciones que no deben ser divulgados —se dice, solamente, secretos o informaciones de los que el funcionario tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo—, por lo que, en principio, el perjuicio causado con la revelación puede extenderse a la esfera de cualquier actividad pública[612]. Nada en la descripción típica apunta, *a priori*, que el secreto o la información deban tener como objeto materias relativas o relacionadas únicamente con la función administrativa[613]. Veamos entonces si aquélla puede abarcar revelaciones de secretos o informaciones pertenecientes —o que tengan que ver— con funciones ajenas a la estrictamente administrativa.

[609] Sobre la prueba documental, véanse CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal Penal*, págs. 663 y 664; y TOMÉ GARCÍA, J. A., *Derecho Procesal Penal*, págs. 494-496.

[610] Véase *supra*, epígrafe 2.3.4.2.1. E.

[611] Véanse, por ejemplo, el apartado 2 del art. 466 (revelación de *actuaciones procesales* declaradas secretas), art. 598 (revelación de información legalmente calificada como reservada o secreta relacionada con la seguridad nacional o la defensa nacional o relativa a los medios técnicos o sistemas empleados por las Fuerzas Armadas o las industrias de interés militar) y art. 602 (revelación de información legalmente calificada como reservada o secreta relacionada con la energía nuclear).

[612] En este sentido MORILLAS CUEVA, L. y PORTILLA CONTRERAS, G., *Los delitos de revelación de secretos, uso de información privilegiada, cohecho impropio y tráfico de influencias*, pág. 210. Menos explícitos, otros autores aluden al daño a la causa pública; véanse REBOLLO VARGAS, R., *La revelación de secretos*, págs. 64 y 65; MORALES PRATS, F., *La tutela penal de la intimidad*, pág. 266; y CREMADES MORANT, J., *Revelación de secretos e informaciones*, pág. 254.

[613] Sorprende, por ello, que MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *Comentarios a la Parte Especial*, 3.ª edición, pág. 1673, mantengan que el «secreto» del art. 417, apartado 1, comprende únicamente los oficiales o *administrativos*, y en relación con la información, que ha de tratarse de datos o hechos que afecten a la *actividad administrativa* o a terceros (la cursiva es nuestra).

a) *El secreto sumarial*

La publicidad de las actuaciones judiciales constituye una conquista del Estado de Derecho [614]. La Constitución española, en su art. 120, apartado 1 —*las actuaciones judiciales serán públicas (...)*—, acoge la publicidad del proceso como principio de actuación de los órganos judiciales [615]. Esto no quiere decir que el secreto carezca de entidad en el funcionamiento de la administración de justicia. Este mismo precepto constitucional parcialmente transcrito deja abierta la vía a las excepciones que puedan prever las leyes de procedimiento a la publicidad de las actuaciones judiciales [616].

En el ámbito del proceso penal, en la fase de instrucción, la doctrina distingue una esfera externa del secreto sumarial de una interna [617]. Con arreglo a la primera, queda vedado al público o a terceros no personados en el proceso el conocimiento de las diligencias del sumario hasta la apertura del juicio oral (art. 301, párrafo 1.°, de la LECrim.) [618]. Por el contrario, las partes personadas tendrán acceso a todas las actuaciones sumariales (art. 302, párrafo 1.°, de la LECrim.), salvo que, y ya nos referimos a la esfera interna del secreto sumarial, el Juez de instrucción, de oficio o a propuesta del Ministerio Fiscal o de alguna de las partes, declare mediante auto el secreto total o parcial del sumario para todas las partes pesonadas (art. 302, párrafo

614 Nuestra Constitución (art. 24.2) eleva la publicidad del proceso penal a la categoría de derecho fundamental; véanse al respecto OLIVA SANTOS, A. DE LA, *Derecho Procesal Penal*, pág. 47; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R., *El secreto del sumario*, pág. 287; el mismo, *La libertad de información*, pág. 2; PEDRAZ PENALVA, E., *Notas sobre publicidad y proceso*, págs. 118 y 119; y SERRANO ALBERCA, J. M., *Comentarios a la Constitución*, págs. 477 y 478. No obstante, la sentencia 176/1988, de 4 de octubre, del Tribunal Constitucional precisa que «(...) el derecho al proceso público del art. 24.2 de la Constitución, como garantía de los justiciables, sólo es de aplicación, además de a la Sentencia, al proceso en sentido estricto, es decir, al juicio oral en el que se producen o reproducen las pruebas de cargo y descargo y se formulan las alegaciones y peticiones definitivas de la acusación y la defensa, pues únicamente referida a ese acto procesal tiene sentido la publicidad del proceso en su verdadero significado de participación y control de la justicia por la comunidad».

615 Véase RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R., *La libertad de información*, págs. 2 y 3.

616 El art. 232.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, después de reproducir en su apartado 1 el contenido del art. 120.1 de la Constitución, dispone que *excepcionalmente, por razones de orden público y de protección de los derechos y libertades, los Jueces y Tribunales, mediante resolución motivada, podrán limitar el ámbito de la publicidad y acordar el carácter secreto de todas o parte de las actuaciones.*

617 Véanse MORALES PRATS, F., *Garantías penales y secreto sumarial*, págs. 1261 y 1262; BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., *De la obstrucción a la Justicia*, pág. 170; y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R., *La libertad de información*, págs. 8-10.

618 Véanse OLIVA SANTOS, A. DE LA, *Derecho Procesal Penal*, págs. 47 y 48; GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*, págs. 362 y 363; SÁINZ MORENO, F., *Secreto e información en el Derecho Público*, pág. 2887; y REBOLLO VARGAS, R., *La revelación de secretos*, pág. 154.

2.º)[619]. La terminología utilizada por la doctrina para referirse a ambas esferas es diversa: secreto sumarial externo (o extrapartes) y secreto sumarial interno (o intrapartes)[620]; secreto de primer y segundo grado[621]; o secreto absoluto y relativo[622].

El legislador de 1995 tipifica en el art. 466 del Código penal, entre los delitos contra la Administración de Justicia, la revelación de actuaciones procesales declaradas secretas por la autoridad judicial, previendo distintas penas en función de si el sujeto activo es abogado o procurador (apartado 1), funcionario al servicio de la Administración de Justicia (apartado 2) o cualquier particular que intervenga en el proceso (apartado 3)[623]. Se trata de una figura nueva que, en parte, ni siquiera el Proyecto de Código penal de 1994 recogía[624].

Los autores que han analizado este precepto coinciden en señalar que a través de él únicamente se castigan las revelaciones de aquellas actuaciones procesales que han sido expresamente declaradas secretas por el Juez instructor con arreglo al párrafo 2.º del art. 302 de la LECrim.[625]. Cuando el art. 466 del Código penal alude, pues, a *las actuaciones procesales declaradas secretas por la autoridad judicial*, se está refiriendo exclusivamente a la esfera interna del secreto sumarial, esto es, al llamado por algunos[626] secreto sumarial intrapartes. De esta manera, la revelación a terceros no personados en el proceso del secreto sumarial externo del párrafo 1.º del art. 301 de la LECrim. llevada a cabo por un funcionario público al servicio de la Administración de Justicia (Juez, representante del Ministerio Fiscal, Secretario Judicial, etc.) quedará extramuros del apartado 2 del art. 466[627]. Ello no implica, sin embargo, la impunidad

619 Véanse MORALES PRATS, F., *Garantías penales y secreto sumarial*, pág. 1262; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R., *El secreto del sumario*, págs. 289 y 290; el mismo, *La libertad de información*, pág. 9; GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*, págs. 363-365; PECES MORATE, J. E., *Publicidad y secreto sumarial*, págs. 135 y 136; y ASENCIO MELLADO, J. M., *Derecho Procesal Penal*, págs. 112 y 113.

620 MORALES PRATS, F., *Garantías penales y secreto sumarial*, pág. 1262.

621 RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R., *La libertad de información*, págs. 8 y 9.

622 GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*, págs. 362-365.

623 Acerca de esta figura delictiva, véase el sugestivo trabajo de BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., *De la obstrucción a la Justicia*, págs. 167-199.

624 De los tres apartados que conforman el actual art. 466, sólo el referido al abogado y procurador se regulaba en el art. 443, apartado 1, del Proyecto de 1994, junto a la conducta consistente en realizar actos u omisiones manifiestamente perjudiciales para los intereses que les fueren encomendados. Sobre el *iter legis* del art. 466 del Código penal, véase BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., *De la obstrucción a la Justicia*, págs. 167 y 168.

625 Véanse QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios a la Parte Especial*, pág. 1380, que escribe: «Estamos, por lo tanto, ante una figura legal que castiga la violación del respeto a lo "especialmente secreto" dentro del sumario, que constituye un círculo concéntrico, temporal y menor, dentro del secreto genérico que preside la fase instructoria»; GONZÁLEZ RUS, J. J., *Curso de Derecho penal español*, pág. 543; y BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., *De la obstrucción a la Justicia*, págs. 169, 171 y 181.

626 Véase MORALES PRATS, F., *Garantías penales y secreto sumarial*, pág. 1262.

627 Véase BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., *De la obstrucción a la Justicia*, pág. 171.

de la conducta. El propio art. 301, párrafo 4.°, de la LECrim. recuerda que el funcionario público incurrirá en estos casos en la responsabilidad que el Código penal señale en su lugar respectivo. Y esta no es otra que la que se deriva de su art. 417[628].

Efectivamente, el Juez, Secretario Judicial o cualquier funcionario al servicio de la Administración de Justicia que revela a un tercero no personado como parte el secreto sumarial externo del que tiene conocimiento por razón de su cargo, realiza el tipo descrito en el art. 417 del Código penal. Con su comportamiento, además de lesionar —no en todos los casos— intereses individuales[629], frustra lo pretendido con la existencia del secreto sumarial extrapartes, que en opinión de DE LA OLIVA SANTOS es la eficacia en la consecución de los fines de la fase preparatoria del juicio[630]. Si partimos, como es opinión mayoritaria, del carácter jurisdiccional, o, al menos, mixto, jurisdiccional y administrativo, de la fase de instrucción[631], es indudable que en el supuesto planteado se afecta en alguna medida la función jurisdiccional.

b) *El secreto parlamentario*

El art. 80 de la Constitución española determina que *las sesiones plenarias de las Cámaras serán públicas, salvo acuerdo en contrario de cada Cámara, adoptado por mayoría absoluta o con arreglo al Reglamento*. Este precepto, que en palabras de RECODER DE CASSO «recibe y hace suyo el patrimonio del pensamiento liberal democrático»[632], instituye, con carácter general, la publicidad de las discusiones manteni-

628 Así, BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., *De la obstrucción a la Justicia*, págs. 169, 176 y 187; y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R., *El secreto del sumario*, págs. 297 y 298. Vigente el Código penal anterior, también MORALES PRATS, F., *Garantías penales y secreto sumarial*, págs. 1262 y 1263, ubicaba esta conducta en el art. 367, actual 417. En el mismo sentido REBOLLO VARGAS, R., *La revelación de secretos*, pág. 157; y PECES MORATE, J. E., *Publicidad y secreto sumarial*, pág. 132.

629 La intimidad y el honor de las personas objeto de la investigación llevada a cabo en la fase de instrucción; de esta opinión MORALES PRATS, F., *Garantías penales y secreto sumarial*, págs. 1263 y 1264; BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., *De la obstrucción a la Justicia*, págs. 174 y 175; y ARAGONESES MARTÍNEZ, S. y TOMÉ GARCÍA, J. A., *Derecho Procesal Penal*, pág. 304.

630 OLIVA SANTOS, A. DE LA, *Derecho Procesal Penal*, pág. 48. Véase también PECES MORATE, J. E., *Publicidad y secreto sumarial*, págs. 144 y 145.

631 Véase *supra* (epígrafe 2.3.4.2.2. A. a). A la pregunta de si la infracción de las reglas de la instrucción comporta una violación del derecho al proceso debido, la sentencia 1/1985, de 9 de enero, del Tribunal Constitucional contesta que «(...) la falta de toda instrucción priva a la perjudicada de una garantía procesal constitucionalizada en el art. 24.1, pues su derecho (...) no ha obtenido la tutela jurisdiccional, ya que ninguna instrucción se ha realizado para depurar la verdad (...). (...) la garantía procesal comprende, en todo caso, el derecho a promover y el de participar en la causa, pero también el que el Juez de Instrucción realice la investigación que el caso requiera (...) Sólo realizada la instrucción y depurada la verdad, y trascendencia penal de los hechos, podrá decirse que el derecho que constitucionaliza el art. 24.1 (...) queda satisfecho».

632 RECODER DE CASSO, E., *Comentarios a la Constitución*, pág. 1212.

das en las sesiones plenarias de las Cámaras (Congreso y Senado), convirtiéndose esta realidad en un rasgo esencial de la democracia representativa[633]. Con todo, la propia Constitución, en este mismo artículo, introduce una limitación: *salvo acuerdo en contrario de cada Cámara, adoptado por mayoría absoluta o con arreglo al Reglamento.* En los artículos 63 del Reglamento del Congreso de los Diputados y 72 del Reglamento del Senado se determinan las excepciones a la publicidad de las sesiones plenarias de las Cámaras[634], regulación que ha llevado a decir a algún autor que cualquier sesión del Pleno del Congreso o del Senado puede ser secreta[635].

La Constitución, a diferencia de lo que ocurre, como ya hemos visto, respecto a las sesiones plenarias, guarda silencio sobre la publicidad de las sesiones de las Comisiones. Habrá que acudir a los reglamentos de las Cámaras para conocer cómo afecta a estas sesiones, y en qué medida, el secreto parlamentario[636]. Pues bien, tanto en el Congreso como en el Senado, las sesiones de las Comisiones serán secretas cuando

633 Véanse ALONSO DE ANTONIO, J. A., *El deber de secreto de los parlamentarios*, págs. 3-8; RECODER DE CASSO, E., *Comentarios a la Constitución*, págs. 1211-1213; SÁNCHEZ AGESTA, L., *Sistema político*, pág. 314; y ALZAGA VILLAAMIL, O., *Derecho Político español*, págs. 334 y 335.

634 Por su interés creemos conveniente transcribir ambas disposiciones.

Art. 63 del Reglamento del Congreso:

«Las Sesiones del Pleno serán públicas con las siguientes excepciones:

1. Cuando se traten cuestiones concernientes al decoro de la Cámara o de sus miembros, o de la suspensión de un Diputado.

2. Cuando se debatan propuestas, dictámenes, informes o conclusiones elaboradas en el seno de la Comisión del Estatuto de los Diputados.

3. Cuando lo acuerde el Pleno por mayoría absoluta de sus miembros, a iniciativa de la Mesa del Congreso, del Gobierno, de dos Grupos Parlamentarios o de la quinta parte de los miembros de la Cámara. Planteada la solicitud de sesión secreta, se someterá a votación sin debate y la sesión continuará con el carácter que se hubiere acordado».

Art. 72 del Reglamento del Senado:

«Las sesiones plenarias del Senado serán públicas, a no ser que a petición razonada del Gobierno o de cincuenta Senadores se acuerde lo contrario por la mayoría absoluta de la Cámara. Serán secretas en los casos previstos en este Reglamento». Estos casos a los que alude este precepto son los regulados en los artículos 22.3, 22.6 y 23.2.

635 Véanse ABELLÁN-GARCÍA GONZÁLEZ, A. M., *El estatuto de los parlamentarios*, pág. 148; y REBOLLO VARGAS, R., *La revelación de secretos*, pág. 163. Sin pretender trivializar el peligro potencial que esto entraña, lo cierto es que las sesiones plenarias secretas, en la práctica, han desaparecido del panorama parlamentario; en este sentido ALZAGA VILLAAMIL, O., *Derecho Político español*, pág. 334.

636 Para una correcta delimitación del ámbito del secreto parlamentario conviene recurrir a ALONSO DE ANTONIO, J. A., *El deber de secreto de los parlamentarios*, pág. 9, donde escribe que «la distinción entre *sesiones públicas y no públicas*, basada en la presencia o no de público, respectivamente, carece de sentido. Por el contrario, la distinción real es la de *sesiones con publicidad y sesiones secretas propiamente dichas*, o a puerta cerrada, a las que no asisten público, medios de comunicación social ni parlamentarios ajenos al órgano en que se desarrolla la sesión, ni se reflejan en las publicaciones de la Cámara».

sea acordado por la mayoría absoluta de sus miembros [637]. Además, en la Cámara Baja, serán asimismo secretos los trabajos y las sesiones de la Comisión del Estatuto de los Diputados, y los datos, informes o documentos facilitados a las Comisiones de Investigación para el cumplimiento de sus funciones, cuando lo disponga una Ley o cuando así lo acuerde la propia Comisión; y en la Cámara Alta, las sesiones de las Comisiones o aquellos puntos de las mismas que tengan por objeto el estudio de incompatibilidades, suplicatorios y cuestiones personales que afecten a Senadores [638].

Esta es, *grosso modo*, la regulación del secreto parlamentario en nuestro derecho vigente [639]. Insistimos, pues, en que los Diputados y Senadores tienen el deber de guardar secreto cuando realizan determinadas actividades parlamentarias, más arriba bosquejadas. El art. 16 del Reglamento del Congreso es claro al respecto: obliga a los Diputados a no divulgar las actuaciones que, según lo dispuesto en el propio Reglamento, puedan tener excepcionalmente el carácter de secretas [640, 641]. En caso de divulgarlas incurrirán en las sanciones previstas en su art. 99.

No acaba aquí, sin embargo, la responsabilidad de los miembros de las Cámaras por la revelación de secretos que lleven a cabo en el ejercicio de sus funciones parlamentarias; también existe la posibilidad jurídica de exigir responsabilidad penal. Los miembros del Congreso de los Diputados y del Senado son considerados, a los efectos penales, autoridad —así lo reconoce expresamente el art. 24, apartado 1, del Código penal— [642], y, por tanto, también funcionarios públicos, por lo que en caso de revelar secretos o informaciones de los que tengan conocimiento por razón de su oficio o cargo que no deban ser divulgados cometerán el delito regulado en el apartado 1 del art.

637 Véanse los artículos 64.2 del Reglamento del Congreso de los Diputados y 75.3 del Reglamento del Senado.

638 Artículos 64.3 y 4 del Reglamento del Congreso de los Diputados, y 75.2 del Reglamento del Senado.

639 Véanse, muy críticos con ella, ALONSO DE ANTONIO, J. A., *El deber de secreto de los parlamentarios*, págs. 21 y ss.; ABELLÁN-GARCÍA GONZÁLEZ, A. M., *El estatuto de los parlamentarios*, págs. 149-151; y REBOLLO VARGAS, R., *La revelación de secretos*, págs. 164-166.

640 Aunque en el Reglamento del Senado no aparece regulado expresamente el deber de secreto de los senadores, tal deber es inherente a la existencia misma de sesiones secretas, como ha señalado SÁINZ MORENO, F., *Secreto e información en el Derecho Público*, pág. 2883.

641 Sobre el contenido de las actuaciones secretas, véase ALONSO DE ANTONIO, J. A., *El deber de secreto de los parlamentarios*, pág. 16.

642 Véanse OLAIZOLA NOGALES, I., *Concepto de funcionario público*, pág. 84; la misma, *El delito de cohecho*, págs. 172 y 173; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *El delito de prevaricación*, págs. 1513 y 1514; QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Delitos contra la Administración pública*, pág. 430; CUGAT MAURI, M., *La desviación del interés general*, pág. 185; ROCA AGAPITO, L., *El delito de malversación de caudales públicos*, págs. 113 y 114; MUÑOZ CONDE, F., *Los delitos contra la Administración pública*, págs. 480 y ss.; y CANTERO ARÍZTEGUI, F. J., *Los delitos de infidelidad en la custodia de documentos*, pág. 397.

417 del Código penal[643]. Esto ha sido aceptado, por lo demás, por la doctrina más especializada en la materia[644].

Cuando el legislador penal dispensa protección al secreto, no lo hace por considerarlo en sí mismo un valor digno de ser tutelado penalmente, sino por ser necesario para un correcto ejercicio de la función pública en la que aquél se incardina: el deber de guardar secreto se endereza a la protección de un valor ulterior, y éste debe hallarse, como decimos, en la esfera de la correspondiente actividad pública donde el secreto despliega sus efectos. Tal actividad, en el ámbito que nos ocupa, no es otra que la parlamentaria.

El art. 66, apartado 2, de la Constitución española amalgama las competencias de las Cortes Generales: éstas *ejercen la potestad legislativa del Estado, aprueban sus Presupuestos, controlan la acción del Gobierno y tienen las demás competencias que les atribuya la Constitución.* Se consignan en este precepto dos de las funciones clásicamente asignadas a los Parlamentos: la función legislativa y la función de control al Gobierno[645].

Sin pretender detallar (no es el lugar) el procedimiento legislativo común regulado en nuestro derecho vigente[646], sí interesa detenernos en una de sus fases principales, la relativa a la discusión en la correspondiente Comisión de los proyectos de ley (o proposiciones de ley) enviados al Congreso[647]. Una vez finalizado el plazo de presentación de enmiendas, la Comisión nombrará una Ponencia para que, teniendo en cuenta el texto y las enmiendas presentadas, redacte en el plazo de quince días un informe que constituirá la base de trabajo de la Comisión (art. 113.1 del Reglamento del Congreso). Ésta lo debatirá, artículo por artículo, y elaborará un dictamen que será remitido al Presidente del Congreso para su deliberación en el Pleno (arts. 114.1 y 116 del Reglamento del Congreso). Esta fase, que tiene lugar en una Comisión legislativa, forma parte de la llamada por la doctrina *fase de resolución*[648], donde se ubica el po-

[643] Otra cosa son las verdaderas intenciones políticas de querer perseguir estas conductas.

[644] Véase REBOLLO VARGAS, R., *La revelación de secretos*, págs. 165 y 166.

[645] Véase RECODER DE CASSO, E., *Comentarios a la Constitución*, pág. 1024.

[646] Véanse los artículos 87-91 de la Constitución, 108 y ss. del Reglamento del Congreso de los Diputados, y 104 y ss. del Reglamento del Senado. Véanse asimismo LÓPEZ GUERRA, L., *El régimen constitucional español*, págs. 136-155; SÁNCHEZ AGESTA, L., *Sistema político*, págs. 331-334; ÁLVAREZ CONDE, E., *Curso*, págs. 136-144; y ALZAGA VILLAAMIL, O., *Derecho Político español*, págs. 452 y ss.

[647] En relación con esta fase, véanse LÓPEZ GUERRA, L., *El régimen constitucional español*, págs. 146-150; ÁLVAREZ CONDE, E., *El régimen político español*, pág. 427; el mismo, *Curso*, pág. 141; ESTEBAN, J. DE, y GONZÁLEZ-TREVIJANO, P. J., *Curso*, págs. 557 y 558; y ALZAGA VILLAAMIL, O., *Derecho Político español*, pág. 465.

[648] Que junto con la fase previa o de iniciación (presentación del texto que pretende convertirse en ley) y la fase final de integración de la eficacia normativa de la ley (sanción, promulgación y orden de publicación), conforman el proceso legislativo; véase al respecto LÓPEZ GUERRA, L., *El régimen constitucional español*, pág. 137.

der legislativo, y a la que se refiere la Constitución cuando en su art. 66, apartado 2, establece que las Cortes Generales ejercen la potestad legislativa [649].

Por lo que se refiere a la función de control ejercida por las Cortes, nos importa ahora señalar brevemente el papel que juegan las Comisiones de investigación, expresamente previstas por la Constitución en su art. 76, apartado 1 [650]. Son comisiones no permanentes nombradas por el Congreso o el Senado, o por ambos conjuntamente, con el objeto de que lleven a cabo una investigación sobre cualquier asunto de interés público (arts. 52 del Reglamento del Congreso, 59 y 60 del Reglamento del Senado) [651]. Su control, por consiguiente, excede del ámbito del ejecutivo, y abarca a toda la sociedad [652]. Las conclusiones de estas Comisiones se plasman en un dictamen que *será discutido* —en caso de que hayan sido creadas por el Congreso (art. 52.4 de su reglamento)— o *podrá ser debatido* —si son del Senado (art. 60.4 de su reglamento)— en el Pleno de la Cámara correspondiente. La doctrina coincide en que la función de control llevada a cabo por las Cortes, también, por tanto, la actividad de las Comisiones de investigación, tiene un carácter inequívocamente político [653].

Pues bien, tras este circunloquio, creemos que necesario, se infiere —afirmación que subyace en las líneas que preceden— que los Parlamentarios pueden revelar informaciones (que no deben ser divulgadas) o secretos a los que han accedido como miembros de una Comisión legislativa o de una Comisión de investigación, y, en consecuencia, en el ejercicio de las funciones legislativa y política, respectivamente. Si el secreto existe y se protege en función de la actividad pública donde se incorpora, mal puede verse afectada o lesionada en este caso la función administrativa. Fracasa, nuevamente, un concepto objetivo de Administración pública.

649 Véase LÓPEZ GUERRA, L., *El régimen constitucional español*, pág. 137.

650 Aplaude tal previsión ESPÍN TEMPLADO, E., *El régimen constitucional español*, pág. 203. Véase sobre este precepto RECODER DE CASSO, E., *Comentarios a la Constitución*, págs. 1177-1179.

651 Véanse ÁLVAREZ CONDE, E., *Curso*, págs. 162-164; GARCÍA MORILLO, J., *Derecho Constitucional*, págs. 128 y 129; ESTEBAN, J. DE, y GONZÁLEZ-TREVIJANO, P. J., *Curso*, págs. 595-597; CALVO GONZÁLEZ, M. A., *La relación entre el Gobierno y las Cortes*, págs. 239 y 240; ALZAGA VILLAAMIL, O., *Derecho Político español*, págs. 477 y 478, y la bibliografía que cita en la nota 47.

652 De esta opinión, PECES-BARBA, G., *La Constitución española de 1978*, pág. 73; ESPÍN TEMPLADO, E., *El régimen constitucional español*, pág. 202; y RECODER DE CASSO, E., *Comentarios a la Constitución*, pág. 1178.

653 Véanse QUINTANA LÓPEZ, T., *El control jurisdiccional de las decisiones parlamentarias*, pág. 2077; COBREROS MENDAZONA, E., *El «status» parlamentario*, pág. 2130; ALZAGA VILLAAMIL, O., *Comentario*, pág. 437; el mismo, *Derecho Político español*, págs. 473 y ss.; y ESPÍN TEMPLADO, E., *El régimen constitucional español*, págs. 175 y ss.

G. *Recapitulación*

Existen otros delitos en el Título XIX del Código penal —malversación de caudales públicos[654] y tráfico de influencias[655], por ejemplo—, que pueden asimismo cometerse en el ejercicio de funciones públicas distintas de la administrativa. No vamos, sin embargo, a insistir más en ello. Con lo hasta ahora escrito creemos haber demostrado el aserto del que partimos: el concepto objetivo de Administración pública no sirve para una correcta interpretación de todas las figuras delictivas albergadas en el Título XIX del Código penal. Por mucha amplitud que a aquél se le quiera otorgar, no puede abarcar, sin desnaturalizarse, las funciones propias y características asignadas por la Constitución a otros Poderes públicos.

2.3.4.2.3. *Autonomía del concepto de Administración pública*

Los conceptos de Administración pública manejados por la doctrina administrativa son, como ya se ha visto, ineficaces para interpretar algunos de los tipos recogidos en el Título XIX del Código penal. Hacer depender la exégesis de todos los delitos de este título de cualquiera de aquellos conceptos, conllevaría absurdas e injustificables impunidades. Se hace necesario, por tanto, con independencia de la voluntad del legislador de 1995, partir de un concepto autónomo de Administración pública[656].

Desde esta perspectiva, resulta inadecuado, por incompleto, enfocar el estudio del bien jurídico en los delitos del Título XIX aludiendo exclusivamente al contenido del art. 103 de la Constitución española[657]. Y ello porque tal precepto —que forma parte

[654] Véanse MORALES GARCÍA, O., *Los delitos de malversación*, págs. 70, 83, 163 y 164; y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, pág. 38.

[655] Véase OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *Los delitos relativos al tráfico de influencias*, pág. 1514.

[656] Entre los penalistas, se admite mayoritariamente la posibilidad de que el Derecho penal maneje conceptos jurídicos con un contenido distinto al otorgado en la disciplina de la que provienen; véanse JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, págs. 53 y 54 (*Tratado*, pág. 46); MAURACH/ZIPF, *Strafrecht*, AT, § 2, n. m. 32 (pág. 30) y § 9, n. m. 19 (pág. 116); ANTOLISEI, F., *Manuale...*, I, págs. 231-233; MUÑOZ CONDE, F., *Introducción*, págs. 121 y 122; RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Consideraciones*, págs. 46 y 47; GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro...*, I, pág. 220; y GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Derecho Penal*, págs. 27 y 28.

[657] Así parecen operar OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito de cohecho*, págs. 87-89; y VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., *El consentimiento del ofendido en los delitos contra la Administración pública*, pág. 8. Según LÓPEZ GARRIDO, D. y GARCÍA ARÁN, M., *El Código penal de 1995*, pág. 178, en la discusión parlamentaria de la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados (Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 516, 7 de junio de 1995, pág. 15762), «el Grupo Socialista circunscribió el bien jurídico protegido en los delitos contra la Administración pública a

del Título IV, *Del Gobierno y de la Administración*—, con independencia de que de su redacción se infiera un concepto subjetivo u objetivo de Administración pública, o de si ofrece o no base suficiente para dotar a ésta de personalidad jurídica, no se refiere a aquellas funciones características (legislativa y de control, y jurisdiccional) de los Poderes Legislativo y Judicial, regulados en los Títulos III y VI, respectivamente, de la Carta Magna [658]. Los principios mencionados en el art. 103 de la Constitución española adquieren en el entendimiento de los delitos contra la Administración pública una importancia incuestionable, pero circunscribir su estudio a aquellos principios supone un enfoque de la cuestión parcial y fragmentario, y, en este sentido, incorrecto.

Ya se adivina por lo hasta aquí dicho que el concepto de Administración pública del Título XIX, lejos de reducirse a los límites de la función administrativa, abarca el resto de las funciones públicas [659]. Es ésta una consecuencia que se deriva inevitablemente del análisis de alguna de las figuras contenidas en este título [660]. La aludida independencia del intérprete penal en la delimitación de conceptos provenientes de otras disciplinas ampara tal parecer [661]. Por otra parte, la pertinente objeción de OCTAVIO DE TOLEDO a un concepto de Administración pública que abarque las actividades de los tres Poderes por estar «fundado en la idea (...) de la unidad de poder y coordinación

---

los principios recogidos en el art. 103 CE», sin embargo, en honor a la verdad, el Sr. Cuesta Martínez, portavoz del Grupo Socialista, se refería en su intervención, no a todos los delitos del actual Título XIX, sino solamente a los del Capítulo I, esto es, a *la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos*.

658 Véanse OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *Derecho penal, Poderes públicos y negocios*, pág. 872; MORELL OCAÑA, L., *El «criterium» de la Administración pública*, págs. 270-277; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Una nota sobre el interés general*, págs. 73 y 74; ESCRIBANO COLLADO, P., *¿Crisis de los conceptos de Administración pública y de Derecho administrativo?*, págs. 174-176; SÁNCHEZ MORÓN, M., *Notas sobre la función administrativa*, págs. 640 y 641; BASSOLS COMA, M., *Los principios del Estado de Derecho*, pág. 149; y GARCÍA ARÁN, M., *¿Hasta dónde la criminalización de lo público?*, pág. 268.

659 La doctrina mayoritaria mantiene esta opinión; véanse RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, págs. 38 y 39; MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *Comentarios a la Parte Especial*, 3.ª edición, págs. 1598 y 1599; MORALES GARCÍA, O., *Los delitos de malversación*, págs. 69 y 70; GARCÍA ARÁN, M., *Consideraciones*, págs. 520 y 521; CARBONELL MATEU, J. C. y PRATS CANUT, J. M., *Observaciones generales*, pág. 103; RAMOS TAPIA, M. I., *El delito de prevaricación judicial*, págs. 107-110; y MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Sobre la naturaleza de los delitos de los funcionarios públicos*, pág. 367.

660 Véanse los epígrafes 2.3.4.2.1. y 2.3.4.2.2.

661 Un precedente clásico de tal autonomía lo constituye en España el concepto penal de cosa mueble en los delitos contra el patrimonio; véanse, al respecto, QUINTERO OLIVARES, G., *El hurto*, págs. 1138 y 1139; MATA BARRANCO, N. J. DE LA, *Tutela penal de la propiedad*, págs. 198 y 199; PÉREZ MANZANO, M., *Compendio*, pág. 354; VIVES ANTÓN, T. S. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Derecho Penal*, Parte Especial, págs. 366 y 367; y GARCÍA ARÁN, M., *El delito de hurto*, págs. 96 y 97.

de funciones que hoy resulta contraria a la Constitución» [662], podría ser salvada si se relativiza al máximo la importancia de la rúbrica, si se insiste en que lo que se pretende con aquel concepto —otra cosa es que se consiga— es únicamente fijar un rasgo común, por difuso que éste sea, a todos los delitos del Título XIX, y nada más, sin tratar de atribuirle valor interpretativo alguno, huyendo, por supuesto, de una tutela penal unitaria de todas las funciones públicas —que ya nadie defiende—, y haciendo hincapié en lo inexcusable de determinar en cada caso la función pública, más concretamente, la específica característica de ella que resulta lesionada con la correspondiente figura delictiva [663].

Ahora bien, llegados a este punto, si el concepto de Administración pública comprende todas las funciones públicas de los distintos Poderes del Estado, no resulta fácilmente explicable qué necesidad tenía el legislador de utilizar en la rúbrica del Título XIX la expresión *Administración pública*, cuando el término *funciones públicas* está más en consonancia con el contenido del mencionado título, evitando, además, de esta forma, el esfuerzo que supone para el exégeta penal la conceptuación a contracorriente de un término firmemente arraigado en el Derecho administrativo y con otro alcance en la Constitución, que ha suscitado lógicas, aunque salvables, reticencias en algún autor por evocar sistemas políticos pretéritos. A no ser, claro está, que la voluntad del legislador penal fuera, efectivamente, la de utilizar un concepto, llamémosle, restringido de Administración pública [664], esto es, alguno de los manejados por la doctrina administrativa, en cuyo caso —no hay más que ver la incoherencia entre un tal concepto y el actual contenido del Título XIX— habría estado obligado a una profunda y necesaria revisión de esta materia, labor que no se ha llevado a cabo.

Con todo, no sabemos si la hipotética rúbrica *Delitos contra las funciones públicas* alcanza una conformidad plausible con el contenido del actual Título XIX. Se trata de averiguarlo, y, de paso, o al mismo tiempo, comprobar si aquéllas —las funciones públicas— pueden erigirse, como mantiene un sector importante de nuestra doctrina, en bien jurídico común a todas las figuras delictivas de este título.

[662] OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *Derecho penal, Poderes públicos y negocios*, págs. 866 y 867.

[663] De esta manera operó parte de la doctrina italiana para superar el concepto unitario de Administración pública en la interpretación de las específicas figuras delictivas del Título II, Libro II, del Código penal de 1930; véase el epígrafe 2.3.2.1.

[664] El mantenimiento junto a los «Delitos contra la Administración pública» del título dedicado a los «Delitos contra la Administración de Justicia», la reubicación en éste de delitos que en el anterior Código penal estaban en el antecesor de aquél y afectaban claramente a la Administración de Justicia, como la prevaricación judicial, la prevaricación de abogado y procurador, la incomparecencia injustificada en proceso criminal, etc., y, si se nos apura, la ausencia en el articulado del Código penal, al contrario de lo que ocurre con la autoridad y el funcionario público, de una definición *a efectos penales* de Administración pública, apuntan a esta dirección.

2.3.5. Las *funciones públicas* como bien jurídico común a todos los delitos del Título XIX

2.3.5.1. *Aclaración previa*

Con la entrada en vigor del Código penal de 1995[665], es opinión mayoritaria entre los estudiosos del tema aquella que considera las *funciones públicas* objeto genérico de protección de las distintas figuras reguladas en este título[666]. Antes de entrar a comprobar lo correcto de esta postura, conviene hacer alguna precisión. En concreto, se trata de dilucidar en qué sentido utiliza la doctrina aludida el concepto de *bien jurídico* cuando realiza tal afirmación, esto es, cuando mantiene que las funciones públicas constituyen el bien jurídico común a todas las figuras delictivas contenidas en el Título XIX[667].

No es momento de exponer con detalle la evolución histórica del concepto de bien jurídico[668], pero, para lo que nos proponemos, resulta necesario detenerse, siquiera brevemente, en las funciones por él desempeñadas: político-criminal y dogmática.

A. *Función político-criminal del bien jurídico*

Aunque el concepto de bien jurídico no surgió con el propósito de erigirse en límite del *ius puniendi* del Estado[669], posteriormente, sobre todo a partir de los años 70

[665] Vigente el Código penal anterior, ya existían autores, como vimos en su lugar (epígrafe 2.3.3), que defendían la *función pública* como bien jurídico común a todos los tipos del Título VII de su Libro II.

[666] Véanse RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, págs. 37-41; MORALES GARCÍA, O., *Los delitos de malversación*, págs. 70, 71, 98 y 99; MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *Comentarios a la Parte Especial*, págs. 1161-1165; GARCÍA ARÁN, M., *La prevaricación administrativa*, págs. 357 y 358; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, págs. 22 y 23; y CARBONELL MATEU, J. C. y PRATS CANUT, J. M., *Observaciones generales*, pág. 103.

[667] Sobre los distintos sentidos —político-criminal y dogmático— del concepto de bien jurídico, véanse MIR PUIG, S., *Derecho Penal*, 6.ª edición, págs. 124, 162 y 163; y RUDOLPHI, H. J., *Die verschiedenen Aspekte*, pág. 151.

[668] Véanse al respecto AMELUNG, K., *Rechtsgüterschutz*, págs. 28 y ss.; POLAINO NAVARRETE, M., *El bien jurídico en el Derecho penal*, págs. 94 y ss.; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *Sobre el concepto del Derecho Penal*, págs. 336 y ss.; MIR PUIG, S., *Introducción*, págs. 128 y ss.; CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho penal español*, págs. 48 y ss.; RAMPIONI, R., *Bene giuridico*, págs. 126 y ss.; FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale*, Parte Generale, págs. 21 y ss.; y SILVA FORNÉ, D., *Delitos sobre la ordenación del territorio*, págs. 434 y ss.

[669] En este sentido MIR PUIG, S., *Introducción*, pág. 128; el mismo, *Derecho Penal*, 6.ª edición, pág. 125; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *El bien jurídico protegido*, pág. 17; y COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho Penal*, Parte General, pág. 324.

con las investigaciones de autores como RUDOLPHI, AMELUNG y HASSEMER, entre otros, la atención de la doctrina penal se ha centrado en la función político-criminal —de límite al legislador y de crítica del sistema penal— del bien jurídico [670].

Los preceptos penales, según opinión dominante [671], deben orientarse a la protección exclusiva de bienes jurídicos específicos, por lo que el concepto de bien jurídico aparece como barrera infranqueable a la actividad, en muchas ocasiones desmedida, del legislador penal, esto es, al poder punitivo del Estado [672]. Al mismo tiempo, debido a su naturaleza dinámica, los bienes jurídicos ofrecen la información necesaria para realizar una continua revisión crítica del ordenamiento penal que permite evidenciar las conductas que lesionan o ponen en peligro bienes dignos de protección penal pero que carecen de ella, así como aquellos comportamientos delictivos recogidos en las leyes penales que debido a la evolución de la sociedad no merecen ya ser castigados [673].

Pues bien, cuando la doctrina afirma que el bien jurídico de todos los delitos del Título XIX está constituido por las funciones públicas, no utiliza la expresión *bien jurídico* en el sentido político-criminal referido. La función político-criminal del bien jurídico juega su principal baza en la fase de creación del Derecho, en el momento legislativo [674], cuando se configuran los distintos tipos penales, en definitiva, en la elaboración de la ley, de lo que *debe ser*; por el contrario, los autores que mantienen aquella postura —funciones públicas como bien jurídico—, la deducen de la ley vigente, del derecho que *es*, de la regulación que ofrece el Código penal de 1995. La presentan, además, como un cambio necesario en relación con el Código penal anterior, como una evolución obligada hacia un Derecho penal moderno, acorde con los criterios cons-

[670] Véanse MAURACH/ZIPF, *Strafrecht*, AT, § 19, n. m. 6 (pág. 267); y MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Los delitos de peligro*, pág. 12.

[671] Véanse JÄGER, H., *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz*, págs. 121-123; RUDOLPHI, H. J., *Die verschiedenen Aspekte*, pág. 151; MUÑOZ CONDE, F., *Introducción*, pág. 90; MIR PUIG, S., *Bien jurídico*, pág. 205; el mismo, *Derecho Penal*, 6.ª edición, págs. 124 y 125; SÁINZ CANTERO, J. A., *Lecciones*, págs. 13 y ss.; PARODI GIUSINO, M., *I reati di pericolo*, págs. 97-101; y SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación*, pág. 267.

[672] El postulado de exclusiva protección de bienes jurídicos devendría, sin embargo, ineficaz si no se partiera de un concepto material, explícito, de bien jurídico, dotado de un contenido cierto que sirva de freno seguro a la incontinencia del legislador penal; véanse TERRADILLOS BASOCO, J., *La satisfacción de necesidades*, págs. 124 y 129; y ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *Bien jurídico y Constitución*, pág. 5.

[673] En relación con la función crítica del bien jurídico, véanse HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Bien jurídico*, pág. 10; el mismo, *Política penal*, pág. 342; MAURACH/ZIPF, *Strafrecht*, AT, § 13, n. m. 14 (pág. 171); ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Libertad Personal*, pág. 40; BUSTOS RAMÍREZ, J., *Control social*, pág. 167; LUZÓN PEÑA, D. M., *Curso*, pág. 328; y BUSTOS RAMÍREZ, J. J. y HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Lecciones de Derecho penal*, pág. 61.

[674] Véanse OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *Principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*, pág. 7; y TERRADILLOS BASOCO, J., *La satisfacción de necesidades*, pág. 129.

titucionales actuales, por lo que, con carácter general y de momento, el aspecto crítico no se ha hecho notar en sus planteamientos. No aluden, insistimos, a la función político-criminal del bien jurídico.

B. *Función dogmática del bien jurídico*

Esta función se desdobla, a su vez, en dos: la función exegética y la función sistemática o clasificadora.

a) *Función exegética o interpretativa*

Existe un elevado consenso en la doctrina a la hora de otorgar al bien jurídico un papel destacado en la interpretación de los preceptos penales [675]. En efecto, aunque no es el único criterio interpretativo [676], no hay duda de que el bien jurídico constituye un instrumento fundamental en la determinación y alcance de los tipos penales [677]. El sujeto pasivo del delito, el concreto contenido de la conducta típica [678], la decisión de si estamos ante un delito de lesión o de peligro, etc., son cuestiones todas ellas difíciles de precisar si no tenemos como punto de referencia el bien jurídico protegido por la

[675] Véanse STAMPA BRAUN, J. M., *Introducción*, págs. 97 y 98; BETTIOL, Giuseppe, *Bene giuridico*, pág. 328; RUDOLPHI, H. J., *Die verschiedenen Aspekte*, pág. 151; POLAINO NAVARRETE, M., *El bien jurídico en el Derecho penal*, págs. 311-314; BAUMANN/WEBER, *Strafrecht*, pág. 143; GIMBERNAT ORDEIG, E., *Concepto*, págs. 87 y ss.; MUÑOZ CONDE, F., *Teoría*, pág. 55; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, pág. 259 (*Tratado*, pág. 233); PARODI GIUSINO, M., *I reati di pericolo*, pág. 99; ANTOLISEI, F., *Manuale...*, PG, pág. 161; y LUZÓN PEÑA, D. M., *Curso*, pág. 329.

[676] En este sentido STAMPA BRAUN, J. M., *Introducción*, pág. 98, nota 36; POLAINO NAVARRETE, M., *El bien jurídico en el Derecho penal*, págs. 313 y 314; y COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho Penal*, Parte General, págs. 320 y 321.

[677] La identificación del bien jurídico con el fin del precepto penal, o mejor, con el momento central del fin mismo, lleva a PAGLIARO, A., *Bene giuridico e interpretazione*, págs. 392-395, a negarle relevancia alguna en la interpretación de la ley: «(...) si el bien jurídico es un momento del fin de la disposición, y si el fin que refiere no es el subjetivo del legislador, sino el fin objetivo, deducible de la incorporación de la disposición misma en el sistema de los valores jurídicos, se deriva que la determinación del fin no puede realizarse si no después de que sea conocido el significado de la disposición misma. Y, puesto que conocer el significado de la ley quiere decir haberla ya interpretado, resulta de ello que el bien jurídico, como momento central del fin de la norma, no puede ser útil en el proceso interpretativo porque representa, más bien, su resultado. (...) la determinación del bien jurídico sólo puede seguir, y no preceder, la interpretación». En contra de este parecer, véase por todos POLAINO NAVARRETE, M., *El bien jurídico en el Derecho penal*, pág. 315.

[678] Así, por ejemplo, el bien jurídico protegido en el delito de lesiones, la integridad y salud personales, resulta decisivo en la determinación de la locución *el que, por cualquier medio o procedimiento, causare (...)*, expresamente recogida en los artículos 147.1, 149 y 617.1 del Código penal; véase al respecto DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *Comentarios*, págs. 346 y ss.

figura delictiva que se examina. Ahora bien, en esta labor hermenéutica, es necesario partir de un bien jurídico convenientemente delimitado, conciso y claro, pues en caso contrario sería un inservible criterio de interpretación, o, lo que es peor, excusa burda para un ilimitado alcance de los tipos.

Dicho esto, no habrá dificultad en convenir en que el bien jurídico *funciones públicas*, por su vaguedad e indeterminación, no es instrumento válido para una comprensión cabal de los distintos tipos del Título XIX. No cumple, por tanto, correctamente la función que nos ocupa. De esto son conscientes los autores que ven en las *funciones públicas* el bien jurídico común a todos los delitos contra la Administración pública, pues advierten de la necesidad de concretar en cada uno de los tipos la característica o aspecto de la correspondiente función pública que resulta específicamente afectado [679]. En definitiva, tampoco es éste el sentido que tales autores atribuyen al bien jurídico *funciones públicas*.

b) *Función sistemática o clasificadora*

Finalmente, el bien jurídico tiene una reconocida importancia como criterio clasificador de los delitos en la Parte especial [680]. Existen otras pautas que se han venido utilizando en la sistematización de esta parte del Derecho penal —objeto material del delito, modalidad comisiva, cualidad personal del autor— [681], pero la del bien jurídico es sin duda la que goza de mayor consideración en nuestra legislación y en el Derecho comparado [682].

No nos equivocamos si decimos que la doctrina que defiende las *funciones públicas* como bien jurídico común a todos los delitos del Título XIX, está pensando precisamente en la función clasificadora del bien jurídico, utiliza este concepto en un senti-

[679] Así, expresamente, GARCÍA ARÁN, M., *La prevaricación administrativa*, pág. 358; RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, pág. 40; y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, pág. 22.

[680] Véanse MEZGER, E., *Tratado*, pág. 385; WELZEL, H., *Das Deutsche Strafrecht*, pág. 278; SCHMIDHÄUSER, E., *Strafrecht*, pág. 26; RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. y SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal español*, pág. 426; COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho Penal*, Parte General, págs. 321 y ss.; y SOLA RECHE, E., *La omisión*, pág. 8.

[681] Véanse POLAINO NAVARRETE, M., *El bien jurídico en el Derecho penal*, págs. 301 y 302; BACIGALUPO ZAPATER, E., *Estudios*, pág. 10; RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. y SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal español*, Parte especial, págs. 5 y 7; y BOLDOVA PASAMAR, M. A., *Estudio*, págs. 4 y 5.

[682] Véanse ANGIONI, F., *Concetto di bene giuridico*, pág. 13; ANTOLISEI, F., *Il problema del bene giuridico*, pág. 119; el mismo, *Manuale...*, I, págs. 25 y ss.; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, pág. 259 (*Tratado*, pág. 234); LUZÓN PEÑA, D. M., *Curso*, pág. 328; y MIR PUIG, S., *Derecho Penal*, 6.ª edición, pág. 165.

do sistemático, como criterio que ha servido para agrupar las figuras delictivas de aquel título. Así, se dice de las *funciones públicas* que son el bien jurídico categorial [683], el bien jurídico genérico [684], objeto común de referencia [685] o, más explícitamente, el bien jurídico genérico «en cuanto función de ordenación sistemática y orientación interpretativa» [686].

2.3.5.2. *Crítica*

Por nuestra parte, y después de esta aclaración, no creemos acertado, sin embargo, considerar a las funciones públicas bien jurídico común a todos los delitos del Título XIX, por mucho que se adicione a la expresión *bien jurídico* los calificativos *categorial* o *genérico*. Que el bien jurídico protegido sirva de criterio para agrupar un conjunto de delitos bajo una misma rúbrica, y que ésta utilice una, más o menos afortunada, expresión genérica con la pretensión de condensar en ella la rica variedad de todas las infracciones y, si es posible, reflejar un rasgo o nota común a todas ellas, no permite, por mucho que se recuerde la función clasificadora que cumple el bien jurídico, que tal rúbrica, o lo que ella expresa, se convierta en bien jurídico común a todos los delitos que alberga [687]. Queremos decir con ello que el hecho de que el legislador de 1995 haya ordenado bajo el Título XIX una serie de infracciones atendiendo fundamentalmente al criterio del bien jurídico, esto es, teniendo en cuenta la afinidad que presentan los específicos bienes jurídicos protegidos por cada una de aquéllas, no da pie para erigir en bien jurídico la expresión, o lo que ella representa —funciones públicas—, utilizada en la rúbrica como criterio aglutinante de todo el grupo de delitos. Sería más conveniente referirse a *las funciones públicas* con otras expresiones distintas a la de bien jurídico: característica genérica, rasgo común, elemento general, etc. Se nos puede reprochar que es una cuestión meramente terminológica, pero evitamos así, de una parte, la confusión, salvada solo parcialmente con el empleo de opuestos adjetivos [688], que supone la utilización de una misma expresión (bien jurídico) con dis-

683 GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, pág. 22.

684 GARCÍA ARÁN, M., *La prevaricación administrativa*, pág. 357.

685 RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, pág. 39.

686 MORALES GARCÍA, O., *Los delitos de malversación*, pág. 98.

687 En opinión de ANTOLISEI, F., *Manuale...*, I, pág. 29, las rúbricas son solamente «fórmulas abreviadas para facilitar, en la aplicación práctica del derecho, la búsqueda y la individuación de las diferentes figuras delictivas». Del mismo parecer PAGLIARO, A., *Bene giuridico e interpretazione*, pág. 395.

688 Nos referimos a los calificativos *categorial* y *específico*.

tinto contenido, y de otra, la tentación de convertir el bien jurídico categorial en particular objeto de protección de alguno o algunos delitos[689], generalmente aquellos que más problemas plantean a la hora de precisar su verdadero y específico bien jurídico, o que simplemente carecen de él, siendo entonces lo más oportuno reclamar su desaparición. En fin, no encontramos utilidad alguna a la expresión *bien jurídico categorial* que merezca su fomento[690].

Que no nos adhiramos a las opiniones que contemplan las funciones públicas como bien jurídico categorial de los delitos del Título XIX, no excusa la comprobación de si aquéllas constituyen, al menos, rasgo, característica o denominador común de tales delitos; esto es, se trata de averiguar si las *funciones públicas*, con todo lo amplio y ambiguo de la expresión[691], ofrecen un marco satisfactorio en el que encuadrar coherentemente los concretos bienes jurídicos protegidos por las distintas figuras delictivas de este título, si son capaces de aglutinar de forma congruente esa realidad normativa que es el Título XIX. Al mismo tiempo, constataremos si la exigible congruencia se extiende también a su relación con otros preceptos del Código.

2.3.5.3. *Respuesta a estos interrogantes*

2.3.5.3.1. *Comprobación primera: referencia a delitos recogidos en el Título XIX*

A. *Actividades prohibidas a tutores, curadores y albaceas*

El art. 440 del Código penal castiga con penas que ahora no importan, entre otros sujetos, a los tutores, curadores o albaceas que se condujeren del modo previsto en el artículo anterior respecto de los bienes o cosas pertenecientes a sus pupilos o testamentarías. Se trata, pues, de una ley penal en blanco que se remite para la determinación de la acción prohibida a otra ley penal, el art. 439[692].

No resulta tarea sencilla, sin embargo, precisar el núcleo de la conducta típica de este último precepto[693]. Consiste ésta en aprovecharse de la circunstancia de tener que informar, por razón del cargo, en cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad, para forzar o facilitarse cualquier forma de participación, directa o por persona

[689] Con la consiguiente indeterminación típica que ello trae consigo.

[690] Restan también utilidad a la distinción entre bien jurídico categorial y bien jurídico específico, VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho Penal*, Parte Especial, 2.ª edición, pág. 28; y GRACIA MARTÍN, L., *Las «funciones del tributo»*, págs. 187 y 194, nota 52.

[691] Véase VALEIJE ÁLVAREZ, I., *Reflexiones*, págs. 460 y ss.

[692] Sobre las leyes penales en blanco, véase CEREZO MIR, J., *Curso...*, I, pág. 155.

[693] Intrincada la llamábamos en otro lugar de este trabajo; véase *supra*, epígrafe 2.2 I.

interpuesta, en tales negocios o actuaciones [694]. La autoridad o el funcionario público se sirve de una situación derivada de su cargo, como es la de tener que informar sobre un determinado contrato, operación o actividad, para obtener algún tipo de beneficio, sin que sea necesaria la consecución del mismo para la consumación del delito [695]. A esta conducta, pues, se remite el art. 440 del Código penal.

Después del necesario acomodo [696], el precepto en cuestión, por lo que a nosotros nos importa, prohíbe a tutores, curadores o albaceas aprovecharse de los deberes [697] y facultades que les asigna la ley respecto de los bienes pertenecientes a sus pupilos o testamentarías para forzar o facilitarse cualquier forma de participación en los negocios o actuaciones que tengan que ver con el cumplimiento de sus funciones, esto es, para obtener una ventaja personal [698].

a) *La tutela y la curatela*

La tutela, en líneas generales, es «la institución que sirve para la guarda, protección y representación de los menores no emancipados y de los incapacitados no sujetos a patria potestad, y para la administración de su patrimonio» [699]. Entre las funciones del tutor se encuentra, como queda patente en la definición transcrita, la gestión

[694] Véanse FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *Comentarios al Código penal*, pág. 1167; y MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *Comentarios a la Parte Especial*, 3.ª edición, págs. 1788 y 1789.

[695] Es ésta opinión mayoritaria en doctrina y jurisprudencia; véanse FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *Comentarios al Código penal*, pág. 1167; POLAINO NAVARRETE, M., *Curso de Derecho penal español*, págs. 435 y 436; MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *Comentarios a la Parte Especial*, 3.ª edición, pág. 1788; y las sentencias citadas en esta última obra.

[696] No tiene por qué tratarse ya de un funcionario público *que deba informar por razón de su cargo*.

[697] Hablamos de deberes porque los cargos de tutor y curador son obligatorios («las funciones tutelares constituyen un deber», reza el art. 216 del Código civil), aunque se admiten causas justificativas de la dispensa inicial o de la dimisión sucesiva; véanse al respecto SANCHO REBULLIDA, F. A. y RAMS ALBESA, J., *Elementos*..., IV, págs. 625 y 626; y ALBALADEJO GARCÍA, M., *Curso*..., IV, págs. 304, 305, 313 y 314. Con esto no estamos diciendo que el tutor y curador carezcan de derechos respecto de los sujetos a tutela y curatela; véanse CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español*..., V, vol. II, págs. 539-541; y PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derecho de Familia*, pág. 600. Por el contrario, el albaceazgo es cargo voluntario, el nombrado puede o no aceptarlo (art. 898 del Código civil). Ahora bien, una vez aceptado, se obliga a desempeñarlo, no pudiendo ser renunciado salvo por causa justa, cuya apreciación queda al prudente arbitrio del Juez (art. 899 del Código civil); véanse ALBALADEJO GARCÍA, M., *Curso*..., V, págs. 344 y 345; y DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema*..., IV, págs. 445 y 446.

[698] El mismo Código civil prohíbe a los que desempeñen algún cargo tutelar adquirir por compra, aunque sea en subasta pública o judicial, por sí ni por persona alguna intermedia, los bienes de la persona o personas que estén bajo su guarda o protección (art. 1.459. 1.º); esta misma prohibición alcanza a los albaceas en relación con los bienes confiados a su cargo (art. 1.459. 3.º).

[699] SANCHO REBULLIDA, F. A. y RAMS ALBESA, J., *Elementos*..., IV, pág. 616.

de los bienes del tutelado. Así lo determina expresamente el art. 270 del Código civil cuando dispone que el tutor único y, en su caso, el de los bienes es el administrador legal del patrimonio de los tutelados [700]. Podrá, por tanto, realizar, aunque en casos específicos necesite la previa autorización del juez [701], actos de disposición o de obligación que afectan a los bienes del sujeto a tutela, como comprar, vender, arrendar, permutar, etc. [702] En este contexto, es fácil pensar en un tutor que en una de estas actuaciones con marcado contenido patrimonial se aproveche de su posición para facilitarse cualquier tipo de participación que le reporte un beneficio económico [703]: habrá incurrido, entonces, en el delito del art. 440 del Código penal.

En la curatela se confiere a un sujeto la potestad de asistir en determinados actos a un menor emancipado, a un incapacitado o a un declarado pródigo [704]. El curador no representa a quien está sujeto a curatela, no tiene la potestad de poder actuar por sí solo en un asunto de la esfera jurídica de éste, como ocurre generalmente en la tutela; se limita fundamentalmente a asistir a determinadas personas descritas en la ley (arts. 286 y 287 del Código civil) en la realización de actos que jurídicamente son considerados especialmente graves e importantes [705]. Estos actos son, en el caso de emancipados y beneficiarios de la mayor edad (números 1.° y 2.° del art. 286 del Código civil), los que la ley determine [706], y, tratándose de incapacitados (art. 287) y declarados pródigos (núm. 3.° del art. 286), los que establezcan las sentencias de incapacitación (o

[700] La tutela se ejerce, con carácter general, por un solo tutor (art. 236 del Código civil). Sin embargo, en supuestos especiales, se separan como cargos distintos el de tutor de la persona y el de los bienes, en cuyo caso solamente éste último tendrá la administración legal del patrimonio del tutelado. Por ello el art. 270 del Código civil menciona, junto al tutor único, al tutor de los bienes; véanse SANCHO REBULLIDA, F. A. y RAMS ALBESA, J., *Elementos...*, IV, pág. 634; y DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Instituciones...*, I/1, pág. 157.

[701] Artículo 271 del Código civil.

[702] Véanse PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derecho de Familia*, págs. 588 y 589; y O'CALLAGHAN, X., *Compendio...*, IV, págs. 327 y 328.

[703] El propio Código civil, en su art. 221.3.°, prohíbe a quien desempeñe algún cargo tutelar «adquirir por título oneroso bienes del tutelado o transmitirle por su parte bienes por igual título».

[704] Véanse PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derecho de Familia*, págs. 595 y 596; O'CALLAGHAN, X., *Compendio...*, IV, págs. 331 y 332; y ALBALADEJO GARCÍA, M., *Curso...*, IV, pág. 329.

[705] Véanse DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Instituciones...*, I/1, pág. 164; y PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derecho de Familia*, págs. 596 y 597, que añade que «los actos jurídicos relativos a la esfera jurídica del sometido a curatela han de ser decididos y realizados por el sometido mismo, pero éste requiere, como complemento de su capacidad, la asistencia del curador, sin la cual los actos serían anulables».

[706] SANCHO REBULLIDA, F. A. y RAMS ALBESA, J., *Elementos...*, IV, pág. 644, hablan de tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor (arts. 323 y 324 del Código civil).

de modificación de la misma)[707] y de prodigalidad, respectivamente[708]. Aunque las condiciones quizás no sean tan propicias como en la tutela, el curador también puede, aprovechándose de esas funciones de asistencia al sometido a curatela, facilitarse alguna forma de participación de las que se incluyen y castigan en el art. 440 del Código penal.

Ambas instituciones —tutela y curatela—, en opinión de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, «aunque tienen su origen en un acto público (el nombramiento judicial), dan lugar a una relación jurídica de Derecho civil y a derechos subjetivos. Se confieren las potestades tutelares a determinados sujetos, no en cuanto servidores del Estado y para realizar intereses públicos conforme a las directrices oficiales, sino en cuanto personas privadas a las que, como tales, el Derecho amplía su esfera de autonomía para la realización de los propios fines personales (entre los que están no solo los individuales, sino también otros familiares y sociales)»[709]. Salvo supuestos específicos, como el recogido en el apartado 1 del art. 172 del Código civil (tutela administrativa de los menores desamparados)[710], según el cual la tutela de los menores en situación de desamparo corresponde, por ministerio de la Ley, a la entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de menores[711], puede mantenerse, como principio general, respecto de las instituciones tutelares en su conjunto, la caracterización de *oficio de derecho privado*[712]. Si esto es así, muchas de las conductas de tuto-

[707] Si la sentencia no los señala, se considera que la intervención del curador se extiende a los mismos actos en que los tutores necesitan, según el Código civil, autorización judicial (art. 290 del Código civil).

[708] Véanse ALBALADEJO GARCÍA, M., *Curso*..., IV, págs. 329 y 330; SANCHO REBULLIDA, F. A. y RAMS ALBESA, J., *Elementos*..., IV, págs. 644 y 645; y CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español*..., V, vol. II, págs. 550 y 552.

[709] PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derecho de Familia*, págs. 554 y 555, quien afirma que, si bien en estas figuras la intervención oficial es mayor que en la patria potestad, «el tutor (por ejemplo, el abuelo) no es un mero delegado del Juez o del Ministerio Fiscal, ni es un funcionario del Estado que haya de tener que decidir conforme a criterios oficiales», lo que evidencia la falta de armonía del art. 440 del Código penal con la rúbrica del capítulo IX, donde se alberga: «De las negociaciones y actividades prohibidas a los *funcionarios públicos* y de los abusos en el ejercicio de su función». Todo esto, con carácter general, pues el propio autor, en la pág. 555, nota 7, se refiere a un caso en el que la institución tutelar pasa a ser una función de Derecho público o un servicio público: la tutela sobre menores desamparados, a la que aludiremos seguidamente.

[710] Reformado por LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil; sobre esta tutela, puede verse SANCHO REBULLIDA, F. A. y RAMS ALBESA, J., *Elementos*..., IV, págs. 627 y 628.

[711] Aun así, el mismo Código civil, en el párrafo 2.º del art. 239, prefiere para el caso de menores desamparados la tutela ordinaria o privada; véase GIL RODRÍGUEZ, J., *Comentario*..., I, pág. 674.

[712] Así, GIL RODRÍGUEZ, J., *Comentario*..., I, pág. 674.

res y curadores castigadas en el art. 440 del Código penal se realizarán en un ámbito estrictamente privado, sin conexión alguna con las funciones públicas [713].

b) *El albaceazgo*

El Código civil español no recoge una definición de albacea. En la doctrina, se designa con este término a la persona nombrada por el testador para asegurar el cumplimiento de sus últimas voluntades [714].

Tienen los albaceas, en el ejercicio de su cargo, una serie de facultades. Como regla general, el Código civil establece en su art. 901 que éstas serán las que expresamente les haya conferido el testador, siempre que no sean contrarias a las leyes [715]. Entre ellas, cobran especial interés por lo que se refiere a la figura en estudio, las que tienen que ver con el patrimonio del causante. De este modo, el testador puede facultar al albacea a tomar posesión de sus bienes, pagar deudas, percibir las rentas y frutos, e incluso, enajenar bienes de la herencia [716].

En el caso de que el testador no determine especialmente las facultades de los albaceas, tendrán las señaladas en los artículos 902 y 903 del Código civil: disponer y pagar los sufragios y el funeral del testador, satisfacer los legados en metálico, tomar las precauciones necesarias para la conservación y custodia de los bienes [717], y promover la venta —condicionada, eso sí, a determinados requisitos [718]—, de bienes muebles e, incluso, inmuebles, entre otras.

[713] Así ya GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A., *El Código penal de 1870...*, Tomo IV, pág. 305; y OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *La prevaricación del funcionario público*, págs. 148 y 149. Actualmente, FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *Delitos contra la Administración pública*, pág. 1688; el mismo, *Comentarios al Código penal*, págs. 1167 y 1168.

[714] Véanse ALBALADEJO GARCÍA, M., *El albaceazgo*, pág. 20; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español...*, VI, vol. II, págs. 354-357; y DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema...*, IV, pág. 441.

[715] En opinión de CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español...*, VI, vol. II, pág. 395, siguiendo a Sánchez Román y Valverde, «(...) estas atribuciones, con tal que sean expresas y no contrarias a las leyes, pueden ser las mismas que tuviera el testador, desde el pago de deudas y legados hasta la formación de la partición y el apoderamiento de los bienes del testador para distribuirlos entre los herederos, no teniendo más limitaciones que la de no perjudicar la legítima de los herederos forzosos».

[716] Véanse CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español...*, VI, vol. II, págs. 395-400; y LACRUZ/SANCHO/RAMS, *Elementos...*, V, págs. 341 y 342. En cuanto a la venta de bienes hereditarios, mantienen DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema...*, IV, pág. 445, que «no será preciso el consentimiento de los herederos voluntarios (...), pero sí de los legitimarios».

[717] Podrá, por tanto, para cumplir estas funciones de conservación y custodia, realizar actos de administración *ordinaria*, como, por ejemplo, contratar reparaciones urgentes; véanse DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema...*, IV, pág. 444; y LACRUZ/SANCHO/RAMS, *Elementos...*, V, pág. 342.

[718] Art. 903 del Código civil. Sobre este precepto, véase PUIG FERRIOL, L., *Comentario...*, I, págs. 2201 y 2202; y ALBALADEJO GARCÍA, M., *Curso...*, V, págs. 356 y 357.

Se trate de facultades *ex testamento*, o de facultades legales, en ambos casos existe la posibilidad de que el albacea se sirva de ellas para obtener algún tipo de provecho, incurriendo de este modo en el delito del art. 440 del Código penal. Ahora bien, ¿qué tienen que ver estas conductas con las funciones públicas?, ¿cómo pueden verse éstas afectadas, en qué sentido, cuando un albacea se aprovecha de las facultades propias de su cargo para facilitarse cualquier tipo de participación, y así obtener un beneficio económico? El albaceazgo atiende a intereses privados, por lo que, tampoco aquí, alcanzamos a ver relación alguna con las funciones públicas.

c) *Resultado de la comprobación*

Lo anterior pone de manifiesto que no puede defenderse, de *lege data*, que las funciones públicas sean el rasgo o denominador común de todos los delitos del Título XIX. A través del art. 440 del Código penal se castigan, como hemos visto, muchas conductas que nada tienen que ver con aquéllas, sin relación o conexión con lo público, por lo que ni siquiera cumplen correctamente el más modesto papel de ser punto de referencia de todas las figuras de este título.

B. *Estafa o apropiación indebida cometida por autoridad o funcionario público abusando de su cargo*

El art. 438 del Código penal impone las penas previstas para los delitos de estafa o apropiación indebida, en su mitad superior, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años, a la autoridad o funcionario público que cometa tales delitos *abusando de su cargo*. Este último aspecto, el abuso del cargo en la comisión de la estafa o de la apropiación indebida, explica la tradicional ubicación de esta figura entre los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos [719] (art. 403 del Código penal anterior), hoy delitos contra la Administración pública.

Según la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, *abusar del cargo*, por lo que se refiere al art. 438 del Código penal [720] (anterior art. 403), supone un aprove-

[719] Véanse GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A., *El Código penal de 1870...*, Tomo IV, págs. 311 y 312; y CUELLO CALÓN, E., *Derecho penal*, Tomo II, P.E., vol. I, págs. 468 y 469.

[720] La razón de precisar que la opinión jurisprudencial sobre la expresión *abusar del cargo* va referida al art. 438, se encuentra en que la misma o semejantes dicciones utilizadas en otros artículos del Código penal han sido interpretadas por el Tribunal Supremo de un modo diferente. Véase si no el parecer de este Tribunal sobre la locución *abusando de su oficio* del art. 302 del Código penal anterior: «Por abuso de oficio debe entenderse la vulneración por la persona a quien jurídicamente le han sido asignadas unas funciones, de las normas reguladoras de las mismas, siendo diferente de la

chamiento de las facilidades que el cargo proporciona, un abuso de la condición de funcionario público que facilite la comisión de la estafa o de la apropiación indebida, siendo indiferente que al ejecutar estos delitos actúe dentro del estricto campo de las funciones que tiene encomendadas por su relación jurídico-funcionarial o fuera de ellas [721]. La sentencia de 29 de enero de 1999 (R. J. A. 952) resume el parecer del Tribunal Supremo con estas palabras: «(...) el tipo delictivo objeto de aplicación (...) no requiere que el acusado actúe en el ámbito estricto de sus funciones. Basta que sea funcionario público, que su actuación comprometa los intereses públicos y que se aproveche de su condición, de modo que su cargo le facilite la comisión de las infracciones patrimoniales enjuiciadas: es decir, se trata solamente de aprovechar su condición funcionarial para obtener un lucro empleando mecanismos semejantes a los que se describen en la estafa y en la apropiación indebida (...)». La interpretación que en estas sentencias hace el Tribunal Supremo de la expresión *abusando de su cargo* del art. 438, coincide, a nuestro modo de ver, con el sentido que el mismo Tribunal da a la circunstancia agravante de prevalerse del carácter público que tiene el culpable (art. 22.7.ª del Código penal) [722], por lo que, de acuerdo con ello, no sólo es posible mantener que la comisión de una estafa o una apropiación indebida por autoridad o funcionario público con *abuso del cargo* implica hacerlo *prevaliéndose de su carácter público*, sino también al revés, esto es, *prevalerse del carácter público* en la comisión de una estafa o apropiación indebida entraña un *abuso*

---

acción de prevalerse del carácter público que ostenta el sujeto activo (...) No basta ser funcionario para cometer esta clase de falsedad, sino que se requiere además el legítimo ejercicio de la función encomendada, pero actuada de manera desmedida e injusta, por adecuarse el acto falso a la función y no aquél personalmente a la cualidad personal del sujeto activo. (...) el acto, la expedición del documento falsario, tiene que corresponder a la competencia funcional propia y normal del funcionario, la mutación de la verdad tiene que realizarse dentro de la correspondiente actividad funcionarial y, por tanto, dentro de las tareas encomendadas al mismo» (sentencia de 7 de julio de 1994, R. J. A. 5880). En este sentido las sentencias de 9 de diciembre de 1975 (R. J. A. 4738), 5 de febrero de 1991 (R. J. A. 758), 29 de octubre de 1992 (R. J. A. 8609), 18 de noviembre de 1994 (R. J. A. 9021) y 25 de abril de 1995 (R. J. A. 2874).

[721] Véanse las sentencias del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 1990 (R. J. A. 3672), 3 de noviembre de 1993 (R. J. A. 8398), 4 de marzo de 1994 (R. J. A. 1772), 22 de febrero de 1995 (R. J. A. 1309) y 24 de enero de 1997 (R. J. A. 469).

[722] Prevalerse del carácter público que tiene el culpable consiste, según el Tribunal Supremo, en «(...) utilizar las ventajas que el cargo proporciona al servicio del propósito criminal, valerse de la función pública que se desempeña para unos intereses privados» (sentencia de 19 de julio de 1993, R. J. A. 6488), «(...) poner tal condición —la de funcionario público— al servicio de su propósito criminal, aprovechando las ventajas que el cargo le ofrece para ejecutar el hecho delictivo con mayor facilidad y menor riesgo (...)» (sentencia de 18 de mayo de 1993, R. J. A. 4171). En el mismo sentido, las sentencias de 30 de octubre de 1987 (R. J. A. 7635), 25 de octubre de 1988 (R. J. A. 8099), 2 de diciembre de 1997 (R. J. A. 8763), 17 de octubre de 1998 (R. J. A. 6875) y 22 de noviembre de 1999 (R. J. A. 8718).

del cargo por parte del funcionario[723], equiparación irrealizable si esta última expresión —*abuso del cargo*— se interpretara en el marco del art. 438 del Código penal en un sentido más restringido, es decir, exigiendo que la ejecución de la estafa o de la apropiación indebida se lleve a cabo en el ámbito estricto de las funciones públicas que el funcionario tiene encomendadas.

La doctrina científica, por su parte, no ha estudiado esta figura delictiva con mucho detenimiento. Aun así, se perfilan, en relación con la cuestión que nos ocupa, dos posturas bien distintas. La mayoría de los autores, en consonancia con la jurisprudencia, interpreta la expresión *abusando del cargo* del art. 438 del Código penal en un sentido amplio, haciéndola coincidir con la circunstancia agravante 7.ª del art. 22 del Código penal (*prevalerse del carácter público que tenga el culpable*)[724]. Por el contrario, los defensores de la postura minoritaria consideran que la relación entre esta circunstancia y el *abuso del cargo* es de género a especie, lo que supone, en palabras de RODRÍGUEZ DEVESA, que «si bien todo abuso del cargo por parte de un funcionario público es un prevalerse del carácter público que tenga el culpable, no siempre que se dé esta circunstancia habrá abuso del cargo»[725]: en resumidas cuentas, según este sector doctrinal, para poder aplicar el art. 438 del Código penal, la defraudación cometida por el funcionario público ha de realizarse en el *ejercicio de sus funciones*[726].

[723] Esto conlleva la imposibilidad de aplicar a un funcionario público un delito de estafa o de apropiación indebida con la agravante genérica de prevalerse del carácter público (art. 22.7.ª), pues tal solución quedará siempre desplazada por la aplicación del delito del art. 438 del Código penal. Si, en lugar de un delito, se trata de una falta de estafa o apropiación indebida, no entra en juego ya el art. 438 —éste se refiere a *delito* no a *falta*—, sino el art. 623.4 (falta de estafa o apropiación indebida) con la agravante del art. 22.7.ª (véase la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1989, R. J. A. 5231). No obstante lo dicho, existen dos sentencias que, en clara contradicción con la doctrina jurisprudencial posterior, condenan a los acusados por un delito continuado de estafa con la agravante de prevalerse del carácter público que tiene el culpable [sentencias del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1984 (R. J. A. 3553), donde se rechaza expresamente la aplicación del art. 403 del Código penal anterior (actual 438); y 6 de julio de 1990 (R. J. A. 6254), que ni siquiera menciona tal disposición].

[724] Véanse PUIG PEÑA, F., *Derecho Penal...*, III, págs. 477 y 478; POLAINO NAVARRETE, M., *Curso de Derecho penal español*, pág. 428; ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, X., *Fraudes y exacciones ilegales*, págs. 229 y 230; MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *Comentarios a la Parte Especial*, 3.ª edición, págs. 1784 y 1785; y MORALES GARCÍA, O., *Los delitos de malversación*, págs. 205 y 206.

[725] RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. y SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal español*, Parte especial, pág. 1199.

[726] Véanse LUZÓN DOMINGO, M., *Derecho Penal...*, I, págs. 413 y 414; y OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *La prevaricación del funcionario público*, pág. 149, que ante la disyuntiva de considerar el anterior art. 403 (actual 438) como una *especie* de estafa (o apropiación indebida), más gravemente castigada por la especial cualidad del sujeto (funcionario público) y la peculiar forma de comisión del hecho (abusando del cargo), o como un *delito sui generis*, opta por esta segunda alternativa por considerar que en tal precepto se castigan «determinadas conductas defraudatorias del funcionario público *en el ejercicio de su cargo* por lo que tienen de ataque a la función pública, aparte de conculcar valores patrimoniales (...)» (la cursiva es nuestra).

Se siga una u otra postura, se entienda el *abuso del cargo* en un sentido amplio o restringido, no creemos que el lugar más indicado para albergar la figura en estudio sea el Título XIX, entre los delitos contra la Administración pública [727].

Si uno se adhiere a la opinión mayoritaria en doctrina y jurisprudencia —abuso del cargo en sentido amplio—, habría que ir, incluso, más allá, y apostar, en aras de la economía legislativa, por la exclusión del articulado del Código penal de las conductas castigadas en el art. 438, a las que ya se hace frente satisfactoriamente con el delito de estafa o apropiación indebida y la circunstancia agravante 7.ª del art. 22 [728]. La referencia expresa de estos delitos en el Título XIX, con el añadido de que sean cometidos por autoridad o funcionario público abusando de su cargo, no hace variar el bien jurídico por ellos protegido. La mayor gravedad de la pena del art. 438 respecto de la estafa o apropiación indebida del Título XIII se debe, al igual que en la circunstancia agravante 7.ª del art. 22, a una mayor gravedad de lo injusto, concretamente del desvalor de la acción [729].

Si, por el contrario, se opta por la postura minoritaria, esto es, se exige que la estafa o apropiación indebida se realice por el funcionario en el ámbito estricto de sus funciones públicas [730], el delito del art. 438 debería quedar, asimismo, extramuros del Título XIX. Que la defraudación se ejecute *en el ejercicio de las funciones* propias del funcionario público, no obsta, a nuestro modo de ver, la consideración de que sea el patrimonio (la propiedad o el derecho al cumplimiento del débito, según los casos, en

[727] En este sentido, ya VIADA Y VILASECA, S., *Código Penal...*, II, pág. 691. Más recientemente, BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual*, pág. 380, escribe que «se trata de un delito ajeno a esta materia, en que lo fundamental es el aspecto patrimonial, la realización de la estafa o apropiación indebida y en que se trata simplemente de una agravación por el *abuso del cargo*». Las enmiendas 1.055 y 1.012 del Grupo Parlamentario de Coalición Canaria proponen, respectivamente, la supresión del art. 416 (actual art. 438), y la creación de una nueva sección (la 5.ª) en el capítulo VI (De las defraudaciones) del Título XII (Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico), donde se agraven todos los delitos del citado capítulo (por tanto, no sólo la estafa y la apropiación indebida) cuando son cometidos por autoridad o funcionario público abusando de su cargo (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, 6 de marzo de 1995, núm. 77-6, págs. 356 y 367).

[728] Véase la enmienda núm. 811 del Grupo Federal IU-IC solicitando la supresión del art. 416 (actual 438) con la siguiente motivación: «El precepto resulta totalmente innecesario puesto que los mismos efectos se consiguen aplicando la circunstancia agravante de prevalimiento del carácter público del culpable, que igualmente permitiría aplicar la pena en su mitad superior. En cuanto a la pena de inhabilitación, la comisión de tales delitos llevará consigo la separación del servicio como sanción disciplinaria».

[729] De esta opinión, en relación con la circunstancia de prevalerse del carácter público, CEREZO MIR, J., *Curso...*, II, págs. 396-398; y ALONSO ÁLAMO, M., *El sistema*, pág. 559.

[730] Tratándose de una apropiación indebida, muchos de estos supuestos constituirán ya un delito de malversación. Sobre la relación de este delito con el del art. 438 del Código penal, véase MORALES GARCÍA, O., *Los delitos de malversación*, págs. 202 y ss.

la apropiación indebida)[731] el bien jurídico preponderante, sin perjuicio de que también resulte afectada la función pública, afección que habría que precisar, y que ocupa, en todo caso, un segundo plano[732]. Por ello, es junto a las estafas y la apropiación indebida donde debería encontrar acomodo esta figura delictiva. En caso contrario, de defenderse la preponderancia del ataque a la función pública frente al del patrimonio, y, por tanto, la ubicación de la figura en el Título XIX del Código penal, habría que explicar por qué las torturas y otros atentados contra la integridad moral (arts. 174 y 175), el descubrimiento y revelación de secretos (art. 198), el tráfico de drogas (art. 369.8.º) o la receptación y otras conductas afines (art. 303), cometidos por autoridad o funcionario público *abusando, prevaliéndose o en el ejercicio de su cargo*, no encuentran cobijo en el citado título.

No vamos a negar la existencia de una cierta relación del delito del art. 438 del Código penal con las funciones públicas, más intensa si se entiende el *abuso del cargo* en un sentido restringido, exigua y desdibujada —pero existente— si se interpreta tal expresión de forma amplia. Con todo, las funciones públicas no ofrecen un marco satisfactorio en el que encuadrar la figura en estudio, el bien o bienes jurídicos por ella tutelados, un entorno coherente donde interpretar correctamente sus elementos fundamentales. Todo esto deberá precisarse básicamente haciendo abstracción de aquéllas, por lo que ni siquiera sirven de guía, de ayuda, de criterio en la interpretación.

2.3.5.3.2. *Comprobación segunda: relación con otros preceptos del Código*

Existen preceptos o grupos de preceptos en otros títulos del Código penal —fuera, por tanto, del Título XIX— donde se recogen delitos que afectan las funciones públicas de un modo no muy diferente a como ocurre en las infracciones de este último título.

A. *Delitos contra la Administración de Justicia*

El grupo más significativo se encuentra, a nuestro modo de ver, en el Título XX, bajo la rúbrica *Delitos contra la Administración de Justicia*[733]. Los tipos de prevarica-

[731] Véanse MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., *Nuevo enfoque*, págs. 217 y ss., especialmente la 226; y PÉREZ MANZANO, M., *Compendio*, págs. 440-443, 480 y 481.

[732] En contra, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *La prevaricación del funcionario público*, pág. 149, aunque no especifica cuál es el aspecto concreto de la función pública que resulta lesionado.

[733] Véanse MAGALDI, M. J. y GARCÍA ARÁN, M., *Los delitos contra la Administración de Justicia*, págs. 1124 y ss.; GARCÍA MIGUEL, M., *Los delitos contra la Administración de Justicia*, págs. 1111 y 1112; BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual*, pág. 355; y GONZÁLEZ RUS, J. J., *Curso de Derecho penal español*, págs. 454 y 456.

ción judicial (arts. 446 y ss.)[734], la acusación y denuncia falsas (art. 456)[735], la simulación de delito (art. 457)[736], el falso testimonio (arts. 458 y ss.)[737], la incomparecencia injustificada en proceso criminal (art. 463)[738], la destrucción, inutilización u ocultación de documentos o actuaciones del proceso (art. 465)[739] y el delito consistente en proporcionar la evasión a un condenado, preso o detenido, cometido por particular (art. 470) o funcionario público (art. 471)[740], entre otros delitos del mentado título, protegen bienes jurídicos estrechamente vinculados con la función jurisdiccional, y, por tanto, con una de las funciones públicas.

B. *El delito de desobediencia a la autoridad o sus agentes*

El art. 556 del Código penal castiga con la pena de prisión de seis meses a un año a los que desobedecieren gravemente a la autoridad o sus agentes en el ejercicio de sus funciones.

De acuerdo con la concepción tradicional de la jurisprudencia[741], esta figura delictiva, al igual que los otros delitos del actual capítulo II —De los atentados contra

[734] Véase GARCÍA ARÁN, M., *La prevaricación judicial*, págs. 51-54, 59 y ss., que mantiene en relación con el bien jurídico protegido por este delito que «(...) la función jurisdiccional, desempeñada por los jueces de un Estado de Derecho, es una actividad consistente en administrar justicia (...), siendo sus sujetos independientes, inamovibles y sometidos únicamente al imperio de la ley; tal actividad consiste exclusivamente en "juzgar y hacer ejecutar lo juzgado"» (117.4 CE), esto es, supone el ejercicio de una potestad, la jurisdiccional, que también de modo exclusivo se ejerce por los jueces y tribunales. En este sentido, el primer concepto de función jurisdiccional del que partíamos queda concretado como ejercicio exclusivo de la *potestad jurisdiccional*» (pág. 54).

[735] Véanse MAGALDI, M. J. y GARCÍA ARÁN, M., *Los delitos contra la Administración de Justicia*, págs. 1133 y 1134; MAGALDI PATERNOSTRO, M. J., *Aspectos esenciales de la acusación y denuncia falsa*, pág. 45; y DÍAZ PITA, M. M., *El delito de acusación y denuncia falsas*, págs. 40, 41 y 50.

[736] Véanse MARTÍN GONZÁLEZ, F., *Delitos contra la Administración de Justicia*, págs. 305 y 306; GONZÁLEZ RUS, J. J., *Curso de Derecho penal español*, pág. 504; y MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal*, Parte especial, 12.ª edición, pág. 908.

[737] Véanse MAGALDI PATERNOSTRO, M. J., *El falso testimonio*, págs. 32 y 33; BERNAL VALLS, J., *El falso testimonio*, págs. 33 y 34; y QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios a la Parte Especial*, pág. 1354.

[738] Véanse CANCIO MELIÁ, M., *Comentarios al Código penal*, pág. 1211; SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho Penal*, pág. 853; y BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., *De la obstrucción a la Justicia*, págs. 62 y 63.

[739] Véanse GONZÁLEZ RUS, J. J., *Curso de Derecho penal español*, págs. 541 y 542; GARCÍA ARÁN, M., *Obstrucción a la Justicia*, pág. 283; y BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., *De la obstrucción a la Justicia*, págs. 151-153 y 166.

[740] Véanse MAGALDI, M. J. y GARCÍA ARÁN, M., *Los delitos contra la Administración de Justicia*, pág. 1152; SALCEDO VELASCO, A., *El quebrantamiento de condena*, págs. 304 y 305; y GARCÍA ALBERO, R., *Comentarios a la Parte Especial*, pág. 1387.

[741] Véanse al respecto OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *El bien jurídico protegido*, págs. 123-127; y el mismo, *El interés protegido en atentados, desacatos y figuras afines*, págs. 105-109. Sobre la evolución posterior de la postura jurisprudencial, JUANATEY DORADO, C., *El delito de desobediencia a la autoridad*, págs. 36 y 37.

la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos, y de la resistencia y desobediencia—, del Título XXII —Delitos contra el orden público—[742], se dirige «a la preservación del principio de autoridad, la idea de subordinación, la posición relevante de autoridades y funcionarios, su situación privilegiada (entendiendo estos tipos como la consagración penal de una especie de fuero que diferencia la clase funcionarial del resto de los mortales)»[743]. Hoy en día, sin embargo, esta postura es incompatible con el Estado social y democrático de Derecho que se deriva de nuestra Constitución[744].

Cuando en la actualidad se estudia el bien jurídico protegido, en el delito de desobediencia funcionarial del art. 410 del Código penal, los principios de jerarquía y/o de competencia se sitúan en relación directa, están en función de un correcto funcionamiento de los poderes públicos, que deberá ser determinado en cada caso[745]. Esta es la forma de operar también en la desobediencia a la autoridad o sus agentes del art. 556. La desobediencia sólo es típica si éstos se encuentran *en el ejercicio de sus funciones*[746]. No se trata de proteger un deber de obediencia en sí mismo, la obediencia por la obediencia, o, si se quiere, la obediencia por provenir la orden de un sujeto revestido de una determinada cualidad —autoridad o sus agentes—, concepción manifiestamente contraria a la Constitución. Si se castiga la desobediencia es por afectar de alguna manera la concreta función pública que la autoridad o sus agentes están ejerciendo en el momento en que se incumple la orden o el mandato[747]. Es aquí, y no en rancias ideas de dignidad, poder de mando o autoridad, donde debe encontrarse la razón de este delito. Como correctamente expresa PRATS CANUT refiriéndose a los delitos del Capítulo II, Título XXII, del Código penal, «(...) en el marco constitucional que supone la Constitución española de 1978, deviene imposible seguir fundando la caracterización del bien jurídico en criterios de autoridad y jerarquía, y por el contrario debe de buscarse justamente en las necesidades propias de la función pública, como servicio a los ciudadanos, cuya alteración redunda en perjuicio de éstos, los cuales tienen el derecho a reclamar que la función pública se ejerza conforme a derecho, tanto

742 Capítulo VI, Título II, arts. 231 y ss. del Código penal de 1973.

743 OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *El bien jurídico protegido*, pág. 124.

744 Véase OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *El bien jurídico protegido*, págs. 131-133.

745 Véase *supra*, epígrafe 2.3.4.2.2. C.

746 Véase CEREZO MIR, J., *Problemas fundamentales*, pág. 250; CÓRDOBA RODA, J., *Comentarios...*, III, págs. 522-524; MESTRE LÓPEZ, J., *El delito de desobediencia*, págs. 30-33; y CASARES VILLANUEVA, M. L., *Atentado, resistencia y desobediencia a la autoridad*, pág. 187.

747 Ya hace años que Octavio de Toledo viene solicitando, con razón, la ubicación de esta figura entre aquel conjunto de delitos agrupados por suponer un ataque a las funciones públicas, como ocurriera en el Código penal de 1850 (cap. V, Tít. VIII, «De los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos»); véanse OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *El bien jurídico protegido*, págs. 133 y 134; el mismo, *El interés protegido en atentados, desacatos y figuras afines*, págs. 103, 112, 113, 115, 119, 120 y 126; y el mismo, *La prevaricación del funcionario público*, págs. 247 y 248.

por parte de los agentes como por parte de terceros que se relacionan con éstos, y ahí es donde cabe buscar la fundamentación de estos delitos» [748].

C. *Usurpación de funciones públicas*

Comete este delito, según el art. 402, el que ilegítimamente ejerciere actos propios de una autoridad o funcionario público atribuyéndose carácter oficial. El Código penal de 1995 recoge este precepto en el capítulo V del Título XVIII, dedicado a las falsedades, al igual que han venido haciendo todos los Códigos penales españoles anteriores [749], lo que no ha evitado que parte de la doctrina haya puesto en duda la idoneidad de tal ubicación [750].

La acción en el delito de usurpación de funciones públicas consiste en *ejercer actos propios de una autoridad o funcionario público atribuyéndose carácter oficial.* A pesar de que ha sido este último elemento —la atribución de carácter oficial, esto es, actuar el sujeto *como si* fuera el titular legítimo del cargo— [751], dato determinante del secular emplazamiento de esta figura entre las falsedades, el núcleo y esencia de la acción típica es el ejercicio por parte del sujeto activo de actos propios de una autoridad o funcionario público. La simple atribución de carácter oficial, el mero arrogarse la condición de una autoridad o funcionario público —elemento, no olvidemos, que «presta el carácter genuinamente propio de una falsedad personal» [752]— no constituye el delito en estudio [753]. Esto evidencia, a nuestro modo de ver, que lo que se pretende evitar realmente con el tipo en cuestión, no es que alguien se atribuya la condición de autoridad o funcionario público, sino, más bien, que un sujeto que no reúne las cualidades de una determinada autoridad o funcionario público realice actos propios de ellos,

[748] PRATS CANUT, J. M., *Comentarios a la Parte Especial*, pág. 1565. Véase también POLAINO NAVARRETE, M., *Curso de Derecho penal español*, pág. 846. Por su parte, VIVES ANTÓN, T. S. y CARBONELL MATEU, J. C., *Derecho Penal*, Parte Especial, pág. 847, si bien hablan de *dignidad funcional*, concluyen diciendo que en definitiva aparecen como delitos *contra el buen funcionamiento de los poderes públicos*.

[749] Véase ORTS GONZÁLEZ, M. D., *El delito de usurpación*, págs. 17 y ss.

[750] Véanse CASAS BARQUERO, E., *Reflexiones técnico-jurídicas sobre los delitos de falsedades*, pág. 1023; y RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. y SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal español*, Parte especial, pág. 1005.

[751] Véase ORTS GONZÁLEZ, M. D., *El delito de usurpación*, pág. 96.

[752] Así QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios a la Parte Especial*, pág. 1153.

[753] Otra cosa es que el sujeto se atribuya carácter oficial con la intención de ejercer actos propios de un funcionario público, y éstos no lleguen a realizarse porque, por ejemplo, es detenido; cabrá apreciar en este caso la tentativa. De esta opinión MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal*, Parte especial, 12.ª edición, pág. 674.

constituyendo la necesaria *atribución de carácter oficial* una limitación al tipo operada por el legislador por considerar que solamente de este modo, al ser la acción más peligrosa, aquel *realizar actos propios de un funcionario* merece respuesta penal, aunque de *lege ferenda* podría extenderse el tipo a la mera usurpación de funciones públicas sin ulteriores exigencias, como ocurre en el art. 347 del Código penal italiano [754]. No es de extrañar por ello que CASAS BARQUERO considere como bien jurídico tutelado por esta figura «el normal y legal desarrollo de las actividades de la Administración pública en el sentido amplio dentro de la esfera de competencia propia de cada órgano, y específicamente es la misma función pública la que resulta lesionada como consecuencia de la usurpación» [755].

D. *Resultado de la comprobación*

Nos preguntábamos en su momento si las *funciones públicas* eran capaces de ofrecer un marco satisfactorio en el que encuadrar coherentemente todos los delitos del Título XIX. La respuesta ha sido negativa, como hemos tenido oportunidad de ver. La incoherencia, sin embargo, no sólo es predicable del contenido del título, sino que se extiende a su relación con otros preceptos del Código. No sólo existen delitos dentro del Título XIX que nada tienen que ver con las funciones públicas, también hay figuras fuera de él que protegen bienes jurídicos en estrecha relación con ellas, y que, por tanto, podrían acomodarse en aquél con igual o mayor razón que otros delitos que en tal título se encuentran. Utilizando una locución manida pero muy gráfica: ni son todos los que están ni están todos los que son.

Vigente el Código penal de 1973, una de las muchas críticas esgrimidas contra el Título VII —«De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos»— se fundaba precisamente en la existencia bajo otras rúbricas del código, fuera, por tanto, de tal título, de delitos igualmente cometidos por funcionarios públicos [756].

[754] Véanse PETRAGNANI GELOSI, G., *Usurpazione di pubbliche funzioni*, págs. 164 y ss.; ANTOLISEI, F., *Manuale*, págs. 382-384; FIANDACA/MUSCO, E., *Diritto penale*, págs. 239 y 240; y SEMINARA, S., *Commentario...*, 3.ª edizione, págs. 903 y 904.

[755] CASAS BARQUERO, E., *Reflexiones técnico-jurídicas sobre los delitos de falsedades*, pág. 1083. Del mismo parecer BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual*, pág. 351; y SÁINZ DE ROBLES SANTA CECILIA, C., *Contribución*, págs. 252 y 253. Por su parte, ORTS GONZÁLEZ, M. D., *El delito de usurpación*, págs. 110-113, propugna un bien jurídico plural, integrado por dos elementos valorativos: *el correcto ejercicio de la función pública*, privativo de las modalidades falsarias de usurpación, y *la fe pública*, común a todas las figuras legales de falsedad, si bien reconoce que pocas nociones existen en Derecho penal tan difusas y discutibles como la de *fe pública*.

[756] Véase *supra*, epígrafe 2.1.

Se pedía que el criterio de agrupación no atendiera a la identidad del sujeto activo, sino al, más comúnmente aceptado, del bien jurídico. Pues bien, en el actual Código penal ha variado el criterio de sistematización, pero, en la nueva realidad legislativa, surge un problema semejante y con él la crítica: ¿cómo aplaudir un título —el XIX— donde, según opinión mayoritaria, las funciones públicas son consideradas bien jurídico categorial, cuando existen fuera de él delitos que protegen única o preferentemente aspectos o características de las mismas? Parte de la beligerancia usada con aquél ha de servir para atacar a éste.

2.4. Recapitulación

La necesaria modificación de la rúbrica del Título VII del Código penal de 1973 —«De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos»— por la actual del Título XIX —«Delitos contra la Administración pública»—, no ha supuesto una mejora significativa en la intitulación de este grupo de delitos. No podía ser de otra manera. La problemática de estos ilícitos no se resuelve con un mero cambio de rúbrica, un quitar de aquí esta figura y ponerla allá o con simples variaciones de matiz de alguno de los delitos. Procediendo así, sin una revisión profunda y meditada de esta materia, ni la casualidad hubiera hecho posible una rúbrica plausible, coherente con el contenido del Título y con otros delitos del Código.

Las rúbricas, ante todo, han de ofrecer claridad, han de significar —o, al menos, no entrar en contradicción con— lo que en una primera lectura parecen sugerir, deben acertar, como indica Casabó[757], en atender a las características principales de los delitos que agrupan. Pues bien, la del Título XIX, *Delitos contra la Administración pública*, no cumple satisfactoriamente estos humildes cometidos. Un estudio de las distintas figuras albergadas en este título pone de manifiesto que la *Administración pública* no es lo que parece ser, que el concepto de Administración pública que se infiere del Título XIX excede con creces lo que tal término parece sugerir. Sólo una interpretación autónoma del mismo logra maquillar una preocupante desconexión entre la rúbrica y su contenido, pero la misma necesidad de tal interpretación, que aleja su significado del que se le da en otras ramas del Ordenamiento jurídico, dice muy poco de la claridad de tal rúbrica y, por tanto, de su eficacia[758].

[757] Casabó Ruiz, J. R., *Introducción al estudio de los delitos de los funcionarios públicos*, pág. 196.

[758] Respecto de algunas figuras delictivas, ni siquiera sirve de indicio en la búsqueda de los bienes jurídicos por ellas tutelados. Sobre esta función atribuida a las rúbricas, véanse Molari, A., *La tutela penale*, págs. 164 y 165; Antolisei, F., *Il problema del bene giuridico*, pág. 119; Angioni, F., *Concetto di bene giuridico*, págs. 14 y 15; y Casabó Ruiz, J. R., *Introducción al estudio de los delitos de los funcionarios públicos*, pág. 195.

Con todo, esa adecuación del concepto de Administración pública al contenido del Título XIX no soluciona enteramente el problema. Por mucho que se dilate aquél no logra abarcar toda la realidad normativa de este título. Por otra parte, semejante ampliación hace difícil explicar razonablemente la existencia fuera del Título XIX de delitos que afectan a alguna de las funciones públicas, como es el caso de los recogidos en el título inmediatamente posterior dedicado a los delitos contra la Administración de Justicia.

Esta crítica al Título XIX no lleva aparejada, lamentablemente, la propuesta de una rúbrica mejor. De nada serviría aventurar una nueva intitulación si no va unida a una minuciosa revisión de estos delitos, reclamada, por lo demás, desde hace muchos años por un sector de la doctrina[759]. Pero esto no puede ni debe ser obra de un solo autor, mucho menos de un único trabajo. Han de reduplicarse los esfuerzos en remozar una materia que en muchas ocasiones se muestra falta de respuestas satisfactorias a la realidad política, económica, parlamentaria, etc., del momento. Con estas miras abordaremos el estudio del cohecho, concretamente del bien jurídico protegido por este delito.

[759] Véase OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *El interés protegido en atentados, desacatos y figuras afines*, págs. 127 y 128.

CAPÍTULO 3
EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE COHECHO

3.1. EVOLUCIÓN DOCTRINAL

La determinación del bien jurídico, fundamental en cualquier delito, es en el del cohecho especialmente compleja. Esto es debido, sin duda, a que este delito ha estado conformado en todo momento por diversas figuras delictivas, en España siempre en aumento con cada nueva regulación, hasta llegar al Código penal de 1995, su punto álgido en este sentido [1]. Conviene, por ello, recordar críticamente las posturas más relevantes que sobre esta materia han mantenido doctrina y jurisprudencia.

3.1.1. Deber de fidelidad y prestigio de la Administración pública

Al estudiar el bien jurídico protegido en el Título XIX del Código penal dejamos constancia de cómo el *deber del cargo*, entendido como deber subjetivo que tiene el funcionario público frente al Estado, era presentado por la vieja doctrina, en Alemania, Italia y España, como objeto protegido en los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos [2]. La vaguedad e indeterminación de tal postura permitía que sirviera para señalar, lo mismo el objeto de protección de todos los delitos del cargo, que de cada uno en particular, esto último con o sin ulteriores precisiones. De esta manera, el funcionario que acepta la entrega de una dádiva ofrecida por su condición pública también infringe el deber que lo ata al Estado, con palabras de GROIZARD,

[1] Se habla, por ejemplo, siguiendo la terminología más común, aunque equívoca en alguno de sus términos, de cohecho activo y pasivo, propio e impropio, antecedente y subsiguiente.

[2] Véanse los apartados 2.3.1.1.1, 2.3.2.2.1 y 2.3.3.1.1.

menoscaba «el interés que tiene el Estado de que todos sus agentes, en su esfera propia, cumplan con los deberes de su respectivo cargo» [3].

Para algunos autores, este genérico *deber del cargo* se *concreta* en un deber de fidelidad o lealtad del funcionario con el Estado, cuya infracción supone al mismo tiempo la lesión del prestigio de la Administración pública. En este sentido, afirma VENDITTI que «el Estado no puede, obviamente, tolerar un comportamiento de esta clase, que lesiona gravemente su interés en la fidelidad y honestidad de los funcionarios públicos y que difunde entre los ciudadanos la desconfianza en los poderes públicos, menoscabando su prestigio además de —con frecuencia— su recto funcionamiento (...)» [4]. Para otros autores, sin embargo, sólo la lesión del prestigio o decoro de la Administración pública es común a todas las figuras de cohecho, mientras que el deber de fidelidad sólo resulta traicionado en la corrupción propia, esto es, en aquella que tiene por objeto un acto contrario a los deberes del cargo [5].

No vamos a referirnos otra vez a las múltiples objeciones que se han propuesto desde distintos frentes en contra de tal posicionamiento [6]. Sirva, como muestra de todas ellas, el certero análisis de RAMPIONI, para quien «(...) el deber de fidelidad (...), en cuanto "deber", no constituye un "bien", pero se coloca para su protección; por consiguiente, cuando se sostiene que es violado el deber de fidelidad todavía no se ha dicho nada, porque queda aún por determinar el objeto protegido por el tipo (...); y, de forma análoga, se muestra demasiado genérica la referencia al "prestigio" de la administración pública, así como a la "confianza" que los ciudadanos ponen en ella: también aquí, en efecto, prestigio y confianza faltan solamente cuando resulta lesionado el verdadero objeto jurídico de los delitos de corrupción» [7].

[3] GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A., *El Código penal de 1870...*, Tomo IV, pág. 242. Resulta difícil mostrar una relación ordenada de los autores que pueden incluirse en este apartado, especialmente italianos, pues la terminología que utilizan es diversa y, en ocasiones, plural: deber (o deberes) del cargo u oficio, deber de fidelidad o lealtad, prestigio de la Administración pública, interés del Estado en el normal funcionamiento y prestigio de la Administración pública, etc.; véanse MANZINI, V., *Istituzioni*, págs. 73-75; SPINELLI, G., *I delitti contro la pubblica amministrazione*, págs. 602 y 606; PANNAIN, R., *I delitti dei pubblici ufficiali*, pág. 114; FONTÁN BALESTRA, C., *Tratado*, pág. 255; CÓRDOBA RODA, J., *El cohecho de funcionarios públicos*, págs. 175 y 176; y las sentencias del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1940 (R. J. A. 627), 30 de noviembre de 1971 (R. J. A. 5280), 5 de mayo de 1972 (R. J. A. 2035), 7 de octubre de 1993 (R. J. A. 8703), 29 de abril de 1995 (R. J. A. 2881) y 6 de noviembre de 1996 (R. J. A. 8051).

[4] VENDITTI, R., *Corruzione*, págs. 753-755.

[5] Véanse MAGGIORE, G., *Diritto penale...*, Parte speciale, págs. 154 y 159; y ANTOLISEI, F., *Manuale*, págs. 313 y 316.

[6] Véanse de nuevo los apartados 2.3.1.1.1, 2.3.2.2.1 y 2.3.3.1.1.

[7] RAMPIONI, R., *Bene giuridico*, págs. 296 y 297. En el mismo sentido, PAGLIARO, A., *La retribuzione indebita*, págs. 58 y 59; el mismo, *Principi di Diritto penale*, págs. 124 y 125. Igualmente críticos, MIRRI, M. B., *Corruzione propria e corruzione impropria*, pág. 431; MARRA, G., *Il delitto di corruzione*, pág. 1000; y MUSCO, E., *I delitti di corruzione*, págs. 31 y 32.

La observación realizada por los críticos de la teoría del deber del cargo relativa a su ineficacia en el delito de cohecho cometido por particular, en el sentido de que mal puede violar tal deber quien no se halla ligado con el Estado por una relación especial de carácter funcionarial, llevó a un sector de la doctrina española a defender distintos bienes jurídicos dependiendo de que el delito de cohecho fuese cometido por funcionario o por particular [8]. Así, cuando el sujeto activo es un funcionario público, resultaría lesionado el fiel desempeño de la función del cargo, el deber de fidelidad del funcionario; mientras que si se trata del cohecho cometido por particular, se atentaría contra el normal desarrollo de las funciones públicas que tiene encomendadas el conjunto general de los órganos estatales [9].

Este parecer minoritario, al seguir defendiendo para el cohecho de funcionario el *deber de fidelidad* como bien jurídico protegido, se hace merecedor de las objeciones más importantes planteadas al deber del cargo como objeto digno de protección penal [10]. Además, el atentado contra *el normal desarrollo de las funciones públicas*, aparte de su intolerable imprecisión, lejos de ser exclusivo del cohecho cometido por particular, parece más predicable del realizado por funcionario público, que es quien, en definitiva, participa del ejercicio de funciones públicas y, en su caso, se desvía de ellas a cambio de la dádiva proporcionada por el particular [11].

[8] Contribuyó a la aparición de tal postura el hecho de que se castigara, por vez primera en el Código penal de 1928, y no en el de 1944, como afirma algún autor, la conducta del funcionario consistente en la mera solicitud de una dádiva (art. 473, párrafo 4.º), y, por el lado del particular, el simple intento de corrupción (art. 473, párrafo 1.º), lo que condujo a parte de la doctrina a rechazar el carácter bilateral del delito de cohecho, pues ya no era necesario para su consumación el acuerdo entre funcionario y particular, y defender, en consecuencia, la autonomía del cohecho cometido por funcionario respecto del realizado por particular, y, con ella, la distinción de bienes jurídicos; véase la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1982 (R. J. A. 3588).

[9] Véanse CASAS BARQUERO, E., *Observaciones*, págs. 871, 872, 917 y 918, que añade al *fiel desempeño de la función*, la confianza que en el funcionario público se deposita por el Estado y por la propia sociedad en general; y al *normal desarrollo de las funciones públicas*, la dignidad del Estado y el prestigio social que en todo momento han de ostentar los entes públicos en el marco de la ordenación jurídica de la vida social; el mismo, *Tráfico de influencias*, pág. 169, nota 1; y QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Comentarios al Código Penal*, págs. 718 y 719. Partidario también de distintos bienes jurídicos respecto al Código penal uruguayo, CAMAÑO ROSA, A., *Cohecho y soborno*, págs. 297, 303, 304, 307 y 308.

[10] Véase OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito de cohecho*, pág. 91.

[11] Contrarios también a esta opinión minoritaria, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *La prevaricación del funcionario público*, pág. 252, nota 944; VALEIJE ÁLVAREZ, I., *Consideraciones sobre el bien jurídico protegido en el delito de cohecho*, págs. 329 y 330; y OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito de cohecho*, págs. 91-93.

3.1.2. La *«voluntad estatal»* como bien jurídico protegido

En los años 60, fundamentalmente a raíz de la monografía de Eberhard SCHMIDT sobre el delito de cohecho, se extendió en Alemania la idea de que el § 332 [12] del Código penal alemán castigaba el falseamiento de la voluntad del Estado mediante el incumplimiento de las obligaciones de sus órganos [13]. En el cohecho pasivo grave, que así se denominaba a este precepto con anterioridad a la reforma de 2 de marzo de 1974, el funcionario público acepta, solicita o se deja prometer regalos u otras ventajas por una acción que contiene una lesión de un deber del cargo o servicio. Con esta acción contraria al deber del cargo, el funcionario falsea la voluntad del Estado, pervierte lo conseguido por éste y empuja la acción pública hacia lo injusto [14].

Dentro de esta corriente, unánime en la valoración del § 332, existen diferentes puntos de vista en el entendimiento del § 331, tal y como ha puesto de manifiesto BAUMANN [15]. Desde posiciones minoritarias, se observa el § 331 como el tipo básico del § 332. Debido a que este último precepto no requiere el falseamiento efectivo de la voluntad estatal —el tipo no exige para su consumación que la acción contraria al deber del cargo se lleve a cabo realmente—, se ve en él un delito de peligro concreto, y en el § 331 un tipo de peligro abstracto [16]. La práctica constata que la venta de accio-

[12] La redacción de los §§ 331-333 del Código penal alemán antes de 1974 era la que sigue:

«331: El funcionario que acepta, solicita o se deja prometer regalos u otras ventajas por una acción correspondiente a su cargo en sí no contraria al deber, es castigado con pena de multa o privativa de libertad de hasta seis meses».

«332: I. El funcionario que acepta, solicita o se deja prometer regalos u otras ventajas por una acción que contiene una lesión de los deberes del cargo o servicio, es castigado por cohecho con pena privativa de libertad de uno a cinco años.

II. Si existen circunstancias atenuantes, tiene lugar la pena privativa de libertad de hasta cinco años».

«333: Quien ofrece, promete o da regalos u otras ventajas a un funcionario o miembro de la fuerza armada para determinarlo a una acción que contiene una lesión de los deberes del cargo o servicio, es castigado por cohecho con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa».

[13] SCHMIDT, E., *Die Bestechungstatbestände*, págs. 79-82 y 147-150. Ya antes, KAUFMANN, Arthur, *Fortsetzungszusammenhang*, págs. 375-377. Véanse también BAUMANN, J., *Bestechungstatbestände*, pág. 8, quien matiza que tal falseamiento se produce en el § 332 desde dentro (por el funcionario), y en el § 333 desde fuera (contra el cargo); BOCKELMANN, P., *Buchbesprechung*, pág. 257; y, más recientemente, DÖLLING, D., *Betrug und Bestechlichkeit*, pág. 574.

[14] Así, SCHMIDT, E., *Die Bestechungstatbestände*, págs. 148 y 149.

[15] BAUMANN, J., *Bestechungstatbestände*, págs. 8-12.

[16] Atribuye BAUMANN, J., *Bestechungstatbestände*, pág. 9, esta postura a Schröder en Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 10. Auflage, 1961, § 331, obra que no ha podido ser consultada. En contra, SCHMIDT, E., *Die Bestechungstatbestände*, págs. 147, 148 y 150; HENKEL, H., *Die Bestechlichkeit*, págs. 507 y 508; y BOCKELMANN, P., *Buchbesprechung*, págs. 251 y 257.

nes del cargo permitidas trae consigo la venta de acciones contrarias al deber del cargo, por lo que el § 331 se convierte, a menudo, en el primer peldaño del cohecho pasivo grave: el funcionario que actúa una vez en el sentido del § 331 se pone en peligro de tomar el camino de la auténtica corrupción [17]. Es éste, según la mencionada postura, el sentido que ha de darse a tal precepto.

Por el contrario, la opinión más extendida entre los autores que reconocen en el § 332 un falseamiento de la voluntad estatal, niega que entre este artículo y el § 331 exista una relación de especialidad [18]. Ambos preceptos albergan delitos autónomos, distintos, de modo que el llamado cohecho pasivo simple (§ 331) no puede entenderse como el tipo básico o grado previo del cohecho pasivo grave (§ 332), no representa éste *algo más* que aquél, sino otra cosa, *algo distinto* [19]. El contenido de lo injusto del cohecho pasivo simple se agota en la retribución de una acción del cargo, y el bien jurídico que se protege en esta figura delictiva no es otro que el carácter gratuito de las acciones del cargo [20].

En oposición del *falseamiento de la voluntad estatal* se han alzado en Alemania distintas voces, hasta el punto de que ya no puede tenerse por postura dominante. El § 331, argumenta SCHRÖDER, no es compatible con esta tesis, pues respecto a él, al no ser la acción del cargo contraria al deber, no puede tomarse en consideración un falseamiento de la voluntad del Estado [21]. Ni siquiera desde el entendimiento de que un funcionario que ya ha sido recompensado por una acción conforme al cargo se encuentra mejor dispuesto a la venta de acciones contrarias a los deberes del mismo, pues, advierte este autor, también comete este delito el funcionario que recibe el día de su jubilación un regalo como recompensa de acciones pretéritas acordes al deber del cargo, aunque nunca más tenga ocasión de dejarse corromper en la forma del § 332 [22].

[17] Véanse BINDING, K., *Lehrbuch*, pág. 731, siguiendo en este punto a Feuerbach; y GEERDS, F., *Über den Unrechtsgehalt der Bestechungsdelikte*, págs. 51 y 52.

[18] Véanse KAUFMANN, Arthur, *Fortsetzungszusammenhang*, pág. 376; y SCHMIDT, E., *Die Bestechungstatbestände*, pág. 81, nota 216 a.

[19] Véanse SCHMIDT, E., *Die Bestechungstatbestände*, págs. 114 y 147; BOCKELMANN, P., *Buchbesprechung*, pág. 257; HENKEL, H., *Die Bestechlichkeit*, págs. 507 y 508; y BAUMANN, J., *Bestechungstatbestände*, págs. 9 y 10, que no niega que la relación tipo básico/tipo agravado (§ 331/§ 332) sea lo más deseable desde un punto de vista político-criminal, pero inviable de *lege data*.

[20] Véanse BAUMANN, J., *Bestechungstatbestände*, págs. 7 y 8; y HENKEL, H., *Die Bestechlichkeit*, pág. 508. Por su parte, SCHMIDT, E., *Die Bestechungstatbestände*, pág. 149, considera complicado precisar el específico contenido de lo injusto del delito del § 331, quizás por ello, apunta, se ha puesto en duda muchas veces el carácter penal de la conducta que castiga.

[21] SCHRÖDER, H., *Das Rechtsgut der Bestechungsdelikte*, pág. 290. Así también, SCHÖNKE/SCHRÖDER/CRAMER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, § 331, n. m. 2 (pág. 2572); TRÖNDLE/FISCHER, *Strafgesetzbuch*, § 331, n. m. 3 (pág. 1963); y HAFT, F., *Strafrecht*, pág. 298.

[22] SCHRÖDER, H., *Das Rechtsgut der Bestechungsdelikte*, pág. 291.

Con todo, estas objeciones sólo afectan a quienes defienden la existencia de una relación de especialidad entre los §§ 331 y 332, por ver en el primero un delito de peligro abstracto, la antesala del falseamiento de la voluntad del Estado, pero nada ofrecen todavía que desvirtúe el pensamiento principal, esto es, que en el § 332 se castiga el falseamiento de la voluntad estatal, ni la estimación del § 331 como delito autónomo, encaminado a la protección de la gratuidad de las acciones del cargo.

Frente a lo que hemos denominado pensamiento principal, arguye SCHRÖDER que el hecho de que para la aplicación del § 332 no sea necesario ejecutar una acción contraria a los deberes del cargo, por un lado; la impunidad, con carácter general, de la realización de tales acciones cuando se encuentran desligadas de cualquier solicitud o aceptación de ventajas, por otro; y, finalmente, el castigo de estas conductas a través del § 331 respecto de acciones correspondientes al cargo no contrarias a los deberes del mismo, revelan claramente que el falseamiento de la voluntad del Estado no puede erigirse en la esencia de los delitos de cohecho, sino que ésta ha de encontrarse en la aceptación de regalos, común a las dos formas de cohecho pasivo [23].

Por su parte, LOOS, desde otra perspectiva, echa en falta en los partidarios de la postura en estudio una mayor precisión a la hora de explicar qué significa propiamente el falseamiento de la voluntad del Estado, qué intereses concretos resultan afectados cuando esto ocurre, y atribuye esta deficiencia sencillamente a la imposibilidad de tal precisión desde los presupuestos de que parten [24]. No puede negarse que a través de la realización de acciones relativas al cargo contrarias al deber, se crean «condiciones» desaprobadas por el ordenamiento jurídico (o dejan de producirse «condiciones» deseadas por el ordenamiento jurídico). Con ello parece estar satisfecho el concepto tradicional de bien jurídico, entendido como condición positivamente valorada [25]. Pero tal planteamiento conlleva a estimar que los delitos de cohecho protegen todos los objetos a los que la actividad administrativa pública toma en consideración, lo mismo las realizaciones más importantes de los objetivos del Estado, que las pequeñas irregularidades de algunas disposiciones administrativas, lo cual, concluye LOOS, resulta difícilmente explicable si atendemos a la pena que señala el § 332 [26].

[23] SCHRÖDER, H., *Das Rechtsgut der Bestechungsdelikte*, págs. 291 y 292. Señala, además, este autor que el peligro decisivo del § 332 no está en la determinación del funcionario a la perpetración de una acción contraria a los deberes del cargo, pues realiza igualmente el tipo cuando solicita o acepta regalos u otras ventajas por acciones contrarias al cargo ya ejecutadas. Véanse también SCHÖNKE/SCHRÖDER/CRAMER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, § 331, n. m. 2 (pág. 2572); y WELZEL, H., *Das Deutsche Strafrecht*, pág. 539.

[24] LOOS, F., *Zum «Rechtsgut» der Bestechungsdelikte*, págs. 884 y ss.

[25] LOOS, F., *Zum «Rechtsgut» der Bestechungsdelikte*, págs. 885 y 886.

[26] LOOS, F., *Zum «Rechtsgut» der Bestechungsdelikte*, pág. 886.

Finalmente, por lo que respecta al *carácter gratuito de las acciones del cargo*, se ha dicho, como argumento más común, que mal puede verse en ello el bien jurídico protegido por el delito regulado en el § 331, cuando una parte importante de las acciones del cargo están sometidas a retribución [27].

3.1.3. La confianza de la sociedad en la corrección de la actividad pública

El *acuerdo injusto* (relación prohibida, para algunos) entre funcionario y particular —en ocasiones llevado a término, en otras solamente pretendido— es, según opinión general en Alemania, la parte esencial de los tipos de cohecho [28]. A través de aquél se pone en peligro el crédito del aparato del Estado, la confianza de la sociedad en la imparcialidad de sus decisiones y, con ello, un valor que sostiene y garantiza la actividad del Estado. Cuando el funcionario acepta una recompensa por una acción del cargo que debe realizar gratuitamente, pone en peligro tal valor, y ello con independencia de si se trata de una acción contraria o conforme al deber [29]. El bien jurídico protegido por los distintos tipos de cohecho es, con palabras de JESCHECK, la confianza de la colectividad en la no venalidad de las acciones del cargo y en la imparcialidad de las decisiones de funcionarios y jueces [30].

[27] En este sentido, SCHRÖDER, H., *Das Rechtsgut der Bestechungsdelikte*, págs. 289 y 290; HAFT, F., *Strafrecht*, pág. 298; SCHÖNKE/SCHRÖDER/CRAMER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, § 331, n. m. 2 (pág. 2572); y GIANNITI, F., *Studi sulla corruzione*, págs. 166 y 167, nota 47. También SEMINARA, S., *Gli interessi tutelati*, págs. 959-961, rechaza esta postura por estar viciada de un exceso de indeterminación.

[28] Véanse JESCHECK, H-H., *Leipziger Kommentar*, vor § 331, n. m. 17 (págs. 480 y 481); SCHÖNKE/SCHRÖDER/CRAMER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, § 331, n. m. 3 (pág. 2572); WESSELS, J., *Strafrecht*, BT/1, n. m. 1058 (pág. 224); HAFT, F., *Strafrecht*, pág. 299; y SCHWIEGER, D., *Der Vorteilsbegriff*, pág. 211.

[29] Así, SCHRÖDER, H., *Das Rechtsgut der Bestechungsdelikte*, págs. 291, 292 y 297.

[30] JESCHECK, H-H., *Leipziger Kommentar*, vor § 331, n. m. 17 (pág. 480) y § 333, n. m. 1 (pág. 498). En parecidos términos, SCHMIDHÄUSER, E., *Strafrecht*, BT, 24, n. m. 4 (pág. 261); OTTO, H., *Grundkurs*, pág. 508; TRÖNDLE/FISCHER, *Strafgesetzbuch*, § 331, n. m. 3 (pág. 1963); HAFT, F., *Strafrecht*, págs. 298 y 299; RENGIER, R., *Strafrecht*, pág. 384; WESSELS, J., *Strafrecht*, BT/1, n. m. 1058 (pág. 224); y KREY, V., *Strafrecht*, pág. 184. En España, véase CEREZO MIR, J., *Los delitos de peligro abstracto*, pág. 746; y las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 1990 (R. J. A. 9413), 18 de enero de 1993 (R. J. A. 126), 6 de noviembre de 1993 (R. J. A. 8286), 11 de mayo de 1994 (R. J. A. 3687) y 16 de marzo de 1998 (R. J. A. 4082). Una parte de la doctrina alemana es contraria a una determinación unidimensional del objeto de protección, defendiendo un bien jurídico complejo: los §§ 331 y ss., según esta corriente, no sólo protegen la confianza de la colectividad en la imparcialidad de las decisiones públicas, sino que tratan de impedir el peligro de un falseamiento de la voluntad del Estado a través de acciones contrarias a los deberes del cargo; así, KÜHL, K., *Strafgesetzbuch*, § 331, n. m. 1 (pág. 1579); y BLEI, H., *Strafrecht II*, págs. 454-456. De forma semejante, SCHWIEGER, D., *Der Vorteilsbegriff*, págs. 90, 91 y 211.

Según esto, el § 332 del Código penal alemán se concibe como un supuesto agravado del § 331 [31]. El fundamento de la agravación se encuentra, no tanto en el peligro de un falseamiento de la voluntad del Estado, como en una mayor perturbación de la confianza de la opinión pública cuando por una recompensa el funcionario se compromete a realizar una acción contraria a los deberes del cargo [32]. Es irrelevante su voluntad real, que esté dispuesto efectivamente a llevar a cabo su compromiso, lo decisivo es el contenido objetivo de su manifestación y la seriedad que le imprima [33].

En otro lugar de este trabajo ya quedó constancia de los peligros que se derivan de una tal postura [34]. El recurso a la *confianza de la sociedad* suele ser muy socorrido en aquellos tipos que presentan especiales dificultades en la determinación del bien jurídico protegido. La coletilla que se añada a tal expresión estará en función de las figuras delictivas que quieran ser abarcadas por la misma. Así por ejemplo, si la confianza de la sociedad ha de ser en el *funcionamiento correcto de la actividad pública*, no habrá obstáculo para mantener que, además del delito de cohecho, una malversación de caudales públicos, una prevaricación funcionarial o una infidelidad en la custodia de documentos, entre otros delitos, también pueden perjudicar dicha confianza [35]. Peor aún, por esta vía puede verse legitimado el castigo penal del incumplimiento del deber del cargo más insignificante, pues tal incumplimiento supone asimismo una incorrección en el ejercicio de la función pública que puede dar lugar a la pérdida de la confianza de la sociedad en el funcionamiento correcto del servicio.

El nombramiento de una persona para el ejercicio de un determinado cargo público sin que en ella concurran los requisitos legalmente establecidos para ello, o la revelación por un funcionario público de secretos que conoce por el cargo que desempeña, perjudican, de ser públicamente conocidos estos hechos, la confianza de los ciudadanos en el funcionamiento correcto de la actividad pública. Por el contrario, la desarticulación sin muertes de un comando terrorista por los miembros de la fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, o la instrucción impecable de un juez que ha servido para

[31] Véanse SCHRÖDER, H., *Das Rechtsgut der Bestechungsdelikte*, pág. 292; SCHÖNKE/SCHRÖDER/CRAMER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, § 331, n. m. 3 (pág. 2572); y JESCHECK, H-H., *Leipziger Kommentar*, § 332, n. m. 1 (pág. 492). En la regulación alemana actual, lo mismo cabría decir del § 334 en relación con el § 333, donde se recogen las figuras de cohecho cometidas por particular.

[32] Véase SCHRÖDER, H., *Das Rechtsgut der Bestechungsdelikte*, pág. 292.

[33] Véanse SCHRÖDER, H., *Das Rechtsgut der Bestechungsdelikte*, pág. 297; y SCHÖNKE/SCHRÖDER/CRAMER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, § 331, n. m. 5 (pág. 2573).

[34] Véase el epígrafe 2.3.3.1.2. de este trabajo. También ARDIZZONE, S., *La proposta di semplificazione in tema di corruzione*, págs. 3 y 4.

[35] Se ha reprochado a esta postura que sea predicable de muchos de los ilícitos cometidos por los funcionarios públicos; véanse BAUMANN, J., *Bestechungstatbestände*, págs. 11 y 12; PAGLIARO, A., *Principi di Diritto penale*, pág. 125; y MIRRI, M. B., *Corruzione propria e corruzione impropria*, pág. 431.

encarcelar a un poderoso traficante de drogas, elevan dicha confianza. Que ésta aumente o disminuya está en función del comportamiento objeto de apreciación. ¿Por qué disminuye cuando la opinión pública conoce cualquiera de las dos primeras acciones? Un profano contestaría, porque son comportamientos incorrectos. Nosotros añadimos que son incorrectos, son delictivos, porque lesionan o ponen en peligro un bien jurídico. La confianza de los ciudadanos disminuye porque ambos comportamientos afectan a un bien jurídico [36]. En definitiva, utilizando un juego de palabras, no son incorrectos porque disminuyan la confianza de los ciudadanos, sino que disminuyen tal confianza porque son incorrectos. La alusión a la confianza nada dice todavía del bien jurídico protegido.

Esto puede trasladarse al delito de cohecho. Protege éste, según hemos visto, la *confianza de la colectividad en la no venalidad de las acciones del cargo y en la imparcialidad de las decisiones de funcionarios y jueces*, pero no se han preguntado sus defensores por qué esta confianza sufre una merma cuando un funcionario público recibe una retribución por una acción del cargo. La respuesta pone al intérprete en el camino correcto para la determinación del bien jurídico protegido. Para estos autores, prima la confianza de los ciudadanos en la no venalidad e imparcialidad de las acciones del cargo frente a la no venalidad e imparcialidad mismas. No importa tanto que no se vendan acciones del cargo o que no se realicen actuaciones parciales, de lo que se trata es de que no lleguen a conocimiento de la opinión pública para que no se vea afectada su confianza. Si tenemos en cuenta que muchas de estas acciones jamás llegan al conocimiento de los individuos de una sociedad, y que, por otro lado, una correcta manipulación informativa puede buscar y conseguir una desconfianza colectiva totalmente infundada [37], podemos hacernos una idea de la perversión a la que pueden conducir estos planteamientos.

Por otra parte, la pérdida de la confianza de los ciudadanos en la no venalidad e imparcialidad de la actividad pública, presupone su existencia. Perdida aquélla, no hay comportamiento corrupto, por grave que sea, que pueda afectarla, por lo que cualquier solicitud o aceptación de regalos como contraprestación por la realización de acciones del cargo debería quedar impune. La objeción no queda salvada diciendo que se trata de delitos de peligro abstracto, en los que, por tanto, no es necesaria la pérdida efectiva de la confianza, porque para que un bien pueda ponerse en peligro debe ser susceptible de ser lesionado, y no puede lesionarse si carece de existencia [38].

36 Véanse PAGLIARO, A., *Principi di Diritto penale*, pág. 125; y RAMPIONI, R., *Bene giuridico*, pág. 297.

37 Véase OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *La prevaricación del funcionario público*, pág. 268, nota 995.

38 Escribe GRACIA MARTÍN, L., *La infracción de deberes*, pág. 286, que «(...) los tipos de peligro tratan de contener a éste y su fin último no es otro que evitar la lesión. Ésta, salvo en los delitos de lesión por razones lógicas, siempre aparece de un modo próximo o remoto en la *ratio legis* de los

Finalmente, una cuestión que tiene que ver con la relación de los §§ 331 y 332 del Código penal alemán. Este último, según los defensores de la postura analizada, es un tipo agravado del primero. El fundamento de la agravación se encuentra, en opinión de SCHRÖDER, en un mayor quebranto de la confianza de la opinión pública cuando la contraprestación de la retribución es una acción contraria a los deberes del cargo [39]. Sin embargo, no acabamos de comprender en qué consiste este mayor quebranto. Si ambos delitos se conciben como tipos de peligro, esto es, si no exigen la lesión de la confianza de los ciudadanos ni, por tanto, el conocimiento por parte de estos del acuerdo injusto entre funcionario y particular, el mismo quebranto real producen las conductas de un precepto que las del otro. No consigue este autor explicar convincentemente el mayor castigo del § 332 respecto del § 331; para ello, más que al hecho de si la acción del cargo es contraria o conforme a los deberes del mismo, los tipos deberían haberse estructurado, sobre todo, en función de si la conducta ha sido o no conocida por la opinión pública, esto es, si la confianza de la colectividad se ha lesionado o sólo se ha puesto en peligro [40]. Pero no ocurre esto en la regulación alemana.

3.1.4. El correcto funcionamiento de la Administración pública

Las opiniones que a continuación expondremos tienen, ciertamente, puntos en común con la postura estudiada en el epígrafe anterior, pero sus peculiaridades aconsejan un tratamiento separado.

Con el castigo de las conductas tipificadas en los §§ 331 y ss. del Código penal alemán se pretende proteger la Administración pública de determinados peligros que amenazan su correcto funcionamiento [41]. Éste puede verse perjudicado, en primer lugar, *desde dentro*. Las relaciones entre corruptor y corrupto, explica LOOS, amenazan el orden interno, puesto que provocan el peligro de que los funcionarios públicos no se guíen según los objetivos de la organización a la que pertenecen. Se produce una confusión entre intereses privados y públicos, se desvanecen los límites entre la Administración y su entorno (el público), poniendo de ese modo en peligro la existencia del propio sistema. Esta amenaza interna puede caracterizarse como un menoscabo de la

tipos de peligro. La lesión del bien jurídico es, sin duda, la *ratio legis* inmediata del delito de peligro concreto. Éste es la *ratio legis* del delito de peligro abstracto, pero no puede negarse que en éstos también la lesión, si se quiere en un punto más remoto que el resultado de peligro, debe situarse en aquélla». Véase también GIL GIL, A., *Derecho penal internacional*, págs. 169 y 170.

39 SCHRÖDER, H., *Das Rechtsgut der Bestechungsdelikte*, pág. 292.

40 Como explica BAUMANN, J., *Bestechungstatbestände*, pág. 12, si se protegiera la *confianza* en los §§ 331 y ss., se aludiría de algún modo a ella en los particulares tipos.

41 Véase LOOS, F., *Zum «Rechtsgut» der Bestechungsdelikte*, págs. 889 y ss.

ética del cargo[42]. *Hacia fuera*, los supuestos de cohecho amenazan la confianza de la sociedad en la imparcialidad de las decisiones de la Administración, y con ello una de las condiciones necesarias para el funcionamiento de ésta: sin un mínimo de obediencia por parte de los ciudadanos, el administrar público se desmoronaría[43]. Sin embargo, la aceptación de ventajas por parte de un funcionario no tiene la capacidad por sí sola, salvo casos extremos, de afectar el funcionamiento de la Administración; éste sólo puede verse perjudicado de forma relevante y mensurable por la reiteración o proliferación de conductas corruptas, por lo que el cohecho se configura como un delito de peligro abstracto[44].

En España, se ha adherido recientemente a la postura de LOOS, OLAIZOLA NOGALES. Considera esta autora que el bien jurídico protegido en el delito de cohecho es el correcto funcionamiento de la Administración pública[45]. Se trata de un bien jurídico institucional, para cuya protección habrá que acudir a la técnica de los delitos de peligro abstracto. En efecto, un acto aislado de cohecho no afecta el funcionamiento de la Administración pública, su lesión o concreta puesta en peligro es difícilmente imaginable, por lo que se establecen bienes jurídicos intermedios cuya lesión permitirá afirmar la tipicidad de la conducta sin que sea preciso demostrar la perturbación del bien jurídico inmaterial mediatamente protegido[46]. Estos bienes jurídicos intermedios son

[42] LOOS, F., *Zum «Rechtsgut» der Bestechungsdelikte*, pág. 889.

[43] LOOS, F., *Zum «Rechtsgut» der Bestechungsdelikte*, págs. 889 y 890. De la misma opinión RUDOLPHI, H. J., *Systematischer Kommentar*, § 331, n. m. 4 (págs. 18 y 19), para quien el bien jurídico protegido por los distintos tipos de cohecho es la Institución de la Administración pública, y, ciertamente, no sólo en sus condiciones internas, sino también en sus condiciones externas de funcionamiento. En parecidos términos, MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, *Strafrecht*, BT, 78, n. m. 8 (pág. 265).

En Italia, se hace eco de esta postura SEMINARA, S., *Gli interessi tutelati*, págs. 974-978: en la aceptación de retribuciones indebidas relacionadas con el cumplimiento de actos (contrarios a los deberes) del cargo debe reconocerse un daño que se refiere, bien a la *credibilidad* de cada funcionario y a la posibilidad de fenómenos de repetición e imitación por parte de sus colegas del cargo, bien a la confianza de los ciudadanos en la efectividad de las valoraciones y elecciones realizadas por la Administración pública.

[44] Véanse LOOS, F., *Zum «Rechtsgut» der Bestechungsdelikte*, págs. 891 y 892; y RUDOLPHI, H. J., *Systematischer Kommentar*, § 331, n. m. 4 (pág. 19).

[45] OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito de cohecho*, pág. 111. Véanse también las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 1990 (R. J. A. 7650), 23 de febrero de 1993 (R. J. A. 1525), 24 de febrero de 1993 (R. J. A. 1531) y 26 de febrero de 1993 (R. J. A. 1550).

[46] OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito de cohecho*, págs. 62, 63, 102, 103 y 110. Sigue esta autora en este punto a RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Delitos de peligro*, págs. 299 y ss., que incluye el delito de cohecho pasivo en la categoría que denomina «delitos de peligro abstracto que protegen bienes jurídicos colectivos no reconducibles a bienes individuales». La lesión de estos bienes jurídicos es difícilmente imaginable, por lo que la técnica más adecuada es la de los delitos de peligro abstracto, a través de la tipificación de la afectación a un «bien intermedio con función representativa». En el cohecho, «(...) el bien jurídico inmaterial mediatamente protegido es el correcto funcionamiento de

las condiciones básicas necesarias para el correcto funcionamiento de la Administración, que, según la autora, «serán algunas referidas al ámbito interno de la Administración, es decir, el funcionario debe actuar conforme a determinados deberes de fidelidad y de integridad, porque lo contrario supondría un mal ejemplo para el resto de funcionarios y un grave peligro de contagio que acabaría perturbando el correcto funcionamiento de la Administración. Otras condiciones vienen referidas al ámbito externo. En este sentido es preciso que los ciudadanos confíen en la Administración, porque sin un mínimo de confianza y de docilidad por parte de los ciudadanos la Administración se paralizaría» [47].

En relación con estos pareceres, son necesarias algunas observaciones. En primer lugar, si se parte, como estos autores hacen, de que el bien jurídico protegido en el delito de cohecho es el correcto funcionamiento de la Administración pública, entendido éste como *la correcta prestación de servicios por parte de la Administración a los ciudadanos para garantizar su desarrollo y su participación* [48], no vemos razón suficiente para descartar de antemano la posibilidad de su lesión o concreta puesta en peligro, y, en consecuencia, configurar el cohecho como un delito de peligro abstracto. El funcionario público que solicita a un particular una cantidad de dinero para realizar un acto propio de su cargo que debería llevarse a cabo de forma gratuita (art. 425.1 del Código penal español), realiza una incorrecta prestación de su servicio, y, en este sentido, lesiona el bien jurídico protegido [49]. Pero es que, además, aun partiendo de la imposibilidad de lesionar o poner en peligro concreto el correcto funcionamiento de la Administración pública, desde el momento que, para su protección, se establecen *bienes jurídicos intermedios*, habrá que estar a éstos, y no al bien jurídico mediato,

---

la Administración pública, pero no se castiga la "lesión del buen funcionamiento de la Administración pública", sino el quebrantamiento de ciertos deberes de fidelidad e integridad de los funcionarios y la confianza en ellos depositada ("objeto representante")». En contra de esta postura AGUADO CORREA, T., *El principio de proporcionalidad*, págs. 354-356.

47 OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito de cohecho*, págs. 111 y 372. Como criterios para graduar las distintas formas de ataque a tales condiciones, apunta esta autora los de la mayor o menor responsabilidad del funcionario dentro de la organización de la Administración, la cuantía de la dádiva y la naturaleza del acto que se compromete a realizar el funcionario (págs. 104-107).

48 Así OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito de cohecho*, pág. 111.

49 Como explica GIL GIL, A., *Derecho penal internacional*, págs. 169 y 170, la opinión de los que mantienen que los bienes jurídicos no individuales de carácter abstracto no pueden ser lesionados o su lesión no puede ser comprobada, se deriva de una identificación del desvalor del resultado con el efecto sobre el objeto material. Considera esta autora que «la constatación de que determinados bienes jurídicos supraindividuales de naturaleza abstracta carecen de un objeto material sobre el que se pueda concretar un resultado que identifique su lesión no debe llevarnos necesariamente a afirmar, por tanto, que la mejor técnica de lucha contra los mismos es la de los delitos de peligro abstracto».

para determinar si se trata de un delito de lesión o un delito de peligro, y habría que inclinarse por la primera opción si, como OLAIZOLA[50] y RODRÍGUEZ MONTAÑÉS[51], se afirma expresamente la *lesión* del bien jurídico intermedio[52].

No es ésta, sin embargo, la cuestión que más nos importa discutir, sino la propia consideración de bien jurídico del *correcto funcionamiento de la Administración pública.*

Los preceptos del título XIX del Código penal, con carácter general, (también de otros títulos, como el XX) y los del Derecho disciplinario tienen entre sus fines el de contribuir a la mejor organización del servicio público[53]. Se aspira con ellos a que la Administración pública, en sentido amplio, funcione correctamente. Con los preceptos del Derecho penal, debido al carácter fragmentario y de *ultima ratio* de éste, no debe buscarse la perfección del funcionamiento, sino que éste alcance unos niveles aceptables de desarrollo. Con los del Derecho disciplinario, valga la expresión, se pretende hilar más fino, un mayor perfeccionamiento en la prestación a la comunidad de los servicios públicos. Todos ellos, insistimos, tienen la finalidad de que la Administración funcione correctamente dentro de las coordenadas de un Estado social y democrático de Derecho, convirtiéndose este objetivo en su razón de ser. El correcto funcionamiento de la Administración pública equivale, pues, a la satisfacción de determinadas necesidades e intereses individuales y colectivos, para cuyo logro se articulan una serie de instrumentos, los bienes jurídicos[54]. Una cosa es, por tanto, el bien jurídico protegido, y otra, la finalidad de esta protección. El correcto funcionamiento de la Administración pública no puede considerarse, por ello, objeto de tutela[55]. Los que así opinan hacen coincidir la finalidad perseguida, con el instrumento para alcanzarla, la *ratio legis* del precepto, con el bien jurídico que protege, concepción esta que no compartimos[56].

Por lo demás, la propia OLAIZOLA reconoce la amplitud y vaguedad del *correcto funcionamiento de la Administración pública* como bien jurídico protegido[57]. No tiene más fortuna, a nuestro modo de ver, cuando se refiere a los *bienes jurídicos intermedios,*

50 OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito de cohecho*, págs. 103 y 110.

51 RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Delitos de peligro*, págs. 302 y 303.

52 Admite la posibilidad de que los «delitos con bien jurídico intermedio espiritualizado» sean delitos de lesión, GIL GIL, A., *Derecho penal internacional*, págs. 172 y 173.

53 Así CEREZO MIR, J., *Curso...*, I, págs. 56 y 57.

54 Véase GRACIA MARTÍN, L., *Proyecto docente*, págs. 209 y ss.

55 Así también AGUADO CORREA, T., *El principio de proporcionalidad*, pág. 356; y RUEDA MARTÍN, M. A., *Reflexiones*, pág. 141.

56 Contrarios a la identificación de bien jurídico y *ratio legis*, CEREZO MIR, J., *Curso...*, I, pág. 14, nota 6; GRACIA MARTÍN, L., *Proyecto docente*, págs. 212 y 213; POLAINO NAVARRETE, M., *El bien jurídico en el Derecho penal*, págs. 159 y ss., 304 y ss.; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *El Derecho Penal ante el sexo*, pág. 105; y COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho Penal*, Parte General, págs. 320 y 321.

57 OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito de cohecho*, pág. 111.

o, lo que es lo mismo, a las condiciones básicas necesarias para el correcto funcionamiento de la Administración, pues alude a los deberes de fidelidad del funcionario y a la confianza y docilidad de los ciudadanos en y frente a la Administración [58], criterios que ya han sido desechados por las razones ofrecidas en páginas anteriores. En nuestra opinión, se puede llegar a legitimar por esta vía el castigo penal de la mera infracción de deberes, lo cual nos parece peligroso; bastaría con considerarlos *objetos representativos* de bienes jurídicos con un marcado déficit de certeza y concreción, o, incluso, como en el caso que nos ocupa, de categorías que ni siquiera tengan tal naturaleza.

3.1.5. La corrupción como compraventa de un acto del cargo

Un sector, a decir verdad minoritario, de la doctrina italiana defiende, en relación con su derecho positivo, que el delito de corrupción protege el interés público en que los actos de los funcionarios no sean objeto de compraventa privada, se trate de actos conformes o contrarios a los deberes del cargo, sean actos que el sujeto se comprometa a cumplir o ya haya realizado [59]. Las retribuciones privadas en la actuación de los funcionarios públicos acarrean graves consecuencias: «el funcionario, para cumplir el acto, aguardaría la retribución privada; y, en esta espera, podría demorar la realización del interés público unido al acto. Además, sería inducido a anteponer el cumplimiento de actos que interesan a particulares capaces de ofrecer mayores remuneraciones, al cumplimiento de actos que interesan a otros particulares. Finalmente, podría realizar incluso, si se retribuyen adecuadamente, actos contrarios a su deber del cargo» [60].

En contra de esta forma de entender el delito de corrupción, se ha observado que la noción de compraventa no puede caracterizar todas las formas de este delito. En opinión de SEMINARA, cuando la retribución es posterior a la realización del acto del cargo y no existe un acuerdo precedente, aunque es cierto que el funcionario se apro-

[58] OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito de cohecho*, pág. 372. Así también, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Delitos de peligro*, pág. 303.

[59] Véanse PAGLIARO, A., *La retribuzione indebita*, págs. 63 y 64; el mismo, *Principi di Diritto penale*, págs. 130 y 131; GROSSO, C. F., *Corruzione*, pág. 156; y PARODI GIUSINO, M., *I reati di pericolo*, pág. 303, nota 246. La sentencia del Tribunal Supremo español de 7 de diciembre de 1993 (R. J. A. 9940) llega a decir que el bien jurídico protegido en el delito de cohecho «(...) no es otra cosa que el trueque de un acto de servicio por una ventaja personal indebida».

[60] Véanse PAGLIARO, A., *La retribuzione indebita*, pág. 64; el mismo, *Principi di Diritto penale*, págs. 130 y 131. Contrariamente, SEMINARA, S., *Gli interessi tutelati*, págs. 967 y 968, pues considera que esta caracterización del delito de corrupción en relación con el peligro que se deriva para el posterior desarrollo de la actividad de los funcionarios públicos, parece corresponderse más con una normativa dirigida a sancionar exclusivamente la corrupción propia antecedente que con la disciplina vigente, que castiga la corrupción propia e impropia, antecedente y subsiguiente.

vecha indebidamente del ejercicio de su función, no puede decirse en rigor que sea objeto del tráfico ilícito algo que ya se ha realizado y no es susceptible de modificación [61]. Por otra parte, algún autor ha considerado que al fijarse la esencia del delito en la necesidad de impedir que los funcionarios se dejen motivar por beneficios no debidos, pierde consistencia la misma distinción entre corrupción propia e impropia, pues ambas suponen la violación de una misma prohibición (aceptar retribuciones privadas por la realización de actos del cargo) [62].

Con todo, la objeción más importante que cabe hacer a esta postura es que no aporta nada a la determinación del bien jurídico protegido en el delito de cohecho. No puede entenderse como tal el *interés público en que los actos de los funcionarios no sean objeto de compraventa privada*, de la misma manera que no aceptamos que en el delito de homicidio o en el de detenciones ilegales se proteja el interés en que no se mate o se encierre o detenga a una persona. Claro que existe un interés en que los funcionarios públicos no reciban compensaciones privadas por la realización de actos relativos al ejercicio de su cargo, pero con ello nada se ha dicho todavía sobre el objeto de tutela. Si hay interés en que no se mate o se detenga a *otro*, es porque con estas acciones se lesionan *la vida humana independiente* [63] y *la libertad de la persona para abandonar el lugar donde se encuentra* [64], bienes jurídicos protegidos por los delitos de homicidio y detenciones ilegales, respectivamente. Si hay interés en que los actos de los funcionarios públicos no sean objeto de compraventa privada, es, igualmente, por alguna razón. Dar con ella, esto es, encontrar el porqué de tal interés, supone dar respuesta a la cuestión del bien jurídico protegido. Pero de esto se desentiende la opinión que venimos refiriendo.

Además de todo esto, la postura de PAGLIARO es inviable en nuestro derecho positivo, pues la hace depender de la relación entre la aceptación de la retribución y la realización de un acto concreto del cargo, y en nuestra regulación se castiga también a la autoridad o funcionario público que admite regalos ofrecidos *en consideración a su función* (art. 426 del Código penal), con desvinculación, por tanto, de un acto concreto del cargo.

61 SEMINARA, S., *Gli interessi tutelati*, págs. 966 y 967. Véase también RAMPIONI, R., *Bene giuridico*, pág. 297.

62 Véanse SEMINARA, S., *Gli interessi tutelati*, pág. 967; y RAMPIONI, R., *Bene giuridico*, pág. 297.

63 Véase, por todos, GRACIA MARTÍN, L., *Comentarios*, págs. 27 y ss.

64 Véase DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *Comentarios*, págs. 714 y ss.

3.1.6. El principio de imparcialidad en el ejercicio de las funciones públicas

3.1.6.1. *Italia*

En el ámbito de la función administrativa, define TAGLIARINI la imparcialidad como el deber de la Administración pública de obrar en una posición de sustancial desapego respecto de los intereses privados, de clases o grupos, y distribuir con equidad beneficios y perjuicios que se derivan de la acción administrativa[65]. Por lo que respecta a la función jurisdiccional, el deber de imparcialidad se configura en opinión de este autor sobre dos extremos: el primero de ellos, característico de todo funcionario de la burocracia pública, alude al deber de no privilegiar en el ejercicio de sus funciones a ningún interés que sea extraño a los fines típicos del órgano del que es titular; el segundo, se refiere al ejercicio de la función específica de «juzgar» según un modelo riguroso de ecuanimidad y objetividad tal que evite que la dialéctica del proceso pueda ser alterada por elementos de juicio ajenos al caso concreto que se decida[66].

Así las cosas, tanto la corrupción propia como impropia, antecedente o subsiguiente, lesionan el deber de imparcialidad, pues todas estas figuras son manifestación clara de una posición de privilegio del particular respecto del interés público[67]. Si bien la corrupción propia (art. 319 del Código penal italiano) presenta un mayor menoscabo de la imparcialidad de la Administración pública, no es menos cierto que también la corrupción impropia (art. 318)[68], si se quiere por una vía más sutil, llega a implicar al

[65] TAGLIARINI, F., *Il concetto di pubblica amministrazione*, págs. 167 y 170. Véase el epígrafe 2.3.2.2.2. A. a) de este trabajo.

[66] Véanse TAGLIARINI, F., *Il concetto di pubblica amministrazione*, págs. 254 y 255; y nuestro epígrafe 2.3.2.2.2. A. c).

[67] TAGLIARINI, F., *Il concetto di pubblica amministrazione*, pág. 173. En contra de que la corrupción impropia subsiguiente lesione la imparcialidad de la Administración pública, MIRRI, M. B., *Corruzione propria e corruzione impropria*, págs. 442-444; STILE, A. M., *Amministrazione pubblica*, pág. 133; y MUSCO, E., *I delitti di corruzione*, pág. 36. Más lejos van GIANNITI, F., *Studi sulla corruzione*, págs. 75, 76, 166 y 167; y PARODI GIUSINO, M., *I reati di pericolo*, pág. 303, nota 246, que niegan que la corrupción impropia, sea antecedente o subsiguiente, afecte la imparcialidad.

[68] Creemos conveniente transcribir ambos preceptos tal y como estaban regulados cuando Tagliarini los tuvo en cuenta:

«318. Corrupción por un acto del cargo.- El funcionario público que por realizar un acto de su cargo recibe, por sí o por un tercero, en dinero u otra utilidad, una retribución que no le es debida, o acepta su promesa, será castigado con las penas de reclusión de hasta tres años y multa de 20.000 a 400.000 liras.

Si el funcionario público recibe la retribución por un acto del cargo ya realizado por él, las penas serán de hasta un año de reclusión y multa de hasta 120.000 liras.»

«319. Corrupción por un acto contrario a los deberes del cargo.- El funcionario público que por omitir o retrasar un acto de su cargo, o por ejecutar un acto contrario a los deberes del cargo,

órgano público en la persecución de fines ajenos al interés público, haciendo de aquél un órgano parcial; en algunas ocasiones, como es el caso de la corrupción subsiguiente (art. 318, párrafo 2.º), esta parcialidad no se manifiesta en relación con el acto concreto, sino con la realización de actos futuros, que ya no podrán tener la neutralidad que caracteriza a toda administración realmente imparcial[69]. En el ámbito de la fun-

---

recibe, por sí o por un tercero, dinero u otra utilidad, o bien acepta su promesa, será castigado con las penas de reclusión de dos a cinco años y multa de 120.000 a 800.000 liras.

La pena será aumentada si del hecho deriva:

1.º el otorgamiento de empleos públicos, estipendios, pensiones, distinciones, o la estipulación de contratos en los que esté interesada la administración de la que forma parte el funcionario público;

2.º el beneficio o daño de una parte en un proceso civil, penal o administrativo.

Se impondrán las penas de reclusión de seis a veinte años y multa no inferior a un millón de liras si del hecho deriva una sentencia de condena a prisión perpetua o reclusión. Se impondrá la pena de prisión perpetua si del hecho deriva una sentencia de condena a la pena de muerte.

Cuando el funcionario público reciba el dinero o la utilidad por haber procedido contra los deberes de su cargo, o por haber omitido o retrasado un acto del cargo, las penas serán de reclusión de uno a tres años y multa de 40.000 a 400.000 liras.»

Tras la reforma operada por la ley n. 86/90, de 26 de abril, estos preceptos quedaron de la siguiente manera:

«318. Corrupción por un acto del cargo.—El funcionario público que por realizar un acto de su cargo recibe, por sí o por un tercero, en dinero u otra utilidad, una retribución que no le es debida, o acepta su promesa, será castigado con la pena de reclusión de seis meses a tres años.

Si el funcionario público recibe la retribución por un acto del cargo ya realizado por él, la pena será de hasta un año de reclusión.

«319. Corrupción por un acto contrario a los deberes del cargo.- El funcionario público que, por omitir o retrasar o por haber omitido o retrasado un acto de su cargo, o bien por realizar o haber realizado un acto contrario a los deberes del cargo, recibe, por sí o por un tercero, dinero u otra utilidad, o acepta su promesa, será castigado con la pena de reclusión de dos a cinco años.»

«319bis. Circunstancias agravantes.- La pena será aumentada si el hecho a que se refiere el art. 319 tiene por objeto el otorgamiento de empleos públicos o estipendios o pensiones o la estipulación de contratos en los que esté interesada la administración a la que pertenece el funcionario público.»

«319ter. Corrupción en actos judiciales.—Si los hechos indicados en los artículos 318 y 319 son cometidos para favorecer o perjudicar a una parte en un proceso civil, penal o administrativo, se impondrá la pena de reclusión de tres a ocho años.

Si del hecho deriva la injusta condena de alguien a la pena de reclusión no superior a cinco años, la pena será de reclusión de cuatro a doce años; si deriva la injusta condena a la pena de reclusión superior a cinco años o prisión perpetua, la pena será de reclusión de seis a veinte años.»

[69] TAGLIARINI, F., *Il concetto di pubblica amministrazione*, págs. 171 y 172. Por su parte, MIRRI, M. B., *Corruzione propria e corruzione impropria*, pág. 441, teniendo presente que la promesa o la retribución deben estar en una relación estrecha e inmediata con el cumplimiento de un determinado acto, considera preferible evitar la referencia a *actos futuros* del funcionario público, que habiendo sido ya indebidamente retribuido por un acto del cargo podría dejar de ser neutral respecto a influen-

ción jurisdiccional, el deber de imparcialidad adquiere una particular importancia, prueba de ello es la mayor pena prevista para la corrupción propia cuando el funcionario público comete el hecho con ocasión de un proceso civil, penal o administrativo [70].

No es éste, sin embargo, el único bien jurídico que se protege en este delito. A juicio de TAGLIARINI, en la corrupción propia, y sólo en ésta, se tutela además el interés del Estado en el respeto de las competencias y poderes funcionales, y la buena marcha de las funciones administrativa y jurisdiccional [71].

La construcción de este autor se complica cuando se refiere a la función legislativa. Como los deberes de imparcialidad y buen funcionamiento no operan, según él, en relación con los parlamentarios [72], si admitimos la posibilidad de que éstos puedan ser sujeto activo del delito de corrupción, hemos de colegir que, al menos en este caso, el bien jurídico protegido no pueda ser ninguno de aquellos intereses. Así se manifiesta TAGLIARINI [73], que encuentra en el deber de probidad o de no venalidad el objeto de tutela. Ahora bien, su protección es restringida, pues sólo se castiga la corrupción de los parlamentarios cuando persigan beneficios patrimoniales en provecho propio o de terceros ajenos a las estructuras y a los fines del partido [74].

Las conclusiones a las que llega RAMPIONI en la investigación que realiza sobre esta materia tienen puntos en común con las de TAGLIARINI, pero sus divergencias obligan a un tratamiento separado.

---

cias externas. Es necesario considerar, según esta autora, que el funcionario público que recibe una retribución indebida, o su promesa, por cumplir un acto del cargo, se encuentra en una posición que ya no es imparcial respecto al particular y otros eventuales interesados: en efecto, no hay que tener en cuenta el resultado, en cuanto no es indispensable que el acto sea realizado, sino la conducta, que de por sí ya lesiona el interés en la imparcialidad de la Administración pública. Crítico con ambas posturas, SEMINARA, S., *Gli interessi tutelati*, págs. 963 y 964.

70 Se refiere TAGLIARINI, F., *Il concetto di pubblica amministrazione*, págs. 268-270, al art. 319, párrafo 2.°, núm. 2) del Código penal italiano vigente en el momento de escribir su monografía, en la actualidad art. 319 ter.

71 TAGLIARINI, F., *Il concetto di pubblica amministrazione*, págs. 153, 161, 170 y 267. De la misma opinión, MIRRI, M. B., *Corruzione propria e corruzione impropria*, págs. 439 y 440. Sobre el contenido de estos intereses, véanse nuestros epígrafes 2.3.2.2.2. A. a.)/2.3.2.2.2. A. c).

72 Véase el epígrafe 2.3.2.2.2. A. b). de este trabajo.

73 TAGLIARINI, F., *Il concetto di pubblica amministrazione*, págs. 216, 217, 220-223. Mantiene este autor que «si se acepta que tanto la corrupción propia como la impropia pueden lesionar el interés del Estado en la imparcialidad de los funcionarios públicos, tendiendo ambas formas de delito a vincular los destinos del órgano público a los intereses privados y, por consiguiente, a romper la neutralidad de la iniciativa pública, tal lesión no puede en concreto configurarse por parte de los parlamentarios, que, por las razones hasta aquí manifestadas, son institucionalmente medio entre intereses particulares y de grupo y elecciones político-legislativas pertenecientes a las cámaras, esto es, son por su naturaleza parciales».

74 Véase nuevamente el epígrafe 2.3.2.2.2. A. b).

En primer lugar, para aquel autor, la *imparcialidad* y la *buena marcha* de la Administración pública son caracteres exclusivos de la función administrativa, y nada tienen que ver, por tanto, con las funciones jurisdiccional y legislativa [75]. Aclarado esto, se centra en el estudio de aquella función, y exclusivamente a ella se refiere cuando dilucida el bien jurídico protegido en el delito de corrupción. Su indagación es, en este sentido, incompleta y fragmentaria, al igual que los resultados a los que llega, pues nada dice acerca de cuál es el objeto tutelado por los tipos recogidos en los artículos 318 y 319 del Código penal italiano cuando son cometidos por jueces o parlamentarios en relación con sus específicas funciones.

Puesta su atención, como decimos, en la función administrativa, considera que ambas figuras protegen la imparcialidad de la actividad administrativa. La corrupción propia ofende, además, la buena marcha de la administración [76]. Lo expresa RAMPIONI con estas palabras: «mientras la corrupción impropia (...) lesiona el interés en la imparcialidad de la actividad administrativa, que bien puede ser perjudicado por el comportamiento del funcionario público que no opera en una posición de sustancial desapego respecto de intereses privados, (...) la corrupción propia en todas sus formas de aparición perjudica también el bien de la buena marcha de la administración, valor-fin determinado constitucionalmente cuya lesión en el esquema del art. 319 del Código penal ofrece un contenido sustancial, penalmente relevante, en la todavía genérica contrariedad a los deberes funcionales del acto realizado o por realizarse por parte del funcionario público» [77].

No obstante, a juicio de RAMPIONI, estas consideraciones no son válidas para la corrupción impropia subsiguiente (art. 318, párrafo 2.°). Esta figura, no sólo no lesiona o pone en peligro la buena marcha de la administración pública —en este sentido, no se diferencia del párrafo 1.° de este mismo artículo—, sino que tampoco afecta a su imparcialidad, pues la relación entre *extraneus* e *intraneus* tiene lugar necesariamente con posterioridad a la realización imparcial del acto del cargo, por lo que estamos, concluye este autor, ante un tipo sin un verdadero contenido ofensivo [78].

3.1.6.2. *España*

Vigente todavía el Código penal de 1973, VALEIJE ÁLVAREZ, siguiendo a TAGLIARINI, destacó del principio de imparcialidad dos facetas distintas: por un lado, el deber de la

[75] Véase el epígrafe 2.3.2.2.2. B. b).

[76] RAMPIONI, R., *Bene giuridico*, págs. 297, 298, 304 y 305. En el epígrafe 2.3.2.2.2. B. b). damos cuenta del contenido que este autor otorga a tales valores.

[77] RAMPIONI, R., *Bene giuridico*, pág. 305.

[78] RAMPIONI, R., *Bene giuridico*, págs. 311-313.

Administración de obrar con una sustancial objetividad o indiferencia respecto de las interferencias de individuos o grupos de presión, y, por otro, el deber de la Administración de obrar de tal modo que la utilidad o el sacrificio derivado de la acción administrativa sea equitativamente distribuido en atención a los legítimos intereses de los ciudadanos, sin que surja, se cree o permanezca alguna posición de privilegio apoyada en la actividad de los poderes públicos [79].

En opinión de esta autora, todas las modalidades de cohecho responden a la protección del principio de imparcialidad de la actuación administrativa como medio para alcanzar una satisfacción igual y objetiva de los intereses generales; más concretamente, con el delito de cohecho se protege la primera de las facetas que acabamos de aludir [80].

Por lo que se deduce de su investigación, el cohecho pasivo propio (artículos 385 al 387 del Código penal anterior) y el cohecho pasivo impropio, en su modalidad de admitir dádiva o regalo que le fueren ofrecidos al funcionario público *para la consecución de un acto no prohibido legalmente* (art. 390), lesionan el principio de imparcialidad de la actuación administrativa. Con la otra forma de cohecho pasivo impropio, esto es, la de admitir dádiva o regalo que le fueren ofrecidos *en consideración a su función* (art. 390), se pone en peligro tal bien jurídico, pues, si bien no existe conexión alguna entre el regalo y un acto concreto del cargo que deba realizarse, el funcionario, al admitir una dádiva en consideración a su función, «(...) queda expuesto a no poder volver a mantener una sustancial posición de neutralidad e indiferencia especialmente frente a aquellos de quienes proviene el regalo, quedando expuesto a sufrir por parte de ellos influencias o peticiones que pueden entrar gravemente en colisión con los intereses colectivos» [81].

En el epígrafe siguiente expondremos las objeciones más relevantes que merece el principio de imparcialidad como bien jurídico protegido en el delito de cohecho, a

[79] VALEIJE ÁLVAREZ, I., *Consideraciones sobre el bien jurídico protegido en el delito de cohecho*, pág. 359; la misma, *El delito de cohecho*, pág. 30.

[80] VALEIJE ÁLVAREZ, I., *Consideraciones sobre el bien jurídico protegido en el delito de cohecho*, págs. 360 y ss. Véanse asimismo DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. y OLAIZOLA NOGALES, I., *La evolución legislativa*, pág. 3; MORALES GARCÍA, O., *Los delitos de malversación*, pág. 97; y las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 1996 (R. J. A. 797) y 16 de diciembre de 1998 (R. J. A. 10402).

[81] VALEIJE ÁLVAREZ, I., *Consideraciones sobre el bien jurídico protegido en el delito de cohecho*, págs. 362-368; la misma, *El delito de cohecho*, págs. 31-35. Véase también MORILLAS CUEVA, L. y PORTILLA CONTRERAS, G., *Los delitos de revelación de secretos, uso de información privilegiada, cohecho impropio y tráfico de influencias*, págs. 193, 194 y 223, para quienes todos los tipos del art. 390 del Código penal anterior son de peligro en relación con la imparcialidad. En contra, con razón, de la interpretación reseñada de Valeije, MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *Comentarios a la Parte Especial*, 3.ª edición, pág. 1731; y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, pág. 275, por corresponderse «(...) con una lectura voluntarista del precepto, en la que se toman en consideración circunstancias futuribles, que se presumen a raíz de una "actitud" del funcionario (aceptación de dádivas, sin estar condicionadas a la adopción de acto alguno), que no tiene necesariamente por qué corresponder al indicado "juicio de intenciones de futuro" del empleado público».

las que no permanece ajena la postura de VALEIJE. No obstante, conviene adelantar aquellas que más directamente afectan a su particular posicionamiento.

Esta autora, como se ha dicho, parte del concepto de imparcialidad de TAGLIARINI, pero lo hace parcialmente, pues acoge aquel que el autor italiano utiliza respecto de la función administrativa. Esto la lleva, al menos cuando estudia el bien jurídico protegido en el delito de cohecho, a circunscribirlo a la actuación administrativa [82], sin tener en cuenta que también en el ámbito de las funciones jurisdiccional —se deduce de la propia ley— y legislativa —la misma autora lo reconoce más tarde [83]— puede cometerse este delito. La ausencia de una aclaración al respecto hace que su postura resulte insuficiente para entender la complejidad del delito de cohecho.

Por otra parte, si todas las modalidades de cohecho pasivo propio y, dentro del cohecho pasivo impropio, la consistente en admitir dádiva o regalo ofrecidos *para la consecución de un acto no prohibido legalmente*, lesionan el principio de imparcialidad de la actuación administrativa, falta explicar por qué cada una de tales modalidades recibe un tratamiento penológico distinto. De la misma forma, si, como mantiene VALEIJE, el funcionario público que admite dádiva o regalo que le fueren ofrecidos *en consideración a su función*, pone en peligro el principio de imparcialidad, y aquel que realiza tal admisión *para la consecución de un acto no prohibido legalmente*, lo lesiona, debería explicarse cuál es la razón que condujo al legislador a castigar en el art. 390 del Código penal anterior con idéntica sanción ambos tipos penales.

Con la entrada en vigor del Código penal de 1995, quien más decididamente y con mayor esfuerzo ha defendido la imparcialidad como bien jurídico protegido en el delito de cohecho ha sido RODRÍGUEZ PUERTA [84]. Su enfoque de la cuestión, eso sí, no deja de ser, como veremos, peculiar.

En la determinación del bien jurídico protegido en este delito, comienza esta autora su análisis desde una perspectiva que ella misma denomina *apriorística*, desde la cual la imparcialidad, o, más exactamente, el respeto al principio de imparcialidad en el ejercicio de las funciones públicas, se presenta como una hipótesis de trabajo válida para tal determinación [85]. Reconoce sin problemas tal principio en relación con el ejer-

82 Así también, BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual*, pág. 374; y MORILLAS CUEVA, L., *Compendio*, pág. 808.

83 Véase VALEIJE ÁLVAREZ, I., *El delito de cohecho*, págs. 194 y 195, donde, al referirse al *acto relativo al ejercicio del cargo* de la descripción típica, que ella considera elemento normativo del tipo, admite que comete cohecho el parlamentario que solicita una cantidad de dinero por votar a favor o en contra de determinada disposición o por presentar un proyecto de ley.

84 RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, págs. 78 y ss., y 131 y ss.

85 RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, págs. 78 y 79, que razona tal proceder, primero, por ser el más satisfactorio para suscitar propuestas de *lege ferenda* en relación con la regulación del delito de cohecho, y segundo, porque la intervención del Derecho penal debería dirigirse a la protección de la función pública, conforme al modelo de Administración diseñado por la Constitución.

cicio de las actividades administrativa y judicial, que deduce por lo que respecta a la primera del art. 103.1 y 3 de la Constitución española [86], y en cuanto a la segunda, de su art. 117, concretamente del principio de independencia, del que se deriva el deber del juez de realizar su actividad eliminando cualquier clase de dependencia exterior, bien de poderes y entidades públicos, bien de entidades privadas o de particulares, aunque en este ámbito, a diferencia de lo que ocurre en la función administrativa, el principio de imparcialidad no viene reclamado por la idea de servicio a los intereses generales, sino por la necesaria y exclusiva dependencia de la ley en el ejercicio de la actividad jurisdiccional [87]. Por el contrario, la actividad parlamentaria, dentro de la que se incluye la función legislativa, y la actividad política del gobierno del Estado, Comunidades Autónomas y Municipios, son, por naturaleza, parciales, por lo que en relación con ellas no puede defenderse que sea el respeto al principio de imparcialidad el interés tutelado, aunque tales actividades se encuentran limitadas, eso sí, por la prohibición de la arbitrariedad (art. 9.3 de la Constitución), esto es, por la necesaria adecuación de su ejercicio a los fines constitucionales que justifican su existencia [88]. En conclusión, desde esta perspectiva *apriorística*, en opinión de RODRÍGUEZ PUERTA, «lo que propiamente se configura como objeto de tutela es el respeto al principio de imparcialidad, que vincula de un lado a los poderes públicos, en cuanto principio alumbrador del ejercicio de la actividad administrativa y judicial, y, circunscrita a la desviación del fin, a la actividad legislativa o política. El referido principio es proyectable también a los ciudadanos, en cuanto destinatarios de esa actividad pública, dado que la relación con estos últimos viene también limitada por el respeto a la Constitución y los principios en ella consagrados (art. 9.1 CE)» [89].

Una vez identificado el bien jurídico que *debería* protegerse en el delito de cohecho, se centra esta autora en comprobar su adecuación a la concreta realidad normativa que presenta el Código penal de 1995. El elemento común de las modalidades de cohecho recogidas en los artículos 419, 420, 421 —en las que el acto que el funciona-

[86] RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, págs. 68-70 y 80. Véase también MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *Comentarios a la Parte Especial*, 3.ª edición, pág. 1683.

[87] RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, págs. 72, 73, 80 y 81. Nótese, sin embargo, su estrecha vinculación con el principio de legalidad.

[88] Véase RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, págs. 74-77 y 81-83, que considera vulnerada tal adecuación —bien jurídico protegido, según ella, en el delito de cohecho por lo que respecta a tales actividades— cuando la actuación del funcionario público responda a motivaciones personales, a la obtención de un beneficio individual, pero no cuando se busque la financiación del partido político al que pertenece. Es partidaria esta autora de crear una modalidad específica de cohecho para los supuestos de actividades políticas, en forma parecida a como ha hecho el legislador alemán en el § 108 e StGB; sobre este precepto, véase SCHLÜCHTER, E., *Die Abgeordnetenbestechung*, págs. 464 y ss., en especial, 470 y 471.

[89] RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, pág. 83.

rio se compromete a realizar a cambio de la dádiva es injusto— y 425.1, en la forma de solicitar dádiva o presente o admitir ofrecimiento o promesa *para realizar un acto propio de su cargo* —en la que el acto contraprestación de la dádiva es, según ella, discrecional—, se encuentra en el acuerdo o intento de acuerdo entre funcionario y particular, cuya finalidad es obtener de aquél una decisión pública a través de la entrega o promesa de ventajas: cuando la contrapartida de la dádiva es un acto injusto o discrecional, el acuerdo entre ambos o su intento se dirige a interferir en el proceso de toma de decisión del funcionario [90]. Por ello, extrae RODRÍGUEZ PUERTA como primera conclusión que el interés jurídicamente tutelado en el delito de cohecho *es* el principio de imparcialidad u objetividad en el ejercicio de funciones públicas [91]. No obstante, la regulación actual del cohecho la obliga a realizar una serie de observaciones.

En primer lugar, ninguna de las dos modalidades recogidas en el art. 426 del Código penal afecta el principio de imparcialidad en el ejercicio de funciones públicas. La primera de ellas, consistente en admitir dádiva o regalo ofrecidos *en consideración a su función*, «porque la conculcación del referido principio requiere necesariamente que el funcionario se muestre dispuesto a resolver "parcialmente" un asunto determinado o determinable; circunstancia esta última ajena a la descripción de la conducta típica» [92]; la segunda, la admisión de dádivas o regalos ofrecidos *para la consecución de un acto no prohibido legalmente*, porque, si únicamente se incluye en ella, como hace la autora, la admisión de regalos ofrecidos al funcionario con la finalidad de obtener un acto de naturaleza reglada, el proceso de toma de decisión no puede verse influido o alterado por el acuerdo con el particular [93]. Lo que la lleva a excluir del ámbito propio del delito de cohecho ambos supuestos, llegando a afirmar que no integran auténticas modalidades de este delito [94].

[90] Véase RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, págs. 134 y 135. La distinta vinculación del funcionario y del particular al principio de imparcialidad, en el sentido de que no es a este último a quien corresponde adoptar una decisión pública de forma imparcial, sino que sólo está obligado a respetar los principios de funcionamiento propios de la institución con la que entabla relaciones, justifica, en opinión de la autora (pág. 137), un distinto tratamiento de sus conductas en el delito de cohecho. Así también MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *Comentarios a la Parte Especial*, 3.ª edición, págs. 1684 y 1685.

[91] RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, pág. 138.

[92] RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, pág. 138, conclusión que infiere del contenido que da al principio de imparcialidad (ausencia de interferencias en la adopción de decisiones públicas, que únicamente deben estar guiadas por los fines que legalmente justifican su desempeño), cuya operatividad como principio limitador de la actividad pública se encuentra condicionada a la adopción por parte del funcionario de una decisión pública.

[93] Véase RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, págs. 135, 136, 138 y 139.

[94] RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, págs. 136, 138, 273 y 274.

En segundo lugar, encuentra dificultades para interpretar con arreglo a este bien jurídico las distintas formas de cohecho subsiguiente (art. 425 apartado 1, *in fine*, y apartado 2), pues resulta imposible alterar el proceso de toma de decisión del funcionario público si éste solicita dádiva o presente o admite ofrecimiento o promesa como recompensa de un acto ya realizado [95], dificultad que cree superar limitando su aplicación a los supuestos en los que no ha podido probarse el acuerdo previo entre funcionario y particular [96].

Estas contrariedades, que RODRÍGUEZ PUERTA llama matizaciones, no impiden, a su juicio, concluir que es el principio de imparcialidad, entendido como ausencia de interferencias en el proceso de adopción de decisiones públicas, el bien jurídico protegido en el delito de cohecho [97]. La solicitud por autoridad o funcionario público de dádiva o presente o la admisión de ofrecimiento o promesa *para realizar un acto propio de su cargo* (art. 425.1, primer inciso) es, desde su enfoque, el tipo básico de este delito. Los artículos 419, 420 y 421 constituyen modalidades agravadas, pues además de lesionar el principio de imparcialidad, ponen en peligro otro de los principios sobre los que se cimenta la actividad pública: el de legalidad [98].

[95] Contrarios a que en el cohecho subsiguiente se proteja el principio de imparcialidad, PAGLIARO, A., *La retribuzione indebita*, pág. 61; el mismo, *Principi di Diritto penale*, págs. 127 y 128; SEMINARA, S., *Gli interessi tutelati*, págs. 964 y 965; y ORTS BERENGUER, E. y VALEIJE ÁLVAREZ, I., *Comentarios al Código Penal de 1995*, págs. 1810 y 1811.

[96] Véase RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, págs. 139, 282 y 283, que sólo incluye en el art. 425.2 del Código penal los supuestos en los que, pese a haberse producido un acuerdo entre funcionario y particular previo a la ejecución del acto, sólo ha quedado acreditada la entrega de la dádiva con posterioridad a tal ejecución, y únicamente para los casos en que el acto sea injusto, a lo sumo discrecional.

[97] RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, págs. 139 y 140.

[98] Véanse RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, págs. 140, 155 y ss.; y MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *Comentarios a la Parte Especial*, 3.ª edición, págs. 1690, 1704 y 1705. Por lo que respecta al art. 419 del Código penal, estima RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, págs. 233 y 234, que la *acción u omisión constitutiva de delito* para cuya realización se solicita o recibe la dádiva, se extiende a todos los delitos que pueden ser perpetrados en el ejercicio de funciones públicas. Si nos referimos a este concreto parecer es para poner de relieve que no todos los defensores del principio de imparcialidad como bien jurídico protegido en el delito de cohecho comulgan con él; así, LLABRÉS FUSTER, A. y TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., *La responsabilidad penal del miembro del Jurado*, pág. 114, excluyen del ámbito del cohecho el caso del miembro de un Jurado que solicita o recibe un presente para revelar el secreto de las deliberaciones, aunque éstas no hayan concluido o, finalizadas, no se haya leído todavía el veredicto, con el argumento de que «a pesar de que en tales supuestos podría verse cumplido el elemento típico que exige que el sujeto activo sea funcionario y que la conducta delictiva comprometida sea referible al "ejercicio de funciones", lo cierto es que, desde el punto de vista del bien jurídico protegido, *no parece que nos hallemos ante una violación o puesta en peligro del principio de imparcialidad*». La cursiva es nuestra.

3.1.6.3. *Crítica*

La aportación, actual y seria, de RODRÍGUEZ PUERTA en defensa del principio de imparcialidad como bien jurídico protegido en el delito de cohecho, deudora, por supuesto, de otras contribuciones semejantes, nos obliga a que esta crítica se dirija preferentemente a ella, sin perjuicio de que sea extensible, en alguno de sus contenidos, a las posturas de otros autores tratados.

Ya la perspectiva apriorística con que comienza esta autora, que no es sino una propuesta de *lege ferenda*, merece a nuestro modo de ver algún reparo. Porque a pesar de que ella misma reconoce en un primer momento que en relación con la actividad parlamentaria y con la actividad política del gobierno del Estado, Comunidades Autónomas y Municipios no puede defenderse como bien jurídico protegido el respeto al principio de imparcialidad, lo cierto es que esta afirmación inicial va diluyéndose progresivamente, hasta caer en el olvido cuando trata de adecuar tal bien jurídico a las diferentes modalidades de cohecho recogidas en nuestro Código penal, donde ya sin tapujos manifiesta que es el principio de imparcialidad el bien jurídico tutelado en el delito de cohecho [99]. Los parlamentarios, cuando ejercen sus funciones, están sometidos a la disciplina del partido político al que representan, y éste se debe a los intereses del grupo o clase que lo mantiene en el poder o apoya para conseguirlo. Si su actividad parlamentaria es claramente dependiente de los intereses y presiones de determinados grupos, clases o ciudadanos, y el principio de imparcialidad se define, básicamente, como *ausencia de interferencias en la toma de decisiones públicas* [100], es claro que tal principio nada tiene que ver con la esencia misma del ejercicio de esta actividad [101]. Y esto no queda desmentido por el hecho cierto de que al ejercicio de tal actividad también le sea aplicable la interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 de la Constitución), pues ésta, aunque se quiera ver una cierta relación, no coincide con la falta de imparcialidad [102]. Por tanto, una defensa coherente del principio de imparcialidad como

99 Véase RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, págs. 74-77, 81-83, y 131-143.

100 Véase RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, págs. 84, 138, 140 y 270.

101 Véase CUGAT MAURI, M., *La desviación del interés general*, págs. 221-225.

102 Así se expresa inicialmente Rodríguez Puerta, para quien la actividad parlamentaria o política es, por naturaleza, parcial, limitada por la prohibición de la arbitrariedad, que se verifica, según esta autora, cuando el fin perseguido es constitucionalmente ilícito o inadecuado, o cuando hay una desproporción entre el fin que se persigue y los medios establecidos para alcanzarlo. Sin embargo, poco a poco enmudece tal diferencia, se van conectando ambas, parcialidad y arbitrariedad, y uno tiene la impresión de que, a pesar de la distinción terminológica, llegan a confundirse en sus contenidos; véase si no, RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, pág. 83: «*lo que propiamente se configura como objeto de tutela es el respeto al principio de imparcialidad, que vincula de un lado a los poderes públicos, en cuanto principio alumbrador del ejercicio de la actividad administrativa y judicial, y, circunscrita a la desviación del fin, a la actividad legislativa o política*».

bien jurídico protegido en el delito de cohecho, debería excluir, sin miramientos, de este delito toda solicitud o aceptación de dádivas realizada por parlamentario que tenga como contrapartida un acto inherente a su función [103]. Si no se hace, lo acertado sería esforzarse en inquirir otro objeto de protección.

Tampoco creemos que opere correctamente RODRÍGUEZ PUERTA en la posterior comprobación de la *adecuación* —así se expresa ella— a la vigente regulación del delito de cohecho, del bien jurídico *principio de imparcialidad en el ejercicio de las funciones públicas*. Y no nos mostramos conformes porque, más que de una comprobación de si tal bien jurídico se adecua al actual delito de cohecho, se trata de una *imposición* del principio de imparcialidad como bien jurídico protegido en este delito. Luego de determinar el objeto de protección que según su parecer, y partiendo de los parámetros constitucionales, sería deseable fuese protegido por las distintas modalidades de cohecho, no realiza, como nos hace creer, un estudio sobre cuál es realmente el bien o bienes jurídicos que se deduce o deducen de los preceptos que, bajo la rúbrica *Del cohecho*, forman parte del Capítulo V, Título XIX, del Código penal, sino que impone su propuesta de *lege ferenda* en la interpretación de los tipos, y así sigue manteniendo como bien jurídico protegido *el principio de imparcialidad* a costa de negar la condición de modalidad de cohecho a los dos supuestos recogidos en el art. 426 [104], que

[103] La misma RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, págs. 81 y 82, excluye de este delito los acuerdos realizados por miembros del poder legislativo dirigidos a obtener financiación para su formación política, «al no resultar lesivos para el principio de imparcialidad». Sin embargo, olvida tal razonamiento cuando incluye en el cohecho aquellos casos en los que el acuerdo se dirige a la obtención de un beneficio personal, con el argumento de que en estos supuestos no existe una adecuación del ejercicio de su función parlamentaria con los fines que justifican su existencia. ¿Acaso existe tal adecuación cuando un diputado se compromete a votar en un determinado sentido, en una sesión parlamentaria, a cambio de sumas importantes de dinero que irán a parar a las arcas de un partido, con las que se pagará aberrantes campañas electorales, abogados defensores de militantes procesados por delitos graves u otros gastos semejantes?

Por otra parte, expresa Rodríguez Puerta, para justificar el castigo por cohecho, que «(...) cuando el acuerdo entre funcionario y particular versa sobre una cuestión o decisión política, el funcionario público que solicita o acepta una ventaja está instrumentalizando su cargo con la finalidad de obtener un beneficio personal, y de ese modo lesionando gravemente la función que a él le está encomendada, al actuar llevado por intereses personales, ajenos a los electorales o políticos» (pág. 85), pero, por otro lado, niega que sean modalidades de cohecho cualquiera de las comprendidas en el art. 426 del Código penal debido a que el principio de imparcialidad no queda cercenado ni siquiera puesto en peligro, sin perjuicio de que esta clase de comportamientos, dice, merezcan reproche penal por otros motivos, que no son otros que «(...) la instrumentalización del cargo o las funciones para la obtención de un beneficio económico» (pág. 136). Ambas opiniones no dejan de albergar una cierta contradicción.

[104] Supuestos que tradicionalmente han venido formando parte de los capítulos dedicados al delito de cohecho, tal y como ocurre en la actualidad.

evidentemente ni lesionan ni ponen en peligro este bien jurídico [105], y de realizar exégesis —como la del art. 425 apartado 1, *in fine*, y apartado 2— de dudosa constitucionalidad [106]. ¡No será otro, acaso, el bien jurídico realmente protegido! [107]

Por otra parte, no queda claro en su trabajo un aspecto tan importante como el de cuándo resulta lesionado el principio de imparcialidad. En un primer momento, la lesión o puesta en peligro del principio de imparcialidad parece hacerse depender del sujeto activo del delito, de tal forma que el cohecho cometido por funcionario público, también llamado cohecho pasivo, lesiona tal principio, «(...) ya que el empleado público que actúa de ese modo se coloca, desde el momento en que solicita o recibe la ventaja, en una posición parcial respecto a la persona con la que ha entablado contactos, y también respecto al resto de los ciudadanos», mientras que el cometido por particular (cohecho activo) alcanza meramente a ponerlo en peligro, pues sobre éste «(...) no pesa la obligación de resolver con imparcialidad, sino tan solo la de dirigirse a la Administración para formular sus pretensiones sin interferir en la toma de decisiones, utilizando los cauces lícitos para su obtención, entre los que no se encuentra la oferta o entrega de una ventaja» [108]. Posteriormente, por el contrario, es la modalidad de conducta típica lo que se presenta como criterio clave para determinar la lesión o puesta en peligro del bien jurídico. De este modo, al establecer en el *acuerdo de voluntades* entre funcionario y particular el momento en que se produce la lesión del principio de imparcialidad [109], la *solicitud* de una dádiva o presente por parte del funcionario, como no requiere un tal acuerdo, pone en peligro este bien jurídico, en cambio la *recepción* de dádiva o presente y la *aceptación* de ofrecimiento o promesa, al demandar la previa o simultánea obtención del acuerdo, supone su lesión [110]. Este criterio, sin embargo, es

105 Así OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *Derecho penal, Poderes públicos y negocios*, pág. 872.

106 Véase el epígrafe 3.2.1.2. de este trabajo.

107 El proceder de la autora sorprende más, si cabe, pues ella misma advierte que «(...) aunque por regla general suelan coincidir fundamentalmente ambas perspectivas, es posible que no se correspondan, de modo que la concreta realidad normativa se aleje substancialmente del que debería ser el objeto jurídico tutelado. Esto es, que identificado en abstracto el interés merecedor de tutela en un concreto ámbito o sector de la realidad, éste no coincida con el interés que se deduce de los preceptos que se ocupan de esa materia»; véase RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, pág. 131, nota 2. Es lo que ocurre, ni más ni menos, con la materia que estudia. Especialmente claro al respecto se muestra STILE, A. M., *Amministrazione pubblica*, págs. 132 y 133.

108 Véase RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, pág. 84.

109 No obstante, en otro de sus trabajos, RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *La responsabilidad del particular*, pág. 191, no lo tiene tan claro, pues expresa que «es en el «momento de la negociación», cuando efectivamente se logra lesionar *o poner en peligro* el bien jurídico protegido en el delito de cohecho». La cursiva es nuestra.

110 Véase RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, págs. 108, 134, 175, 177 y 178. Considera esta autora que la novedosa configuración del delito de cohecho cometido por particular (art. 423 del Código penal) se explica, entre otros motivos, por la distinta vinculación del funcionario y del particular al principio de imparcialidad (pág. 137). Sin embargo, ¿cómo explicar desde esta

desatendido cuando RODRÍGUEZ PUERTA explica las relaciones entre los diversos tipos de cohecho con base en el bien jurídico protegido, pues estima que las modalidades agravadas de este delito (artículos 419, 420 y 421 del Código penal) lesionan todas ellas el principio de imparcialidad, con independencia, esta vez, de la concreta acción típica —solicitar, recibir o aceptar— que realice el sujeto activo [111]. Creemos por nuestra parte que de seguirse la postura de los que defienden el principio de imparcialidad como bien jurídico protegido en el delito de cohecho, debería establecerse el momento de su lesión, no en el acuerdo de voluntades entre empleado público y particular, sino en la realización por parte del funcionario de la conducta contrapartida de la dádiva, pues la Constitución española en su art. 103.3 establece que «la ley regulará (...) las garantías *para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones*», vinculando la imparcialidad, no tanto al proceso mental en la adopción de decisiones, sino, sobre todo, al momento culminante del mismo, esto es, al ejercicio efectivo de la función [112]. De esta manera, la *solicitud* o *recepción* de dádiva o presente y la *aceptación* de ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio del cargo una acción u omisión constitutivas de delito (art. 419), para ejecutar un acto injusto relativo al ejercicio del cargo que no constituya delito (art. 420), con el objeto de abstenerse de un acto que debiera practicarse en el ejercicio del cargo (art. 421) o para realizar un acto propio del cargo (art. 425.1, primer inciso) no alcanzarían el nivel de la lesión [113].

Finalmente, una última reflexión en torno a esta categórica afirmación de RODRÍGUEZ PUERTA: «siempre que el objeto del acuerdo sea un acto discrecional, el principio de imparcialidad quedará conculcado, con independencia de que éste resulte objetivamente conforme a Derecho o contrario al ordenamiento jurídico» [114].

Cuando el objeto del cohecho es un acto de naturaleza reglada no se lesiona ni se pone en peligro, según esta autora, el principio de imparcialidad, pues el proceso de toma de decisión no puede verse alterado por el acuerdo con el particular, debido a que la decisión es obligatoria y su contenido no puede ser configurado libremente por la Administración sino que ha de limitarse a lo que la propia ley ha previsto de modo preciso y completo [115]. La situación cambia en relación con los actos discrecionales. En ellos, el

---

distinta vinculación al bien jurídico que al particular que ofrece al funcionario una dádiva sin que éste la acepte, por tanto sin acuerdo de voluntades y en consecuencia sin lesión del bien jurídico, se le castigue con la misma pena de prisión y multa que al funcionario (art. 423.1), y, en cambio, la aceptación por el particular de la solicitud del funcionario (art. 423.2), en la que se da el acuerdo de voluntades y por ello la lesión del bien jurídico, merezca la pena inferior en grado?

[111] Véase RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, págs. 140 y 141.

[112] Véase SÁNCHEZ MORÓN, M., *Notas sobre la función administrativa*, pág. 663.

[113] Véase PAGLIARO, A., *La retribuzione indebita*, págs. 60 y 61; el mismo, *Principi di Diritto penale*, pág. 127.

[114] RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, pág. 135.

[115] Véase RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, págs. 86, 135 y 136.

funcionario tiene la facultad de decidir de entre varias opciones, todas ellas lícitas, aquella que considere más acorde con los intereses generales. Como esta decisión no depende ya de criterios estrictamente objetivos (constatación del supuesto de hecho y aplicación de la consecuencia jurídica prevista en la ley) sino de un juicio subjetivo de oportunidad, siempre que uno de estos actos sea objeto del delito de cohecho se producirá, en opinión de RODRÍGUEZ PUERTA, la lesión del principio de imparcialidad [116]. Sin embargo, ni desde su propio planteamiento se puede llegar tan lejos. De entre todas las opciones posibles que se presentan ante el funcionario, existe una que, objetivamente considerada, es la más acorde con los intereses generales. Si es ésta, y no otra, la opción elegida por el funcionario, y acepta una dádiva ofrecida por un particular para llevarla a efecto, no se han producido *interferencias en la toma de decisiones públicas*, y, en consecuencia, no se vería afectado el principio de imparcialidad [117].

Revisadas críticamente las principales posturas que se han venido sustentando en relación con el bien jurídico protegido en el delito de cohecho, es hora de ofrecer nuestra opinión al respecto.

3.2. ENFOQUE DEL PROBLEMA: CLASIFICACIÓN DE LAS DISTINTAS MODALIDADES DE COHECHO

Si damos por buena la afirmación de POLAINO NAVARRETE de que «el bien jurídico constituye un elemento básico de la interpretación en materia penal, pero al propio tiempo representa un principal resultado de la tarea exegética de las descripciones legales de conductas típicas» [118], lo razonable es enfocar el estudio del bien jurídico desde el análisis de los numerosos, y no siempre congruentes [119], tipos de cohe-

[116] Véase RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, págs. 87 y 135.

[117] A semejante conclusión podría llegarse en el supuesto en que el funcionario público recibe una dádiva ofrecida por un particular, bien para realizar en el ejercicio de su cargo una acción u omisión constitutivas de delito, bien para ejecutar un acto injusto relativo al ejercicio de su cargo que no constituya delito, o, finalmente, que tenga por objeto la abstención de un acto que debiera practicar en el ejercicio de su cargo, y aquél —el funcionario—, con anterioridad a que el particular le ofreciese la dádiva, ya tenía la intención de realizar ese delito, ejecutar el acto injusto o llevar a cabo la abstención.

[118] POLAINO NAVARRETE, M., *El bien jurídico en el Derecho penal*, pág. 314. Véase también GIL GIL, A., *Derecho penal internacional*, págs. 177 y 178, quien, ya más en concreto, considera que «(...) para la correcta delimitación del bien jurídico protegido en el delito de genocidio es preciso atender a la configuración típica, y en ella especialmente al elemento subjetivo y a los resultados exigidos en la descripción típica (...)».

[119] En opinión de OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *Derecho penal, Poderes públicos y negocios*, pág. 869, «(...) la incriminación de las diferentes modalidades de cohecho en el Capítulo V del Título XIX del Libro II del Código penal, constituye una de las muestras más acabadas de la peor

cho que presenta el Capítulo V, Título XIX, de nuestro Código penal [120]. Para ello debemos partir de una correcta clasificación de los mismos, observando diferentes criterios, aunque somos conscientes de la dificultad que esto entraña por la secular diversidad de figuras que siempre han conformado los distintos capítulos dedicados al delito de cohecho.

La primera distinción válida atiende al sujeto activo del delito. De esta forma, podemos hablar de un cohecho cometido por autoridad o funcionario público (artículos 419, 420, 421, 425 y 426) [121] y de un cohecho cometido por particular (artículos 423 y 424) [122].

3.2.1. Cohecho cometido por autoridad o funcionario público

A su vez, dependiendo del momento en que se realiza la correspondiente acción típica —*solicitar o recibir dádiva o presente, o aceptar ofrecimiento o promesa*, art.

---

técnica legislativa, que clama a voces por su reforma; lo que es particularmente grave en un Código que data de 1995 y en el que, por tanto, ha habido una excelente ocasión para ello, no sólo desperdiciada por el apresuramiento (hirientemente en contraste con la premiosidad anterior) y la desidia con que se ha dado a luz la Parte Especial de este Código, sino empleada para empeorar en diversos aspectos un texto legal que previamente era ya muy deficiente».

[120] También el Código penal militar de 1985 castiga el delito de cohecho en su art. 185 (*«Los que incurrieren en cohecho en un procedimiento judicial militar serán castigados con la pena de tres meses y un día a seis años de prisión»*). Ahora bien, la Ley penal militar no determina qué ha de entenderse por cohecho, las conductas típicas que lo integran, por lo que habrá que estar para ello a lo que establece el Código penal de 1995. Sobre el art. 185 del Código penal militar, véase PEÑA Y PEÑA, V., *Comentarios*, págs. 1999 y ss.

[121] Hay que precisar que, en virtud del art. 422 del Código penal, lo dispuesto en los artículos 419, 420 y 421 también es aplicable a «los jurados, árbitros, peritos, o cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la función pública», por lo que en relación con estos preceptos deberíamos hablar más bien, para abarcar a todos los posibles sujetos activos, de cohecho cometido por quien participa en el ejercicio de funciones públicas.

[122] Véanse RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Transfuguismo retribuido y cohecho*, pág. 440; SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho Penal*, págs. 784 y ss.; RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, págs. 84, nota 243, y 153-155; MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *Comentarios a la Parte Especial*, 3.ª edición, pág. 1688; y FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *Delitos contra la Administración pública*, pág. 1684. Las tradicionales denominaciones, todavía hoy empleadas, cohecho *pasivo* y cohecho *activo*, que coinciden con el cometido por funcionario público y por particular, respectivamente, dejaron de tener la concisión exigible desde el momento en que se castigó al funcionario público, no sólo por recibir dádivas o presentes o aceptar ofrecimientos o promesas, sino también *«cuando la iniciativa para la dádiva, presente, ofrecimiento o promesa haya partido del funcionario público»* (art. 473, párrafo 4.º, del Código penal de 1928), y, del lado del particular, cuando, además de la conducta de corromper o intentar corromper a los funcionarios públicos, se previó la de aceptar sus solicitudes (art. 391 del Código penal de 1944).

419; *solicitar o recibir dádiva o promesa*, art. 420; *solicitar o recibir dádiva o aceptar promesa*, art. 421; *solicitar dádiva o presente o admitir ofrecimiento o promesa*, art. 425; y *admitir dádiva o regalo*, art. 426—, esto es, de si es anterior o posterior a la conducta contrapartida de la dádiva, el cohecho cometido por autoridad o funcionario público puede ser antecedente (artículos 419, 420, 421, 425.1, primer inciso, y 426, segundo inciso) o subsiguiente (art. 425.1, segundo inciso, y 2) [123]. Existe, sin embargo, una modalidad de cohecho cometida por funcionario público, la albergada en el art. 426, inciso primero, que abarca supuestos de cohecho antecedente y subsiguiente, y que, a efectos de clasificación, llamaremos modalidad de recogida (o residual). Al estudio de ésta se dirigen nuestros próximos esfuerzos.

3.2.1.1. *Modalidad de recogida (o residual)*

El inciso primero del artículo 426 del Código penal prevé la pena de multa de tres a seis meses para *la autoridad o funcionario público que admitiere dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su función.*

Aunque ya existen antecedentes claros de esta figura delictiva en la casuística regulación del Código penal de 1822 (artículos 459 y 462), es a partir del de 1848 cuando aparece en términos semejantes a los actuales. En éste y en posteriores códigos (los de 1850, 1870, 1932, 1944 y 1973) [124] se castigaba al funcionario público *que admitiere regalos que le fueren presentados en consideración a su oficio*. Con la Ley Orgánica 9/1991, de 22 de marzo, se añade al término *regalo*, de forma alternativa, el de *dádiva*, y ya no se habla de regalos *presentados* en consideración a su *oficio*, sino de dádiva o regalo que le fueren *ofrecidos* en consideración a su *función*, configuración esta que pasará al Código penal vigente.

La acción típica consiste en *admitir* dádiva o regalo. Se ha restringido por algún autor la admisión de dádiva o regalo a su recepción efectiva, excluyendo del tipo obje-

[123] Esta terminología, cohecho antecedente y subsiguiente, es comúnmente aceptada por la doctrina; véanse CAMAÑO ROSA, A., *Cohecho y soborno*, págs. 293 y ss.; CASAS BARQUERO, E., *Observaciones*, pág. 899; VALEIJE ÁLVAREZ, I., *El delito de cohecho*, págs. 175 y ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *El delito de cohecho*, págs. 166 y 167; el mismo, *Cohecho*, pág. 262; OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito de cohecho*, págs. 259 y ss.; FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *Delitos contra la Administración pública*, pág. 1685; y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, pág. 89.

[124] No mencionamos el Código penal de 1928 porque la regulación de esta figura (art. 472) no se presenta en idéntica forma a como lo hace en los textos citados, aunque muestre una gran similitud: «*El funcionario público que en consideración a su oficio admitiese dádivas o regalos cuyo valor intrínseco realizable desvirtúe el carácter de ofrenda honorífica a sus servicios de índole general (...)*».

tivo la aceptación de su promesa [125]. Esta interpretación, correcta para la regulación que precede a la Ley Orgánica 9/1991, de 22 de marzo [126], se compadece mal con el tenor literal actual. En efecto, con anterioridad a la reforma introducida por la citada ley orgánica, al exigirse por el tipo que los regalos fueren *presentados* al funcionario, esto es, exhibidos y puestos en su presencia, su admisión se entendía como recepción efectiva, de tal forma que quedaba extramuros del tipo la aceptación de la promesa de entrega futura. Con la regulación actual, sin embargo, tal exclusión es difícil de fundamentar [127]. Admitir dádiva o regalo que le fueren *ofrecidos*, tal y como reza el art. 426, supone que el funcionario público admita el ofrecimiento que se le hace de una dádiva o regalo, y por ofrecimiento puede entenderse tanto la entrega inmediata de la cosa como la futura [128]. En definitiva, la modalidad en estudio castiga lo mismo la recepción efectiva de una dádiva o regalo que la aceptación de la promesa de su entrega futura. Queda excluida, eso sí, a diferencia de lo que ocurre en la mayoría de las modalidades de cohecho cometidas por funcionario público, la conducta de éste consistente en *solicitar* [129].

La dádiva o regalo admitido por la autoridad o funcionario público ha de ser ofrecido *en consideración a su función*. Aclarar qué supuestos quedan comprendidos en esta expresión goza, en este momento, de prioridad.

En la regulación anterior, VALEIJE ÁLVAREZ excluía de esta modalidad de cohecho la admisión por el funcionario público de regalos ofrecidos como retribución por actos

[125] Así OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *Derecho penal, Poderes públicos y negocios*, pág. 875; MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *Comentarios a la Parte Especial*, 3.ª edición, págs. 1732 y 1733; MORILLAS CUEVA, L. y PORTILLA CONTRERAS, G., *Los delitos de revelación de secretos, uso de información privilegiada, cohecho impropio y tráfico de influencias*, pág. 224; CASTRO MORENO, A., *La nueva modalidad de cohecho*, págs. 35 y 36; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *Cohecho*, pág. 260; y las sentencias del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 1994 (R.J.A. 8026) y 29 de abril de 1995 (R.J.A. 2881).

[126] Véase el art. 390 del Código penal de 1973.

[127] La inclusión de la aceptación de la promesa de la entrega futura de un regalo en el tipo del art. 426 no supone, como afirman MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *Comentarios a la Parte Especial*, 3.ª edición, págs. 1732 y 1733, una interpretación extensiva, pues en ésta se aplica una ley a un hecho que no está claramente comprendido en su tenor literal, pero sí en su espíritu o voluntad (así CEREZO MIR, J., *Curso...*, I, pág. 170), y en el supuesto que nos ocupa no puede dudarse de que tal aceptación está claramente comprendida en la letra del art. 426 del Código penal.

[128] La primera de las acepciones que del verbo *ofrecer* presenta el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia es la de «prometer, obligarse uno a dar, hacer o decir algo», luego admitir un regalo que se ofrece a alguien abarca, sin duda, la aceptación de la promesa de su entrega futura.

[129] Véanse FERRER SAMA, A., *Comentarios al Código penal*, Tomo IV, pág. 175; CÓRDOBA RODA, J., *El cohecho de funcionarios públicos*, pág. 187; CASAS BARQUERO, E., *Observaciones*, pág. 902; MORILLAS CUEVA, L. y PORTILLA CONTRERAS, G., *Los delitos de revelación de secretos, uso de información privilegiada, cohecho impropio y tráfico de influencias*, pág. 227; y OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *Derecho penal, Poderes públicos y negocios*, pág. 875.

ejecutados en el pasado, y ello porque, proceder de forma contraria, en su opinión, suponía violar el tenor literal del art. 390 [130]: «los tribunales, castigando actualmente el llamado cohecho pasivo subsiguiente vía artículo 390, esto es, mediante la modalidad de cohecho pasivo impropio, están otorgando relevancia penal a un acto que queda fuera de su ámbito, al menos con arreglo a este artículo concreto, por lo que cabe colegir que su aplicación para el supuesto comentado, al forzar los exactos límites de un delito previsto y definido con justeza, inciden en una analogía "*in malam partem*" proscrita en nuestro Código penal (...)» [131].

Para que esta opinión mereciera nuestra adhesión, debería esta autora explicar dónde se encuentra la analogía *in malam partem* si, como ella misma reconoce, parece perfectamente posible desde el punto de vista literal «aplicar las penas del art. 390 al funcionario público que recibe una dádiva después de ejecutado el acto, con base en el "amplio marco" del tipo recogido en este precepto, amplitud que tiene su raíz en el hecho de que su primer inciso castigue ya "la admisión de regalos que le fueran presentados al funcionario en consideración a su "oficio"» [132]. Desde el momento en que, como veremos, el supuesto de hecho tiene perfecto acomodo en el tenor literal del precepto, esto es, en la expresión *en consideración a su función*, la analogía queda absolutamente descartada, pues para poder hablar de analogía la ley debe aplicarse a hechos que no estén comprendidos *ni en su letra* ni en su voluntad, pero sean semejantes a los comprendidos en la misma [133]. Para excluir del tipo en estudio la admisión por el funcionario público de regalos ofrecidos como retribución por actos ejecutados en el pasado, debería probarse, por tanto, con otro tipo de argumentación.

Tampoco nos parece convincente la exégesis que RODRÍGUEZ PUERTA hace de esta modalidad [134]. Nos encontramos, en su opinión, ante un delito de peligro concreto para el bien jurídico principio de imparcialidad. Sujeto activo sólo podrá ser la autoridad o funcionario público que tenga atribuidas competencias, al menos genéricas, para adoptar decisiones que puedan incidir sobre el ámbito de actividad propio del particular que ofrece o entrega la dádiva. Deberá constatarse, además, que el funcionario en el futuro tendrá necesariamente que pronunciarse sobre asuntos que puedan afectar al particular oferente [135]. De esta manera, este delito vendría en aplicación únicamente «(...) en aquellos supuestos en los que resulta difícil determinar el concreto contenido del acuerdo alcanzado entre el particular (obsequiante) y el funcionario (obsequiado). Esto es, de-

130 Precepto que se corresponde con el actual art. 426.

131 VALEIJE ÁLVAREZ, I., *El delito de cohecho*, págs. 182 y 183.

132 VALEIJE ÁLVAREZ, I., *El delito de cohecho*, pág. 181.

133 Así CEREZO MIR, J., *Curso...*, I, pág. 170.

134 RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, págs. 273 y ss.

135 Véase MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *Comentarios a la Parte Especial*, 3.ª edición, pág. 1732.

berían calificarse conforme a esta figura delictiva aquellos casos en los que, habiendo quedado probado el acuerdo entre funcionario y particular, no se ha concretado su objeto. El precepto analizado se enderezaría así a extender el marco de tipicidad penal exclusivamente con relación a supuestos *sui generis* de "cohecho encubierto", en los que no se ha probado el concreto acto por el que se obsequia al funcionario» [136].

La postura de esta autora sobre el inciso primero del artículo 426 del Código penal es, ante todo, chocante. Y nos sorprende porque después de insistir una y otra vez en que se trata de una figura cuyo objeto jurídicamente tutelado no puede cifrarse en el principio de imparcialidad en el ejercicio de funciones públicas, negándole, por este motivo, la condición misma de modalidad de cohecho [137], acaba realizando una forzada —en el sentido de exigir requisitos que no aparecen en la descripción típica [138]— interpretación que tiene como punto de referencia precisamente este bien jurídico, pues a él se alude cuando dice estar ante un delito de peligro concreto [139].

Por otra parte, al calificar este delito de peligro concreto, el peligro del bien jurídico debe ser un elemento del tipo, y aquél sólo quedará consumado cuando se haya producido realmente el peligro del bien jurídico, en este caso el principio de imparcialidad [140]. Para saber cuándo se pone en peligro concreto el bien jurídico es preciso tener claro cuándo se produce su lesión, y para determinar ésta es necesario, si del principio de imparcialidad hablamos, conocer el concreto acto contrapartida de la dádiva, pues, según RODRÍGUEZ PUERTA, los hay que no afectan este bien jurídico, como los actos de naturaleza reglada. Ahora bien, si la figura en estudio, como mantiene esta autora, comprende únicamente los casos en los que, si bien se ha probado el acuerdo entre funcionario y particular, se desconoce el concreto acto que ha motivado la dádiva, no habrá manera en ningún caso de constatar el resultado de peligro concreto para el principio de imparcialidad, y, en consecuencia, la efectiva consumación del delito. En realidad se está presumiendo que se trata de un acto en cuya adopción pueda interferir la entrega de la dádiva, pero esto supone ya entrar en contradicción con la propia calificación de delito de peligro concreto.

[136] Véanse RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, pág. 276; y MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *Comentarios a la Parte Especial*, 3.ª edición, págs. 1731 y 1732.

[137] RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, págs. 136, 138, 139, 273 y 274; y MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *Comentarios a la Parte Especial*, 3.ª edición, págs. 1729 y ss.

[138] En este punto nos asalta la duda de hasta dónde se puede llegar en una interpretación restrictiva de la ley: ¿se puede incluso, en el loable intento de dejar de aplicar un precepto a un supuesto claramente comprendido en su tenor literal, exigir requisitos adicionales ajenos por completo a la propia voluntad de la ley? ¿no está en estos casos el intérprete dejando de comportarse como tal para pasar a oficiar de legislador?

[139] Véase *supra*, epígrafe 3.1.6.3, la crítica que hacemos del principio de imparcialidad como bien jurídico protegido en el delito de cohecho.

[140] Véase CEREZO MIR, J., *Curso...*, II, pág. 111.

La locución *en consideración a su función* es sinónima de «en atención a su función», «debido a su función», «por motivo de su función». El ofrecimiento que se hace al funcionario, y que éste admite, ha de deberse, ha de encontrar razón en la función pública que desempeña. Se exige, pues, una conexión causal entre el regalo y la función pública que ejerce el funcionario que lo admite [141]. No es preciso, como de la propia expresión se deduce, que el ofrecimiento de la dádiva esté conectado con un concreto comportamiento del funcionario, lo que no quiere decir que este supuesto quede fuera de la modalidad en estudio [142]. En efecto, la expresión *en consideración a su función* también acoge los casos en los que se admite una dádiva o regalo que ha sido ofrecido por la realización, pasada o futura, de una concreta conducta, lícita o ilícita, relativa a la función pública que desempeña el funcionario [143]. Por ello, el funcionario público que admite una dádiva *para realizar en el ejercicio de su cargo una acción u omisión constitutivas de delito* (art. 419), *por ejecutar un acto injusto relativo al ejercicio de su cargo que no constituya delito* (art. 420), *que tenga por objeto la abstención de un acto que debiera practicar en el ejercicio de su cargo* (art. 421), *para realizar un acto propio de su cargo* (art. 425.1, primer inciso), *para la consecución de un acto no prohibido legalmente* (art. 426, segundo inciso), o *como recompensa de un acto ya realizado, sea constitutivo de delito* (art. 425.2) *o no* (art. 425.1, segundo inciso), comete, además de estos tipos, la modalidad en estudio. En este sentido, cuando la conducta típica del funcionario público consiste en admitir dádiva o regalo, entendiendo por tal tanto su recepción efectiva como la aceptación de la promesa de su entrega futura, entre estos tipos de cohecho cometidos por funcionario público y el inci-

141 Así LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Manual*, págs. 350 y 351; y las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de enero de 1994 (R.J.A. 86): «(...) el término "en consideración a su función" debe interpretarse en el sentido de que la razón o motivo del regalo ofrecido y aceptado sea la condición de funcionario de la persona cohechada, esto es, que sólo por la especial posición y poder que el cargo público desempeñado le otorga le ha sido ofrecido la dádiva objeto del delito, de tal forma que si de algún modo dicha función no fuese desempeñada por el sujeto activo el particular no se hubiere dirigido a él ofertando o entregando aquélla»; 2 de febrero de 1994 (R.J.A. 759): «El término "en consideración a su función" debe interpretarse en el sentido de que por la posición que el cargo público que desempeñaba le otorgaba le ha sido ofrecida la dádiva, de tal modo que si dicha función no fuese desempeñada por el sujeto activo, el particular no hubiese hecho el ofrecimiento»; y 23 de febrero de 1993 (R.J.A. 1525).

142 Véase CASAS BARQUERO, E., *Observaciones*, pág. 899.

143 Véanse CÓRDOBA RODA, J., *El cohecho de funcionarios públicos*, págs. 187 y 188; FERRER SAMA, A., *Comentarios al Código penal*, Tomo IV, pág. 175; y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Manual*, págs. 350 y 351. Incluyen expresamente en esta figura la admisión de regalos ofrecidos como contraprestación a comportamientos ya realizados, BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual*, pág. 377; y MORILLAS CUEVA, L. y PORTILLA CONTRERAS, G., *Los delitos de revelación de secretos, uso de información privilegiada, cohecho impropio y tráfico de influencias*, págs. 223 y 226.

so primero del art. 426 del Código penal se da una relación de concurso de leyes que se resolverá siempre a favor de aquéllos [144].

El elemento intelectual del dolo del autor comprende, en primer lugar, su condición de funcionario [145]. Abarca, además, la acción típica, esto es, la admisión de una dádiva o regalo, y que éstos son ofrecidos en consideración a la función que desempeña, es decir, debe conocer el funcionario la conexión causal existente entre el regalo que se le ofrece y la función pública que ejerce.

Después de estas reflexiones sobre esta modalidad que hemos llamado de *recogida*, estamos en condiciones de adentrarnos en la averiguación de lo que se pretende proteger con la prohibición dirigida a la autoridad o funcionario público de admitir dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su función pública.

OCTAVIO DE TOLEDO considera que el bien jurídico protegido en el inciso primero del art. 426, al igual que en el resto de las modalidades de cohecho, es la no venalidad del ejercicio de las funciones públicas, entendida la no venalidad, acogiéndose al Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia, como la falta de la cualidad de vendible o expuesto a la venta [146]. A nuestro modo de ver, tal parecer, aunque sugestivo, presenta alguna dificultad que impide su validez para explicar todos los tipos de cohecho. La venalidad es la cualidad de venal, y venal significa, en una de sus acepciones, la utilizada por este autor, vendible o expuesto a la venta. El sustantivo adjetivado por estos calificativos, esto es, aquello que puede venderse o exponerse a la venta, ha de ser algo determinado, concreto, requisito que no se da cuando el funcionario admite una dádiva o regalo ofrecido en consideración a su función en los casos en que tal ofrecimiento está desligado de un comportamiento concreto [147]. Por otro lado, cuando la solicitud o recepción de la dádiva es por un acto ya realizado por el funcionario público (art. 425.1, segundo inciso, y 2), no se afecta la no venalidad del ejercicio de las funciones públicas, pues el acto realizado, que ya ha desplegado sus efectos, de los que ha gozado o goza, en su caso, la otra parte, ya no puede ser vendido o expuesto a la venta, no puede ser utilizado como objeto de trueque, carecería de sentido, al igual que pensaríamos de la solicitud a una persona de una cantidad de dinero utilizando

[144] Sobre el concreto principio aplicado para resolver tal concurso, véase el estudio de cada uno de los referidos tipos.

[145] Basta, como indica CEREZO MIR, J., *Curso...*, II, pág. 133, con que el sujeto tenga conciencia de que participa en el desempeño de las funciones públicas.

[146] OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *Derecho penal, Poderes públicos y negocios*, págs. 871 y 872, para quien, si interpretamos correctamente sus palabras, todas las modalidades de cohecho lesionan tal bien jurídico, salvo la del particular consistente en intentar corromper a las autoridades o funcionarios públicos (art. 423.1), que lo pone en peligro; el mismo, *Los delitos relativos al tráfico de influencias*, págs. 1517 y 1523.

[147] Véase OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito de cohecho*, pág. 98.

como materia de intercambio unas vacaciones ya disfrutadas por el solicitado. Finalmente, la no venalidad del ejercicio de las funciones públicas ha de conllevar, a nuestro modo de ver, la licitud de la contrapartida de la dádiva, esto es, que el concreto comportamiento público que se expone a la venta sea lícito, pues sólo de las actuaciones públicas lícitas puede defenderse que no se vendan, su no comercialización. Defender la no venalidad de actuaciones ilícitas sería como darles legitimidad. Un determinado comportamiento público lícito no ha de realizarse a cambio de una dádiva; un comportamiento relativo al ejercicio del cargo que sea ilícito, simplemente no ha de realizarse, ni con dádiva ni sin ella. Proteger la no venalidad de una actuación ilícita sería comparable a proteger la libre competencia en el tráfico de heroína.

Un sector de la doctrina y de la jurisprudencia, con los ojos puestos en la admisión de regalos ofrecidos al funcionario en consideración a su función, y con la intención de ofrecer un bien jurídico también válido para esta figura delictiva, apuesta por la *integridad, probidad, honradez del funcionario público* como objeto de protección [148]. Se le ha objetado a esta postura que, de seguirse, «implicaría la absurda consecuencia de tener que admitir que, cometido un delito de cohecho por el funcionario, quedaría el mismo legitimado para la realización de sucesivos» [149], o lo que es lo mismo, perdida la honradez o integridad del funcionario con el primer cohecho, en sucesivas admisiones no habría ya bien jurídico que proteger, y, por tanto, lesionar. Este reparo, que consideramos correcto, puede salvarse si en lugar de referir la honradez o integridad a la persona del funcionario —que, en efecto, difícilmente podrá lesionarse si éste es ya un corrupto—, lo hacemos a la condición misma de funcionario público, y así, tal y como está regulada esta figura delictiva, el bien jurídico por ella protegido no es otro, a nuestro entender, que el de la honradez o integridad de la condición de funcionario público, que se lesionará cada vez que éste admite dádivas o regalos que le sean ofrecidos en consideración a su función [150]. Adelantamos ya, sin embargo, para evitar malentendidos, que tal bien jurídico no debe ser protegido penalmente.

[148] Véanse RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Cohecho*, pág. 358; RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. y SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal español*, Parte especial, págs. 1169 y 1170; SÁINZ DE ROBLES SANTA CECILIA, C., *Contribución*, pág. 287; TORÍO LÓPEZ, A., *Racionalidad*, pág. 499; RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Transfuguismo retribuido y cohecho*, pág. 445; FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *Delitos contra la Administración pública*, pág. 1680; MIR PUIG, C., *Los delitos contra la Administración pública*, pág. 227; ORTEGO COSTALES, J., *Teoría de la parte especial*, págs. 172 y 180; y las sentencias del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 1963 (R.J.A. 4204), 16 de noviembre de 1979 (R.J.A. 4242), 22 de diciembre de 1980 (R.J.A. 5035), 16 de noviembre de 1981 (R.J.A. 4335), 3 de diciembre de 1993 (R.J.A. 9383) y 28 de marzo de 1994 (R.J.A. 2604).

[149] CASAS BARQUERO, E., *Observaciones*, págs. 873 y 874. Véase también BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual*, pág. 374.

[150] La honradez o integridad de la condición de funcionario público resulta incompatible con la utilización de la participación en el ejercicio de funciones públicas para la consecución de algún tipo de provecho indebido. El bien jurídico queda lesionado, no sólo cuando la autoridad o funciona-

No sólo el Derecho penal protege bienes jurídicos. También otros sectores del ordenamiento jurídico lo hacen [151]. Por ello, el hecho de estimar que *la honradez o integridad de la condición de funcionario público* es una realidad con entidad suficiente para ser tutelada por el Derecho [152], no implica necesariamente que haya de ser nuestra disciplina la rama encargada de dispensar esta protección. Hoy en día el verdadero caballo de batalla no está tanto en determinar la materia de lo que ha de ser protegido jurídicamente, sino, más bien, ofrecer criterios válidos que limiten la intervención del Derecho penal. Y el primero de ellos, con independencia como decimos del concreto concepto de bien jurídico que sigamos, es el de la exigencia de consagración constitucional, directa o indirecta, de los bienes que han de ser tutelados penalmente [153]. La Constitución debe operar, en este sentido, a modo de filtro —no el único, sin embar-

---

rio público recibe una dádiva o acepta la promesa de su entrega futura sirviéndose del hecho de que ejerce una función pública o participa en su ejercicio, sino también cuando la solicita. En la modalidad de recogida, sin embargo, el legislador no ha castigado este último supuesto, que, según queda dicho, lesiona igualmente el bien jurídico protegido, pero sí lo ha hecho, como veremos, en otras modalidades de cohecho cometidas por autoridad o funcionario público.

151 Véanse CEREZO MIR, J., *Curso...*, I, págs. 42 y 43, para quien «la concepción material de la antijuridicidad como lesión o peligro de los bienes jurídicos protegidos no permite establecer tampoco una distinción entre lo ilícito penal y civil, pues el concepto de bien jurídico no puede ser reducido al ámbito del Derecho penal»; MIR PUIG, S., *Bien jurídico*, págs. 205 y ss.; GRACIA MARTÍN, L., *Proyecto docente*, págs. 46-50; BUSTOS RAMÍREZ, J., *Control social*, págs. 167, 168 y 179; QUINTERO OLIVARES, G., *La autotutela*, pág. 271; CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho penal español*, pág. 70; MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal*, págs. 79 y 80; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y otros, *Lecciones*, pág. 7; NAVARRO CARDOSO, F., *Infracción administrativa y delito*, págs. 67 y ss.; CARBONELL MATEU, J. C., *Derecho penal*, págs. 93-95; AGUADO CORREA, T., *El principio de proporcionalidad*, pág. 159; y SILVA FORNÉ, D., *Posibles obstáculos*, págs. 174 y 176.

152 No hablamos, como hemos aclarado *supra*, de la honradez o integridad del funcionario, de la persona del funcionario, cuya protección supondría garantizar comportamientos con una mera trascendencia moral.

153 Según MIR PUIG, S., *Bien jurídico*, págs. 208-211, para que un bien jurídico pueda considerarse, además, un bien jurídico-penal, cabe exigir dos condiciones: suficiente importancia social y necesidad de protección por el Derecho penal. En relación con la primera de estas condiciones, entre los criterios que pueden auxiliar en la discusión de cuándo un interés es fundamental para la vida social, apunta este autor el de su reconocimiento constitucional, aunque, advierte, «la cuestión no puede resolverse de plano con el *solo* recurso a la Constitución, que tampoco en este punto constituye la varita mágica que algunos creen». Véanse también VIVES ANTÓN, T. S., *Estado de Derecho y Derecho Penal*, págs. 24 y 25; CORCOY BIDASOLO, M., *Delitos de peligro*, págs. 180 y 181; y SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación*, pág. 274, que opina que «la exigencia de una consagración constitucional, directa o indirecta, de los bienes penalmente protegibles me parece, pues, plenamente justificada, en la medida en que pone de relieve que una intervención tan intensa sobre el individuo como la penal sólo puede justificarse en caso de afectación de un elemento esencial de la vida en común, al que ha alcanzado el consenso plasmado en la Constitución».

go [154]—, de forma que aquel bien jurídico que no haya encontrado un reconocimiento expreso o implícito en la Norma Fundamental no podrá ser protegido por el Derecho penal [155]. Una lectura sosegada de nuestro texto constitucional nos revela que *la honradez o integridad de la condición de funcionario público* no ha hallado acogida, en nuestra opinión ni siquiera de un modo indirecto, en su articulado, por lo que este bien jurídico no es merecedor de protección penal, no tiene la importancia suficiente como para que se ocupe de él nuestra disciplina.

La sola ausencia de *merecimiento* de protección penal es ya razón suficiente para que el bien jurídico que nos ocupa deje de tutelarse por el Derecho penal [156]. Pero, por si esto no bastara, cabe cuestionarse también en este caso la necesidad de la intervención penal [157]. Ésta, en un Estado democrático, sólo está legitimada en la medida en que sea necesaria para la protección de la sociedad [158]. Como indica CEREZO MIR, «sólo se debe acudir a la pena cuando sea absolutamente imprescindible por resultar insuficientes otras formas de reacción jurídica (sanciones administrativas, civiles, etc.)» [159]. Cuando un *bien* pueda protegerse razonablemente a través de otras ramas del ordenamiento menos lesivas que la intervención penal, ésta no estará justificada en ningún caso. La gravedad del control penal —escribe BUSTOS—, es decir, el modo tan directo

154 En este sentido, MIR PUIG, S., *Bien jurídico*, págs. 210 y 211; SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación*, págs. 274 y 275; y CORCOY BIDASOLO, M., *Delitos de peligro*, pág. 181. Véanse también HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F., *Introducción*, págs. 69 y 70; PORTILLA CONTRERAS, G., *Principio de intervención mínima*, págs. 744 y 745; y OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *Principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*, pág. 10.

155 Véanse SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación*, pág. 274; y ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *Fundamentos*, pág. 48. Más lejos va NAVARRO CARDOSO, F., *Infracción administrativa y delito*, pág. 74, para quien la consagración constitucional, directa o indirecta, es una exigencia de los bienes jurídicos en general.

156 Véase, siguiendo en este punto a Max Ernst Mayer, SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación*, págs. 287, 288 y 291.

157 Los conceptos de «merecimiento de protección penal» y «la necesidad de protección penal», como afirma SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación*, págs. 267, nota 369, 285 y ss., responden a lógicas diferentes y sólo de la síntesis de ambos puede resultar una adecuada delimitación de los objetos penalmente protegibles. De acuerdo con este autor, «(...) la necesidad de pena sin merecimiento de pena no puede fundamentar la incriminación, del mismo modo que tampoco el merecimiento de pena sin necesidad de pena puede hacerlo. En cuanto a la despenalización, ésta puede fundamentarse tan pronto como falte o el merecimiento o la necesidad de pena». Véase asimismo NAVARRO CARDOSO, F., *Infracción administrativa y delito*, pág. 91.

158 Véanse OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *Sobre el concepto del Derecho Penal*, págs. 358 y ss., en especial 360; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, pág. 3; BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual...*, PG, pág. 96; GIMBERNAT ORDEIG, E., *Estudios*, págs. 153-155; COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho Penal*, Parte General, págs. 85 y 86; y SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación*, págs. 246 y 247.

159 CEREZO MIR, J., *Curso...*, I, pág. 19.

y personal del ejercicio de la violencia estatal que él significa, impone que sólo se le considere en última instancia. Es el último recurso que ha de utilizar el Estado (principio de *ultima ratio*) [160]. Esto, que a nivel teórico no ofrece duda alguna y es ampliamente admitido por la doctrina [161], presenta ciertas dificultades cuando ha de aplicarse a una determinada realidad normativa. La intervención penal ha de ser *necesaria*, decimos, pero lo que cuenta al fin y al cabo es si ese precepto penal concreto que protege tal bien jurídico es o no imprescindible. Para ello resultan fundamentales las investigaciones empíricas, pues éstas podrán aclarar si una disposición de otra rama del ordenamiento —jurídico-administrativa, por ejemplo— puede cumplir la misma o superior finalidad preventiva [162]. En la materia que nos ocupa no disponemos, hasta donde alcanzamos, de datos empíricos al respecto, por lo que una afirmación categórica de lo innecesario del precepto en estudio carecería de un correcto fundamento. Ahora bien, la falta de estos estudios empíricos impide también la afirmación opuesta, esto es, la necesidad de tal precepto. Lo que sí es cierto es que en estos más de veinte años de nuevo régimen político, y a pesar de múltiples leyes, no se ha llevado a cabo en España una reforma profunda en la Administración pública [163]. La consideración del Derecho penal como un mal, los efectos lesivos del mismo, superiores a los de otros sectores del ordenamiento jurídico, deberían, sin embargo, retraer al legislador penal cuando no haya constancia de la necesidad de su intervención. Es por ello que, no sólo

[160] BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual...*, PG, pág. 96. Véanse también OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *Sobre el concepto del Derecho Penal*, pág. 360; GIMBERNAT ORDEIG, E., *Concepto*, págs. 28 y ss.; MIR PUIG, S., *Introducción*, págs. 125 y 126; el mismo, *Bien jurídico*, págs. 214 y 215; LUZÓN PEÑA, D. M., *Curso*, pág. 82; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, págs. 50 y 51; ROMEO CASABONA, C. M., *El error evitable de prohibición*, pág. 746; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *El bien jurídico protegido*, págs. 12 y 13; COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho Penal*, Parte General, pág. 87; y SILVA FORNÉ, D., *Posibles obstáculos*, págs. 182 y 191.

[161] Véanse las notas anteriores.

[162] Véanse SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación*, págs. 246 y ss.; y AGUADO CORREA, T., *El principio de proporcionalidad*, págs. 239 y 240.

[163] Véase GARRIDO/STANGELAND/REDONDO, S., *Principios de Criminología*, pág. 628 y ss. Ponen de manifiesto estos autores que «los cambios legislativos, por ejemplo el endurecimiento del Código penal, resultan relativamente fáciles de realizar. Cambiar la administración pública es una tarea más complicada, porque la corrupción en España no tiene su raíz en la carencia de legislación y control formal, sino probablemente en su exceso. El exceso de normas incoherentes e imposibles de cumplir crea una cultura donde todos, incluyendo funcionarios y políticos honrados, se ven obligados a hacer trampas. En nuestra opinión, habría que sustituir los elementos del control externo, que fomentan la corrupción (...), por un control interno que lo inhiba. Según la perspectiva de teorías de la disuasión, las medidas eficaces contra la corrupción no consisten en hacer todavía más rígida la normativa vigente, sino en flexibilizar y descentralizar la toma de decisiones». Otras medidas no penales contra la corrupción, en PAGLIARO, A., *La lotta contro la corruzione*, págs. 1116-1118; y FORTI, G., *Il ruolo della sanzione penale*, págs. 1073 y 1074.

desde el punto de vista del *merecimiento* de intervención penal, sino también desde el de su *necesidad*, seamos partidarios de la despenalización de la conducta recogida en el inciso primero del artículo 426 del Código penal [164]. Bastaría en este caso con la intervención del Derecho administrativo [165, 166]. Sólo así se contribuye a armonizar los principios básicos del Derecho penal que se estudian en su Parte general y el análisis de los específicos tipos de la Parte especial [167].

3.2.1.2. *Cohecho subsiguiente*

En el art. 425.1, inciso segundo, del Código penal se prevé 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 para *la autoridad o funcionario público que solicitare dádiva o presente o admitiere ofrecimiento o promesa como recompensa del* (acto) *ya realizado.*

[164] Despenalización, por lo demás, defendida por un amplio sector doctrinal; véanse OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito de cohecho*, págs. 107-109; RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, págs. 274 y 275; MORILLAS CUEVA, L. y PORTILLA CONTRERAS, G., *Los delitos de revelación de secretos, uso de información privilegiada, cohecho impropio y tráfico de influencias*, pág. 227; MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *Comentarios a la Parte Especial*, 3.ª edición, pág. 1730; SÁINZ DE ROBLES SANTA CECILIA, C., *Contribución*, pág. 287; y FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *Delitos contra la Administración pública*, pág. 1680. En Italia, contrarios a la tipificación de una conducta semejante, ARDIZZONE, S., *La proposta di semplificazione in tema di corruzione*, págs. 2 y 3; MARRA, G., *Il delitto di corruzione*, págs. 1022-1024; y MANES, V., *Bien jurídico*, pág. 2.

[165] Según GARRIDO/STANGELAND/REDONDO, S., *Principios de Criminología*, pág. 631, «el procedimiento criminal debería reservarse para los casos más graves, y la corrupción diaria controlarse por un procedimiento disciplinario, con posibilidad de recurrir a los tribunales por parte del funcionario que se sienta injustamente despedido. Si las leyes sobre funcionarios públicos imposibilitan su despido en casos de corrupción, habría que reformarlas (...)». Junto al Derecho administrativo, puede jugar también su papel el control político; véase al respecto ASUA BATARRITA, A., *La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración*, págs. 27 y 28.

[166] No desconocemos, sin embargo, que estos procesos de despenalización pueden conllevar una disminución significativa de garantías (pérdidas de seguridad jurídica, aparición de arbitrariedades, etc.) que sí ofrece el Derecho penal (véase, al respecto, AGUADO CORREA, T., *El principio de proporcionalidad*, pág. 246; y HUERTA TOCILDO, S., *Ilícito penal*, págs. 39 y ss.). Tal contrariedad puede solventarse, como apunta SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación*, págs. 292 y 293, dotando a esas instancias no penales de un sistema de garantías lo más próximo posible al del Derecho penal.

[167] Véase SILVA SÁNCHEZ, J. M., *¿Protección penal del medio ambiente?*, pág. 1716, donde manifiesta que «(...) no parece que pueda retrasarse por mucho más tiempo la adopción de posturas coherentes entre las teorías del bien jurídico que afirmamos defender en la Parte general del Derecho penal y nuestra postura a la hora del análisis de los tipos de la Parte especial. Esta es, a mi juicio, una de las tareas todavía pendientes de nuestra ciencia, decisiva para determinar qué modelo de Derecho penal deseamos tener en el futuro».

Si el acto ya realizado *fuera constitutivo de delito*, las penas que se impondrán, según el apartado 2 de este mismo precepto, son las 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 [168]. Ambas figuras delictivas son supuestos de cohecho subsiguiente, pues la realización de la acción típica —solicitar dádiva o presente o admitir ofrecimiento o promesa— es posterior a la conducta contrapartida de la dádiva [169].

RODRÍGUEZ PUERTA admite inicialmente estas consideraciones, pues reconoce que en el art. 425 del Código penal se sanciona al funcionario público que obtiene o intenta obtener un acuerdo con el particular para que éste remunere un acto ya ejecutado [170]. Sin embargo, así entendido este precepto, las conductas por él sancionadas no afectan el principio de imparcialidad en el ejercicio de funciones públicas (bien jurídico protegido, según esta autora, en el delito de cohecho), pues, como ella misma sostiene, difícilmente se habrá producido una interferencia en el proceso de toma de decisión cuando el acuerdo entre funcionario y particular se lleva a cabo una vez adoptado el acto [171]. Es por ello que convierte el cohecho subsiguiente, en virtud de una *interpretación teleológicamente orientada* [172], en una modalidad de cohecho antecedente. Y así, limita el ámbito típico del art. 425 a «aquellos supuestos en los que, pese a haberse producido un acuerdo entre funcionario y particular previo a la ejecución del acto, sólo ha quedado acreditada la entrega de la dádiva o presente con posterioridad a la ejecución del acto contrapartida de la misma» [173]. De esta manera, el principio de imparcialidad, concluye, ya queda cercenado como consecuencia del convenio previo [174].

[168] Ha señalado la doctrina la escasa fortuna del legislador en la redacción del art. 425.2 del Código penal, pues no queda claro si a las penas en éste fijadas han de sumarse las del apartado primero, o si el adverbio *además* hace referencia a la pena o penas del delito ya realizado y por cuya recompensa se pide la dádiva. Este último entendimiento es el que debe imponerse; en el mismo sentido LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Código Penal*, pág. 4027; FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *Comentarios al Código penal*, págs. 1137 y 1138; MATA BARRANCO, N. J. DE LA, *Relación concursal*, pág. 316, nota 12; y CRESPO BARQUERO, P., *Código Penal*, pág. 2370.

[169] Salvo en el Código penal de 1822, donde, entre la maraña de figuras, puede verse un supuesto de cohecho subsiguiente (art. 459, último inciso: «Iguales penas sufrirán si resultare haber admitido algún regalo que se les haya hecho en consideracion al pleito, causa ó negocio oficial antes o *despues de este*»), nunca antes un Código penal español había recogido una regulación semejante.

[170] Véanse RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, pág. 281; y MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *Comentarios a la Parte Especial*, 3.ª edición, pág. 1728.

[171] RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, pág. 281. Así también MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *Comentarios a la Parte Especial*, 3.ª edición, pág. 1728.

[172] Véase RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, pág. 283, con estas mismas palabras.

[173] RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, págs. 139 y 282. Véase asimismo MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *Comentarios a la Parte Especial*, 3.ª edición, págs. 1728 y 1729, donde se limita la aplicación de este precepto a aquellos supuestos más graves en los que no pudo probarse el acuerdo previo.

[174] RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, pág. 283.

El empeño en defender a todo trance el principio de imparcialidad en el ejercicio de funciones públicas como bien jurídico protegido en el delito de cohecho, lleva a RODRÍGUEZ PUERTA a una interpretación del art. 425 del Código penal altamente cuestionable. Hace girar el precepto en torno al principio de imparcialidad, y para que éste pueda verse afectado presume la existencia de un acuerdo entre funcionario y particular previo a la ejecución del acto contrapartida de la dádiva, pues sólo así es posible interferir en el proceso de toma de decisión del mismo. De esta forma, se exige únicamente que quede probada la entrega de la dádiva con posterioridad a la ejecución del acto contrapartida de la misma, sin embargo, el acuerdo previo entre funcionario y particular, que es precisamente de lo que depende el ataque al bien jurídico, tan solo se presume. En definitiva, se pretende proteger el principio de imparcialidad, y se castigan conductas donde solamente se sospecha su afectación.

En nuestra opinión, RODRÍGUEZ PUERTA interpreta el art. 425 como un delito de sospecha, en el que se presume un elemento del tipo a partir de la concurrencia de los demás [175]. Se viola, con ello, el derecho a la presunción de inocencia [176], pues se castiga a un funcionario por la lesión del principio de imparcialidad, lesión que tiene lugar con el acuerdo entre funcionario y particular previo a la ejecución del acto contrapartida de la dádiva, acuerdo, sin embargo, que no queda probado, únicamente se presume. Debido a que el derecho a la presunción de inocencia se recoge en el art. 24.2 de la Constitución —bajo la sección dedicada a los derechos fundamentales y las libertades públicas—, la exégesis que la autora hace de este precepto es abiertamente contraria a nuestra norma fundamental [177].

La deficiente descripción típica del art. 425 del Código penal origina más de un problema de interpretación de difícil solución [178]. Sorprende, en primer lugar, la falta de referencia expresa al supuesto en que el acto ya realizado contrapartida de la dádi-

[175] Sobre los delitos de sospecha, su estructura y objeciones constitucionales, véanse FRISTER, H., *Schuldprinzip*, págs. 69 y ss.; y GARCÍA PÉREZ, O., *Delitos de sospecha*, págs. 630 y ss.

[176] Véanse GARCÍA PÉREZ, O., *Delitos de sospecha*, pág. 634; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. y HUERTA TOCILDO, S., *Derecho Penal*, págs. 393 y 394; FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *Delitos contra la Administración pública*, pág. 1685; el mismo, *Comentarios al Código penal*, pág. 1137; RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Posible inconstitucionalidad*, págs. 891 y ss.; y DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, pág. 362.

[177] No sólo se viola el derecho a la presunción de inocencia, sino, como advierte GARCÍA PÉREZ, O., *Delitos de sospecha*, pág. 637, también el principio de culpabilidad, pues «en tanto la responsabilidad penal es responsabilidad por el hecho propio, este principio exige como base una conducta real y no una mera presunción (...)». Véanse también COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho Penal*, Parte General, 3.ª ed., pág. 412; POLAINO NAVARRETE, M., *El delito de detención ilegal*, pág. 229; y DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, pág. 362.

[178] Críticos con este precepto, POLAINO NAVARRETE, M., *Curso de Derecho penal español*, págs. 375 y 376; y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, págs. 281 y 282.

va es constitutivo de injusto. Tal supuesto, sin embargo, sí se recogía en los artículos 478 del Proyecto de Código penal de 1980, 405 de la Propuesta de Anteproyecto de Código penal de 1983 y 407 del Proyecto de Código penal de 1992. Así, en el apartado 2 de estos preceptos se disponía que «en el caso de recompensa por el acto ya realizado, si éste fuere constitutivo de delito o *injusto* se impondrá (...)». En el apartado 2 del art. 403 del Proyecto de Código penal de 1994, por el contrario, a pesar de su similitud con el art. 407 del Proyecto de Código penal de 1992, tan solo se alude al *acto ya realizado constitutivo de delito*, regulación que se mantiene en el apartado 2 del art. 425 del Código penal vigente. Se trata, al parecer, de un olvido del legislador [179], inexcusable por cuanto el Código penal de 1995, al menos en la materia que nos ocupa, tiene como punto de referencia el Proyecto de Código penal de 1992, y éste, como hemos visto, recogía el supuesto en discusión.

La solución al problema no es sencilla y, como ocurre a menudo con los deslices del legislador, difícilmente será por entero satisfactoria. Es claro que el término *delito* del apartado 2 del art. 425 (*«En el caso de recompensa por el acto ya realizado, si éste fuera constitutivo de delito...»*) no puede abarcar los ilícitos de otras ramas del ordenamiento jurídico distintas del Derecho penal, por lo que no podrá aplicarse tal apartado si la solicitud de la dádiva o la admisión del ofrecimiento se lleva a cabo como recompensa de un ilícito disciplinario ya realizado. Lo que no resulta ya tan diáfano es si este supuesto está comprendido en el inciso segundo del apartado 1 de este mismo precepto (*«como recompensa del ya realizado»*).

Si la locución *«como recompensa del ya realizado»*, más exactamente, si la expresión *«del»* de esta locución se vincula a *un acto propio de su cargo*, esto es, si entendemos la descripción legal como si dijera *«como recompensa de un acto propio de su cargo ya realizado»*, la respuesta ha de ser negativa, porque un acto *propio* del cargo no puede ser nunca, como del mismo término se infiere, constitutivo de injusto [180]. Por tanto, desde este posicionamiento, la autoridad o funcionario público que solicite una dádiva o admita un ofrecimiento como recompensa de un ilícito disciplinario ya ejecutado no realizará el tipo del art. 425.1, inciso segundo. No obstante, si la acción típica consiste en la recepción efectiva de una dádiva o en la aceptación de la promesa de su entrega futura —no, sin embargo, si estamos ante una solicitud—, cometerá la modalidad que hemos denominado de recogida (art. 426, inciso primero, del Código penal), ya que la expresión de este precepto *en consideración a su función* acoge también los supuestos en los que el funcionario admite una dádiva que le ha sido ofrecida por haber realizado un ilícito disciplinario, pues no cabe duda que quien ofrece una

[179] En este sentido VALEIJE ÁLVAREZ, I., *El delito de cohecho*, pág. 184, nota 248.

[180] Sobre este particular, véase el epígrafe 3.2.1.3.1. de este trabajo. En contra, OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito de cohecho*, pág. 268.

dádiva a un funcionario por haber realizado un ilícito disciplinario, está ofreciendo una dádiva *en consideración a su función* [181]. Esta solución, sin embargo, no se ajusta enteramente con la sistemática del Código, con la concepción que el legislador tiene del cohecho subsiguiente, pues supone castigar con 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 (art. 425.1) al funcionario público que solicitare dádiva o presente o admitiere ofrecimiento o promesa como recompensa de un acto propio de su cargo ya realizado, mientras que si el acto ya realizado constituye un injusto relativo al ejercicio de su función, y sólo para los casos en que la acción típica consiste en la admisión de ofrecimiento o promesa, la pena que se impone es la de multa de tres a seis meses (art. 426).

Para que a la solicitud de una dádiva o a la admisión de un ofrecimiento como recompensa de un ilícito disciplinario ya realizado se le pueda aplicar el inciso segundo del apartado 1 del art. 425 del Código penal, hemos de considerar que el acto implícito en la expresión «*como recompensa del ya realizado*» no es un acto propio del cargo, sino un acto relativo al cargo, relacionado con la función pública que desempeña el funcionario. De esta manera, en esta modalidad quedarán comprendidos tanto los supuestos en que el acto ya realizado contrapartida de la dádiva es propio del cargo del funcionario —un acto propio del cargo también es un acto relativo al cargo—, como los casos en que aquél es un ilícito disciplinario [182]. Y no sólo éstos: cuando el funcionario lleve a cabo la acción típica descrita en el art. 425 como recompensa de un acto ya realizado constitutivo de delito, si éste tiene que ver con el ejercicio de su cargo, habrá un concurso de leyes entre el art. 425.1, inciso segundo, y el art. 425.2, que se resolverá por el principio de especialidad a favor de este último [183].

Otro de los escollos que presenta la defectuosa descripción típica del art. 425 del Código penal es el tratamiento de los casos en que la conducta ya realizada por el funcionario contrapartida de la dádiva es una omisión relativa al ejercicio de su función. Si, a juicio de nuestro legislador, merece sanción penal el funcionario público que solicita dádiva o presente o admite ofrecimiento o promesa como recompensa por haber realizado en el ejercicio de su cargo una acción constitutiva de delito (art. 425.2) [184], desde un punto de vista valorativo no hay razón para excluir de este precepto los supuestos en que

[181] Véase el sentido que a esta locución hemos dado en el epígrafe 3.2.1.1. de este trabajo.

[182] Hay que añadir también las faltas penales relativas al ejercicio del cargo, pues el término *delito* del apartado 2 del art. 425 debe interpretarse, al igual que en el art. 419, en un sentido estricto.

[183] Si el funcionario público solicita una dádiva o admite un ofrecimiento como recompensa de un acto ya realizado constitutivo de delito en la creencia errónea de que éste (contrapartida de la dádiva) es un mero ilícito disciplinario o, incluso, un acto propio de su cargo, faltará el dolo del tipo agravado (art. 425.2), pero realizará la parte objetiva y subjetiva del tipo básico del cohecho subsiguiente (art. 425.1, inciso segundo).

[184] Lo mismo puede decirse cuando la acción constituye un ilícito disciplinario o un acto propio del cargo (art. 425.1, inciso segundo).

la contrapartida de la dádiva es igualmente un delito pero cometido por omisión. Esta exégesis, que parece estar en consonancia con la dinámica del cohecho subsiguiente, tropieza, sin embargo, con serios obstáculos si atendemos a los criterios gramatical y sistemático. En relación con el primero, considerar que en la expresión *«acto ya realizado»* se incluyen las conductas omisivas, podría constituir analogía, que al ser perjudicial para el reo resultaría contraria al principio de legalidad [185]. Por lo que respecta al segundo, la objeción tiene quizá mayor fundamento. El legislador de 1995, en el art. 419, al mencionar la contrapartida de la dádiva, se refiere expresamente, no sólo a la acción, sino también a la *omisión* constitutiva de delito [186]. En el art. 420, la autoridad o funcionario público se compromete a cambio de una dádiva a *ejecutar un acto injusto relativo al ejercicio de su cargo que no constituya delito*, locución esta que sólo comprende conductas activas, acciones, pues cuando el objeto de la dádiva sea la *abstención de un acto que debiera practicar en el ejercicio de su cargo*, esto es, una omisión que constituye un injusto que no es delito, entra en aplicación el art. 421 [187]. Cuando el Código penal ha querido que la contrapartida de la dádiva sea una conducta omisiva, lo ha significado, como vemos, expresamente, por lo que una interpretación sistemática [188] conduce a excluir del ámbito del cohecho subsiguiente (art. 425.1, inciso segundo, y 2) la solicitud de dádiva o presente o admisión de ofrecimiento o promesa por parte de un funcionario público como recompensa de una omisión relativa al ejercicio de su función [189].

[185] No obstante, en la regulación del Código penal anterior, la mayoría de la doctrina era partidaria de incluir en la locución *«por ejecutar un acto relativo al ejercicio de su cargo que constituya delito»* del art. 385 —no se trata de una modalidad de cohecho subsiguiente, lo sabemos, sino antecedente, pero para lo que ahora pretendemos, que no es otra cosa que mostrar una postura distinta a la arriba mantenida en relación con la expresión *«acto ya realizado»*, la referencia sirve— lo mismo las acciones que las omisiones constitutivas de delito; véanse al respecto SÁNCHEZ-TEJERINA, I., *Derecho penal español*, pág. 216; RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Cohecho*, pág. 362; FERRER SAMA, A., *Comentarios al Código penal*, Tomo IV, pág. 173; CASAS BARQUERO, E., *Observaciones*, pág. 883; el mismo, *Algunos aspectos*, pág. 661; CUELLO CALÓN, E., *Derecho penal*, Tomo II, PE, vol. I, pág. 445; BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual*, pág. 376; y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Manual*, págs. 341 y 343.

[186] Reza así ese precepto: «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 (...)».

[187] Véanse VALEIJE ÁLVAREZ, I., *El delito de cohecho*, págs. 218 y ss.; OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito de cohecho*, págs. 297 y 298; y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, págs. 236 y ss.

[188] Sobre esta interpretación, véanse MUÑOZ CONDE, F., *Introducción*, págs. 225 y ss.; LUZÓN PEÑA, D. M., *Curso*, págs. 168 y 169; MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal*, págs. 124 y 125; FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale*, Parte Generale, págs. 100 y 101; MAURACH/ZIPF, *Strafrecht*, AT, § 9, n. m. 17 (pág. 115); RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho Penal*, pág. 106; CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho penal español*, pág. 225; y PRATS CANUT, J. M., *Manual*, pág. 153.

[189] Con todo, ofrecer a un funcionario público una dádiva como recompensa de una omisión relativa al ejercicio de su función supone que tal ofrecimiento se haga *en consideración a su función*, por lo que si la acción consiste en admitir ofrecimiento o promesa siempre se podrá aplicar el art. 426, inciso primero, del Código penal.

Tanto el tipo básico del cohecho subsiguiente (art. 425.1, inciso segundo) como su tipo agravado (art. 425.2), agrupan bajo la amenaza de la misma pena —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, en el caso del primero, y 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, cuando se trata del segundo— tres modalidades o subtipos distintos, a saber: la solicitud de dádiva o presente, la aceptación de la promesa de su entrega futura y, finalmente, su recepción efectiva [190]. Estamos, por tanto, ante lo que la doctrina denomina leyes o tipos mixtos [191]. Concretamente se trata de tipos mixtos alternativos, pues la realización de más de uno de los subtipos integrantes en el precepto no rompe la unidad delictiva: al funcionario público que solicite una dádiva y más tarde la obtenga efectivamente [192] se le aplicará un único delito de cohecho. Con la aplicación de uno solo de los subtipos se comprende ya la totalidad de lo injusto de su comportamiento. Existe entre ellos, pues, una relación de concurso de leyes [193].

No es sencillo, sin embargo, determinar el concreto criterio que ha de servir para solucionar tal concurso. Entre los distintos subtipos que integran el cohecho subsiguiente (solicitar dádiva, aceptar la promesa de su entrega futura y recibirla efectivamente) existe una progresión fáctica. Esta circunstancia apunta, en un primer momento, al principio de subsidiariedad como criterio clave en la resolución de este concurso de leyes, pues existe en la doctrina una cierta avenencia en la idea de ubicar en este principio los supuestos de protección de un mismo bien jurídico en diversos estadios de ataque [194].

[190] La recepción efectiva de una dádiva y la aceptación de la promesa de su entrega futura son dos modalidades típicas que se derivan de la expresión *«admitiere ofrecimiento o promesa»* del art. 425.1 del Código penal; véase al respecto el epígrafe 3.2.1.1. de este trabajo.

[191] Véanse MEZGER, E., *Tratado*, págs. 395 y 396; PUIG PEÑA, F., *Colisión de normas penales*, págs. 89 y 90; SANZ MORÁN, A., *El concurso de delitos*, págs. 118 y 119; GRACIA MARTÍN, L., *La infracción de deberes*, pág. 245; CUERDA RIEZU, A., *Concurso de delitos*, págs. 268 y 269; GARCÍA ALBERO, R., *«Non bis in idem»*, págs. 114 y ss.; y GIL GIL, A., *Derecho penal internacional*, págs. 289 y ss.

[192] Ésta es solo una de las combinaciones posibles.

[193] Partidarios de que la relación existente entre los subtipos integrantes de un tipo mixto alternativo es la de un concurso de leyes, SANTORO, A., *Manuale...*, I, pág. 137; FROSALI, R. A., *Concorso di norme*, págs. 265 y ss.; GRACIA MARTÍN, L., *La infracción de deberes*, pág. 245; y CUERDA RIEZU, A., *Concurso de delitos*, pág. 268. En contra, sin embargo, GRISPIGNI, F., *Derecho penal italiano*, pág. 480; GEERDS, F., *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, págs. 160 y 161; MANTOVANI, F., *Concorso e conflitto di norme*, págs. 187 y ss.; SANZ MORÁN, A., *El concurso de delitos*, págs. 118 y 119, que considera las leyes mixtas alternativas un supuesto de unidad típica en sentido estricto; y GARCÍA ALBERO, R., *«Non bis in idem»*, págs. 115 y ss.

[194] Véanse HONIG, R., *Straflose Vor- und Nachtat*, pág. 113; SANZ MORÁN, A., *El concurso de delitos*, págs. 124 y 125; GARCÍA ALBERO, R., *«Non bis in idem»*, págs. 339 y ss.; BACIGALUPO ZAPATER, E., *Principios*, pág. 420; y MIR PUIG, S., *Derecho Penal*, págs. 678 y 679.

Sin embargo, la ya aludida progresión fáctica en que se encuentran las tres modalidades típicas del cohecho subsiguiente no se corresponde con una intensificación cuantitativa en la afección del bien jurídico, pues tanto la solicitud de una dádiva, como la aceptación de la promesa de su entrega futura, como su recepción efectiva lesionan el bien jurídico *honradez o integridad de la condición de funcionario público*. Desechamos, por ello, el principio de subsidiariedad como criterio capaz de solventar la relación concursal.

El funcionario público que se plantea la comisión de un delito de cohecho busca con ello un enriquecimiento económico que queda colmado con el ingreso en el patrimonio del funcionario o de un tercero de la dádiva proveniente del particular. No es este aspecto, sin embargo, lo que se trata de castigar con el delito de cohecho. Éste queda ya consumado en el momento en que el sujeto activo lleva a cabo la solicitud de la dádiva. Después de esta conducta —que constituye, no olvidemos, uno de los subtipos del cohecho subsiguiente—, la aceptación de la promesa de la entrega futura de la dádiva y su recepción efectiva no serán sino un aseguramiento de la finalidad buscada por el funcionario [195], y no suponen incremento alguno del daño producido por el hecho precedente: son, en definitiva, actos posteriores impunes o copenados, que parte de la doctrina incluye en el principio de consunción [196]. Por tanto, el subtipo consistente en solicitar una dádiva consumirá a las otras dos modalidades típicas, concurran éstas con aquélla por separado o conjuntamente. En caso de que la iniciativa corra a cargo del particular, y el funcionario acepte primero la promesa de la entrega futura de la dádiva y después la reciba efectivamente, este subtipo quedará consumido por aquél.

En el estudio de la modalidad de recogida (art. 426, inciso primero) [197], señalábamos que la expresión *en consideración a su función* acoge los casos en los que se admite una dádiva o regalo que ha sido ofrecido por la realización, pasada o futura, de una concreta conducta, lícita o ilícita, relativa a la función pública que desempeña el funcionario. En efecto, y centrándonos en el supuesto de actuaciones ya ejecutadas, el funcionario que admite una dádiva ofrecida por haber realizado una acción relativa a su función, admite una dádiva ofrecida *en consideración a su función*. Por ello, cuando la autoridad o funcionario público realiza los subtipos del art. 425 (tanto los del tipo básico del cohecho subsiguiente como los del tipo agravado) consistentes en la

[195] Ningún sentido tiene la solicitud de una dádiva si el funcionario no está pensando en su adquisición.

[196] Así, HONIG, R., *Straflose Vor- und Nachtat*, pág. 81; GEERDS, F., *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, pág. 205; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, pág. 736 (*Tratado*, págs. 674 y 675); SANZ MORÁN, A., *El concurso de delitos*, págs. 125 y 126; GARCÍA ALBERO, R., *«Non bis in idem»*, págs. 392 y ss.; CEREZO MIR, J., *Curso...*, III, pág. 318; RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. y SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal español*, pág. 200; y MIR PUIG, S., *Derecho Penal*, págs. 680 y 681.

[197] Véase el epígrafe 3.2.1.1.

aceptación de la promesa de la entrega futura de la dádiva o en su recepción efectiva, comete, al mismo tiempo, el art. 426, inciso primero, del Código penal. Entre este precepto y los subtipos del art. 425 mencionados existe una relación de concurso de leyes que se resolverá por el principio de especialidad a favor de estos últimos [198]. Por el contrario, si el subtipo del cohecho subsiguiente llevado a cabo es el de solicitar una dádiva, al no recoger el art. 426, inciso primero, esta modalidad típica, no habrá relación concursal alguna.

Tras estas diversas consideraciones, resta la conclusión. Con la prohibición a la autoridad o funcionario público de solicitar dádiva o presente o admitir ofrecimiento o promesa como recompensa por un acto (lícito o ilícito) relativo a su función pública ya realizado, se pretende proteger, al igual que en la modalidad de recogida, la honradez o integridad de la condición de funcionario público. La circunstancia de que en el cohecho subsiguiente, la solicitud de la dádiva, aceptación de la promesa de su entrega futura o recepción efectiva se lleve a cabo como recompensa por un acto ya realizado relativo a la función pública ejercida por el sujeto activo, en nada varía este posiciona-

198 De acuerdo con PEÑARANDA RAMOS, E., *Concurso de leyes*, págs. 35 y 36, el rasgo distintivo de la relación de especialidad entendida en un sentido restringido consiste «en que uno de los preceptos (ley especial) que entran en juego para calificar el hecho cometido reúne todas las características de otro (ley general) y, además, otra u otras particulares. Si ello es así, se da entre ambos preceptos una *relación lógica de inclusión o subordinación*, que es precisamente la que permite hablar con propiedad de especialidad *en sentido lógico-formal*». Pues bien, los subtipos —del tipo básico y del tipo agravado de cohecho subsiguiente— consistentes en la aceptación de la promesa de entrega futura de la dádiva y en su recepción efectiva son, respectivamente, ley especial frente a las modalidades homólogas del art. 426, inciso primero, del Código penal. La particularidad de aquéllos no está en la conducta típica, que es exactamente la misma, sino en la contrapartida de la dádiva, que en el caso del cohecho subsiguiente es un acto ya realizado relativo a la función pública del funcionario, mucho más específico, por tanto, que la genérica expresión del art. 426, inciso primero, *en consideración a su función*. El ámbito de aplicación de cada una de las modalidades típicas de este último precepto —aceptación de la promesa de entrega futura de la dádiva y recepción efectiva de la misma— abarca, además del de los subtipos homólogos del cohecho subsiguiente del art. 425.1 y 2, otros supuestos diferentes (por ejemplo, el admitir una dádiva para realizar en el futuro una acción relativa a la función pública desempeñada por el funcionario), por lo que cuando se realizan los subtipos referidos del cohecho subsiguiente, se realizan necesariamente los del art. 426, inciso primero, pero no a la inversa.

En relación con el principio de especialidad, además del último autor citado, véanse KLUG, U., *Gesetzeskonkurrenz*, págs. 404-406; PUIG PEÑA, F., *Colisión de normas penales*, págs. 97 y ss., en especial 102 y 103; BETTIOL/PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto Penale*, págs. 716 y 717; SANZ MORÁN, A., *El concurso de delitos*, págs. 122 y 123; GARCÍA ALBERO, R., *«Non bis in idem»*, págs. 321 y 322; CEREZO MIR, J., *Curso...*, III, pág. 317; MIR PUIG, S., *Derecho Penal*, págs. 677 y 678; BACIGALUPO ZAPATER, E., *Principios*, págs. 419 y 420; y COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho Penal*, Parte General, pág. 175.

miento [199]. Por ello, la conclusión ha de ser la misma, y por idénticos motivos, que la alcanzada en la modalidad de recogida: despenalización de todas las modalidades de cohecho subsiguiente —sea, por tanto, el acto realizado contrapartida de la dádiva, lícito [200] o ilícito— por proteger un bien jurídico no merecedor de tutela penal, y, además, ser ésta innecesaria.

3.2.1.3. *Cohecho antecedente*

En el cohecho antecedente, la realización de la acción típica es anterior a la conducta contrapartida de la dádiva. Ésta, a su vez, puede ser conforme o contraria a derecho, motivo de la próxima distinción.

3.2.1.3.1. *Supuestos en los que la conducta contrapartida de la dádiva es conforme a derecho*

En el artículo 426, inciso segundo, se castiga con la pena de multa de tres a seis meses a la autoridad o funcionario público que admitiere dádiva o regalo que le fueren ofrecidos *para la consecución de un acto no prohibido legalmente*. Por otra parte, de acuerdo con el art. 425.1, inciso primero, incurre 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, la autoridad o funcionario público que solicitare dádiva o presente o admitiere ofrecimiento o promesa *para realizar un acto propio de su cargo* [201].

[199] El mayor castigo del cohecho subsiguiente regulado en el art. 425.2 en relación con el del art. 425.1, inciso segundo, o de éstos respecto al de la modalidad de recogida del art. 426, inciso primero, no se justifica por un mayor desvalor de la acción ni por un mayor desvalor del resultado. Lo injusto del concreto delito cometido por cuya recompensa se solicita una dádiva o presente o se admite ofrecimiento o promesa (art. 425.2), ya queda reflejado en la correspondiente pena prevista por el Código para tal delito, sin que deba servir a su vez para agravar la pena del delito de cohecho. Lo mismo cabe decir si el acto ya realizado es un ilícito disciplinario (art. 425.1, inciso segundo), pues éste tendrá ya asignada su específica sanción. Por lo demás, que la conducta se realice como contraprestación de un acto ya ejecutado relativo al cargo, o se lleve a cabo por haber sido la dádiva ofrecida en consideración a la función ejercida por el funcionario público, tampoco justifica la mayor gravedad del cohecho subsiguiente respecto a la modalidad de recogida.

[200] La despenalización de esta concreta figura delictiva, que la doctrina denomina corrupción o cohecho impropio subsiguiente, es defendida por MIRRI, M. B., *Corruzione propria e corruzione impropria*, págs. 443 y 444; FIANDACA/MUSCO, E., *Diritto penale*, pág. 170; CONTENTO, G., *La riforma «minima» della concussione*, pág. 732; RAMPIONI, R., *Bene giuridico*, pág. 313; VALEIJE ÁLVAREZ, I., *El delito de cohecho*, pág. 184, nota 248; y MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *Comentarios a la Parte Especial*, 3.ª edición, pág. 1728.

[201] Véase, sobre estas figuras, el interesante trabajo de CASTRO MORENO, A., *La nueva modalidad de cohecho*, págs. 20 y ss.

El art. 426, inciso segundo, encuentra, entre nuestros códigos, su antecedente más remoto en el art. 458 del Código penal de 1822[202]. Hasta más de un siglo después, en el Código penal de 1928[203], no volverá a castigarse en España una figura semejante. Con el Código penal de 1944, la admisión por un funcionario público de regalos presentados *para la consecución de un acto justo que no deba ser retribuido*, pasa a formar parte del art. 390, junto a la modalidad de admitir regalos presentados al funcionario *en consideración a su oficio*, castigando ambas figuras con idéntica pena, lo que provocó la crítica de parte de la doctrina por considerar innecesaria, y por tanto superflua, aquella previsión[204]. La figura permanecerá inmutable hasta la reforma operada en el art. 390 del Código penal de 1973 por la Ley Orgánica 9/1991, de 22 de marzo, a partir de la cual se castiga con las penas de arresto mayor y multa del tanto al triplo del valor de la dádiva o regalo, sin que pueda ser inferior a 100.000 pesetas, al funcionario público que admitiere dádiva o regalo que le fueren ofrecidos *para la consecución de un acto no prohibido legalmente*[205]. El legislador de 1995, como hemos visto, tan solo varía la pena, ahora multa de tres a seis meses, y añade, de forma innecesaria, al término *funcionario público* la expresión *autoridad*[206].

202 Rezaba así este precepto: «Cualquiera de dichas personas (se refiere a juez de hecho o de derecho, árbitro o cualquier otro funcionario público), que del mismo modo admita ó se convenga en admitir, ademas de su legítimo salario, algún regalo para hacer un acto de su oficio o cargo, aunque sea justo (...) perderá su cargo o empleo y no podrá obtener otro alguno público en dos años, ni el juez ejercer más la judicatura».

203 Art. 469, párrafo 3.º: «Si la dádiva tuviera por objeto la consecución de un acto no comprendido en los párrafos anteriores y que no deba ser remunerado, aunque sea justo, la pena que se imponga será de seis meses a un año de prisión, multa de 1.000 a 3.000 pesetas e inhabilitación especial de dos a cuatro años».

204 Mantenía FERRER SAMA, A., *Comentarios al Código penal*, Tomo IV, pág. 175, que, resultando suficientemente amplia la expresión *«en consideración a su oficio»*, «(...) no creemos juegue ningún papel la añadidura efectuada por la última reforma del Código, referente al caso de que fueren hechos los regalos para la consecución de un acto justo que no deba ser retribuido, pues en tal supuesto, siempre nos encontraríamos ante una hipótesis de obsequio hecho en atención al oficio o cargo del funcionario». En el mismo sentido, JASO ROLDÁN, T., *Derecho Penal*, pág. 215; y CÓRDOBA RODA, J., *El cohecho de funcionarios públicos*, págs. 188 y 189. En contra, sin embargo, RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Cohecho*, pág. 360; y CASAS BARQUERO, E., *Observaciones*, pág. 899.

205 La sustitución de la locución *para la consecución de un acto justo que no deba ser retribuido* por la fórmula *para la consecución de un acto no prohibido legalmente* obedece, según ORTS BERENGUER, E. y VALEIJE ÁLVAREZ, I., *Comentarios al Código Penal de 1995*, pág. 1840, valiéndose de fuentes parlamentarias, al argumento «de que un acto que nace como retribuido, aunque sea conforme a derecho nunca puede considerarse justo, al menos en su aceptación social, sino simplemente no prohibido tal y como se desprende de la fórmula propuesta». Por su parte, BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual*, pág. 377, había pedido la reforma de la expresión *que no deba ser retribuido*, pues era posible que el acto fuera retribuido y se diera, además, un regalo o mayor retribución que la que correspondía.

206 Véase CASTRO MORENO, A., *La nueva modalidad de cohecho*, pág. 20, nota 2.

Con anterioridad al Código penal vigente, en la locución *acto no prohibido legalmente* (y antes de la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 9/1991, de 22 de marzo, en la dicción *acto justo que no deba ser retribuido*) se incluían por la doctrina y jurisprudencia los actos lícitos que estuvieran dentro del ámbito de competencia del funcionario [207]. Una correcta interpretación teleológico-restrictiva excluía del precepto todo acto lícito que no tuviera nada que ver con el desempeño de la función pública del sujeto activo. Esta forma de entender el art. 390 del Código penal de 1973 (*admitir dádiva o regalo ofrecidos para la consecución de un acto no prohibido legalmente*) se ha visto afectada, como veremos, con la entrada en vigor del Código penal de 1995, debido a que, además de esta figura delictiva (art. 426, inciso segundo), se recoge en el art. 425.1, inciso primero, la solicitud de dádiva o presente o admisión de ofrecimiento o promesa por autoridad o funcionario público *para realizar un acto propio de su cargo*, con la que guarda una evidente semejanza, aunque se castigan con penas distintas.

El contenido del actual art. 425.1, inciso primero, proviene del art. 478, párrafo primero, inciso primero, del Proyecto de Ley Orgánica de Código penal de 1980. Poco después se recogería idéntica figura en el art. 405.1, inciso primero, de la Propuesta de Anteproyecto de Código penal de 1983. Ahora bien, ninguno de estos dos textos legales acoge entre los artículos dedicados al delito de cohecho una figura semejante a la que hoy forma parte del art. 426, inciso segundo, del Código penal, por lo que no se daban los problemas de solapamiento que en la actualidad existen. En el Proyecto de Ley Orgánica de Código penal de 1992, sin embargo, reciente la reforma del art. 390 del Código penal de 1973 por la mencionada Ley Orgánica 9/1991, de 22 de marzo, se mantiene intacto el contenido de este precepto en su art. 408 [208], pero además, siguiendo la pauta marcada por el Proyecto de 1980 y el Anteproyecto de 1983, se castiga en el art. 407.1, inciso primero, a la autoridad o funcionario público que solicitare dádiva

[207] Véanse MORILLAS CUEVA, L. y PORTILLA CONTRERAS, G., *Los delitos de revelación de secretos, uso de información privilegiada, cohecho impropio y tráfico de influencias*, págs. 223 y 224; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *El delito de cohecho*, pág. 165; OLAIZOLA NOGALES, I., *Cohecho y amenazas*, pág. 436; y la misma, *El delito de cohecho*, pág. 299. La sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 1972 (R. J. A. 4851) condenó por un delito de cohecho del art. 390 del Código penal a un Auxiliar de la Administración de Justicia por demandar y percibir, frecuentemente, de Letrados y Procuradores, cantidades que oscilaban alrededor de 200 pesetas por la práctica de diligencias relativas al ejercicio de la función que tenía confiada, tales como exhibición de actuaciones penales no declaradas secretas o devolución de permisos de conducir al interesado cuya retención ya había sido alzada por orden judicial. Véanse también las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de enero de 1994 (R. J. A. 86) y 2 de febrero de 1994 (R. J. A. 759).

[208] Decía así este artículo: «El funcionario público que admitiere dádiva o regalo que le fueren ofrecidos (...) para la consecución de un acto no prohibido legalmente, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses».

o regalo o admitiere ofrecimiento o promesa *para realizar un acto propio de su cargo.* Con ello, aparecen los ya aludidos problemas de delimitación entre ambos preceptos, que, debido a la precipitación del legislador, heredará el Código penal de 1995 [209].

Varias son ya las posturas ofrecidas por la doctrina para tratar de deslindar los artículos 425.1, inciso primero, y 426, inciso segundo, del Código penal, esto es, diferenciar el *acto propio de su cargo* del primer precepto, del *acto no prohibido legalmente* del segundo [210].

La diferente sanción de estas disposiciones sólo puede encontrar su fundamento, según ORTS y VALEIJE, en la distinta entidad o importancia del acto que el funcionario público se compromete a realizar a cambio de una dádiva, teniendo en cuenta, claro está, que se trata en ambos preceptos de actos conformes al cargo. De esta forma, reservan el art. 426, inciso segundo, para los casos en que «(...) la dádiva o el regalo tiende a la ejecución de comportamientos manuales de los sujetos que auxilian y apoyan el ejercicio de las funciones propias del organismo administrativo o a la realización de tareas materiales propias del mismo» [211]. Citan como ejemplos el dar preferencia a un expediente, acelerar el pago de una pensión o conceder una excedencia o permiso a tiempo [212].

Por su parte, OLAIZOLA, aun reconociendo la dificultad de la distinción, apunta como posible solución la de que los *actos propios del cargo* del art. 425.1, inciso primero, son los actos para los que el funcionario tiene una competencia específica, esto

[209] En este Código, tales problemas se presentan cuando el subtipo realizado es, bien la aceptación de la promesa de entrega futura de la dádiva, bien la recepción efectiva de la misma, pero no cuando consista en la solicitud de una dádiva, pues esta modalidad no se recoge en el art. 426.

[210] Destacan los autores la necesidad de delimitar estos preceptos, sobre todo, por las diferentes penas previstas por ellos; véanse OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito de cohecho*, pág. 304; MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *Comentarios a la Parte Especial*, 3.ª edición, pág. 1724; y CASTRO MORENO, A., *La nueva modalidad de cohecho*, pág. 21. Por su parte, RIVERA HERNÁNDEZ, J. M.ª, *Los delitos de cohecho*, págs. 416 y 417, considera que ambas disposiciones se refieren a un mismo supuesto, y soluciona el solapamiento aplicando la de mayor gravedad, esto es, el art. 425.1, inciso primero, con base en el art. 8.4 del Código penal. Pero tal proceder supone dejar sin aplicación el art. 426, inciso segundo.

[211] ORTS BERENGUER, E. y VALEIJE ÁLVAREZ, I., *Comentarios al Código Penal de 1995*, pág. 1840. Critica esta interpretación RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, pág. 280, debido a su imprecisión o falta de claridad, «pues resulta complejo determinar cuáles son las actividades que deben calificarse como manuales y quiénes son los sujetos que las llevan a cabo, dado que esta distinción no es contemplada por el ordenamiento jurídico-administrativo». De esta misma opinión, CASTRO MORENO, A., *La nueva modalidad de cohecho*, pág. 29.

[212] Alguno de estos ejemplos, concretamente la aceleración de trámites, ha sido cuestionado por RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, pág. 280, por considerar que se trata en realidad de un acto contrario al ordenamiento jurídico, de aplicación, en consecuencia, no el art. 426, sino el art. 420 del Código penal.

es, aquellos que le han correspondido específicamente en el reparto de funciones, mientras que los *actos no prohibidos legalmente* del art. 426, inciso segundo, son los que el funcionario puede realizar debido a que su cargo le permite acceder a ellos con facilidad, pero no son propios del funcionario [213].

Finalmente, RODRÍGUEZ PUERTA hace depender la distinción entre ambos preceptos, del bien jurídico protegido en el delito de cohecho, que, según ella, es el principio de imparcialidad en el ejercicio de funciones públicas [214]. Así, el art. 425.1, inciso primero, comprende los supuestos en que el acto contrapartida de la dádiva es un acto discrecional objetivamente conforme al ordenamiento jurídico [215], mientras que el art. 426, inciso segundo, quedaría reservado para los casos en los que el acuerdo entre funcionario y particular tuviera por objeto un acto de naturaleza reglada, también conforme a derecho [216]. Esta interpretación permite, en opinión de esta autora, «valorar con-

[213] OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito de cohecho*, pág. 303. En otro trabajo (*Cohecho y amenazas*, págs. 437 y 438), al referirse esta autora al *acto no prohibido legalmente*, habla de «actos intermedios relativamente relacionados con el trabajo del funcionario». Véanse también DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *El delito de cohecho*, pág. 166; CASTRO MORENO, A., *La nueva modalidad de cohecho*, págs. 31-34 y 42; y CRESPO BARQUERO, P., *Código Penal*, págs. 2367 y 2368.

[214] La crítica del principio de imparcialidad como bien jurídico protegido en el delito de cohecho llevada a cabo en el epígrafe 3.1.6.3 de este trabajo, conlleva el rechazo del fundamento de la distinción que esta autora propone. También se muestra crítico con Rodríguez Puerta, CASTRO MORENO, A., *La nueva modalidad de cohecho*, pág. 24.

[215] Además de estos supuestos, incluye Rodríguez Puerta en este precepto aquellos otros en los que el funcionario cree erróneamente que el acto contrapartida de la dádiva es justo, cuando en realidad es contrario al ordenamiento jurídico; véanse RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, pág. 272; y MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *Comentarios a la Parte Especial*, 3.ª edición, pág. 1726. Sobre esta cuestión volveremos más adelante, en este mismo epígrafe.

[216] RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, págs. 271-273, 276 y 277. En el mismo sentido, MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *Comentarios a la Parte Especial*, 3.ª edición, págs. 1726 y 1727; FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *Comentarios al Código penal*, pág. 1139; el mismo, *Delitos contra la Administración pública*, pág. 1685; y CARDENAL MONTRAVETA, S., *Concepto*, pág. 323.

Es preciso significar, no obstante, que Rodríguez Puerta (págs. 272, 277-280) exige para aplicar el art. 426, inciso segundo, no sólo que la contrapartida de la dádiva sea un acto de naturaleza reglada conforme a derecho, sino, además, que quien entrega la dádiva crea erróneamente que tal acto es contrario a derecho o que la dádiva es debida. Así se expresa la autora: «(...) los supuestos incriminados en el tipo analizado se reducen a aquellos en los que el funcionario recibe una dádiva por realizar un acto de naturaleza reglada conforme a Derecho, aprovechándose, para ello, del error en el que se encuentra el particular, pues éste cree que el acto por el que entrega la dádiva es injusto —cuando en realidad es conforme a Derecho—, o bien cree, también erróneamente, que para obtener el acto es en todo caso necesario recompensar al funcionario actuante». Si es el funcionario quien engaña al particular sobre estos extremos, el precepto que se aplicará, concluye, es el 438 o, en su caso, el 437 del Código penal.

La exigencia para poder aplicar el art. 426, inciso segundo, relativa a que el particular crea erróneamente que el acto contrapartida de la dádiva es contrario a derecho o que ésta es debida, si bien

forme a criterios de proporcionalidad situaciones que presentan un distinto contenido de injusto. Así, cuando el objeto del cohecho es un acto discrecional, el respeto del principio de imparcialidad queda cuestionado, pues el funcionario se sitúa en una posición parcial respecto a su futura decisión, con independencia de que ésta finalmente se vea o no afectada por la dádiva. En estos casos deberá subsumirse la conducta en el art. 425 CP, que prevé una pena más grave que la contemplada en el art. 426 CP»[217]. Por el contrario, cuando se trata de actos reglados (art. 426, inciso segundo), no existe posibilidad de influir sobre la decisión del funcionario, por lo que el principio de imparcialidad ni siquiera se pone en peligro[218].

---

puede obedecer al loable propósito de limitar al máximo el ámbito de aplicación de un desafortunado precepto, carece de base legal. Rodríguez Puerta parte, además, de un dato falso: la inexistencia de ofrecimientos, promesas o entregas de dádivas por particulares para conseguir actos a los que ya tienen derecho, sin que se dé una amenaza, presión o engaño por parte del funcionario. Claro que hay entregas de dinero, o promesas de entregarlo, a funcionarios para que estos se limiten a cumplir escrupulosamente su función pública, conociendo el dador con exactitud este dato. Otra cosa es que deban castigarse penalmente. Pero si esta autora mantiene que, aunque no comprometen el principio de imparcialidad, merecen reproche penal los supuestos en los que el acuerdo se dirige a la obtención de un acto reglado conforme a la legalidad, por suponer una instrumentalización del cargo o las funciones para la obtención de un beneficio económico (pág. 271), no hay razón entonces, al menos ella no la ofrece, para excluir del art. 426, inciso segundo, los casos en que el particular actúa sin ningún tipo de conocimiento erróneo (véase al respecto CASTRO MORENO, A., *La nueva modalidad de cohecho*, págs. 25 y 26).

Finalmente, ya hemos visto que si el funcionario hace creer al particular que el acto reglado contrapartida de la dádiva es contrario a derecho, o le engaña sobre el carácter debido de la dádiva, Rodríguez Puerta aplica el art. 438 del Código penal. Por el contrario, considera no estar ante un delito de estafa, negando de esta forma la aplicación de este artículo, si el funcionario se limita a aprovechar el error en que se encuentra el particular. Es para estos supuestos, como hemos visto, para los que, según ella, está reservado el art. 426, inciso segundo, del Código penal. Pues bien, olvida esta autora que el art. 438 del Código penal no sólo se refiere al delito de estafa, sino también al delito de apropiación indebida (*La autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo, cometiere algún delito de estafa o apropiación indebida*, reza este artículo), y que una modalidad específica de apropiación indebida es la que castiga al que, habiendo recibido indebidamente, por error del transmitente, dinero o alguna otra cosa mueble, niega haberla recibido o, comprobado el error, no procede a su devolución, siempre que la cuantía de lo recibido exceda de cincuenta mil pesetas (art. 254), precepto en el que pueden encontrar acomodo —también, por tanto, en el 438 (así, CASTRO MORENO, A., *La nueva modalidad de cohecho*, pág. 26)— parte de la casuística de aquellos supuestos a los que Rodríguez Puerta aplica el art. 426, inciso segundo. Sobre esta modalidad específica de apropiación indebida, véase, por todos, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Apropiaciones indebidas*, págs. 199 y ss.

217 RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, pág. 272. Véase también MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *Comentarios a la Parte Especial*, 3.ª edición, págs. 1726 y 1727.

218 RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, págs. 270 y 277.

Entre estas propuestas que persiguen el deslinde de ambos preceptos, todavía se puede aventurar una más, que, sin embargo, no obedece, como las anteriores, a la distinta entidad o naturaleza del *acto propio del cargo* (art. 425.1, inciso primero) y del *acto no prohibido legalmente* (art. 426, inciso segundo). Lo mismo uno que otro son actos que están dentro del ámbito de competencia del funcionario público que realiza la acción típica. La diferencia estribaría en que el art. 425.1, inciso primero, se limita a los casos en que es el propio funcionario quien debe realizar el acto contrapartida de la dádiva, mientras que el art. 426, inciso segundo, tendría un ámbito propio de aplicación en los supuestos en que el sujeto activo delega en otro funcionario la realización del acto pretendido por la persona que ofrece la dádiva o regalo. Esta interpretación se apoya, en parte, en el tenor literal de este último precepto —*para la consecución*—, pues el funcionario público se compromete a cambio de la dádiva a conseguir un acto no prohibido legalmente, y puede conseguirlo tanto si es el propio funcionario quien lo realiza, como si lo delega en otra persona [219].

Todas estas contribuciones al mejor entendimiento de estos dos preceptos no son sino intentos bienintencionados de dar coherencia a una evidente torpeza legislativa difícilmente subsanable [220]. La prisa e irreflexión con que, a veces, opera el legislador, le ha llevado en esta ocasión a la creación de dos figuras de contornos muy semejantes castigadas con penas distintas —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, por un lado, y multa de tres a seis meses, por otro—, dejando al intérprete la difícil, por no decir imposible, tarea de enmendarle. Por si esto fuera poco, todos los posibles supuestos comprendidos en el art. 426, inciso segundo, son abarcados también por el inciso primero de este mismo artículo. Puede discutirse el contenido concreto de la expresión *acto no prohibido legalmente* del art. 426, inciso segundo, pero de lo que no hay duda

[219] Ya en la regulación anterior, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Manual*, pág. 351, consideraba que en el art. 390, inciso segundo (actual 426, inciso segundo), «(...) la entrega de la dádiva se realiza para conseguir un acto, tanto si dicho acto lo ha de realizar el funcionario al que se le entrega la misma, como si corresponde a otro funcionario el ejecutar el acto. Al funcionario se le entrega la dádiva para que consiga que el acto se ejecute con independencia de a quién corresponda la ejecución. Es claro que el funcionario que recibe la dádiva y el que ejecuta el acto pretendido no tienen por qué ser la misma persona (...)». No obstante, así entendida la figura, sin más limitaciones, podría aplicarse también cuando entre el funcionario público que realiza la acción típica y el acto contrapartida de la dádiva no existe relación funcionarial alguna, como puede ser el caso del Oficial de la Administración de Justicia de un Juzgado de Zaragoza que recibe una dádiva con la finalidad de conseguir de su hermano, Alcalde de un pueblo de León, la realización de un acto de su competencia. Por ello, en la propuesta arriba formulada exigimos que el acto contrapartida de la dádiva se encuentre dentro del ámbito de competencia del funcionario público que admite la dádiva o regalo, que es en realidad quien comete el delito de cohecho.

[220] Véase DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *Cohecho*, págs. 261 y 262.

es de que tal acto tiene que ser relativo, encontrarse en relación con la función pública ejercida por el sujeto activo del delito[221]. Si esto es así, todo funcionario público que admita dádiva o regalo que le son ofrecidos *para la consecución de un acto no prohibido legalmente*, al mismo tiempo admite dádiva o regalo que le son ofrecidos *en consideración a su función* (modalidad que hemos llamado de recogida)[222]. Entre ambas figuras hay una relación de concurso de leyes que se resolverá por el principio de especialidad a favor de la primera. Ambas, sin embargo, están castigadas con la misma pena. Pero, entonces, si todos los supuestos comprendidos en el art. 426, inciso segundo, son al mismo tiempo abarcados por la modalidad de recogida (art. 426, inciso primero), y se castigan con idéntica pena, ¿qué sentido tiene la existencia de aquella figura?, ¿cuál es su razón de ser?, ¿acaso no supone esto un contrasentido desde el punto de vista de la economía legislativa? El art. 426, inciso segundo, no sólo plantea difíciles problemas de delimitación con el art. 425.1, inciso primero, del Código penal, sino que resulta totalmente innecesario. Por este solo motivo, con independencia de la existencia de otros, debe patrocinarse su pronta desaparición.

Por otro lado, discrepamos de esa parte de la doctrina que ve entre el art. 425.1, inciso primero, y las modalidades tipificadas en los artículos 419, 420 y 421 del Código penal una relación de especialidad[223]. En este sentido, considera RODRÍGUEZ PUERTA que «(...) la nueva redacción que ha adoptado el art. 425 CP permite establecer, también en sentido lógico-formal, una relación de especialidad entre las formas agravadas de cohecho —arts. 419, 420 y 421 CP— y la modalidad básica —art. 425 CP—[224], pues los

221 En caso contrario, se llegaría al dislate de castigar por cohecho, por ejemplo, a un sujeto, funcionario público, con conocimientos de fontanería, que recibe una cantidad de dinero de su vecino para que realice una reparación de urgencia en una parte de la cañería de su casa.

222 Véase el epígrafe 3.2.1.1 de este trabajo.

223 Véase RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, págs. 155-159, y 268.

224 Si, como manifiesta RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, pág. 157, refiriéndose al Código penal de 1973, para distinguir los supuestos más graves de cohecho (artículos 385, 386 y 387) de aquellos otros menos graves (art. 390), no podía recurrirse a la utilización de las expresiones «tipo básico» y «modalidades agravadas», pues, pese a existir entre ellas una relación de inclusión valorativa, «(...) la concreta técnica de tipificación empleada para describir las distintas formas de cohecho impedía sostener que, también en sentido lógico-formal, entre los preceptos indicados existía una relación de especialidad», tampoco en la actualidad será correcto —como veremos, por idéntica razón— calificar de tipo básico el art. 425.1, inciso primero, y de tipos agravados los artículos 419, 420 y 421 del Código penal. Además, las modalidades de cohecho cometidas por autoridad o funcionario público no se reducen a las contenidas en estos preceptos: ¿también el art. 425.1, inciso primero, es el tipo básico de las restantes figuras del art. 425 y de las contenidas en el art. 426? Con todo, otros autores contemplan asimismo el art. 425.1, inciso primero, como el tipo básico del delito de cohecho; véanse ORTS BERENGUER, E. y VALEIJE ÁLVAREZ, I., *Comentarios al Código Penal de 1995*, pág. 1835; y OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito de cohecho*, pág. 388.

elementos adicionales de los tipos específicos —arts. 419, 420 y 421 CP— constituyen especiales concreciones de los elementos presentes en el tipo general —art. 425 CP—. Esta conclusión se infiere sin dificultad de los términos empleados en el art. 425 CP —acto propio del cargo—, categoría de actos a la que pertenecen tanto los actos delictivos realizados en el ejercicio del cargo (art. 419 CP), como los injustos (art. 420 CP) y las abstenciones (art. 421 CP)»[225]. De esta forma, en el art. 425.1, inciso primero, subsume esta autora, como hemos visto más arriba, además de los cohechos cuyo objeto es un acto discrecional objetivamente conforme al ordenamiento jurídico, «aquellos otros en

[225] RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, pág. 140, nota 24. También CASTRO MORENO, A., *La nueva modalidad de cohecho*, págs. 36 y ss., incluye en la expresión *para realizar un acto propio de su cargo* del art. 425.1, inciso primero, actos ilícitos, distinguiendo tal modalidad, del art. 420, en que, en este último precepto, a diferencia del primero, se exige ánimo de lucro —que deduce de la locución *en provecho propio o de un tercero*—. Con ello, según su opinión, se colman algunas lagunas de punibilidad motivadas por la regulación actual del Código penal, pues de entenderse que en el art. 425.1, inciso primero, no tienen cabida los supuestos en los que la dádiva se solicita o admite para realizar un acto ilícito, serían atípicas tales conductas cuando no haya por parte del funcionario intención de beneficio propio ni de tercero.

La postura de Castro Moreno nos suscita algunas dudas que trataremos de manifestar. Considera este autor que un *acto propio del cargo* (art. 425.1, inciso primero) puede ser también un acto ilícito. Para distinguir esta modalidad, del art. 420, exige en este último un específico elemento subjetivo: el ánimo de lucro. De esta manera, continúa argumentando, el funcionario público que, sin ánimo de lucro, solicita o recibe una dádiva para realizar un acto injusto relativo al ejercicio de su cargo, si bien no comete el art. 420 por faltar ese específico elemento subjetivo, podrá ser castigado por el delito del art. 425.1, inciso primero, solución que sería imposible de no incluir en la expresión *acto propio del cargo* también los actos ilícitos. Desde el punto de vista que él mantiene, todo parece, hasta el momento, correcto. Ahora bien, no queda claro en su exposición si, cuando habla de actos ilícitos, también incluye los delictivos, más exactamente, si un acto constitutivo de delito queda igualmente abarcado por el art. 425.1, inciso primero. Vamos a pensar que sí, aunque, insistimos, nada se diga expresamente, pues de lo contrario la solicitud o recepción de una dádiva por el funcionario, sin ánimo de lucro, para realizar un acto constitutivo de delito, debería quedar, en su concepción, impune. Lo que sí se deriva claramente de su argumentación es la dificultad de que puedan encuadrarse en la redacción del art. 425.1, inciso primero —*para realizar un acto*—, los supuestos en los que la contrapartida de la dádiva es una conducta omisiva. Esto, unido a que Castro Moreno debe exigir en los artículos 419 y 421, al igual que en el 420, ánimo de lucro, hace que nos surja una pregunta ¿qué ocurre con aquellos casos en los que el funcionario, sin ánimo de lucro, solicita o recibe una dádiva *para realizar en el ejercicio de su cargo una omisión constitutiva de delito* o *para abstenerse de un acto que debiera practicar en el ejercicio de su cargo*? En la concepción de este autor, si la hemos entendido bien, deberían quedar impunes, pues no podría aplicar el art. 419 o el art. 421 por faltar aquel específico elemento subjetivo, ni tampoco el art. 425.1, inciso primero, al no abarcar la expresión *para realizar un acto* los supuestos en los que la contrapartida de la dádiva constituye una omisión. Con ello, la finalidad perseguida por Castro Moreno consistente en colmar algunas lagunas de punibilidad que, según él, presenta la regulación actual, se ve, en cierta medida, frustrada.

los que el sujeto activo (...) desconoce el carácter injusto del acto contrapartida de la dádiva, o yerra sobre este extremo»[226].

Antes de nada, una relación de especialidad entre el art. 425.1, inciso primero, y los artículos 419, 420 y 421, posibilitaría la inclusión en aquél, no sólo de los supuestos en que el funcionario público actúa creyendo que el acto contrapartida de la dádiva es justo cuando en realidad es contrario al ordenamiento jurídico, como parece inferirse de las palabras de RODRÍGUEZ PUERTA, sino también de aquellos otros en los que el sujeto activo conoce la ilegalidad del acto, aunque en este caso, con base precisamente en el principio de especialidad, se aplicase preferentemente el art. 419, 420 ó 421, según los casos. No es éste, sin embargo, el reproche que ahora nos importa, sino, como ya hemos notado, el que tiene que ver con la consideración misma de estar ante una relación de especialidad.

Es cierto que las acciones típicas de los artículos 419, 420 y 421 del Código penal coinciden con las descritas en el art. 425.1, inciso primero[227], pero no compartimos la opinión de que una acción u omisión constitutivas de delito realizadas en el ejercicio del cargo (art. 419), un acto injusto relativo al ejercicio del cargo que no constituya delito (art. 420) o la abstención de un acto que debiera practicarse en el ejercicio del cargo (art. 421), sean actos *propios* del cargo[228], por lo que no podemos estar de acuerdo con que todos los supuestos susceptibles de ser integrados en estos preceptos resulten a la vez abarcados por el art. 425.1, inciso primero. Acto *propio* del cargo es un acto perteneciente al cargo, característico, peculiar del cargo, y un delito o un ilícito disciplinario, por mucha relación que tengan con el cargo, no pertenecen, no son propios del cargo[229, 230]. ¿Cómo explicar que entre los actos *propios* de un juez está el de dic-

226 RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, págs. 159 y 272. Véase también MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *Comentarios a la Parte Especial*, 3.ª edición, pág. 1726, donde se limita expresamente el ámbito de aplicación del art. 425.1, inciso primero, a los actos de naturaleza discrecional ajustados a derecho y a los supuestos en los que el funcionario desconoce —error— el carácter injusto del acto objeto del cohecho.

227 Así RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, pág. 156.

228 Véanse CRESPO BARQUERO, P., *Código Penal*, pág. 2369; y la sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, sección 1.ª, de 20 de octubre de 1999 (A. R. P. 5101), donde se juzga el caso del Ayudante Militar de Marina que solicita de los armadores diferentes cantidades de numerario para que sus barcos fuesen despachados, no obstante no cumplirse los requisitos que el propio funcionario estimaba indispensables para que aquéllos pudieran navegar; y se dice: «Tal modo de proceder debe ser calificado como ejecución de actos injustos relativos al ajercicio del cargo de Ayudante Militar de Marina, en el sentido que le otorga el art. 386 del Código Penal de 1973 (art. 420 del actual), *y no como acto propio del expresado cargo*, tipificado en el art. 425 del vigente Código penal (...)». La cursiva es nuestra.

229 Como puede observarse, la argumentación gira en torno al adjetivo *propio*. No entramos ya en la dificultad añadida, sobre la que no se pronuncia Rodríguez Puerta, de que una omisión, delictiva (art. 419) o injusta no constitutiva de delito (art. 421), pueda incluirse en la expresión *para realizar un acto* del art. 425.1, inciso primero, del Código penal.

tar resoluciones prevaricadoras? El mismo legislador, cuando en el art. 419 se refiere a la contraprestación de la dádiva, no habla de una acción u omisión *propias* del cargo constitutivas de delito, sino de una acción u omisión constitutivas de delito realizadas *en el ejercicio del cargo*. Lo mismo sucede en el art. 420. En este precepto, la contrapartida de la dádiva no es un acto injusto *propio* del cargo que no constituya delito, sino un acto injusto *relativo al ejercicio del cargo* que no constituya delito [231]. En definitiva, entre los artículos 419, 420 y 421, y el art. 425.1, inciso primero, del Código penal, no se cumple la máxima, propia de la especialidad en sentido lógico-formal, de que siempre que se realiza el tipo de la ley especial se realiza también necesariamente el tipo de la ley general. Sí se observa este principio, sin embargo, cuando ponemos en relación dos de los subtipos de este último precepto con el art. 426, inciso primero. Veámoslo.

El art. 425.1, inciso primero, del Código penal castiga con idéntica pena tres subtipos distintos: la solicitud de dádiva o presente, la aceptación de la promesa de su entrega futura y, por último, su recepción efectiva. Nos encontramos, al igual que ocurría con el cohecho subsiguiente, ante un tipo mixto alternativo [232]. Por otro lado, la expresión *en consideración a su función* del art. 426, inciso primero, acoge, como vimos [233], los casos en que el funcionario público admite una dádiva o regalo que le son ofrecidos para realizar un acto propio de su cargo [234]. En consecuencia, cuando el funcionario realiza los subtipos del art. 425.1, inciso primero, consistentes en la aceptación de la promesa de entrega futura de la dádiva o en su recepción efectiva, realiza

---

[230] OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito de cohecho*, págs. 301, 304 y 388, incurre, a nuestro modo de ver, en una contradicción cuando, por un lado, manifiesta que el *acto propio de su cargo* del art. 425.1, inciso primero, «(...) debe tratarse de un acto justo, es decir, que no viole ninguna norma jurídica» (pág. 301), y poco más tarde apuntar la posibilidad de aplicar este precepto cuando el funcionario público «acepta una dádiva por comprometerse a realizar un acto que él cree justo y en realidad es injusto (...), *porque el acto justo o injusto sigue siendo un acto del cargo del funcionario*» (pág. 304), o en los casos en que «el funcionario se compromete a realizar un acto que en realidad es constitutivo de delito pero él piensa que simplemente es un acto injusto (...) *porque el funcionario en todo caso se compromete a realizar un acto propio de su cargo*» (pág. 388). La cursiva es nuestra.

[231] RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, pág. 159, parece no darse cuenta de este detalle, pues al transcribir parte del art. 420 del Código penal, lo hace de esta guisa: «*acto injusto propio del cargo que no constituya delito*».

[232] Véase al respecto el epígrafe 3.2.1.2 de este trabajo. A este epígrafe nos remitimos también por lo que se refiere a la relación existente entre estos subtipos integrantes del tipo mixto alternativo, que no es otra que la de concurso de leyes, y al concreto criterio utilizado para solucionar tal concurso.

[233] Epígrafe 3.2.1.1.

[234] No cabe duda de que el funcionario que admite una dádiva ofrecida para que realice un acto propio de su cargo, admite una dádiva ofrecida *en consideración a su función*.

también necesariamente el art. 426, inciso primero[235]. Entre éste y aquéllos existe una relación de concurso de leyes que se resolverá por el principio de especialidad a favor de los subtipos mencionados del art. 425.1, inciso primero. Si la acción típica realizada es la de solicitar una dádiva, tan sólo se comete uno de los subtipos del art. 425.1, inciso primero, pues el art. 426, inciso primero, no recoge esta modalidad.

En los dos supuestos en estudio (artículos 426, inciso segundo, y 425.1, inciso primero), el elemento intelectual del dolo del autor ha de comprender su condición de funcionario público y la conexión causal existente entre la dádiva solicitada u ofrecida y la función pública ejercida. Ha de abarcar, además, la acción típica, que en el caso del art. 426, inciso segundo, puede ser la aceptación de la promesa de entrega futura de una dádiva o su recepción efectiva, y en el del art. 425.1, inciso primero, además de estas dos, la solicitud de dádiva o presente. El tipo subjetivo de estos supuestos, sin embargo, no se reduce al dolo.

La acción típica, sea cual sea, debe ejecutarse *para la consecución de un acto no prohibido legalmente* (art. 426, inciso segundo) o *para realizar un acto propio de su cargo* (art. 425.1, inciso primero). Ahora bien, no es necesaria la realización efectiva de la contrapartida de la dádiva, esto es, del *acto no prohibido legalmente* o del *acto propio de su cargo*, para la consumación del delito. Ambos quedan fuera del tipo objetivo. Basta con que el sujeto activo solicite la dádiva[236], la reciba o acepte la promesa de su entrega futura con la *finalidad* de conseguir un acto no prohibido legalmente o de realizar un acto propio de su cargo. El tipo subjetivo de ambos supuestos, por ello, como anticipábamos más arriba, requiere, además del dolo, la mentada finalidad, que no es otra cosa que un elemento subjetivo de lo injusto adicional al dolo. Se trata ahora de dilucidar ante qué clase de elemento subjetivo de lo injusto estamos.

Son variadas las clasificaciones de los elementos subjetivos de lo injusto que se han ofrecido por la doctrina[237]. De entre ellas, ha de darse prioridad, a nuestro modo de ver, a aquella que descansa sobre el papel que juega en el tipo el correspondiente elemento subjetivo de lo injusto[238]. Y en este sentido, en opinión de GIL GIL, la introducción de un elemento subjetivo en el tipo de lo injusto puede tener dos finalidades diferentes: adelantar las barreras de protección anticipando el momento de la consu-

[235] Conviene recordar que este precepto recoge, asimismo, como modalidades típicas, la de aceptar la promesa de entrega futura de una dádiva y la recepción efectiva de la misma. Véase de nuevo el epígrafe 3.2.1.1.

[236] La solicitud de la dádiva, como sabemos, sólo por lo que respecta al art. 425.1, inciso primero.

[237] Véanse, por ejemplo, MEZGER, E., *Tratado*, págs. 357 y 358; CEREZO MIR, J., *Curso...*, II, págs. 122 y 123; POLAINO NAVARRETE, M., *Los elementos subjetivos del injusto*, págs. 251 y ss.; MIR PUIG, S., *Derecho Penal*, 6.ª edición, pág. 275; y CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho penal español*, págs. 721 y 722.

[238] Así GIL GIL, A., *Derecho penal internacional*, pág. 233, nota 128.

mación o restringir el tipo mediante la concreción de la conducta que se quiere castigar [239]. Pues bien, tanto el acto no prohibido legalmente (art. 426, inciso segundo) como el acto propio del cargo del funcionario público (art. 425.1, inciso primero), ajenos al tipo objetivo pero abarcados por la finalidad del sujeto activo, son lícitos, conformes a derecho. Su ejecución, aisladamente considerada, ni lesiona ni pone en peligro concreto bien jurídico alguno, por lo que la consumación del delito con anterioridad a la realización de ambos actos no puede obedecer al adelantamiento de las barreras de protección de un bien jurídico. El elemento subjetivo de lo injusto distinto del dolo de los supuestos que nos ocupan viene a caracterizar, en el sentido que a continuación veremos, la forma de lesión del bien jurídico, que no es otro que la honradez o integridad de la condición de funcionario público.

Comencemos por el subtipo del art. 425.1, inciso primero, consistente en solicitar dádiva o presente para realizar un acto propio del cargo. La autoridad o funcionario público que recibe efectivamente o acepta la promesa de entrega futura de una dádiva ofrecida en consideración a su función (art. 426, inciso primero) lesiona, como vimos en el estudio de la modalidad de recogida [240], la honradez o integridad de la condición de funcionario público. No castiga esta figura, sin embargo, la acción de solicitar dádiva o regalo, aunque con ella se lesione igualmente el bien jurídico citado. Por ello, el elemento subjetivo de lo injusto adicional al dolo del subtipo al que ahora nos referimos, reflejado en la expresión *para realizar un acto propio de su cargo*, viene a concretar la forma de lesión que se quiere castigar: no toda lesión de la honradez o integridad de la condición de funcionario público provocada por la solicitud de una dádiva por parte de un funcionario valiéndose para ello de la función pública que desempeña, sino únicamente la forma de lesión que el elemento subjetivo de lo injusto define, esto es, la producida por la solicitud de una dádiva con la intención o finalidad de *realizar un acto propio del cargo*.

En los otros dos subtipos del art. 425.1, inciso primero —aceptación de la promesa de entrega futura de la dádiva y recepción efectiva de la misma—, el específico elemento subjetivo de lo injusto cumple una función distinta. Al castigar el art. 426, inciso primero, estas dos conductas cuando la dádiva es ofrecida en consideración a la función desempeñada por el funcionario público, aquel elemento subjetivo de lo injusto no determina qué lesión del bien jurídico protegido debe castigarse y cuál ha de quedar extramuros del Derecho penal, sino, más bien, sirve para agravar ambas conduc-

[239] GIL GIL, A., *Derecho penal internacional*, págs. 128 y 233; la misma, *La ausencia del elemento subjetivo de justificación*, págs. 59 y ss. Sobre estas funciones que cumplen los elementos subjetivos de lo injusto adicionales al dolo, véanse también JAKOBS, G., *Strafrecht*, AT, 8. Abschn., nn. mm. 89-92, págs. 307-309 (*Derecho Penal*, PG, págs. 370-372); BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual...*, PG, págs. 292 y 293; y OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. y HUERTA TOCILDO, S., *Derecho Penal*, pág. 136.

[240] Epígrafe 3.2.1.1.

tas, que de no concurrir tal elemento subjetivo de lo injusto serían más levemente penadas[241]. Esto es, por un lado se castiga con multa de tres a seis meses al funcionario público que recibe efectivamente o acepta la promesa de entrega futura de una dádiva ofrecida en consideración a su función (art. 426, inciso primero), y por otro, se impone la pena, más grave, 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, cuando tales acciones se ejecutan por el funcionario público *para realizar un acto propio de su cargo*. La especialidad de los subtipos en estudio del art. 425.1, inciso primero, en relación con el art. 426, inciso primero, viene determinada por el tipo subjetivo de aquéllos, concretamente por el elemento subjetivo de lo injusto adicional al dolo: la finalidad de realizar un acto propio del cargo, que, como se ha dicho, conlleva la imposición de una pena más grave.

Resta observar, finalmente, cómo opera en el art. 426, inciso segundo, su elemento subjetivo de lo injusto adicional al dolo, reflejado en la expresión *para la consecución de un acto no prohibido legalmente*. Si el art. 426 del Código penal no castigara a la autoridad o funcionario público que admitiere dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su función, diríamos que el elemento subjetivo de lo injusto del art. 426, inciso segundo, acota la concreta lesión del bien jurídico —la honradez o integridad de la condición de funcionario público— con relevancia penal. Como no es así, como ya es típica la admisión de dádiva ofrecida en consideración a la función desempeñada por el funcionario público, no puede mantenerse que este elemento subjetivo de lo injusto cumpla tal función. Tampoco la de agravar las conductas recogidas en el tipo, pues se castiga igualmente (multa de tres a seis meses) la admisión de una dádiva ofrecida en consideración a la función ejercida por el funcionario público, que para la consecución de un acto no prohibido legalmente. La finalidad de conseguir un acto de esta clase constituye una característica particular del art. 426, inciso segundo, que hace que éste sea especial, y, por tanto, de aplicación preferente, respecto del art. 426, inciso primero, pero viene a conformar un tipo que resulta, como quedó demostrado más arriba, totalmente innecesario. El papel que juega tal elemento subjetivo de lo injusto es, por tanto, superfluo.

Con la prohibición, dirigida a las autoridades y funcionarios públicos, de recibir efectivamente o aceptar promesa de entrega futura de una dádiva ofrecida en consideración a su función (art. 426, inciso primero), el legislador trata de proteger, como se-

[241] En relación con el papel que puede jugar en el tipo un específico elemento subjetivo de lo injusto, manifiesta OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. y HUERTA TOCILDO, S., *Derecho Penal*, pág. 136, que, además de añadir algo al dolo para distinguir lo que interesa al Derecho penal de lo que le resulta indiferente, «otras veces privilegian o agravan una determinada conducta que, de no concurrir el elemento subjetivo de que se trate, sino únicamente el dolo, sería más severa o más levemente conminada».

ñalamos en su momento, la honradez o integridad de la condición de funcionario público. Idénticas acciones se castigan en los artículos 426, inciso segundo, y 425.1, inciso primero[242], con la particularidad de que en estos supuestos el legislador introduce en el tipo subjetivo, junto al dolo, un específico elemento subjetivo, que no viene a adelantar las barreras de protección de otro bien jurídico, sino a caracterizar —a veces de manera innecesaria, otras concretando la lesión que se quiere castigar, y otras agravando las conductas recogidas en el tipo— la forma de lesión del mismo bien jurídico que ya resulta menoscabado con la modalidad de recogida. Con base en el principio de fragmentariedad[243], podría justificarse el castigo de estos supuestos con el argumento de que estamos ante las modalidades de ataque más graves contra tal bien jurídico. Este argumento merecería una reflexión si no fuera porque aquel principio opera sobre bienes jurídicos que previamente han sido considerados merecedores de protección penal, señalando sus formas más graves de ataque[244], y el bien jurídico *honradez o integridad de la condición de funcionario público* no alcanza este nivel. La investigación encaminada a averiguar si este bien jurídico merece protección penal ha dado como resultado una respuesta negativa[245], por lo que cualquier ataque al mismo, por más grave que sea, debe ser ajeno al Derecho penal. En definitiva, somos partidarios de que las figuras recogidas en los artículos 425.1, inciso primero, y 426, inciso segundo, no se sancionen, al igual que todas las estudiadas hasta el momento, penalmente.

3.2.1.3.2. *Supuestos en los que la conducta contrapartida de la dádiva es contraria a derecho*

A. *Cuestiones generales*

Se trata de los artículos 419, 420 y 421 del Código penal. En ellos, la autoridad o funcionario público[246], por sí o por persona interpuesta, lleva a cabo la acción típica para realizar en el ejercicio de su cargo *una acción u omisión constitutivas de delito*

[242] En éste, además, la solicitud de una dádiva.

[243] Respecto a este principio, véanse MAIWALD, M., *Zum fragmentarischen Charakter des Strafrechts*, págs. 9 y ss.; MIR PUIG, S., *Introducción*, págs. 126 y ss.; el mismo, *Derecho Penal*, pág. 90; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *Sobre el concepto del Derecho Penal*, págs. 359 y 361; MUÑOZ CONDE, F., *Introducción*, págs. 124 y 125; GRACIA MARTÍN, L., *Proyecto docente*, pág. 305; y MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal*, págs. 79 y 80.

[244] Véase SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación*, págs. 286, 289 y 290.

[245] Véase el epígrafe 3.2.1.1.

[246] Lo dispuesto en estos preceptos es aplicable asimismo, en virtud del art. 422 del Código penal, a los *jurados, árbitros, peritos, o cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la función pública.*

(art. 419), para ejecutar *un acto injusto relativo al ejercicio de su cargo que no constituya delito* (art. 420), o para *abstenerse de un acto que debiera practicar en el ejercicio de su cargo* (art. 421). La conducta contrapartida de la dádiva es, pues, en todos estos preceptos, contraria a derecho y posterior a la realización de la acción típica. Conviene ahora detenernos brevemente en la evolución que han experimentado estas figuras delictivas desde el Código penal de 1822 hasta el vigente.

a) *Evolución legislativa*

En nuestro primer Código penal se penaba al funcionario público que admitía o se convenía en admitir soborno o regalo *«para hacer cosa contraria á su obligacion, ó dejar de hacer alguna á que esté obligado, aunque no llegue á hacer la una, ó á dejar de hacer la otra»* (art. 457). De entre todas las recogidas en el Código penal de 1822, ésta es la figura más cercana a las hoy contenidas en los artículos 419, 420 y 421, pues el delito quedaba consumado sin necesidad de que llegara a realizarse la conducta contrapartida de la dádiva. No ocurría lo mismo, sin embargo, con otras figuras. Su art. 456 preveía expresamente el supuesto en que el funcionario público admite o se conviene en admitir soborno, cohecho o regalo, *«y en su consecuencia haga alguna cosa contraria á su obligacion, ó deje de hacer alguna á que esté obligado»*, advirtiendo que *«si la accion que cometiere por soborno fuese no solo contraria á su obligacion, sino que constituya otro delito á que esté señalada alguna pena, se le impondrá esta igualmente»*. El legislador de aquella época no se conformó con esta previsión. Castigó expresamente, influido por el Derecho histórico español, sobre todo por las Partidas [247], la prevaricación cometida por soborno o cohecho [248], así como al funcionario público *«que encargado de proveer alguna dignidad, cargo, oficio ó empleo público, ó comision del Gobierno, ó de hacer las propuestas para su provision, ó de intervenir en ello por razón de su destino, haga, en virtud de algun soborno ó cohecho, que la provision ó propuesta recaiga en favor de persona determinada, por más acreedora que sea»* (art. 455).

La prolijidad y redundancia usada por el Código penal de 1822 en la regulación del delito de cohecho, contrasta con el laconismo del Código penal de 1848. En éste, para la consumación del delito se exige en todo caso la realización de la conducta contrapartida

[247] Véase el epígrafe 1.2 de este trabajo.

[248] Art. 454: *«El juez de hecho ó de derecho, ó árbitro de cualquier clase, ú otro funcionario público que cometa prevaricacion por soborno ó cohecho dado ó prometido á él ó á su familia, directamente ó por interpuesta persona, sufrirá, ademas de las penas de prevaricador, la de infamia, y una reclusion de uno á cuatro años, si no estuviere señalada otra mayor al delito que cometiere».*

de la dádiva. De esta manera, se castiga al *«empleado público*[249] *que por dádiva ó promesa cometiere alguno de los delitos expresados en los capítulos precedentes de este título»* (art. 305, párrafo primero)[250], o bien, con inferior pena eso sí, *«omitiere cualquier acto lícito ó debido, propio de su cargo»* (art. 305, párrafo segundo).

El Código penal de 1870[251] configura el delito de cohecho tal y como hoy lo entendemos. Adelanta su consumación al momento de la recepción de la dádiva o presente o aceptación del ofrecimiento o promesa, sin que sea necesaria la realización de la conducta contrapartida de la dádiva contraria a derecho (artículos 396, 397 y 398). Ésta, a su vez, puede ser *un acto relativo al ejercicio del cargo constitutivo de delito* (art. 396), *un acto injusto relativo al ejercicio del cargo no constitutivo de delito* (art. 397)[252] o *la abstención de un acto que el funcionario público debiera practicar en el ejercicio de los deberes de su cargo* (art. 398), asignando distintas penas para cada uno de estos supuestos.

Con el Código penal de 1928 se produce una nueva expansión de estas figuras delictivas. Los artículos 468, 469 y 470 siguen tipificando únicamente la recepción de dádiva o presente y la aceptación de ofrecimiento o promesa, pero el art. 473, dedicado al delito de cohecho cometido por particular, extiende la pena de aquellos preceptos a los casos en que *la iniciativa para la dádiva, presente, ofrecimiento o promesa haya partido del funcionario público* (párrafos 4.° y 5.°)[253].

[249] El art. 305, párrafo 4.°, extiende la responsabilidad penal *«á los asesores, árbitros, arbitradores y peritos»*.

[250] Se pune, por tanto, la comisión por dádiva o promesa de los siguientes delitos: prevaricación, infidelidad en la custodia de presos, infidelidad en la custodia de documentos, violación de secretos, resistencia y desobediencia, denegación de auxilio y abandono de destino, nombramientos ilegales, abusos contra particulares, abusos de los eclesiásticos en el ejercicio de sus funciones, usurpación de atribuciones y, finalmente, prolongación y anticipación indebidas de funciones públicas. Las penas son, además de las en éstos designadas, inhabilitación absoluta perpetua y multa de la mitad al tanto de la dádiva o promesa aceptada. En caso de que se cometa por dádiva o promesa el delito del art. 304 (*«El empleado público que en el ejercicio de su cargo cometiere algún abuso que no esté penado especialmente en los capítulos precedentes de este título»*, reza este precepto, refiriéndose a los capítulos donde se recogen los delitos que acabamos de señalar), el art. 306 prevé una pena más leve, inhabilitación especial temporal y multa de la mitad al tanto de la dádiva o promesa aceptada.

[251] La reforma de 1850 en nada varía la regulación del delito de cohecho del Código penal de 1848.

[252] En este precepto todavía se singularizan dos supuestos, distinción que ha llegado hasta nuestros días: que el acto injusto no constitutivo de delito relativo al ejercicio del cargo se ejecute por el funcionario público —presidio correccional en su grado mínimo y medio, multa del tanto al triplo del valor de la dádiva e inhabilitación especial temporal— o no llegue a ejecutarse —arresto mayor en su grado máximo a presidio correccional en su grado mínimo, multa del tanto al duplo del valor de la dádiva e inhabilitación especial temporal—.

[253] Art. 473, párrafos 4.° y 5.°: *«Cuando la iniciativa para la dádiva, presente, ofrecimiento o promesa haya partido del funcionario público al cual se haya dirigido o hayan de dirigirse, será penado como autor de cohecho solamente el funcionario y, en su caso, el tercero de que se valiere; pero nunca las personas a quienes la proposición fuera dirigida, aunque ésta haya sido aceptada y ejecutada en todo o en parte.*

El Código penal de 1944 consolida esta tendencia: junto a la recepción de dádiva o presente y la aceptación de ofrecimiento o promesa, los artículos 385, 386 y 387 sancionan la solicitud de dádiva por el funcionario público. Estos preceptos se mantienen sin variación alguna en el Código penal de 1973, y su contenido pasará, con las modificaciones que en su momento se señalaron [254], a los artículos 419, 420 y 421 del Código penal de 1995.

b) *Acciones típicas*

Los artículos 385 y 386 del Código penal anterior concretaban las acciones típicas con idénticas expresiones: *solicitare o recibiere dádiva o presente, o aceptare ofrecimiento o promesa*. Esta igualdad terminológica desaparece de los actuales artículos 419 y 420, pues si bien el primero sigue expresándose en los mismos términos, el segundo, más sucinto, habla de *solicitar o recibir dádiva o promesa*. A pesar de ello, aunque no exista una exacta coincidencia gramatical, ambas locuciones se refieren a los mismos supuestos de hecho: solicitud de dádiva, recepción efectiva de la misma y aceptación de la promesa de su entrega futura. Hubiera sido deseable, no obstante, para prevenir discusiones estériles, la utilización de idénticos términos a la hora de precisar las acciones típicas, aun con merma del estilo.

El actual art. 421 se refiere a la acción típica de igual forma que como lo hacía el art. 387 del Código penal anterior: *cuando la dádiva solicitada, recibida o prometida (...)*. CÓRDOBA RODA señaló la dificultad que entraña la última de estas palabras, «pues no expresa una acción de quien es destinatario de la conminación penal, sino la de una persona distinta» [255]. A pesar de ello, el legislador penal de 1995 persiste en su utilización, por lo que sigue siendo válida la solución aportada por este autor: la modalidad delictiva correspondiente al supuesto de *dádiva prometida* debe restringirse a los casos en los que habiendo sido prometida al funcionario una dádiva, éste la haya aceptado, ya que es inadmisible que el hecho de prometer a un funcionario una dádiva, conlleve, sin necesidad de acción alguna por su parte, una responsabilidad penal para el mismo [256].

El hecho de hacer un funcionario público, por sí o por tercera persona, proposiciones de esta clase, será castigado con las penas que determinan los artículos anteriores de este Capítulo, según la naturaleza de la proposición en relación con cada uno de dichos artículos».

254 Véase el epígrafe 2.2. E. de este trabajo.

255 CÓRDOBA RODA, J., *El cohecho de funcionarios públicos*, pág. 184. Véase también OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *Derecho penal, Poderes públicos y negocios*, págs. 873 y 874.

256 CÓRDOBA RODA, J., *El cohecho de funcionarios públicos*, págs. 184 y 185. En el mismo sentido ORTS BERENGUER, E., *Derecho Penal*, Parte Especial, 2.ª edición, págs. 462 y 463; BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual*, pág. 376; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Manual*, pág. 343; el mismo, *Código Penal*, págs. 4014 y 4015; RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. y SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal español*, Parte especial, pág. 1178; ORTS BERENGUER, E. y VALEIJE ÁLVAREZ, I., *Comentarios al Código Penal de 1995*, pág. 1826; y OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *Derecho penal, Poderes públicos y negocios*, pág. 875.

Coinciden, por tanto, las acciones típicas del art. 421, con las de los artículos 419 y 420[257].

B. *El art. 419 del Código penal*

De acuerdo con este precepto, incurre 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, 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[258].

a) *Relación con la modalidad de recogida*

Contiene el art. 419, como ocurre con las figuras de cohecho ya estudiadas, un tipo mixto alternativo[259]. Se prevé idéntica pena para tres modalidades distintas: la solicitud de dádiva o presente, la aceptación de la promesa de su entrega futura y su recepción efectiva, ejecutadas todas ellas para realizar en el ejercicio del cargo del funcionario público una acción u omisión constitutiva de delito.

La expresión *en el ejercicio de su cargo* supone que la acción u omisión de que habla el art. 419 sea de las que se realizan en el desempeño de las funciones públicas que el sujeto activo tiene encomendadas. Se excluyen, por tanto, las acciones y omisiones constitutivas de delito que no guardan relación alguna con el cumplimiento de

[257] De esta opinión, RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, págs. 173 y 174; MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *Comentarios a la Parte Especial*, 3.ª edición, pág. 1712; OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito de cohecho*, págs. 229 y ss.; y CRESPO BARQUERO, P., *Código Penal*, pág. 2346.

[258] Nos adherimos a la opinión casi unánime que interpreta el término *delito* en un sentido estricto, excluyendo, por tanto, las faltas del ámbito del art. 419; véanse CASAS BARQUERO, E., *Observaciones*, pág. 883; CÓRDOBA RODA, J., *El cohecho de funcionarios públicos*, pág. 180; BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual*, págs. 375 y 376; VALEIJE ÁLVAREZ, I., *El delito de cohecho*, pág. 205; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *El delito de cohecho*, pág. 164; el mismo, *Cohecho*, pág. 259; OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito de cohecho*, págs. 278 y 279; RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, pág. 234; ORTS BERENGUER, E., *Derecho Penal*, Parte Especial, pág. 761; SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho Penal*, pág. 785; MORILLAS CUEVA, L., *Compendio*, pág. 812; y las sentencias del Tribunal Supremo de 15 de abril de 1972 (R. J. A. 1887) y 24 de febrero de 1993 (R. J. A. 1531). En contra, QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español*, 4.ª edición, pág. 804.

[259] De esta opinión VALEIJE ÁLVAREZ, I., *El delito de cohecho*, pág. 76; RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, pág. 174; y LUZÓN PEÑA, D. M., *Curso*, pág. 311.

tales funciones[260]. Así por ejemplo, no comete delito de cohecho el profesor de una universidad pública que recibe una cantidad de dinero para llevar a cabo una detención ilegal o para no socorrer a una persona que se halla desamparada y en peligro manifiesto y grave. No es suficiente tampoco, en nuestra opinión, que la realización de la acción u omisión constitutiva de delito contrapartida de la dádiva resulte meramente favorecida o facilitada por la concreta función pública que desempeña el sujeto activo o por su pertenencia a un determinado organismo público[261]. La opinión contraria, por lo demás, no deriva necesariamente, como parece opinar algún autor[262], del dato cierto de que entre las competencias de un funcionario público no se encuentra la de realizar una acción u omisión constitutiva de delito. A nuestro modo de ver, la ac-

[260] En esto hay unanimidad en la doctrina; véanse GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A., *El Código penal de 1870...*, Tomo IV, pág. 242; VALEIJE ÁLVAREZ, I., *El delito de cohecho*, pág. 196; CABEDO NEBOT, R., *Código penal*, pág. 1937; RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, págs. 204, 205 y 233; OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito de cohecho*, págs. 270 y 279; y ORTS BERENGUER, E., *Derecho Penal*, Parte Especial, pág. 760.

[261] En contra, sin embargo, un amplio sector de la doctrina y de la jurisprudencia; véanse QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Curso de Derecho penal*, pág. 566; VALEIJE ÁLVAREZ, I., *El delito de cohecho*, págs. 201 y 205-207; RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, págs. 205-207; MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *Comentarios a la Parte Especial*, 3.ª edición, pág. 1698; CABEDO NEBOT, R., *Código penal*, pág. 1937; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Manual*, pág. 340; y las sentencias del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 1979, R. J. A. 4242 [«(...) siendo irrelevante para que la consumación se produzca (...) el que dicho acto u omisión entren o no dentro de las facultades o cometidos legalmente asignados al funcionario de que se trate, ya que basta tan sólo que tengan relación con el cargo y no resulten manifiestamente extrañas a él (...)»]; 9 de marzo de 1990, R. J. A. 2442; 28 de octubre de 1991, R. J. A. 7415 [«En cuanto a la relación del acto del funcionario con su cargo no es necesario que se trate de acto propio atribuido específicamente a él, bastando que como dice el texto legal sea relativo al ejercicio del cargo y si su función era inspeccionar el funcionamiento legal de las máquinas, el proporcionar esas licencias ilegalmente que mal podría inspeccionar después es relativo a dicha función y, aunque no debiera expedirlas, lo cierto es que dispuso de ellas con todos los requisitos formales aparentes y si no hubiere sido funcionario de ese servicio no le hubiera sido posible»]; y 4 de abril de 1994, R. J. A. 2867 [«(...) en los artículos citados referentes al delito de cohecho —385 y ss. del Código penal anterior— los actos que el funcionario cohechado ha de realizar para ser subsumibles en el respectivo tipo, sólo han de ser relativos al ejercicio del cargo que desempeñe. Relativo es lo que hace relación o referencia a una cosa, guarda conexión con ella, por lo que lo único que exige el Texto Legal es que el acto que el funcionario ejecuta por dádiva, presente, ofrecimiento o promesa, guarde relación o conexión con las actividades públicas que desempeña, de modo que a él se dirija el particular corruptor por cuanto entiende le es posible la ejecución del acto requerido en atención a su condición o cargo, y tal acto en efecto puede realizarlo con especial facilidad por la clase de función que desempeña o ejercita, sin que haya de ser precisamente un acto que le corresponde ejecutar en el uso de sus específicas competencias, sino sólo con ellas relacionado»].

[262] Véanse VALEIJE ÁLVAREZ, I., *El delito de cohecho*, pág. 201; y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, págs. 205 y 206.

ción constitutiva de delito contrapartida de la dádiva realizada en el desempeño de las funciones públicas del sujeto activo ha de ser un acto, actuación o actividad que pertenezca a la clase de actos —o esté en estrecha relación con los cometidos concretos— que el funcionario como partícipe en el ejercicio de la función pública tiene encomendados. En el caso de una omisión constitutiva de delito, debe tratarse de la no realización de un acto, actuación o actividad que el funcionario público debe realizar por razón de las concretas funciones públicas que desempeña. Con palabras de OCTAVIO DE TOLEDO, «la acción u omisión ha de suponer un ejercicio ilegítimo o irregular de su cargo y no, simplemente, un abuso de su condición» [263]. De esta forma, comete un delito de cohecho del actual art. 419 del Código penal, por ejemplo, el juez que acepta la entrega de un presente a cambio de dictar una sentencia injusta, el secretario judicial que se compromete a destruir un documento cuya custodia tiene encomendada por razón de su cargo o a revelar actuaciones procesales declaradas secretas por la autoridad judicial como contraprestación a la entrega de un diamante, el inspector perteneciente a los servicios de la Inspección Técnica de Vehículos que recibe una dádiva para alterar los datos de un certificado oficial de inspección técnica de vehículos que hace posible dedicar al transporte escolar un autocar con graves defectos técnicos [264] o el miembro de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado que solicita una cantidad de dinero para no perseguir un determinado delito del que ha tenido conocimiento [265].

No hay duda, de acuerdo con la argumentación anterior, de que el funcionario público que admite una dádiva ofrecida para realizar en el ejercicio de su cargo una acción u omisión constitutiva de delito, admite una dádiva ofrecida *en consideración a su función*. En consecuencia, cuando los subtipos del art. 419 realizados por el funcio-

[263] OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *Derecho penal, Poderes públicos y negocios*, págs. 876 y 877. Partidarios también de una interpretación restrictiva, PUIG PEÑA, F., *Derecho Penal...*, II, pág. 327, nota 25; CÓRDOBA RODA, J., *El cohecho de funcionarios públicos*, págs. 178-180; CASAS BARQUERO, E., *Observaciones*, pág. 886; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Código Penal*, págs. 3996 y 3997; OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito de cohecho*, pág. 279; y las sentencias del Tribunal Supremo de 2 de abril de 1960, R. J. A. 1160; 16 de noviembre de 1981, R. J. A. 4335 [«(...) para que pueda ser estimado —el art. 385 del Código penal anterior— requiere, no sólo que se dé la entrega o la promesa aceptada de dádivas o presentes a un funcionario público, sino que las mismas hayan sido convenidas para que éste lleve a efecto la ejecución de un acto que constituya delito, pero cuyo acto sea de los propios e inherentes a las funciones del cargo que desempeñe, con cuya sola concurrencia de requisitos, el delito queda consumado, aun cuando el acto delictivo no llegare a realizarse»]; y 19 de septiembre de 1986, R. J. A. 4687.

[264] Véase la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1996 (R. J. A. 4548). También en las sentencias del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 1962 (R. J. A. 3953), 20 de febrero de 1963 (R. J. A. 614), 9 de mayo de 1963 (R. J. A. 2314), 18 de mayo de 1963 (R. J. A. 2428), 15 de noviembre de 1971 (R. J. A. 4596) y 10 de marzo de 1995 (R. J. A. 1824) se solicitan o reciben dádivas por funcionarios públicos para cometer un delito de falsedad documental.

[265] Véase la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1993 (R. J. A. 126).

nario público sean la aceptación de la promesa de entrega futura de la dádiva o su recepción efectiva —no, en cambio, si la acción típica ejecutada es la de solicitar una dádiva [266]—, se comete al mismo tiempo el art. 426, inciso primero, del Código penal. Entre esta última disposición y las dos primeras modalidades referidas del art. 419 existe una relación de concurso de leyes que se resolverá por el principio de especialidad a favor de estas últimas [267].

[266] No olvidemos que el art. 426, inciso primero, del Código penal no recoge esta modalidad. Véase el epígrafe 3.2.1.1.

[267] Los subtipos recogidos en el art. 419 del Código penal pueden ser cometidos por el funcionario público *por sí o por persona interpuesta*, mención esta, sin embargo, no prevista por el art. 426, inciso primero. Siempre que el funcionario, *por sí*, reciba una dádiva o acepte la promesa de su entrega futura para realizar en el ejercicio de su cargo una acción u omisión constitutiva de delito, comete, además de alguno de los dos subtipos referidos del art. 419, el art. 426, inciso primero. La relación de especialidad entre los subtipos concurrentes es clara, resolviéndose a favor del ubicado en el art. 419. Cuando, en el caso anterior, el funcionario público se sirve de una persona interpuesta, será autor —el funcionario— del delito del art. 419, y, si el instrumento obra coaccionado, con un error sobre un elemento del tipo, sobre la antijuridicidad de la conducta o sobre la concurrencia de una causa de inculpabilidad, actúa amparado por una causa de justificación o es un inimputable (véase, sobre los supuestos de autoría mediata, CEREZO MIR, J., *Curso...*, III, págs. 214 y ss.), será, al mismo tiempo, autor mediato del art. 426, inciso primero, del Código penal. Existe entre ellos también un concurso de leyes. La cuestión se complica cuando la persona interpuesta de la que se sirve el funcionario público para recibir la dádiva o aceptar la promesa de su entrega futura es un sujeto no cualificado que actúa dolosamente en connivencia con el funcionario (el llamado *instrumento doloso no cualificado*). En este caso queda excluida la autoría mediata del art. 426, inciso primero, pues el funcionario público no tiene el dominio del hecho (véanse, entre otros, SCHROEDER, F.-C., *Der Täter hinter der Täter*, pág. 88; GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y cómplice*, págs. 261 y 262; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *El autor mediato*, págs. 471 y 472; QUINTERO OLIVARES, G., *Los delitos especiales*, págs. 97-104; GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro...*, I, pág. 109; y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *La autoría*, págs. 618 y 619). Si embargo, acudiendo a la figura del actuar en lugar de otro (art. 31 del Código penal), no hay dificultad para fundamentar la existencia de una participación del funcionario en el delito del art. 426, inciso primero, cometido por el instrumento doloso no cualificado, que será autor directo (véanse al respecto GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro...*, I, págs. 115-119; y HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U., *La autoría mediata*, págs. 317 y 318). De esta forma, el funcionario público que, a través de un instrumento doloso no cualificado, y en connivencia con él, recibe una dádiva o acepta la promesa de su entrega futura para realizar en el ejercicio de su cargo una acción u omisión constitutiva de delito, es autor de un delito de cohecho del art. 419 y, al mismo tiempo, partícipe (normalmente inductor) de un delito de cohecho del art. 426, inciso primero, del Código penal. Entre ambos existe una relación de concurso de leyes que se resolverá a favor del art. 419. El criterio que solucionará el concurso de leyes entre los subtipos concurrentes de los artículos 419 y 426, inciso primero, a favor del que integra el primero de estos preceptos es, a nuestro modo de ver, el de especialidad, tanto en los casos en que el funcionario público sea autor mediato del art. 426, inciso primero, del Código penal, como en los que es partícipe de este delito cometido por el *extraneus* actuando en lugar de otro.

La relación de especialidad no quiebra por el hecho de que los subtipos del art. 419, además de por la autoridad y funcionario público, a diferencia de lo que ocurre con el art. 426, puedan cometerse

b) *Estructura típica*

En el precepto que nos ocupa, el elemento intelectual del dolo del autor comprende su condición de funcionario público[268] y la acción típica, esto es, la solicitud de una dádiva, la aceptación de la promesa de su entrega futura o su recepción efectiva. El sujeto activo, además, debe tener conciencia de la conexión causal existente entre la dádiva o presente solicitado u ofrecido y el ejercicio de la función pública en el que participa. Con todo, el tipo subjetivo de las diferentes modalidades del art. 419 no queda conformado todavía, al igual que ocurría en los supuestos de cohecho antecedente ya estudiados[269], con la conciencia y voluntad de la realización de los elementos objetivos del tipo. Es necesaria la concurrencia de otro elemento subjetivo.

La solicitud de una dádiva, la aceptación de la promesa de su entrega futura o su recepción efectiva debe ejecutarse por la autoridad o funcionario público *para realizar en el ejercicio de su cargo una acción u omisión constitutivas de delito*. No es necesaria, desde luego, para que quede completado el tipo objetivo la realización por el funcionario público de la contrapartida de la dádiva, pero éste debe llevar a cabo la acción típica con la finalidad de realizar en el ejercicio de su cargo una acción u omisión constitutiva de delito. La parte subjetiva del tipo requiere, por tanto, además del dolo, la mencionada finalidad (elemento subjetivo de lo injusto adicional al dolo)[270].

---

también, de acuerdo con el art. 422 del Código penal, por todos los que *participan en el ejercicio de la función pública*, pues si un partícipe en el ejercicio de una función pública no funcionario recibe una dádiva o acepta la promesa de su entrega futura para realizar en la participación de esa función una acción u omisión constitutiva de delito, comete únicamente un delito de cohecho del art. 419 del Código penal, por lo que no es necesario acudir a criterio alguno para solventar un concurso de leyes inexistente.

[268] Como expone CEREZO MIR, J., *Curso...*, II, p.133, es suficiente con que el sujeto tenga conciencia de que participa en el desempeño de las funciones públicas. Coincide este conocimiento, por tanto, con el que debe tener el sujeto activo del delito de cohecho del art. 419 cuando es un partícipe en el ejercicio de una función pública no funcionario (art. 422 del Código penal). No son iguales, sin embargo, las exigencias objetivas, pues cuando se trata de un funcionario público, además de participar en el ejercicio de funciones públicas, debe darse alguno de los títulos expresados en el art. 24.2 del Código penal (disposición inmediata de la Ley, elección o nombramiento de autoridad competente) que lo habilite para dicha participación. Véase al respecto DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *Cohecho*, pág. 259. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *Un ejemplo de norma jeroglífica*, págs. 14 y 15, por el contrario, considera que el art. 422, al reproducir con casi absoluta fidelidad el segundo de los requisitos exigidos por el art. 24.2 del Código penal (*participación en el ejercicio de funciones públicas*), está implicando también el primero, esto es, el título de habilitación, concluyendo que aquel precepto es una disposición superflua.

[269] Véase el epígrafe 3.2.1.3.1.

[270] Véase MATA BARRANCO, N. J. DE LA, *Relación concursal*, págs. 314 y 315.

Cada uno de los subtipos del art. 419 del Código penal se configura como un delito mutilado de dos actos (en terminología de HEGLER, delito con tendencia interna trascendente, más concretamente, delito con intención de un acto ulterior —*Nachaktsabsichtsdelikt*—)[271]: un primer acto —*solicitud, recepción* o *aceptación* de una dádiva— perteneciente al tipo objetivo y, por tanto, abarcado por el dolo del autor, y un segundo acto —realización en el ejercicio del cargo de una acción u omisión constitutiva de delito— ajeno al tipo objetivo y, en consecuencia, al dolo, pero abarcado por un elemento subjetivo de lo injusto adicional a éste[272]. El delito se consuma cuando se realiza el primer acto con la intención de llevar a cabo el segundo, por lo que no es necesaria la realización objetiva de este último pero tampoco basta con la mera ejecución del primero.

Con los delitos mutilados de dos actos, y el cohecho no es una excepción, el legislador pretende reforzar la protección del bien jurídico, considerando consumado formalmente el delito antes de la producción de su lesión[273]. Podemos decir, por ello, que el elemento subjetivo de lo injusto del art. 419 reflejado en la expresión *para realizar en el ejercicio de su cargo una acción u omisión constitutivas de delito*, pertenece a la clase de aquellos que tienen como finalidad adelantar las barreras de protección del bien jurídico[274]. Define tal elemento subjetivo de lo injusto la voluntad del

[271] HEGLER, A., *Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente*, págs. 256, 311 y ss.

[272] Véanse POLITOFF, S., *Los elementos subjetivos del tipo legal*, págs. 105-108; POLAINO NAVARRETE, M., *Los elementos subjetivos del injusto*, págs. 252 y ss.; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, pág. 319; STRATENWERTH, G., *Strafrecht*, págs. 151 y 152 (nn. mm. 133-135); JAKOBS, G., *Strafrecht*, AT, 8. Abschn., n. m. 90, pág. 308; ZAFFARONI, E. R., *Tratado de Derecho Penal*, PG, III, págs. 372-374; CEREZO MIR, J., *Curso...*, II, pág. 122; COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho Penal*, Parte General, págs. 435 y 436; MIR PUIG, S., *Derecho Penal*, 6.ª edición, pág. 224; y BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual...*, PG, págs. 293 y 294.

[273] En este sentido WELZEL, H., *Das Deutsche Strafrecht*, pág. 188; COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho Penal*, Parte General, pág. 435; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, pág. 266; JAKOBS, G., *Strafrecht*, AT, 6. Abschn., n. m. 93, pág. 176; POLITOFF, S., *Los elementos subjetivos del tipo legal*, págs. 107 y 108; GIL GIL, A., *Derecho penal internacional*, págs. 128, 233 y 234; y la misma, *La ausencia del elemento subjetivo de justificación*, págs. 59-62.

[274] Como veíamos en el epígrafe 3.2.1.3.1 de este trabajo, la introducción de un elemento subjetivo en el tipo de lo injusto puede tener dos finalidades diferentes: adelantar las barreras de protección anticipando el momento de la consumación o restringir el tipo mediante la concreción de la conducta que se quiere castigar. El elemento subjetivo de lo injusto que nos ocupa cumple, sin duda, la primera de estas funciones. Su finalidad principal es la de adelantar la línea de protección del bien jurídico, que queda lesionado o puesto en peligro con la realización de la acción u omisión constitutiva de delito contrapartida de la dádiva. Éste es el bien jurídico principal protegido en el art. 419, que como se verá sólo puede determinarse en el caso concreto. Como bien jurídico principal que es, ha de guiar en todo momento la construcción dogmática. Ahora bien, con la solicitud o recepción de una dádiva, o la aceptación de la promesa de su entrega futura, realizada por la autoridad o funcionario público con conocimiento de la existencia de una conexión causal entre la dádiva o presente soli-

sujeto activo dirigida hacia la realización de una conducta, activa u omisiva, constitutiva de delito que lesiona o pone en peligro un determinado bien jurídico. Ese bien jurídico cuya protección se pretende reforzar con la previsión del art. 419, cuyas barreras de protección se adelantan a un momento anterior al de su peligro concreto, no es otro, por tanto, que el que se lesionaría o pondría en peligro con la realización de la acción u omisión constitutiva de delito contrapartida de la dádiva. Como ésta puede ser variada —dictar una resolución arbitraria en un asunto administrativo a sabiendas de su injusticia, abandonar el destino con el propósito de no impedir un delito, dejar intencionadamente de promover la persecución de un delito que el funcionario deba perseguir, dictar a sabiendas una sentencia injusta, prolongar la privación de libertad de un detenido con violación de los plazos o demás garantías constitucionales o legales, etc.— y no queda determinada en el art. 419, habrá que estar al caso concreto para saber de qué bien jurídico se trata. No se puede hablar, por tanto, de un único bien jurídico principal protegido por el art. 419, sino de tantos como acciones y omisiones constitutivas de delito pueda realizar el funcionario público en el ejercicio de su cargo. La sustantividad material de las diferentes modalidades recogidas en el art. 419 queda, con ello, seriamente en entredicho [275], pues el bien jurídico principal protegido por este precepto depende de la concreta acción u omisión que el funcionario esté dispuesto a realizar a cambio de la dádiva. Es ésta ya razón más que suficiente para cuestionarse su sustantividad formal. Conviene, por ello, ahondar más todavía en la estructura típica de las distintas modalidades albergadas en el art. 419 del Código penal.

---

citado u ofrecido y su participación en el ejercicio de la función pública, se lesiona asimismo la honradez o integridad de la condición de funcionario público, o para ser más exactos y abarcar también a los sujetos recogidos en el art. 422 del Código penal, la honradez o integridad de la condición de partícipe en el ejercicio de funciones públicas. A diferencia de lo que ocurre en las figuras de cohecho ya estudiadas, tal bien jurídico tiene en el art. 419 un carácter subordinado, cumple un papel auxiliar respecto del bien jurídico principal. La protección de ambos bienes jurídicos, que se encuentran, como decimos, en un plano de no equivalencia, hace que la relación entre las modalidades del art. 419 y la modalidad de recogida del art. 426, inciso primero, sea de concurso de leyes. El elemento subjetivo de lo injusto adicional al dolo del art. 419, al mismo tiempo que adelanta la línea de protección del bien jurídico principal (su labor fundamental), viene a caracterizar, en relación con el bien jurídico subordinado, su concreta forma de lesión prevista en el precepto (función meramente accesoria).

[275] Decía ya QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Comentarios al Código Penal*, pág. 718, que «la subordinación del cohecho al acto es, pues, absoluta, y lo que da contenido a la responsabilidad es el lucro proveniente de otra persona, no el que por sí solo pudiera obtener el agente. De donde resulta que más que delito sustantivo, el cohecho parece forma de ejecución de otros delitos y aun de actos delictivos, sobre los que opera creando responsabilidades nuevas». Véase también PUIG PEÑA, F., *Derecho Penal...*, II, pág. 329.

Hasta el momento se ha constatado que las tres modalidades recogidas en este precepto son subtipos incongruentes por exceso subjetivo [276], más concretamente, delitos mutilados de dos actos: el partícipe en el ejercicio de la función pública ejecuta la acción típica —*solicitar o recibir dádiva o presente o aceptar ofrecimiento o promesa*— con la intención de realizar en dicha participación una acción u omisión que constituya un delito. El bien jurídico protegido por cada uno de estos subtipos depende de la concreta acción u omisión que el solicitante, receptor o aceptador de la dádiva esté dispuesto a realizar a cambio de ésta. Así, por ejemplo, si el sujeto activo se ha comprometido a destruir un documento cuya custodia tiene encomendada por razón de su cargo, o a revelar un secreto del que tenga conocimiento por razón de su oficio que no deba ser divulgado, el bien jurídico que en estos casos protegerá el art. 419 no es otro que el tutelado por el art. 413 y 417.1, respectivamente, con la peculiaridad de que dicha protección tiene lugar en estadios anteriores a su peligro concreto.

Después de recibir la dádiva, puede que el funcionario público se disponga, siguiendo con uno de los anteriores ejemplos, a destruir el documento que custodia y efectivamente lo destruya, pero esto ya no ha sido tenido en cuenta por el legislador en la configuración de los diferentes subtipos del art. 419 [277]. El tipo objetivo queda completado en el momento en que el funcionario público solicita o recibe una dádiva, o acepta la promesa de su entrega futura, sin que sea necesario siquiera que comience a ejecutarse el delito contrapartida de la dádiva. Desde el punto de vista de este delito, las acciones típicas del art. 419 no alcanzan la fase de ejecución. Son variados los delitos que el funcionario público puede realizar en el ejercicio de su cargo a cambio de una dádiva, pero, en principio, la solicitud o recepción de ésta, o la aceptación de la promesa de su entrega futura, ni están comprendidas en el verbo con el que en ellos se designa la conducta típica, ni están tan íntimamente unidas con ésta que pueda decirse según una contemplación natural que formen una unidad [278]. *Dictar* una resolución (art. 404), *proponer*, *nombrar* o *dar* posesión para el ejercicio de un determinado cargo público (art. 405), *sustraer, destruir, inutilizar u ocultar* un documento (art. 413), *revelar* un secreto (art. 417) o *entrar* en un domicilio (art. 534.1.1.º), por poner algunos ejemplos, no comprenden ninguna de las acciones descritas en el art. 419, ni puede decirse que éstas estén en tan íntima conexión con aquéllas (*dictar, nombrar, destruir*, etc.)

[276] Véanse MIR PUIG, S., *Derecho Penal*, 6.ª edición, pág. 224; y MIR PUIG, C., *Los delitos contra la Administración pública*, pág. 229.

[277] Sobre los cortes que hacen los tipos de lo injusto en la realidad social, véanse CEREZO MIR, J., *Curso...*, III, pág. 289; y GRACIA MARTÍN, L., *Bases para una teoría de bienes jurídicos complementarios*, págs. 15 y 16.

[278] En la distinción entre actos preparatorios y ejecutivos nos adherimos a la postura de CEREZO MIR, J., *Curso...*, III, págs. 189 y 190. Véase también de este autor, *Lo objetivo y lo subjetivo en la tentativa*, págs. 17-21.

que aparezcan para una concepción natural como parte integrante de las mismas. Por todo ello, respecto del delito contrapartida de la dádiva, no puede defenderse que la estructura de los diferentes subtipos del art. 419 sea paralela a la de una tentativa, ni siquiera inacabada.

La solicitud de una dádiva, la recepción efectiva de ésta y la aceptación de la promesa de su entrega futura llevadas a cabo con la finalidad de realizar en el ejercicio del cargo una acción u omisión constitutiva de delito, sin ser, como hemos visto, actos ejecutivos de este último (contrapartida de la dádiva), constituyen manifestaciones externas de la voluntad delictiva del sujeto activo [279]. Quien solicita una dádiva a una persona, le manifiesta su deseo de adquirirla, emite una declaración de voluntad dirigida a un tercero haciéndole ver su aspiración y disposición a recibirla. Su recepción efectiva, que presupone un ofrecimiento previo por parte de un tercero y un acuerdo entre éste y el funcionario, consiste en la incorporación de la dádiva a un patrimonio, en la posibilidad inmediata de disponer de la misma. Finalmente, con la aceptación de la promesa de entrega futura de una dádiva, el funcionario público expresa su voluntad favorable al ofrecimiento realizado por un tercero, que se materializará en el futuro con la entrega de la dádiva [280]. Solicitud, recepción y aceptación han de llevarse a cabo, insistimos, con la intención de realizar una acción u omisión constitutiva de delito, son, por tanto, actuaciones externas encaminadas a la perpetración de un delito que no suponen todavía principio de ejecución del mismo. Si el funcionario público, en su ámbito interno, está dispuesto, a cambio de una dádiva, a realizar en el ejercicio de su cargo un determinado delito, y, superando aquel ámbito, *solicita o recibe dádiva o presente o acepta ofrecimiento o promesa* con ese fin, no hay duda de que con estas actuaciones se facilita su realización ulterior, se abre, se allana el camino a su posterior

[279] En la realización del delito contrapartida de la dádiva, en el *iter criminis*, estas conductas rebasan ya claramente la fase interna para adentrarse en la llamada fase externa; sobre el deslinde de ambas fases, véanse ANTÓN ONECA, J., *Derecho Penal*, págs. 435 y 436; CEREZO MIR, J., *Curso...*, III, págs. 177 y 178; ORTS BERENGUER, E., *Los actos preparatorios del delito*, págs. 484 y ss.; POLAINO NAVARRETE, M., *Comentarios...*, I, págs. 722 y ss.; COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho Penal*, Parte General, págs. 711 y ss.; e HIGUERA GUIMERÁ, J. F., *Curso*, págs. 431 y 432.

[280] En relación con estas conductas, véanse RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Cohecho*, págs. 360 y 361; CASAS BARQUERO, E., *Observaciones*, pág. 874; VALEIJE ÁLVAREZ, I., *El delito de cohecho*, págs. 75 y ss.; OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito de cohecho*, págs. 229 y ss.; RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, págs. 174 y ss.; MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *Comentarios a la Parte Especial*, 3.ª edición, págs. 1691 y 1692; MORILLAS CUEVA, L., *Compendio*, pág. 810; KUHLEN, L., *Vorteilsannahme und Bestechlichkeit*, págs. 433 y ss.; KÜHL, K., *Strafgesetzbuch*, § 331, n. m. 7 (pág. 1582); SCHÖNKE/SCHRÖDER/CRAMER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, § 331, nn. mm. 21-25 (págs. 2576 y 2577); WESSELS, J., *Strafrecht*, BT/1, n. m. 1064 (pág. 226); TRÖNDLE/FISCHER, *Strafgesetzbuch*, § 331, nn. mm. 17-20 (pág. 1968); RUDOLPHI, H. J., *Systematischer Kommentar*, § 331, nn. mm. 24-26 (págs. 28 y 29); y JESCHECK, H-H., *Leipziger Kommentar*, § 331, nn. mm. 3-6 (págs. 483 y 484).

ejecución. Nos encontramos, en definitiva, ante actos que *preparan* la realización de la voluntad criminal [281].

De todo lo anterior se infiere que en el *iter* del delito contrapartida de la dádiva, las acciones de solicitar una dádiva, recibirla y aceptar la promesa de su entrega futura no son sino meros actos preparatorios. El legislador, a través del art. 419, les ha otorgado el estatuto dogmático de la tipicidad penal. Por decirlo de otra manera, ha elevado a la categoría de delito autónomo lo que desde un punto de vista valorativo son simples actos preparatorios. Las diferentes modalidades recogidas en el art. 419 del Código penal son, en fin, «tipos de preparación» [282].

c) *Análisis crítico*

«Desde que surge la idea criminal en la mente del autor hasta que se produce el resultado», manifiesta ANTÓN ONECA, «hay un proceso conocido con los nombres de *iter criminis* o vida del delito. En él se distinguen una fase interna —en la mente del sujeto— y otra externa, que trasciende al mundo exterior. Dentro de la segunda debemos señalar varios momentos: preparación, ejecución, consumación» [283]. La vida del delito, por tanto, se inicia con la tentación criminal y acaba con su consumación. La gravedad del momento que se analice está en una relación directamente proporcional con la cercanía del final de la vida del delito, de tal forma que la consumación del mismo es más grave que su preparación [284]. Esto, como premisa, resulta incontrovertible.

281 Sobre el papel de los actos preparatorios, véanse PACHECO, J. F., *El Código penal...*, Tomo I, pág. 92; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *La punición de los actos preparatorios*, págs. 278 y 279; ANTÓN ONECA, J., *Derecho Penal*, pág. 436; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal*, PG/2, § 39, n. m. 18 (pág. 8); ORTS BERENGUER, E., *Los actos preparatorios del delito*, págs. 487 y 488; FARRÉ TREPAT, E., *La tentativa de delito*, pág. 213; COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho Penal*, Parte General, págs. 712-714; y POLAINO NAVARRETE, M., *Comentarios...*, I, págs. 953 y 954.

282 Véanse GRACIA MARTÍN, L., *La infracción de deberes*, págs. 210-212; el mismo, *El «iter criminis» en el Código penal español de 1995*, págs. 262 y ss.; FARRÉ TREPAT, E., *La tentativa de delito*, pág. 219; ORTS BERENGUER, E., *Los actos preparatorios del delito*, pág. 488; GIL GIL, A., *Derecho penal internacional*, págs. 233-235; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal*, PG/2, § 39, nn. mm. 24-27 (pág. 10); y JAKOBS, G., *Strafrecht*, AT, 8. Abschn., n. m. 90, pág. 308 (*Derecho Penal*, PG, pág. 371).

283 ANTÓN ONECA, J., *Derecho Penal*, pág. 435. Sobre la *vida del delito*, véase VALDÉS RUBIO, J. M., *Derecho Penal*, págs. 172 y ss.

284 Expresa RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *La punición de los actos preparatorios*, pág. 296, que «un sistema punitivo asentado dogmáticamente sobre los principios de un Derecho penal de acto, es lógico que atienda a la hora de apreciar valorativamente la gravedad de la conducta y, consecuentemente, en el momento de determinar la pena, a los criterios representados por los grados de la progresiva realización objetiva del hecho».

En el epígrafe anterior, hemos llegado a la conclusión de que las modalidades albergadas en el art. 419 son, en relación con el delito contrapartida de la dádiva, meros actos preparatorios. El funcionario público que recibe una dádiva con la intención de dictar una resolución arbitraria en un asunto administrativo, nombrar para el ejercicio de un cargo público a una persona en la que no concurren los requisitos legalmente establecidos o dejar de promover, faltando a la obligación de su cargo, la persecución de un delito de que tenga noticia, *prepara*, con aquella actuación, la realización de una prevaricación del funcionario público (art. 404 del Código penal), un delito de nombramientos ilegales (art. 405) o una omisión del deber de perseguir delitos (art. 408), respectivamente. No obstante ello, las penas previstas por el Código penal para estos delitos —inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años en el caso de la prevaricación del funcionario público, multa de tres a ocho meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años cuando se trata del delito de nombramientos ilegales, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años para la omisión del deber de perseguir delitos— son notablemente inferiores que la 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, recogidas en el art. 419 para cualquiera de las modalidades en él contenidas. Lo que objetivamente es más grave por suponer la consumación —dictar una resolución arbitraria, nombrar a una persona para el ejercicio de un cargo público sin reunir los requisitos legales necesarios u omitir la persecución de un delito— se castiga con una pena muy inferior que la que se contempla para conductas —solicitar o recibir dádiva o presente o aceptar ofrecimiento o promesa *para*— que valorativamente constituyen su preparación.

Considerado el art. 419 aisladamente, resulta difícil afirmar que la gravedad de la pena que en él se prevé — 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 —sea desproporcionada a la gravedad de lo injusto. La heterogeneidad insalvable entre delito y pena impide determinar, atendiendo exclusivamente a lo injusto específico de cada subtipo del art. 419, cuál es la pena exacta, y por tanto proporcionada, que corresponde a la gravedad de aquél[285]. Es necesario, para poder ha-

[285] Según FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, pág. 398, siguiendo a Bentham, «(...) la idea en apariencia elemental de la proporcionalidad de la pena al delito no ofrece, de por sí, ningún criterio objetivo de ponderación. Una vez disociada la calidad de la primera de la calidad del segundo y reconocida la insalvable heterogeneidad entre una y otro, no existen en efecto criterios naturales, sino sólo criterios pragmáticos basados en valoraciones ético-políticas o de oportunidad para establecer la calidad y la cantidad de la pena adecuada a cada delito». Véanse también AGUADO CORREA, T., *El principio de proporcionalidad*, pág. 279; y GRACIA MARTÍN, L., *Bases para una teoría de bienes jurídicos complementarios*, págs. 6 y 7.

blar de proporcionalidad o ausencia de ésta, realizar un examen comparativo entre estos subtipos y otros delitos recogidos en el Código penal [286]. Y tras este examen, desgraciadamente, como hemos podido comprobar más arriba, ya no resulta tan difícil afirmar una desproporción entre la gravedad de la pena y la gravedad de lo injusto. Si el legislador ha castigado más severamente las modalidades del art. 419 que la mayoría de los delitos que un funcionario público puede realizar en el ejercicio de su cargo como contraprestación a la dádiva solicitada, aceptada o recibida [287], es porque considera aquéllas de mayor gravedad que éstos. Este proceder, sin embargo, no sólo supone contrariar la opinión unánime en la doctrina, que considera que la consumación de un delito es más grave que su preparación, sino entrar en contradicción manifiesta consigo mismo, pues también para el legislador los actos preparatorios de un delito son de menor gravedad que aquellos que dan lugar a su consumación, razón por la cual los ha dejado impunes con carácter general, salvo, como sabemos, la conspiración, proposición y provocación para delinquir —castigadas en relación con determinados delitos, aunque siempre con menor pena que la consumación— y algunos actos preparatorios específicos que los ha elevado a la categoría de delito autónomo [288]. Como indica AGUADO CORREA, «(...) aun cuando se afirme que es imposible medir la gravedad del injusto individualmente considerado, (...) si desde el punto de vista externo, dos delitos no son considerados de la misma gravedad, considerándose uno más grave que el otro, y se sancionan ambos con la misma pena o el que se considera más grave se sanciona con una pena menor, se estaría vulnerando el principio de proporcionalidad en sentido estricto» [289]. Es lo que ocurre en el supuesto que nos ocupa. De la comparación del art. 419 (tipos de preparación) con los posibles delitos contrapartida de la dádiva (prevaricación de los funcionarios públicos, nombramientos ilegales, omisión del deber de perseguir delitos, prevaricación judicial, etc., respecto de los cuales, aquéllos no son sino actos preparatorios), se evidencia una intolerable desproporción entre la gravedad de la pena prevista en aquel precepto (prisión de dos a seis años, entre otras) y la gra-

286 Véase la sentencia del Tribunal Constitucional 161/1997, de 2 de octubre (FJ 13).

287 Sirva como muestra que, salvo alguna modalidad de malversación, ningún otro delito de los recogidos en el Título XIX del Código penal se castiga tan gravemente como las conductas del art. 419.

288 Expresa con razón GRACIA MARTÍN, L., *Bases para una teoría de bienes jurídicos complementarios*, pág. 6, que «el legislador debe motivar la proporcionalidad de su decisión a partir de un referente externo *objetivo*, que se identifica con el principio *nemo potest venire contra factum proprium*, y que aquí debe operar como control de la coherencia de su decisión con las que ha tomado en otros momentos anteriores y para otros supuestos. Por lo tanto, habrá que comparar la nueva decisión del legislador con las que adoptó anteriormente e integró en un sistema que expresa ya una jerarquía valorativa *objetiva*. Sólo si se da esa coherencia valorativa podrá apreciarse la decisión legislativa como una *razonable*, y no como una *desequilibrada* y *arbitraria*».

289 AGUADO CORREA, T., *El principio de proporcionalidad*, págs. 279 y 280.

vedad de su injusto [290]. Son tipos, los del art. 419, que vulneran abiertamente el principio de proporcionalidad, principio, por lo demás, al que la opinión dominante reconoce rango constitucional [291].

La vulneración del principio de proporcionalidad se produce asimismo desde otro punto de vista. Si, por ejemplo, se castiga de distinta forma al funcionario público que destruye a sabiendas un documento cuya custodia le está encomendada por razón de su cargo (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, art. 413) que al funcionario que, faltando a la obligación de su cargo, deja intencionadamente de promover la persecución de un delito de que tenga noticia (inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años, art. 408), debería preverse igualmente distinta pena para el funcionario que solicita o recibe dádiva o presente o acepta ofrecimiento o promesa para realizar un delito de infidelidad en la custodia de documentos, que para el funcionario que lleva a cabo la solicitud, recepción o aceptación para cometer una omisión del deber de perseguir delitos; la pena, sin embargo, es la misma, la del art. 419, para ambos casos. Lo que no muestra equivalencia en la consumación, no puede encontrar equiparación en la preparación.

Insistiendo en lo mismo. El legislador, en el art. 417 del Código penal, recoge tres supuestos distintos para los que prevé asimismo penas diferentes. Cuando la autoridad o funcionario público revela secretos o informaciones de los que tiene conocimiento por razón de su oficio o cargo que no deban ser divulgados, se le castiga con 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 resulta grave daño para la cau-

[290] Desproporción que no puede justificarse con el argumento de que las modalidades del art. 419 también lesionan el bien jurídico *honradez o integridad de la condición de funcionario público* (véase *supra*, epígrafe 3.2.1.3.2. B. b), pues la lesión de este bien jurídico lleva aparejada en el art. 426 una pena de multa de tres a seis meses, irrisoria si se compara con la diferencia existente entre las penas del art. 419 y las de los posibles delitos contrapartida de la dádiva.

[291] Otra cuestión es en qué precepto(s) constitucional(es) queda consagrado el principio de proporcionalidad, punto sobre el que existe una gran diversidad de opiniones; véase si no AGUADO CORREA, T., *El principio de proporcionalidad*, págs. 120 y ss. Para esta autora (pág. 134) «(...) el principio de proporcionalidad es un principio constitucional que cabe inferir de los artículos 1.1, 9.3 y 10.1 CE. No se trata, como ocurre con el principio de legalidad, de un principio contemplado como un derecho fundamental, sino, tal y como ha expresado el Tribunal Constitucional, un principio reconocido implícitamente en tres preceptos constitucionales de gran relevancia como son aquel en el que se afirma que España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho y propugna como valores superiores de su ordenamiento la justicia y la libertad (art. 1.1 CE); el artículo 9.3, en el cual se contempla el principio de prohibición de arbitrariedad de los poderes públicos, y, finalmente, el principio de proporcionalidad se puede inferir de la dignidad de la persona proclamada en el artículo 10.1 CE». Véanse también las sentencias del Tribunal Constitucional 150/1991, de 4 de julio (FJ 4); y 55/1996, de 28 de marzo (FJ 3).

sa pública o para tercero, la pena es más severa: prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a cinco años. Finalmente, si se trata de secretos de un particular, la pena que se impone es la 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. Pues bien, esta disparidad penológica, que obedece a diferentes motivos que ahora no importan, debería mantenerse igualmente cuando se analiza un momento anterior al de la consumación de estos supuestos, esto es, cuando se trata de desvalorar la conducta de quien solicita o recibe una dádiva, o acepta una promesa, para llevar a cabo el primero, el segundo o el tercero de los tipos de violación de secretos examinados. Ya sabemos que esto no ocurre, que el art. 419 nivela punitivamente, no solo estos supuestos, sino otros muchos con un contenido de injusto distinto. Por ello decimos que el principio de proporcionalidad resulta malparado. Como señala con razón GRACIA MARTÍN, «(...) la inclusión, en un mismo tipo de lo injusto, de supuestos portadores de una diferencia material (valorativa) específica, de modo que quedaran sometidos todos ellos a una misma amenaza penal, supondría una nivelación punitiva de los mismos que entraría en conflicto insalvable con el principio de proporcionalidad» [292].

Luego de dejar constancia del poco respeto que el art. 419 tiene por el principio de proporcionalidad, y, en consecuencia, de las serias dudas de su adecuación a la Constitución española, es hora de cuestionar la necesidad de su propia existencia. Ya se ha dicho que el art. 419 no protege un único bien jurídico principal, sino tantos como acciones y omisiones constitutivas de delito pueda realizar un funcionario público en el ejercicio de su cargo a cambio de una dádiva, pues precisamente son los bienes jurídicos lesionados o puestos en peligro por ellas los que se pretende reforzar, adelantando su línea de protección, con la previsión de aquel precepto. De ahí que dudáramos de su sustantividad material [293]. No vamos a entrar ahora a valorar los bienes jurídicos protegidos por la pluralidad de delitos que un funcionario público puede realizar en el ejercicio de su cargo a cambio de una dádiva, de si merecen o no protección penal. Partimos de que los bienes jurídicos tutelados por los delitos de prevaricación del funcionario público, nombramientos ilegales, omisión del deber de perseguir delitos, infidelidad en la custodia de documentos, violación de secretos, prevaricación judicial, etc., delitos todos ellos que pueden ser contraprestación de la dádiva o promesa solicitada, recibida o aceptada por el funcionario, tienen entidad suficiente para que el Derecho les otorgue a través de los correspondientes preceptos donde se recogen protección penal. Se trata de ver, más bien, si el ataque que sufren tales bienes jurídicos a través de las conductas recogidas en el art. 419 es de bastante gravedad como para que lleven aparejada una amenaza penal. Nosotros creemos que no.

292 GRACIA MARTÍN, L., *Bases para una teoría de bienes jurídicos complementarios*, pág. 5.
293 Véase el epígrafe 3.2.1.3.2. B. b).

Antes de nada, hay que advertir, nuevamente, que el Código penal de 1995 parte del principio de impunidad de los actos preparatorios. Se exceptúan la conspiración, proposición y provocación para delinquir, que, a diferencia del Código penal anterior, sólo se castigan en los casos especialmente previstos en la Ley (artículos 17.3 y 18.2 del Código penal)[294], y algunos actos preparatorios específicos elevados a la categoría de delito autónomo. A nuestro modo de ver, la impunidad, con carácter general, de los actos preparatorios obliga a que el castigo de los mismos en supuestos concretos descanse en razones de peso, que, a decir verdad, no encontramos en el caso que nos ocupa.

Si observamos los supuestos en los que se ha previsto el castigo de la conspiración, proposición y provocación para delinquir[295], advertiremos que se trata de actos preparatorios de delitos castigados, en su inmensa mayoría, con penas de prisión, que en la mayor parte de los casos son muy graves[296]. Se adelantan las barreras de protección de bienes jurídicos de una relevancia considerable, que ocupan un lugar preeminente en la escala jerárquica de los mismos (vida humana independiente, integridad y salud personales, libertad de la persona para abandonar el lugar donde se encuentra, existencia de un grupo nacional, racial, étnico o religioso, etc.). Por el contrario, muchos de los delitos que pueden ser contrapartida de una dádiva, esos respecto de los cuales la solicitud, la recepción o la aceptación de dádiva o promesa no es más que un acto preparatorio, no se castigan siquiera con pena de prisión, como por ejemplo la prevaricación del funcionario público (art. 404), nombramientos ilegales (art. 405), omisión del deber de perseguir delitos (art. 408), desobediencia (art. 410), denegación de auxilio (art. 412), la violación de secretos del art. 417.1, párrafo primero, algunos supuestos de prevaricación judicial (artículos 446. 2.° y 3.°, y 448) y los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales (artículos 529 al 542). Si la consumación de estos delitos no merece una pena de prisión, es razonable dudar de que el Derecho penal deba intervenir en estadios anteriores al principio

[294] Favorables a esta restricción en el castigo de la conspiración, proposición y provocación para delinquir, GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A., *El Código penal de 1870*..., Tomo I, págs. 116 y ss.; FERRER SAMA, A., *Comentarios al Código penal*, Tomo I, pág. 79, RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *La punición de los actos preparatorios*, págs. 287 y ss.; CEREZO MIR, J., *Curso*..., III, pág. 180; FARRÉ TREPAT, E., *La tentativa de delito*, págs. 218 y 219; MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal*, pág. 468; COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho Penal*, Parte General, págs. 720 y 721; HIGUERA GUIMERÁ, J. F., *Curso*, págs. 433 y 434; POLAINO NAVARRETE, M., *Comentarios*..., I, págs. 960 y ss.; y OLMEDO CARDENETE, M. D., *La inducción*, pág. 795.

[295] Véanse los artículos 141, 151, 168, 269, 304, 373, 477, 488, 519, 548, 553, 579.1, 585 y 615.

[296] De diez a quince años (art. 138), de quince a veinte (art. 139), de veinte a veinticinco (art. 140), de seis a doce (art. 149), de cuatro a seis (art. 163.1), de seis a diez años (art. 164, inciso primero), de tres a nueve (art. 368, inciso primero), de quince a veinticinco (art. 473.1, inciso primero), de veinte a veinticinco (art. 485.1), de quince a veinte (art. 486.1), de diez a quince (art. 545.1, inciso segundo), de quince a veinte (art. 581), etc.

de ejecución, donde el bien jurídico protegido ni siquiera se ha puesto en concreto peligro [297]. Por algo no se castigan en relación con los mencionados delitos, determinados actos preparatorios especialmente peligrosos, como son la conspiración, la proposición y la provocación para delinquir [298].

Se nos puede objetar que los concretos actos preparatorios recogidos en el art. 419 del Código penal gozan de especiales cualidades para facilitar la realización del correspondiente y posterior delito, motivando esta circunstancia la previsión expresa de aquéllos. No se nos escapa que existen mayores probabilidades de que el delito llegue a ejecutarse si media dinero o cualquier otro bien con valor pecuniario, pero esto, por sí solo, no es razón suficiente para someter a pena tales actos preparatorios. Con las modalidades del art. 419 se adelanta la tutela de determinados bienes jurídicos —los protegidos por los delitos que pueden cometerse por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos— a estadios que ni siquiera son amparados respecto del bien jurídico más importante, la vida humana independiente. En efecto, la concurrencia de la circunstancia de precio, recompensa o promesa en la acción de *matar a otro* sirve, en nuestro Código penal, para constituir el delito de asesinato [299]. *Matar a otro* lleva aparejada una pena de prisión de diez a quince años (art. 138); hacerlo por precio, recompensa o promesa, prisión de quince a veinte años (art. 139). Sin embargo, aun tratándose del bien jurídico más valioso, no se prevé un tipo, al estilo del art. 419, donde se castigue al que *solicite o reciba precio, o acepte promesa para matar a otro*, sino que es necesario para que el precio, recompensa o promesa tenga relevancia penal un principio de ejecución, esto es, que se comience a matar. Antes del inicio de la acción típica, la recepción de precio o la aceptación de promesa para matar a otro es, con carácter general [300], impune. Si para la protección del bien jurídico *vida humana inde-*

[297] Entre la variedad de delitos que pueden ser contrapartida de una dádiva, los hay de lesión y de peligro. Cuando la acción u omisión constitutiva de delito para cuya realización se solicita, recibe o acepta dádiva o promesa, supone un peligro abstracto para el bien jurídico (por ejemplo, según MIR PUIG, S., *Nombramientos ilegales*, pág. 310, el delito de nombramientos ilegales es de peligro abstracto; igualmente opina MIR PUIG, C., *Los delitos contra la Administración pública*, pág. 109, del delito de desobediencia funcionarial), la anticipación de la protección penal a un momento anterior a su principio de ejecución, que es lo que ocurre en las modalidades recogidas en el art. 419, supone dar relevancia penal a un peligro abstracto del peligro abstracto. No se puede estar de acuerdo con esto y, al mismo tiempo, defender a capa y espada el carácter fragmentario del Derecho penal.

[298] Sobre la especial peligrosidad de estos actos preparatorios, véanse RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Comentarios...*, I, págs. 154 y 155; y MIR PUIG, S., *Derecho Penal*, 6.ª edición, pág. 334.

[299] Véase GRACIA MARTÍN, L., *Comentarios*, págs. 96 y 97.

[300] Puede ocurrir que quien ofrece el precio se reserve en la posterior ejecución de la muerte una conducta de participación. Tendremos entonces dos personas que se conciertan para la ejecución de un delito de asesinato y resuelven ejecutarlo, en el que el receptor del precio realizará los actos ejecutivos y el oferente actos de mera participación: se trataría, pues, de una conspiración para cometer un delito de asesinato, castigada en el art. 141 del Código penal. Sobre el concepto de conspiración aquí seguido, véase CEREZO MIR, J., *Curso...*, III, págs. 180 y 181.

pendiente, tutelado en el delito de asesinato, no ha sido necesario castigar la solicitud o recepción de precio o la aceptación de la promesa *con intención de matar*, con mayor razón habrá de defenderse la no necesidad de la intervención penal cuando se trata de bienes jurídicos de un rango, sin duda, inferior.

Somos conscientes de que este parecer, *prima facie*, puede resultar sorprendente, incluso atrevido, pero no hemos buscado la originalidad gratuita. A esta postura nos ha llevado, más bien, el respeto escrupuloso por uno de los principios sobre los que se asienta el Derecho penal moderno: el principio de fragmentariedad [301]. Se ha dicho del Derecho penal que protege los bienes jurídicos más fundamentales, no frente a cualquier clase de atentados, sino solamente frente a los ataques más intolerables [302]; que se limita sólo a castigar las acciones más graves contra los bienes jurídicos más importantes [303]; que «ni ofrece protección a todos los bienes jurídicos, ni a aquellos que se la ofrece lo es contra cualquier ataque, sino únicamente contra las modalidades de ataque más graves» [304]. Pues bien, en estas páginas se ha tratado de que estas ideas, expresión del carácter fragmentario del Derecho penal, encuentren plasmación en la Parte especial del Código penal, y no queden como meros enunciados carentes de valor práctico alguno. Y hemos llegado a la conclusión de que los ataques que sufren los bienes jurídicos protegidos por los diversos delitos que pueden ser contraprestación de una dádiva a través de las conductas reguladas en el art. 419 del Código penal, no son lo suficientemente graves como para llevar aparejada una amenaza penal. Por ello, de *lege ferenda*, somos partidarios de su despenalización, de su exclusión del ámbito de las conductas punibles [305].

[301] Manifiesta AGUADO CORREA, T., *El principio de proporcionalidad*, pág. 247, que el carácter fragmentario del Derecho penal «(...) constituye hoy en día una de las más importantes características de una legislación penal propia de un Estado de Derecho». Véanse también MAIWALD, M., *Zum fragmentarischen Charakter des Strafrechts*, pág. 22; MIR PUIG, S., *Introducción*, pág. 126; el mismo, *Derecho Penal*, 6.ª edición, págs. 123 y 124; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Sobre el principio de intervención mínima*, pág. 257; el mismo, *Estudios penales*, págs. 122-124; FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale*, Parte Generale, págs. 43-46; y PADOVANI, T., *Diritto Penale*, págs. 4 y 5.

[302] Véanse RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho Penal*, pág. 19; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Sobre el principio de intervención mínima*, pág. 257; SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación*, pág. 290; SÁINZ CANTERO, J. A., *Lecciones*, págs. 37 y 38; GARCÍA RIVAS, N., *El poder punitivo en el Estado democrático*, pág. 55; e HIGUERA GUIMERÁ, J. F., *El Derecho penal y la genética*, pág. 89.

[303] Así MUÑOZ CONDE, F., *Introducción*, pág. 124; y LUZÓN PEÑA, D. M., *Curso*, pág. 83.

[304] OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *Sobre el concepto del Derecho Penal*, pág. 359.

[305] Esta es la opción por la que se ha decantado el legislador de 1995 respecto de otros tipos específicos de comportamientos preparatorios castigados en el Código penal anterior, como los recogidos en sus artículos 481 bis —construcción, acondicionamiento o disponibilidad de lugares para cometer el delito de detención— y 509 —tenencia de ganzúas u otros instrumentos destinados especialmente para ejecutar el delito de robo—, duramente criticados por la doctrina; véanse, por lo que se refiere al art. 481 bis, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, pág. 346; MUÑOZ SÁNCHEZ, J., *El delito de detención*, pág. 250; MAQUEDA ABREU, M. L., *Los delitos con-*

En la parte de esta investigación dedicada a los antecedentes históricos de los delitos de los funcionarios públicos, se decía que el *Fuero Juzgo*, el *Fuero Real* y las *Partidas* confundían el delito de cohecho con el de prevaricación, pues castigaban expresamente al juez que juzgaba torticeramente por precio o promesa[306]. Es ésta una opinión que se sustentaba teniendo como punto de referencia el tratamiento presente del delito de cohecho. Si se parte de la regulación actual, en la que el cohecho es un delito independiente, habrá que concluir que castigar en un precepto la acción de dictar una resolución injusta por precio o promesa supone confundir, mezclar el delito de prevaricación y el delito de cohecho. Pero si acudimos a los orígenes de nuestra regulación haciendo abstracción del tratamiento que en la actualidad se dispensa al cohecho, lejos de hablar de confusión, nos encontramos con una inestimable base en que apoyar nuestra postura, pues en el Derecho histórico español, al menos en los textos mencionados, se exigía que el juez juzgara torticeramente, por tanto que se consumara la prevaricación, para que el precio o promesa tuviera relevancia penal. Lo que hoy llamamos cohecho, carecía, pues, de entidad propia.

Posteriormente, en el Código penal de 1848, prodigio de concisión por lo que se refiere al tratamiento del cohecho, si bien se le dedica a este delito un capítulo independiente (el XIII del Título VIII), sigue siendo necesario *cometer* alguno de los delitos recogidos en los capítulos precedentes de este título para que el delito de cohecho quedara consumado: el cohecho era, por tanto, una prevaricación, una infidelidad en la custodia de presos, una violación de secretos, una denegación de auxilio, etc., por precio o promesa, con la particularidad, eso sí, de que estaba previsto expresamente (art. 305). A partir de este Código, la evolución del delito de cohecho puede describirse gráficamente como la historia de una expansión desmesurada, que encuentra perfecto colofón en el Código penal de 1995. Es hora, sin embargo, de desandar un camino, a nuestro modo de ver, equivocado. Incluso ir más allá que el Código penal de 1848. Solicitar o recibir una dádiva, o aceptar una promesa, para realizar en el ejercicio del cargo un delito, debería quedar extramuros del Derecho penal. Como estas conductas suponen la lesión del bien jurídico *honradez o integridad de la condición de funcionario público*, llevarían aparejada una sanción disciplinaria[307]. Cuando el delito contrapartida de la dádiva se ejecute o haya un principio de ejecución del mismo, se aplicaría tal delito en grado de consumación o de tentativa, según el caso, con la agravante

---

tra la libertad, pág. 64; y POLAINO NAVARRETE, M., *El delito de detención ilegal*, pág. 228; y, por lo que respecta al art. 509, BAJO FERNÁNDEZ, M. y PÉREZ MANZANO, M., *Manual*, págs. 176 y 177; VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho Penal*, Parte Especial, 3.ª edición, págs. 858 y 859; y GONZÁLEZ RUS, J. J., *Manual*, págs. 131 y 132.

306 Véase el epígrafe 1.2.

307 Véase el epígrafe 3.2.1.1.

genérica de precio, recompensa o promesa [308]. La dádiva o promesa solicitada, recibida o aceptada servirá, por tanto, por un lado, para fundamentar la aplicación de un ilícito disciplinario —por haber lesionado el bien jurídico *honradez o integridad de la condición de funcionario público*—, y, por otro, para agravar la pena del delito contrapartida de la dádiva —que ha podido consumarse o quedar en grado de tentativa— por ser la conducta más reprochable [309].

C. *Los artículos 420 y 421 del Código penal*

Con arreglo al art. 420, incurrirá en la pena de prisión de uno a dos años, inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de la dádiva, 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 *para* [310] ejecutar un acto injusto relativo al ejercicio de su cargo que no constituya delito. Si llegara a ejecutar tal acto, la pena que se impone es la de prisión de uno a cuatro años, inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a nueve años y multa del tanto al triplo del valor de la dádiva.

[308] Siempre, claro está, que el precio, la recompensa o la promesa haya motivado la realización del delito; de esta opinión, CÓRDOBA RODA, J., *Comentarios...*, I, págs. 558 y 559; MARTÍNEZ PÉREZ, C., *La circunstancia agravante de precio, recompensa o promesa*, págs. 55 y 56; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Comentarios al Código penal*, pág. 135; CARBONELL MATEU, J. C., *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. I, pág. 236; MATA BARRANCO, N. J. DE LA, *Comentarios...*, II, págs. 946 y 947; y el mismo, *Relación concursal*, pág. 342.

[309] Entre los autores que consideran que esta circunstancia agravante determina una mayor gravedad de la culpabilidad, CEREZO MIR, J., *Curso...*, III, pág. 159; ALONSO ÁLAMO, M., *El sistema*, pág. 653; MARTÍNEZ PÉREZ, C., *La circunstancia agravante de precio, recompensa o promesa*, págs. 56 y ss.; MARTOS NÚÑEZ, J. A., *La circunstancia de precio*, págs. 459 y 460; y RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. y SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal español*, págs. 743 y 744.

[310] En realidad, el art. 420 del Código penal no utiliza la preposición *para*, sino *por* («*...por ejecutar...*»). No obstante, este precepto castiga al funcionario público que realiza la acción típica *por ejecutar un acto injusto relativo al ejercicio de su cargo que no constituya delito, y lo ejecute*, distinguiendo estos supuestos de los casos en que el acto contrapartida de la dádiva no llega a ejecutarse, de donde se deduce, para ambas modalidades, que la realización de la acción típica es anterior a la conducta contrapartida de la dádiva. La preposición *por* en este precepto expresa una finalidad, un objetivo, por lo que habría sido más conveniente que el legislador de 1995 la hubiera sustituido por la preposición *para*, tal y como hizo en el art. 419 en relación con el art. 385 del Código penal anterior. Realizan esta misma exégesis, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *Derecho penal, Poderes públicos y negocios*, pág. 877; RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, págs. 209-211; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Código Penal*, pág. 4010; MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *Comentarios a la Parte Especial*, 3.ª edición, págs. 1706 y ss.; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal*, Parte especial, 14.ª edición, págs. 965 y 966; MORILLAS CUEVA, L., *Compendio*, págs. 811 y 812; y QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español*, 4.ª edición, págs. 802 y 803.

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

a) *Relación con la modalidad de recogida*

El art. 420, inciso segundo, del Código penal castiga con igual pena —prisión de uno a dos años, inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de la dádiva— tres modalidades distintas: la solicitud de una dádiva, la aceptación de la promesa de su entrega futura y su recepción efectiva, realizadas todas ellas para ejecutar un acto injusto relativo al ejercicio del cargo del funcionario que no constituya delito. El art. 421, a su vez, sanciona con idéntica pena —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— las tres modalidades referidas cuando el funcionario público las lleva a cabo con la finalidad de abstenerse de un acto que debiera practicar en el ejercicio de su cargo. Ambas disposiciones contienen sendos tipos mixtos alternativos.

A diferencia de lo que ocurre en estos preceptos, en el art. 420, inciso primero, el tipo objetivo no queda completado hasta que el funcionario público no ejecuta el acto injusto relativo al ejercicio de su cargo no constitutivo de delito para cuya realización, precisamente, ha solicitado o recibido una dádiva, o ha aceptado la promesa de su entrega futura. Se trata, por tanto, de un tipo de dos actos [311]: por un lado, la solicitud de una dádiva, la aceptación de la promesa de su entrega futura o la recepción efectiva de la misma, y por otro, la ejecución de un acto injusto no constitutivo de delito relativo al ejercicio del cargo del funcionario. El primero de los actos necesario para conformar el tipo objetivo puede ser, como se ha visto, la solicitud de una dádiva, la aceptación de la promesa de su entrega futura o su recepción efectiva. Entre ellos existe una relación alternativa: basta con uno de estos actos unido a la ejecución de un acto injusto no constitutivo de delito relativo al ejercicio del cargo del funcionario para que se realice el tipo del art. 420, inciso primero, del Código penal. A su vez, la realización de más de uno de aquellos actos —solicitar, recibir y aceptar— junto al acto injusto relativo al ejercicio del cargo no constitutivo de delito, no rompe la unidad delictiva.

[311] Sobre esta clase de tipos, véanse JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, págs. 265 y 266 (*Tratado*, pág. 239); ROXIN, C., *Strafrecht*, § 10, n. m. 126, págs. 282 y 283 (*Derecho Penal*, § 10, n. m. 126, pág. 337); MIR PUIG, S., *Derecho Penal*, 6.ª edición, págs. 223 y 224; y LUZÓN PEÑA, D. M., *Curso*, págs. 310 y 311.

Así, por ejemplo, al funcionario público que solicite una dádiva y más tarde la obtenga para ejecutar un acto injusto no constitutivo de delito relativo al ejercicio de su cargo, acto que posteriormente realiza, se le aplicará un único delito de cohecho del art. 420, inciso primero, del Código penal. Nos encontramos, asimismo, ante un tipo mixto alternativo.

a' Por ejecutar un acto injusto relativo al ejercicio de su cargo que no constituya delito

En el art. 420 del Código penal, la contrapartida de la dádiva es la ejecución de un acto injusto no constitutivo de delito relativo al ejercicio del cargo de la autoridad o funcionario público. El acto injusto, según la propia dicción legal, no ha de ser constitutivo de delito, entendido este término, al igual que se hacía en el art. 419, en un sentido estricto [312]. Ha de suponer el acto injusto, en nuestra opinión, la infracción de una norma de determinación, concretamente de una prohibición. Excluidos los delitos en su sentido más estricto, tal infracción puede constituir una falta penal o un ilícito de otro sector del ordenamiento jurídico [313, 314].

El acto injusto no constitutivo de delito debe ser, además, relativo al ejercicio del cargo del funcionario. Esta locución —*relativo al ejercicio del cargo*— debe interpretarse de igual forma que la expresión *en el ejercicio de su cargo* del art. 419: ha de consistir, por tanto, en una acción que pertenezca a la clase de actos —o esté en estrecha relación con los cometidos concretos— que el funcionario como partícipe en

[312] Véase el epígrafe 3.2.1.3.2. B.

[313] Véanse CÓRDOBA RODA, J., *El cohecho de funcionarios públicos*, págs. 180 y 184; ORTS BERENGUER, E. *Derecho Penal*, Parte Especial, 3.ª edición, pág. 482; OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito de cohecho*, pág. 284; y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *Cohecho*, pág. 260. Expresamente en contra, la sentencia de 19 de diciembre de 2000 (R. J. A. 10190): «En un sistema democrático representativo, no hay espacio posible para la corrupción que supone la compra de los votos de los representantes elegidos en función de un ideario o programa previo ofrecido con lealtad y compromiso a los electores, por lo que la acción que ha llevado a cabo el recurrente será, en todo caso, injusta aun cuando no constituya una infracción tipificada que conlleve sanción».

[314] Las sentencias que condenen por este delito deberían referirse expresamente a la concreta disposición donde se recoge la correspondiente falta penal o ilícito que constituye la conducta contrapartida de la dádiva. No es ésta, sin embargo, la práctica habitual del Tribunal Supremo: véanse las sentencias de 28 de octubre de 1972 (R. J. A. 4485), 27 de marzo de 1973 (R. J. A. 1417), 30 de mayo de 1973 (R. J. A. 2478), 8 de febrero de 1982 (R. J. A. 634), 29 de noviembre de 1985 (R. J. A. 5503), 24 de mayo de 1989 (R. J. A. 4252), 1 de junio de 1990 (R. J. A. 4966), 29 de diciembre de 1993 (R. J. A. 9814), 9 de marzo de 1994 (R. J. A. 1832), 8 de octubre de 1994 (R. J. A. 7877), 18 de enero de 1995 (R. J. A. 145), 30 de mayo de 1995 (R. J. A. 4506), 21 de diciembre de 1999 (R. J. A. 9436) y 28 de marzo de 2001 (R. J. A. 751).

el ejercicio de la función pública tiene encomendados[315]. De esta manera, comete un delito de cohecho del art. 420 del Código penal, por ejemplo, el Juez o Magistrado que recibe una dádiva para revelar hechos o datos conocidos en el ejercicio de su función[316] o para corregir, sin actuar en el ejercicio de la jurisdicción, la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico hecha por un inferior en el orden jurisdiccional[317], o el funcionario público que tras aceptar la promesa de entrega futura de una dádiva para emitir un informe manifiestamente ilegal, lo emite causando un perjuicio a la Administración o a los ciudadanos[318].

Así las cosas, el funcionario público que admite una dádiva ofrecida para que ejecute un acto injusto relativo al ejercicio de su cargo no constitutivo de delito, admite una dádiva ofrecida *en consideración a su función*[319]. Por ello, cuando los subtipos del art. 420 realizados por la autoridad o funcionario público sean la aceptación de la promesa de entrega futura de una dádiva o su recepción efectiva —y esto, tanto si se ejecuta (primer inciso) como si no (segundo inciso) el acto injusto no constitutivo de delito contrapartida de la dádiva—, se comete también necesariamente el art. 426, inciso primero, del Código penal. Entre éste y los subtipos del art. 420 referidos existe una relación de concurso de leyes que se resolverá por el principio de especialidad a favor de estos últimos[320]. Si la acción típica realizada es la de solicitar una dádiva, al no recogerse esta modalidad en el art. 426, inciso primero, tan sólo se cometerá uno de los subtipos del art. 420 del Código penal.

b' Se abstenga de un acto que debiera practicar en el ejercicio de su cargo

La contrapartida de la dádiva en el art. 421 del Código penal es la abstención de un acto que el funcionario público debe practicar en el ejercicio de su cargo. La abs-

315 Véase el epígrafe 3.2.1.3.2. B. a). Realizan también una interpretación restringida de esta locución, las sentencias del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1954 (R. J. A. 485), 17 de marzo de 1958 (R. J. A. 822), 22 de diciembre de 1959 (R. J. A. 4796), 29 de octubre de 1992 (R. J. A. 8609) y 28 de marzo de 1994 (R. J. A. 2604).

316 Art. 418 de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial: «Son faltas graves: (...) 7. Revelar hechos o datos por el Juez o Magistrado, conocidos en el ejercicio de su función o con ocasión de éste, cuando no constituya la falta muy grave del apartado 12 del art. 417 de esta Ley».

317 Art. 418 de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial: «Son faltas graves: (...) 4. Corregir la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico hecha por los inferiores en el orden jurisdiccional, salvo cuando actúen en el ejercicio de la jurisdicción».

318 Art. 7.1 del Reglamento de Régimen Disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado, aprobado por el Real Decreto 33/1986, de 10 de enero: «Son faltas graves: (...) *h*) La emisión de informes y la adopción de acuerdos manifiestamente ilegales cuando causen perjuicio a la Administración o a los ciudadanos y no constituyan falta muy grave». Véase la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 1973 (R. J. A. 2478).

319 Sobre esta expresión, véase el epígrafe 3.2.1.1 de este trabajo.

320 Véase el epígrafe 3.2.1.3.2. B. a).

tención a la que el funcionario se compromete a cambio de una dádiva no es cualquier omisión, sino, como expresa el precepto, la de un acto que debe practicar en el ejercicio de su cargo: se trata de la no ejecución de un acto que el funcionario público debe realizar por razón de las concretas funciones públicas que desempeña [321]. Como ocurre en el art. 420 con el *acto injusto*, tal omisión ha de suponer, a nuestro parecer, la infracción de una norma de determinación, pero en este caso de un mandato. La abstención contrapartida de la dádiva constituye, pues, un ilícito penal o un ilícito de otro sector del ordenamiento jurídico [322, 323]. En este sentido, comete un delito de cohecho del art. 421 del Código penal, el Juez o Magistrado que solicita una dádiva para dejar de promover la exigencia de responsabilidad disciplinaria de un auxiliar subordinado que ha incurrido en un incumplimiento grave de los deberes que le corresponden [324], o para no asistir de manera injustificada a los actos procesales con audiencia pública que estuvieren señalados [325]; o el miembro del Jurado que recibe una dádiva para abstenerse de votar sobre los hechos sometidos a su consideración, sobre la culpabilidad o inculpabilidad del acusado por cada hecho delictivo imputado, o acerca de la eventual suspensión de la ejecución de la pena o la petición de indulto cuando tal votación ha sido recabada por el Magistrado-Presidente [326].

[321] Véase nuevamente el epígrafe 3.2.1.3.2. B. a). Una interpretación restringida puede verse también en VALEIJE ÁLVAREZ, I., *El delito de cohecho*, págs. 220-223; CRESPO BARQUERO, P., *Código Penal*, pág. 2352; y en las sentencias del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1985 (R. J. A. 2152), 4 de octubre de 1988 (R. J. A. 7658) y 19 de mayo de 1989 (R. J. A. 4228).

[322] En el art. 421, sin embargo, el ilícito penal contraprestación de la dádiva no se reduce a las faltas, pues su dicción no excluye expresamente los delitos, como sí hace el art. 420. Por ello, cuando el funcionario público solicite o reciba una dádiva, o acepte la promesa de su entrega futura, para realizar en el ejercicio de su cargo una omisión constitutiva de delito, comete, además del cohecho del art. 419, el del art. 421, aunque es aquél de preferente aplicación por ser ley especial.

[323] Creemos también necesario en relación con el art. 421 que las sentencias condenatorias expresen el concreto precepto donde se recoge el correspondiente ilícito contraprestación de la dádiva, práctica, por lo demás, que no observa habitualmente el Tribunal Supremo; véanse las sentencias de 16 de mayo de 1984 (R. J. A. 2615), 4 de octubre de 1988 (R. J. A. 7658), 4 de diciembre de 1990 (R. J. A. 9413), 15 de febrero de 1991 (R. J. A. 1074), 15 de octubre de 1994 (R. J. A. 7924), 16 de diciembre de 1994 (R. J. A. 10157), 12 de febrero de 1997 (R. J. A. 1362) y 5 de diciembre de 1997 (R. J. A. 8810).

[324] Art. 418 de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial: «Son faltas graves: (...) 6. Dejar de promover la exigencia de responsabilidad disciplinaria que proceda a los Secretarios y personal auxiliar subordinado, cuando conocieren o debieren conocer el incumplimiento grave por los mismos de los deberes que les corresponden».

[325] Art. 418 de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial: «Son faltas graves: (...) 9. El incumplimiento injustificado y reiterado del horario de audiencia pública y la inasistencia injustificada de los actos procesales con audiencia pública que estuvieren señalados, cuando no constituya falta muy grave».

[326] Art. 58.2 de la LO 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado: «Ninguno de los jurados podrá abstenerse de votar. Si alguno insistiere en abstenerse, después de requerido por el portavoz, se hará constar en acta y, en su momento, será sancionado por el Magistrado-Presidente con

En el estudio de la modalidad de recogida (art. 426, inciso primero)[327] se decía que la expresión *en consideración a su función* acoge los casos en los que se admite una dádiva o regalo que ha sido ofrecido por la realización, pasada o futura, de una concreta conducta, lícita o ilícita, relativa a la función pública que desempeña el funcionario. Abarca, por tanto, tal expresión los supuestos en que la contrapartida de la dádiva es la abstención de un acto que el funcionario público debe practicar en el ejercicio de su cargo. Por ello, cuando el funcionario público, con el objeto de llevar a cabo esta abstención, recibe una dádiva o acepta la promesa de su entrega futura, realiza, además del delito del art. 421, el del art. 426, inciso primero, del Código penal. Entre este precepto y los subtipos del art. 421 consistentes en la aceptación de la promesa de la entrega futura de una dádiva o en su recepción efectiva, existe una relación de concurso de leyes que se resolverá, una vez más, por el principio de especialidad a favor de estos últimos.

b) *Estructura típica*

En el análisis típico de las diferentes modalidades recogidas en los artículos 420 y 421 del Código penal conviene distinguir aquellas que necesitan de un elemento subjetivo de lo injusto adicional al dolo (artículos 420, inciso segundo, y 421), de las que ven conformado su tipo subjetivo con la sola presencia de este último (art. 420, inciso primero).

a' Artículos 420, inciso segundo, y 421 del Código penal

En ambos preceptos, el elemento intelectual del dolo del autor comprende su condición de funcionario público, la conexión causal existente entre la dádiva solicitada u ofrecida y el ejercicio de la función pública en el que participa, y la acción típica, es decir, la solicitud de una dádiva, la aceptación de la promesa de su entrega futura o su recepción efectiva. No obstante, como ya se ha advertido, el tipo subjetivo de las diferentes modalidades de los artículos 420, inciso segundo, y 421 precisa, además del dolo, la concurrencia de otro elemento subjetivo.

La acción típica que acabamos de reseñar debe realizarse por la autoridad o funcionario público *para ejecutar un acto injusto relativo al ejercicio de su cargo que no*

75.000 pesetas de multa. Si, hecha la constancia y reiterado el requerimiento, persistiera la negativa de voto, se dejará nueva constancia en acta de la que se deducirá el testimonio correspondiente para exacción de la derivada responsabilidad penal». Véase al respecto LLABRÉS FUSTER, A. y TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., *La responsabilidad penal del miembro del Jurado*, págs. 85-88.

[327] Véase el epígrafe 3.2.1.1.

constituya delito (artículo 420, inciso segundo) o *para abstenerse de un acto que debiera practicar en el ejercicio de su cargo* (art. 421). Si bien no es necesaria la realización efectiva de la contrapartida de la dádiva para que quede completado el tipo objetivo, el sujeto activo ha de solicitar o recibir la dádiva, o aceptar la promesa de su entrega futura, con la finalidad de ejecutar un acto injusto no constitutivo de delito relativo al ejercicio de su cargo o de abstenerse de un acto que debe practicar en el ejercicio de su cargo. Dicha finalidad es, precisamente, lo que determina el elemento subjetivo de lo injusto adicional al dolo.

Como puede comprobarse, la estructura típica de estos supuestos coincide con la de los diferentes subtipos del art. 419 del Código penal[328]. Tenemos, por un lado, la solicitud de una dádiva, su recepción efectiva o la aceptación de la promesa de su entrega futura, actos que forman parte del tipo objetivo y deben ser por ello comprendidos por el dolo, y por otro, la realización de un acto injusto no constitutivo de delito relativo al ejercicio del cargo o la abstención de un acto que debe practicarse en el ejercicio del cargo, conductas estas que quedan extramuros del tipo objetivo pero deben ser abarcadas por el elemento subjetivo de lo injusto adicional al dolo. En definitiva, la consumación del delito requiere la realización de cualquiera de aquellos actos —*solicitud*, *recepción* o *aceptación* de una dádiva— con la finalidad de llevar a cabo el mencionado acto injusto (artículo 420, inciso segundo) o la referida abstención (art. 421). Puede hablarse, también aquí, de delitos mutilados de dos actos.

La realización por la autoridad o funcionario público de cualquiera de las acciones típicas descritas en los delitos en estudio, con conocimiento de la existencia de una conexión causal entre la dádiva solicitada u ofrecida y el ejercicio de la función pública en el que participa —saber que, como ya se ha dicho, integra el dolo—, esto es, siendo consciente de que la dádiva tiene su razón de ser en el hecho de que participa en el ejercicio de la función pública, lesiona ya la honradez o integridad de la condición de funcionario público[329], más concretamente y así abarcar a los sujetos recogidos en el art. 422 del Código penal, la honradez o integridad de la condición de partícipe en el ejercicio de funciones públicas. No es éste, sin embargo, el bien jurídico principal protegido por los artículos 420, inciso segundo, y 421 del Código penal. Así parece inferirse, al menos, de su estructura típica.

Las acciones típicas, que lesionan ya el bien jurídico señalado, están ordenadas a la ejecución de un acto injusto no constitutivo de delito relativo al ejercicio del cargo o a la abstención de un acto que debe practicarse en el ejercicio del cargo, conductas estas que ponen en peligro o lesionan otro bien jurídico. No olvidemos que el acto injusto del art. 420 y la abstención del art. 421, contraprestaciones de la dádiva, cons-

[328] Véase el epígrafe 3.2.1.3.2. B. b).
[329] Véase el estudio de la modalidad de recogida, epígrafe 3.2.1.1.

tituyen una falta penal o un ilícito de otro sector del ordenamiento jurídico [330, 331]. Con estos preceptos se trata de evitar principalmente que el funcionario, a cambio de una dádiva, realice en el ejercicio de su cargo una conducta antijurídica —acto injusto no constitutivo de delito relativo al ejercicio de su cargo o la abstención de un acto que debiera practicar en el ejercicio de su cargo— que conllevaría la lesión o el peligro de un bien jurídico. Por eso se adelanta la protección de éste a un momento anterior al principio de ejecución del correspondiente ilícito, se refuerza su tutela estableciendo la consumación formal del delito antes que la producción de su lesión (delito mutilado de dos actos) [332]. El bien jurídico *honradez o integridad de la condición de funcionario público*, que se protege de forma exclusiva en otros tipos de cohecho (modalidad de recogida, por ejemplo), cumple aquí un papel instrumental, auxiliar respecto de los bienes jurídicos protegidos por aquellas faltas penales y demás ilícitos de otras ramas del Derecho que pueden erigirse en contraprestación de una dádiva. El elemento subjetivo de lo injusto de los artículos 420, inciso segundo, y 421, reflejado en las expresiones *por ejecutar un acto injusto relativo al ejercicio de su cargo que no constituya delito*, por lo que al primero se refiere, y *tenga por objeto que (...) se abstenga de un acto que debiera practicar en el ejercicio de su cargo*, por lo que respecta al segundo, define la voluntad del sujeto activo dirigida a la realización de una conducta, activa [333] u omisiva [334], constitutiva de falta penal o ilícito de otro sector del ordenamiento jurídico que lesiona o pone en peligro un determinado bien jurídico. El objeto de tutela principalmente protegido por los preceptos en estudio dependerá, por tanto, de la concreta acción u omisión ilícita que el funcionario esté dispuesto a realizar a cambio de la dádiva.

Al igual que ocurre en el art. 419 del Código penal, el tipo objetivo de las diferentes modalidades de los artículos 420, inciso segundo, y 421 se completa cuando el funcionario público solicita o recibe una dádiva, o acepta la promesa de su entrega futura, sin que sea necesario siquiera que comience a ejecutarse el ilícito contrapartida de la dádiva. Si atendemos a éste, las acciones típicas de los preceptos que estudiamos no

330 La abstención del art. 421 abarca también, como se ha dicho *supra*, los delitos en sentido estricto.

331 Como afirma CEREZO MIR, J., *Curso...*, I, pág. 47, «desde el núcleo central del Derecho penal hasta las últimas faltas penales o infracciones administrativas discurre una línea continua de un ilícito material que se va atenuando, pero que no llega a desaparecer nunca del todo. La mayor parte de las veces es la lejanía del sector vital respectivo la que induce a creer a los juristas que lo injusto de una falta determinada es puramente formal».

332 Véanse WELZEL, H., *Das Deutsche Strafrecht*, pág. 188; COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho Penal*, Parte General, pág. 435; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, pág. 266; JAKOBS, G., *Strafrecht*, AT, 6. Abschn., n. m. 93, pág. 176; POLITOFF, S., *Los elementos subjetivos del tipo legal*, págs. 107 y 108; y GIL GIL, A., *Derecho penal internacional*, págs. 128, 233 y 234.

333 En el caso del art. 420, inciso segundo.

334 En el caso del art. 421.

alcanzan la fase de ejecución. Ahora bien, sí constituyen actuaciones externas encaminadas a la perpetración de una falta penal o de un ilícito perteneciente a otro sector del ordenamiento jurídico, suponen actos que preparan la realización de la conducta antijurídica [335]. En relación, pues, con el ilícito contrapartida de la dádiva, las acciones de solicitar una dádiva, recibirla y aceptar la promesa de su entrega futura son meros actos preparatorios elevados a la categoría de delito autónomo, con la peculiaridad de que aquél, nos referimos al ilícito contrapartida de la dádiva, constituye una falta penal o, incluso, un ilícito de otro sector del ordenamiento jurídico.

b' *Artículo 420, inciso primero, del Código penal*

Incurre en una pena de prisión de uno a cuatro años, inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a nueve años y multa del tanto al triplo del valor de la dádiva, la autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, solicite o reciba, por sí o por persona interpuesta, dádiva o promesa por ejecutar un acto injusto relativo al ejercicio de su cargo que no constituya delito, *y lo ejecute* [336].

El tipo objetivo de este delito no se perfecciona con la sola solicitud de una dádiva, su recepción o la aceptación de la promesa de su entrega futura. Es necesaria, además, la ejecución del acto injusto relativo al ejercicio de su cargo no constitutivo de delito contrapartida de la dádiva. Tanto aquéllas —solicitud, recepción y aceptación— como ésta —la ejecución del correspondiente acto injusto contrapartida de la dádiva— deben estar, por tanto, abarcadas por el dolo. La *finalidad* de ejecutar un acto injusto no constitutivo de delito relativo al ejercicio del cargo perseguida por el funcionario público en el delito recogido en el inciso segundo de este mismo precepto, se hace realidad en la figura que nos ocupa. Supone ésta, gráficamente, la culminación de los objetivos ya puestos de manifiesto por el autor en la modalidad del art. 420, inciso segundo. De esta forma, ya no nos encontramos, como en esta última figura, ante actos preparatorios elevados a la categoría de delito autónomo. El sujeto activo se adentra en la fase ejecutiva del correspondiente ilícito contrapartida de la dádiva alcanzando su consumación. Puede decirse, por tanto, que estamos ante la realización por precio de una falta penal o un ilícito de otro sector del ordenamiento jurídico relativo al ejercicio del cargo del funcionario público.

[335] Véase al respecto la argumentación ofrecida en el epígrafe 3.2.1.3.2. B. b).

[336] Este precepto ha sido especialmente criticado por parte de la doctrina; véanse BACIGALUPO ZAPATER, E., *Sobre la reforma de los delitos de funcionarios*, pág. 1100; RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, págs. 204, nota 96, y 231-233; MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *Comentarios a la Parte Especial*, 3.ª edición, pág. 1709; y OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito de cohecho*, págs. 292 y 293.

c) *Análisis crítico*

También al art. 419 del Código penal dedicamos un epígrafe de idéntico rubro al que ahora desarrollamos[337]. No es ésta, sin embargo, la única identidad entre aquél y éste. Muchas de las objeciones que allí se formularon al contenido de tal precepto sirven asimismo en relación con los artículos 420 y 421. Se trata ahora, pues, de insistir en alguna de ellas. El resto, las damos por reproducidas.

Los artículos 420 y 421 del Código penal protegen la honradez o integridad de la condición de funcionario público. No es este bien jurídico, sin embargo, como se ha indicado, el objeto principalmente tutelado por estos preceptos. Dependerá éste de la concreta acción u omisión ilícita a cuya realización se compromete el funcionario público a cambio de una dádiva.

En el caso de los artículos 420, inciso segundo, y 421, la protección del bien jurídico principal, que se lesiona o pone en peligro con la realización de la acción u omisión contraprestación de la dádiva, se adelanta a un momento anterior al principio de ejecución de éstas. Coincide por tanto el bien jurídico protegido por el correspondiente ilícito contrapartida de la dádiva —que, insistimos, puede ser una falta penal o un ilícito de otro sector del ordenamiento jurídico— y por los preceptos señalados, con la particularidad de que en éstos resulta reforzada su tutela al castigar conductas que ni siquiera lo ponen en peligro concreto. Pues bien, si somos partidarios de la despenalización de las conductas reguladas en el art. 419 del Código penal por no considerar suficientemente graves los ataques que a través de ellas sufren los bienes jurídicos protegidos por los delitos que pueden ser contraprestación de una dádiva, idéntica opinión habrá de defenderse, y con mayor razón, cuando, como en el caso de los artículos 420, inciso segundo, y 421, la contrapartida de la dádiva no es un delito sino una falta penal. No digamos ya cuando se trata de un ilícito de otro sector del ordenamiento jurídico. En este caso, resulta paradójico que comportamientos que lesionan (o ponen en peligro) un determinado bien jurídico constituyan un ilícito no penal, precisamente por no tener aquél la suficiente entidad como para merecer la protección de nuestra disciplina o no ser ésta necesaria, y por otra parte se amenacen con pena conductas que ni siquiera suponen un principio de ejecución de tal ilícito, conductas que en relación con éste constituyen meros actos preparatorios. La despenalización de las modalidades reguladas en los artículos 420, inciso segundo, y 421, resulta, a nuestro modo de ver, inexcusable.

Igual suerte deberían correr las recogidas en el inciso primero del art. 420 del Código penal. Aquí, es necesaria ya para la consumación del delito la realización del acto injusto no constitutivo de delito contrapartida de la dádiva. Por eso se ha dicho en el

[337] Epígrafe 3.2.1.3.2. B. c).

epígrafe anterior que en realidad nos encontramos ante la realización por precio de una falta penal o un ilícito de otro sector del ordenamiento jurídico relativos una y otro al ejercicio del cargo del funcionario, castigados, añadimos ahora, de una manera desproporcionada: prisión de uno a cuatro años, inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a nueve años y multa del tanto al triplo del valor de la dádiva. La lesión del bien jurídico *honradez o integridad de la condición de funcionario público* que se produce con la solicitud de una dádiva, su recepción o la aceptación de la promesa de su entrega futura con conocimiento de la existencia de una conexión causal entre la dádiva solicitada u ofrecida y el ejercicio de la función pública en el que se participa, no justifica que una falta penal o un ilícito perteneciente a otra rama del Derecho adquiera la categoría de delito. Bastaría, en nuestra opinión, con aplicar la correspondiente falta penal o el ilícito perteneciente a otro sector del ordenamiento jurídico, que ha supuesto la contraprestación de la dádiva, más el ilícito disciplinario que debería constituir la lesión del bien jurídico *honradez o integridad de la condición de funcionario público*[338].

3.2.2. Cohecho cometido por particular

Establece el art. 423, apartado 1, del Código penal que *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*. De acuerdo con el apartado 2 de este mismo precepto, *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*[339].

[338] Véase el epígrafe 3.2.1.1.

[339] La pena que se impone al sobornador, de acuerdo con el art. 424, es la de multa de tres a seis meses *cuando el soborno mediare en causa criminal a favor del reo por parte de su cónyuge u otra persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, o de algún ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza, por adopción o afines en los mismos grados*. Además, por Ley Orgánica 3/2000, de 11 de enero, se introduce en el Código penal, bajo el Título XIX bis (*De los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales*), una nueva figura de cohecho cometido por particular (art. 445 bis), que mantiene los elementos esenciales del art. 423 del Código penal, añadiendo alguno específico, como el de que la oferta se dirige a las *autoridades o funcionarios públicos extranjeros o de organizaciones internacionales*, o que el fin perseguido por el particular es el de *conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales*. Sobre los antecedentes internacionales de esta figura delictiva, véase el interesante trabajo de CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., *La adaptación del sistema jurídico-penal español*, págs. 453 y ss.

3.2.2.1. *Evolución legislativa*

En el Código penal de 1822, el cohecho cometido por particular aparece regulado en los artículos 460 y 461 [340]. El primero de estos preceptos se dirige a «*los que hagan el soborno, cohecho ó regalo para alguno de los casos de los artículos 454, 455, 456 y 457 (...)*», y distingue a efectos de pena si el soborno ha sido o no aceptado por el funcionario público, castigando más gravemente el primer supuesto que el segundo [341]. Esta misma distinción se utiliza en el art. 461, con la diferencia de que en éste se castiga a «*los que en cualquiera de los casos de los artículos 458 y 459 hagan el regalo*». Se caracteriza, pues, esta regulación por la mención expresa de los artículos, y por tanto las conductas, que constituyen el anverso del cohecho cometido por particular. Si hubiera que ofrecer una diferencia entre los artículos 454, 455, 456 y 457, a los que se refiere el art. 460, y los artículos 458 y 459, mencionados en el art. 461, podría ser la de que en el primer grupo de preceptos la conducta contrapartida del soborno o regalo es, con carácter general, contraria a derecho, de ahí la mayor pena del art. 460, mientras que en los artículos 458 y 459 el regalo admitido por el funcionario público se ofrece, básicamente, en consideración a su función o para realizar un acto de su oficio o cargo.

El Código penal de 1848 se muestra más conciso. Dispone su art. 307, párrafo 1.°, que «*el sobornante será castigado con las penas correspondientes en los casos respectivos á los cómplices, excepto las de inhabilitación ó suspensión*» [342]. Para dotar de contenido a este precepto es preciso acudir a los dos artículos que le preceden, 305 y 306. Y de aquí se infiere que es necesario para castigar al sobornante por delito consumado, no sólo que el empleado público admita la dádiva o la promesa, sino que realice la conducta contrapartida de las mismas. El castigo, por otra parte, no coincide con el del empleado público: se excluyen la inhabilitación y suspensión, y por lo que se refiere al resto de penas, se impone al particular la que le correspondería al cómplice, esto es, la pena inferior en un grado.

[340] También el art. 462, si bien de forma implícita, incluye en una modalidad de cohecho cometido por funcionario público —*(...) no podrán recibir ni admitir regalo alguno de los que se han llamado de tabla ó de costumbre (...)*—, un supuesto de cohecho cometido por particular, pues una de las penas con que se castiga al funcionario es «*la de pagar, mancomunadamente con el que hiciere el regalo, una multa equivalente á su importe*».

[341] Establece, además, el art. 460 que «*los que hayan sobornado, cohechado ó regalado, ó procurado sobornar, cohechar ó regalar con el fin de obtener el ser propuestos para dignidad, cargo, oficio ó empleo público, sufrirán, además de las penas prescritas respectivamente en este artículo, la de perder lo que hayan obtenido por tal medio, y no poder obtener cargo alguno público en adelante*».

[342] Continúa diciendo este precepto en su párrafo 2.° que «*cuando el soborno mediare en causa criminal á favor del reo por parte de su cónyuge, ó de algun ascendiente, descendiente, hermano ó afin en los mismos grados, solo se impondrá al sobornante una multa igual al valor de la dádiva ó promesa*». Esta figura se recogerá en similares términos en todos los códigos penales posteriores.

La redacción del delito de cohecho cometido por particular del Código penal de 1870 recuerda en gran medida la regulación actual. Su art. 402 castiga con las mismas penas previstas para los empleados sobornados, menos la de inhabilitación, a «*los que con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas corrompieren a los funcionarios públicos*». A diferencia del Código penal de 1848, el delito se consuma sin necesidad de que el funcionario público realice la conducta a que se ha comprometido a cambio de la dádiva, si bien sigue siendo necesario que éste reciba la dádiva o acepte su promesa.

Distinto es el tratamiento que el Código penal de 1928 hace de esta figura. El solo intento de corromper a un funcionario público con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas resulta ya castigado con las mismas penas que corresponderían al funcionario en el caso de que aceptara el soborno, menos la de inhabilitación (art. 473, párrafo 1.°)[343]. Por el contrario, si el soborno es aceptado por el funcionario, únicamente éste será penado, aun cuando no hubiera llegado a percibir la dádiva (art. 473, párrafo 2.°). Si es el funcionario quien solicita la dádiva al particular, el castigo no alcanzará a este último aunque la proposición haya sido aceptada y ejecutada en todo o en parte, si bien tiene el deber de denunciar el hecho al jefe del funcionario de que se trate o al Juez de instrucción o funcionario del Ministerio fiscal más próximo. En caso de no hacerlo, incurrirá el particular en las penas correspondientes a los encubridores del delito que el funcionario público hubiera realizado (art. 473, párrafos 4.° y 6.°).

Finalmente, el Código penal de 1944[344], haciendo una síntesis de toda la regulación anterior, castiga en el art. 391 a «*los que con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas corrompieren o intentaren corromper a los funcionarios públicos, o aceptaren sus solicitudes (...)*», redacción que se mantendrá con idénticos términos en el Código penal, texto refundido de 1973.

3.2.2.2. *Análisis típico*

El art. 423 del Código penal no es, desde luego, un paradigma de precisión. Los verbos *corromper, intentar corromper* y *atender* las solicitudes de los funcionarios públicos no constituyen la mejor muestra de cómo deben delimitarse las conductas típi-

[343] El funcionario en estos casos, tal y como dispone el art. 473, párrafo tercero, «*(...) deberá denunciar el hecho a su jefe inmediato, o al juez de instrucción, y a falta de éste al municipal o al funcionario fiscal más próximo. Si no lo hiciere, aunque no haya llegado a aceptar el soborno, será castigado como encubridor del delito realizado por quien haya tratado de corromperle*».

[344] El contenido del delito de cohecho del Código penal de 1932, al que no nos hemos referido, coincide con el de 1870.

cas[345]. Es necesario, por ello, contraer a límites tolerables tales comportamientos. Esto ha de hacerse, sin duda, con la vista puesta en las distintas figuras de cohecho cometidas por funcionario público. Pero antes, como paso previo y obligado, ha de aclararse una cuestión largamente discutida por nuestra doctrina y jurisprudencia: ¿cuáles de estas figuras constituyen el anverso del art. 423 del Código penal?

3.2.2.2.1. *El anverso del cohecho cometido por particular*

En el tratamiento de este punto conviene hacer referencia a tres periodos normativos[346]:

A. *Regulación anterior a la reforma del Código penal por Ley Orgánica 9/1991, de 22 de marzo*[347]

La mayoría de la doctrina opinaba que el art. 391 del Código penal (art. 423 del texto vigente) suponía únicamente el reverso de los artículos 385 a 387 (actuales artículos 419 a 421), y no del art. 390 (actual 426)[348]. No realizaba, por tanto, el tipo del

[345] Véanse, críticamente, VALEIJE ÁLVAREZ, I., *El delito de cohecho*, pág. 263; ORTS BERENGUER, E. y VALEIJE ÁLVAREZ, I., *Comentarios al Código Penal de 1995*, pág. 1829; MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *Comentarios a la Parte Especial*, 3.ª edición, pág. 1720; y CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., *La adaptación del sistema jurídico-penal español*, págs. 460 y 461. A pesar de las críticas, el legislador español insiste en la utilización de idénticos verbos en la descripción de la nueva figura de cohecho cometido por particular del art. 445 bis (introducido, como se ha dicho, por Ley Orgánica 3/2000, de 11 de enero), y eso que tal precepto proviene del art. 1, apartado 1, del Convenio de 17 de diciembre de 1997 relativo a la lucha contra la corrupción de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, en el que, con más precisión, se habla de *ofrecer, prometer o conceder* «cualquier beneficio indebido, pecuniario o de otra clase, directamente o mediante intermediarios, a un funcionario público extranjero, para ese funcionario o para un tercero, con el fin de que el agente actúe o se abstenga de actuar en relación con el ejercicio de funciones oficiales con el fin de conseguir o de conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales».

[346] Véase, al respecto, el exhaustivo análisis que ofrece MIR PUIG, C., *Los delitos contra la Administración pública*, págs. 233-248.

[347] Antes de la citada reforma, los artículos 390 y 391 del Código penal presentaban la siguiente redacción:

Art. 390. «*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 100.000 a 500.000 pesetas*».

Art. 391. «*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*».

[348] Véanse RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Cohecho*, pág. 363; el mismo, *Derecho penal español*, Parte especial, 13.ª edición, pág. 1179; CUELLO CALÓN, E., *Derecho penal*, Tomo II, PE, vol. I, pág. 448; CASAS BARQUERO, E., *Algunos aspectos*, pág. 666; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal*, Parte es-

art. 391 la persona que entregaba regalos a un funcionario público en consideración a su oficio o para la consecución de un acto justo que no debía ser retribuido. Se argumentaba en defensa de esta opinión que la terminología utilizada en el art. 391 en la enumeración de los instrumentos del delito —los que con *dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas (...)*— no coincide con la empleada en el art. 390, que hablaba solamente de *regalos*[349]. Además, el art. 391 castigaba al particular con las mismas penas que al funcionario *menos la de inhabilitación*, pena esta prevista en el art. 389 para los delitos de los artículos 385, 386 y 387, pero no para la figura del art. 390, que señalaba una pena de suspensión, por lo que, de ser el art. 391 el reverso asimismo del art. 390, debería aquél haber excluido a los particulares, no sólo de la pena de inhabilitación, sino también de la de suspensión[350].

En sentido contrario se manifestaba una parte minoritaria de nuestra doctrina, que consideraba que el art. 391 del Código penal constituye también el reverso del art. 390, pues al estar tipificada la figura de la aceptación 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 hay razón para no castigar al particular que ofrece regalos al funcionario en consideración a su oficio, tanto más si se tiene en cuenta que el regalo constituye un presente[351, 352].

---

pecial, 8.ª edición, pág. 773; ORTS BERENGUER, E., *Derecho Penal*, Parte Especial, 3.ª edición, págs. 483 y 484; y las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1989 (R. J. A. 9765), 31 de mayo de 1991 (R. J. A. 4016), 7 de octubre de 1993 (R. J. A. 8703), 21 de enero de 1994 (R. J. A. 86) y 2 de febrero de 1994 (R. J. A. 759).

349 Mantenía RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Cohecho*, pág. 363, que «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 citados».

350 De esta opinión, CASAS BARQUERO, E., *Algunos aspectos*, pág. 666.

351 Así, FERRER SAMA, A., *Comentarios al Código penal*, Tomo IV, pág. 176. También defiende esta opinión, aunque con menos claridad, PUIG PEÑA, F., *Derecho Penal...*, II, pág. 328. Véanse asimismo las sentencias del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 1962 (R. J. A. 1046), 28 de diciembre de 1964 (R. J. A. 5670), 8 de noviembre de 1965 (R. J. A. 5001) y 9 de febrero de 1976 (R. J. A. 371).

352 Todavía existe una postura intermedia defendida por la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1976 (R. J. A. 1554) en los siguientes términos: «(...) a la vez que, en correlativo paralelismo tipológico y sancionador con cada uno de los aludidos supuestos, viene asimismo a penarse el cohecho activo, a cargo del sobornante, en el omnicomprensivo art. 391, a cuyo tenor, los que con dádivas o presentes, ofrecimientos o promesas, corrompieren o intentaren corromper a los funcionarios públicos o aceptaren sus solicitudes incurrirán en las mismas penas que éstos, menos la de inhabilitación; por más que, por lo que atañe a la menos grave y censurable de las formas de cohecho previstas, que es la de mero halago, del art. 390 —delictiva en todo caso por parte del funcionario así agasajado— sea de observar cierta matización jurisprudencial discriminatoria que prefiere no penalizar en casos tales la conducta del particular obsequioso más que en aquellas ocasiones en que se advierta en el mismo una manifiesta tendencia finalista que, aun sin apuntar a logros inmediatos,

B. *Regulación posterior a la reforma del Código penal por Ley Orgánica 9/1991, de 22 de marzo*

Esta reforma modificó, entre otros preceptos, el art. 390 del Código penal, que quedó redactado del modo que sigue: «*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 penas de arresto mayor y multa del tanto al triplo del valor de la dádiva o regalo, sin que pueda ser inferior a 100.000 pesetas*». El art. 391, por el contrario, permaneció inalterado.

Con la nueva redacción del art. 390 del Código penal, los dos argumentos esgrimidos por la doctrina dominante en defensa de que tal precepto quedara excluido del anverso del art. 391, pierden toda su validez, pues, de un lado, aquel artículo ya no se refiere sólo a *regalo* sino también a *dádiva*, por lo que existe ya una coincidencia terminológica, al menos parcial, entre ambos preceptos, y de otro, desaparece de entre las penas del art. 390 la de suspensión, con lo cual no es necesario que el art. 391 excluya expresamente a los particulares de la pena de suspensión para que pueda ser asimismo el reverso del art. 390. No es extraño, por ello, que la postura minoritaria fuera ganando adeptos entre los autores [353], y la jurisprudencia del Tribunal Supremo variara lo que hasta entonces había sido el criterio reiterado de la Sala 2.ª [354].

---

trate el particular de bienquistarse con el funcionario, socavando su obligada objetividad, con la reprochable mira de captar así la benevolencia de su ánimo y tenerlo, por estos medios, propicio e inclinado a su favor respecto de determinado círculo de negocios próximos o en marcha, en que la intervención oficial del funcionario aparezca, actual o potencialmente, como realidad visible y razonable, ya que sólo en tales eventualidades puede, en verdad, decirse que el particular quiere "corromper" al funcionario, y no en aquellos otros en que se limite a realizar u ofrecer regalos desinteresados de puro homenaje o de mera gratitud por actuaciones lícitas pasadas; y ello con independencia de que si este último —sujeto, lógicamente, a más exigente preceptiva que el particular— aceptara la indebida dádiva o promesa, se convierta, por ello, en funcionario infiel, incurso, sin más, en la previsión del art. 390, referente al denominado cohecho pasivo impropio».

[353] Véanse LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Manual*, pág. 354; MORILLAS CUEVA, L. y PORTILLA CONTRERAS, G., *Los delitos de revelación de secretos, uso de información privilegiada, cohecho impropio y tráfico de influencias*, pág. 228; y MONER MUÑOZ, E., *Reflexiones sobre el cohecho activo impropio*, pág. 130.

[354] Véanse las sentencias del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1993 (R. J. A. 8703): «Es cierto, que en la actualidad, después de la reforma del art. 390, efectuada por la Ley Orgánica 9/1991, de 22 de marzo, ambos argumentos 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»; y 11 de mayo de 1994 (R. J. A. 3687), que confirmó la sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca que condenó a unos particulares que ofrecieron dinero a un concejal del Ayuntamiento de Calviá (Mallorca) para que cambiara de un grupo político a otro, aplicándoles el art. 391 en relación con el art. 390 del Código penal.

No faltaron autores, sin embargo, que siguieron otorgando validez a la postura que dominaba en la doctrina con anterioridad a la reforma [355]. En este sentido, consideraba RODRÍGUEZ RAMOS que si bien pudiera estar en la voluntad del legislador un cambio de doctrina, lo cierto es que la *voluntas legis* permanece incólume. Argüía este autor que el cohecho del art. 390 «es la versión más leve de los cohechos, y *sólo debe afectar al funcionario*, que es quien tiene ese especial deber de probidad económica y de guardar apariencias de objetividad e imparcialidad», además de que «*la pena de inhabilitación sigue ausente del art. 390*, y en el art. 391 no se ha adicionado una coletilla que admita excepciones como por ejemplo "en su caso", o bien una remisión expresa a los "arts. 385, 386, 387" y, para operar el cambio, "390"» [356].

C. *Regulación surgida del Código penal de 1995*

El Código penal vigente, además de reproducir básicamente los anteriores artículos 390 y 391 en los actuales artículos 426 y 423, respectivamente, introduce como novedad el ya estudiado art. 425, de tal modo que la duda de si el art. 423 (cohecho cometido por particular) es el reverso del art. 426, heredada de la anterior regulación, se hace extensible asimismo al art. 425. Lejos de solucionar el problema, tan sencillo como era [357], el Código penal de 1995 ha venido a dividir más, si cabe, a la doctrina que ha tratado el tema.

Una parte de nuestros autores sigue viendo en el art. 423 del Código penal el reverso solamente de los artículos 419, 420 y 421 [358]. Como razón más extendida se aduce el cambio de ubicación del cohecho cometido por particular, que de estar situado inmediatamente después de todas las modalidades de cohecho cometidas por funcionario público, pasa ahora a ocupar otro lugar sistemático, tras los supuestos de cohecho antecedente en los que la conducta contrapartida de la dádiva es contraria a derecho, y antes del resto de las modalidades de cohecho cometidas por autoridad o funcionario

[355] Véanse RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Transfuguismo retribuido y cohecho*, págs. 444-447; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal*, Parte especial, 10.ª edición, pág. 841; y RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. y SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal español*, Parte especial, pág. 1179.

[356] RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Transfuguismo retribuido y cohecho*, pág. 446.

[357] Habría bastado con que el art. 423 del Código penal expresara aquellas modalidades de cohecho cometidas por funcionario respecto de las cuales era susceptible el cohecho cometido por particular; véase, en este sentido, RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, pág. 289.

[358] Véanse MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *Comentarios a la Parte Especial*, 3.ª edición, págs. 1717-1719; RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, págs. 287-289; la misma, *La responsabilidad del particular*, págs. 183 y ss.; OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito de cohecho*, pág. 196; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *El delito de cohecho*, págs. 167 y 168; y CATALÁN SENDER, J., *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos*, pág. 213.

público[359]. Según esto, el alcance del art. 423 debe quedar restringido únicamente a las figuras de cohecho que lo anteceden, pues sólo así puede encontrarse algún sentido a la nueva ubicación del cohecho cometido por particular[360].

Añade RODRÍGUEZ PUERTA en defensa de esta postura que si bien «el reproche penal que corresponde al funcionario y al particular es semejante, desde la óptica del bien jurídico, cuando el acuerdo entre ambos sujetos persigue la obtención de una ventaja para el funcionario como contrapartida por la realización de un acto injusto, propio del cargo (por acción u omisión o incluso si éste es delictivo —arts. 419, 420 y 421 CP), (...) la situación se plantea en términos completamente distintos cuando el acuerdo entre el funcionario y el particular tiene por objeto un acto propio del cargo o no prohibido (arts. 425 y 426 CP)», ya que «en estos supuestos, el particular que entrega la dádiva para obtener un acto conforme a derecho, no actúa movido por la intención de conseguir una ventaja, pues el acto que pretendía obtener por precio, ya era debido»[361]. Finalmente, razones de política criminal vienen a fortalecer esta misma opinión, «pues la atipicidad de la conducta del particular que ofrece o entrega una ventaja para obtener un acto conforme a derecho (modalidades de cohecho de los arts. 425 y 426 CP) puede llevar al particular a denunciar los hechos ante la Justicia penal, sin temor a que su asunto (sometido a la Administración) se vea perjudicado o injustamente postergado»[362].

Frente a esta doctrina, hay quienes consideran que no existe ningún impedimento para castigar al particular que corrompe o intenta corromper a un funcionario público con alguna de las finalidades de los artículos 425 y 426, más aún, manifiestan que la nueva redacción del art. 423 apunta más claramente hacia esta opinión, ya que muchas

[359] Véanse RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, págs. 287 y 288; y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *El delito de cohecho*, págs. 167 y 168.

[360] Así, RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *La responsabilidad del particular*, págs. 198 y 199. En contra FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *Delitos contra la Administración pública*, pág. 1685, con el argumento de que «si el «cohecho impropio» de particular es impune, no se entendería muy bien por qué el art. 427 queda ubicado al final del Título y no detrás de los arts. 423 y siguientes». La propia RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *La responsabilidad del particular*, pág. 200, nota 34, ofrece una respuesta satisfactoria a esta cuestión.

[361] RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, págs. 288 y 289. Concluye esta autora diciendo que «(...) no se constata, en estos últimos supuestos, una simetría entre la conducta del funcionario y la del particular, lo que justifica la decisión legal de sancionar únicamente al funcionario a los efectos de los artículos 425 y 426 CP». No es ésta, sin embargo, la conclusión a la que debería llegar Rodríguez Puerta respecto de una de las modalidades del art. 425.1 del Código penal, concretamente la de solicitar dádiva o presente o admitir ofrecimiento o promesa *para realizar un acto propio del cargo*, pues, según su opinión, también en esta figura, al igual que en las recogidas en los artículos 419, 420 y 421, se protege el principio de imparcialidad.

[362] Véase RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *La responsabilidad del particular*, pág. 201.

de las razones ofrecidas por la doctrina respecto a la antigua regulación han desaparecido [363]. Se niega, por otro lado, al argumento de la ubicación del art. 423 entidad suficiente para llegar a la conclusión contraria, pues de su redacción no se desprende su exclusiva referencia a los artículos que lo preceden [364]. Y por último, se sostiene que si la finalidad del cohecho es luchar contra la corrupción en el seno de la Administración, tanto el funcionario como el particular atentan contra la Administración pública como bien jurídico protegido, lo que favorece el castigo del particular que realiza alguna de las conductas descritas en el art. 423 en relación con los artículos 425 y 426 del Código penal [365].

Como puede verse, el legislador de 1995 no ha querido o no ha sabido zanjar una polémica que viene de lejos. En lugar de subsanar el defecto, ha avivado una discusión que inevitablemente conlleva una inseguridad jurídica [366]. Sabemos que ninguno de los argumentos aportados en uno u otro sentido es definitivo, pero consideramos de mayor peso los defendidos por el primer grupo de autores, por lo que somos partidarios de excluir del anverso del cohecho cometido por particular los artículos 425 y 426 del Código penal [367]. Todas las figuras de cohecho albergadas en estos dos preceptos —modalidad de recogida, cohecho subsiguiente y supuestos de cohecho antecedente en los que la conducta contrapartida de la dádiva es conforme a derecho— protegen exclusivamente, como se ha visto [368], y a diferencia de los artículos 419, 420 y 421 en los que sólo tiene un

[363] Véanse FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *Delitos contra la Administración pública*, pág. 1685; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Código Penal*, págs. 4020 y 4021, si bien este autor, inexplicablemente, aunque se decanta abiertamente a favor de que el art. 423 sea el reverso también del art. 426, nada dice respecto del art. 425; las sentencias del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 1997 (R. J. A. 8348) y 13 de enero de 1999 (R. J. A. 392) y el auto del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1998 (R. J. A. 4858). Por su parte, GARCÍA ARÁN, M., *La prevaricación administrativa*, págs. 365 y 366, mantiene que «si el cohecho pasivo impropio se incrimina por la aptitud corruptora de las contraprestaciones a actos no retribuibles, no debería cerrarse absolutamente la posibilidad de que el particular "corrompa" también en estos casos, en los que no pueden equipararse regalos admisibles por los usos sociales con contraprestaciones de considerable monto económico».

[364] Véase FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *Delitos contra la Administración pública*, pág. 1685.

[365] Así, FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *Delitos contra la Administración pública*, pág. 1685.

[366] Todavía existe una tercera postura que incluye en el anverso del cohecho cometido por particular, junto a los artículos 419, 420 y 421, el art. 425 del Código penal; en este sentido CRESPO BARQUERO, P., *Código Penal*, pág. 2362; y MORILLAS CUEVA, L., *Compendio*, pág. 814.

[367] Por otra parte, en el art. 423 se castiga a los que corrompieren, intentaren corromper o atendieren las solicitudes de las *autoridades* o *funcionarios públicos*, de donde se infiere que estas conductas quedan excluidas del cohecho cometido por particular cuando se dirigen a cualquiera de los sujetos señalados en el art. 422 del Código penal (jurados, árbitros, peritos, o cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la función pública) que no sea a su vez un funcionario público; en este sentido CASAS BARQUERO, E., *Observaciones*, pág. 919; y el mismo, *Algunos aspectos*, pág. 666.

[368] Véanse los epígrafes 3.2.1.1, 3.2.1.2 y 3.2.1.3.1.

carácter subordinado[369], la *honradez o integridad de la condición de funcionario público*, bien jurídico que resulta lesionado por la autoridad o funcionario público que realiza cualquiera de los comportamientos típicos en estos preceptos contenidos. Sin embargo, no toda conducta del art. 423 puesta en relación con los artículos 425 y 426 del Código penal llega a lesionar tal bien jurídico. El particular que ofrece al funcionario una dádiva, por ejemplo, para la consecución de un acto no prohibido legalmente (art. 423.1 en relación con el art. 426, inciso segundo), no lesiona aquel bien jurídico, sólo lo pone en peligro. O el particular que accede a la entrega de una dádiva solicitada por un funcionario con el compromiso de que éste realice un acto propio de su cargo (art. 423.2 en relación con el art. 425.1, inciso primero), interviene en el hecho con posterioridad a la lesión del bien jurídico, producida ya con la mera solicitud del funcionario. Hemos defendido, de *lege ferenda*, la despenalización de todas las modalidades de cohecho recogidas en los artículos 425 y 426 por proteger un bien jurídico, el de la *honradez o integridad de la condición de funcionario público*, no merecedor de tutela penal. Por lo que se refiere al art. 423, no es necesario acudir a una propuesta de *lege ferenda*. Realizando una interpretación teleológico-restrictiva de tal precepto podemos excluir ya del mismo, de *lege lata*, cualquier conducta realizada por el particular que constituya el reverso de alguna de las modalidades de cohecho contenidas en los artículos 425 y 426 del Código penal[370]. Se trata de exigir que el particular con su comportamiento afecte de algún modo, además de, en su caso, la *honradez o integridad de la condición de funcionario público*, otro bien jurídico, lo que supone que el art. 423 sea el reverso únicamente de los artículos 419, 420 y 421 del Código penal[371].

[369] Véase el epígrafe 3.2.1.3.2.

[370] También aquellas conductas, por tanto, que suponen la lesión de la *honradez o integridad de la condición de funcionario público*, como es el caso del particular que entrega una dádiva al funcionario, por ejemplo, para que éste realice un acto propio del cargo o como recompensa de un acto ya realizado. La entrega de la dádiva por el particular comporta su recepción por el funcionario, y por tanto la lesión del bien jurídico. Podría castigarse, no obstante, esta conducta del particular como inducción a un delito de cohecho del art. 425, pero si la hemos excluido, llevando a cabo una interpretación restrictiva de la ley, del ámbito del art. 423, en principio su lugar lógico, lo coherente es que la sustraigamos también de las reglas generales de la participación.

[371] En opinión de CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., *La adaptación del sistema jurídico-penal español*, pág. 461, el legislador internacional parece estar más cercano a esta postura, pues «en los Comentarios al Convenio de la OCDE», se refiere al Convenio de 17 de diciembre de 1997 relativo a la lucha contra la corrupción de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, «se indica que "los pequeños pagos de facilitación no constituyen pagos hechos para obtener o conservar contratos u otros beneficios irregulares y, en consecuencia, no constituyen delito. Dichos pagos, que en algunos países se hacen para inducir a los funcionarios públicos a que cumplan con sus funciones, tales como expedir licencias o permisos, suelen ser ilegales en el país extranjero afectado. Otros países pueden abordar este fenómeno corrosivo por medios tales como el apoyo a programas de buen gobierno. No obstante, la tipificación como delito por parte de otros países no parece una actuación complementaria práctica ni eficaz"».

3.2.2.2.2. *Determinación de las acciones típicas*

Una vez aclarado que solamente los artículos 419, 420 y 421 del Código penal conforman, a nuestro modo de ver, el anverso del art. 423, es hora de precisar el contenido de los verbos con que se describen las conductas típicas de este último precepto: *corromper, intentar corromper* y *atender* las solicitudes de los funcionarios públicos[372]. Esto no es posible sin tener en cuenta los distintos comportamientos —solicitud de dádiva, recepción efectiva de la misma y aceptación de la promesa de su entrega futura[373]— castigados en las figuras de cohecho cometidas por funcionario público, concretamente en los artículos 419, 420 y 421, anverso del cohecho cometido por particular[374].

Corromper, conducta realizada por el particular, implica, por parte del funcionario[375], la recepción efectiva de la dádiva o la aceptación de la promesa de su entrega futura[376]. Por tanto, el verbo corromper del art. 423 puede consistir, bien en *entregar* al funcionario una dádiva, bien en *acordar* con él la entrega futura de la misma[377].

Intentar corromper, por el contrario, no conlleva comportamiento típico alguno por parte del funcionario público[378]. El intento de corrupción supone el *ofrecimiento*

[372] Sobre estos comportamientos, véanse JASO ROLDÁN, T., *Derecho Penal*, pág. 217; RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Cohecho*, pág. 363; CUELLO CALÓN, E., *Derecho penal*, Tomo II, PE, vol. I, págs. 447 y 448; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Manual*, pág. 352; el mismo, *Código Penal*, pág. 4019; ORTS BERENGUER, E. y VALEIJE ÁLVAREZ, I., *Comentarios al Código Penal de 1995*, págs. 1830 y 1831; POLAINO NAVARRETE, M., *Curso de Derecho penal español*, págs. 382 y 383; QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español*, 4.ª edición, págs. 806 y 807; y CRESPO BARQUERO, P., *Código Penal*, pág. 2360.

[373] Véase el epígrafe 3.2.1.3.2. A. b).

[374] Véase RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *La responsabilidad del particular*, pág. 197, para quien, «(...) de admitirse que el art. 423 CP describe de forma completa la conducta del particular en el delito de cohecho, de modo que la acción típica debe identificarse a partir de la exclusiva referencia a los verbos "corromper" o "intentar corromper", quedarían comprendidas en esta modalidad delictiva no sólo las conductas reverso de las llevadas a cabo por el funcionario sino también aquellas otras que suponen una mera aportación eventual al hecho principal. En efecto, no cabe duda que corrompe o intenta corromper al funcionario aquel sujeto que lo induce a entablar relación con un particular, o aquel que hace de intermediario en la recepción de la dádiva o, incluso, aquel particular que emplea su vinculación personal con el funcionario para lograr que éste actúe de forma indecorosa. Esta desmesurada amplitud de las acciones típicas podría alcanzar también a calificar conforme a este delito los supuestos en los que la conducta del particular consiste en inducir al funcionario al alcoholismo, al abstencionismo laboral o a cualquier otra actitud contraria a los deberes propios de su cargo». Así también VALEIJE ÁLVAREZ, I., *El delito de cohecho*, pág. 46, nota 31.

[375] Éste podrá actuar por sí o por persona interpuesta.

[376] Véase CASAS BARQUERO, E., *Observaciones*, págs. 903 y 904.

[377] Véanse RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, pág. 286; y la misma, *La responsabilidad del particular*, pág. 196.

[378] Por ello resulta paradójico imponer al particular que *intenta corromper* al funcionario, las mismas penas de prisión y multa que a éste, como hace el art. 423.1. Una interpretación estrictamente literal del precepto conlleva la impunidad del particular, lo cual evidenciaría el absurdo de haber

del particular al funcionario de una dádiva, para dársela inmediatamente en caso de ser aceptada, o con la promesa de entregarla en el futuro. Tanto en el comportamiento anterior como en éste la iniciativa es del particular, con la diferencia de que en un supuesto llega a plasmarse en un acuerdo y en el otro resulta ineficaz [379, 380].

Finalmente, *atender* las solicitudes del funcionario público no es otra cosa que la *aceptación* por el particular de la propuesta realizada por aquél consistente en la entrega, inmediata o futura, de una dádiva. La ejecución por el particular de esta conducta típica lleva consigo, por ello, la realización previa de uno de los comportamientos castigados en los artículos 419, 420 y 421 del Código penal: la solicitud de una dádiva.

3.2.2.2.3. *Estructura del tipo*

A. *El art. 423 como reverso de los artículos 419, 420, inciso segundo, y 421 del Código penal*

En el cohecho cometido por particular, el dolo del autor ha de abarcar la acción típica, esto es, la entrega al funcionario o el acuerdo de entrega futura de una dádiva, el ofrecimiento de ésta o la aceptación de la propuesta del funcionario consistente en

---

tipificado una conducta que no lleva aparejada una pena. Para subsanar este defecto, que procede del Código penal de 1944 (art. 391), debe interpretarse el art. 423.1, por lo que se refiere al comportamiento de *intentar corromper*, como si dijera que el particular será castigado con las mismas penas de prisión y multa que *corresponderían al funcionario en el caso de que éste aceptare la dádiva*, como expresamente se decía en el art. 473, párrafo primero, del Código penal de 1928.

379 Véanse CASAS BARQUERO, E., *Observaciones*, pág. 904; RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *La responsabilidad del particular*, pág. 196; y MORILLAS CUEVA, L., *Compendio*, págs. 814 y 815.

380 El *intento de corrupción* a un funcionario —ofrecimiento de una dádiva— y su *corrupción* misma —acuerdo de entregar en el futuro una dádiva o entrega de ésta— se castigan en el art. 423.1 del Código penal con la misma pena. Puede ocurrir que el ofrecimiento de una dádiva por el particular acabe en el acuerdo con el funcionario de entregársela en un futuro o, incluso, en la propia entrega. Aun así, sólo se aplicará al particular un delito de cohecho. Nos encontramos, pues, ante un tipo mixto alternativo. Entre el *intentar corromper* y el *corromper* existe una relación de concurso de leyes que se resolverá, en nuestra opinión, por el principio de subsidiariedad a favor de esta última modalidad. En efecto, si bien, como se verá, ninguna de las dos modalidades logra poner en concreto peligro el bien jurídico principal protegido en el art. 423, lo cierto es que por lo que se refiere al bien jurídico subordinado o auxiliar —*honradez o integridad de la condición de funcionario público*—, el *intentar corromper* y el *corromper* presentan una distinta intensidad en su afección, pues este último comportamiento conlleva su lesión y el primero sólo lo pone en peligro. Por esta razón nos hemos decantado por el principio de subsidiariedad, pues somos partidarios de ubicar en él los supuestos de protección de un mismo bien jurídico en diversos estadios de ataque; véase, por todos, SANZ MORÁN, A., *El concurso de delitos*, págs. 124 y 125.

su entrega inmediata o venidera. Ha de comprender, además, no sólo que la entrega, el ofrecimiento o la aceptación de la propuesta se dirige a (o se realiza de) un *funcionario público*, sino también la conexión causal que existe entre estas acciones y la participación de éste en el ejercicio de funciones públicas. El tipo subjetivo de las distintas modalidades del art. 423, sin embargo, no se reduce a la conciencia y voluntad de la realización de los elementos objetivos del tipo. Es preciso, asimismo, la concurrencia de otro elemento subjetivo.

Las acciones típicas descritas en el art. 423 del Código penal deben ejecutarse por el particular *para* que el funcionario público realice en el ejercicio de su cargo una acción u omisión constitutiva de delito (art. 419), lleve a cabo un acto injusto relativo al ejercicio de su cargo que no constituya delito (art. 420, inciso segundo) o se abstenga de un acto que debiera practicar en el ejercicio de su cargo (art. 421)[381]. El tipo objetivo queda completado sin necesidad de la realización por el funcionario público de la contrapartida de la dádiva, si bien se requiere para que quede conformado el tipo subjetivo que las distintas acciones típicas se lleven a cabo por el particular con la referida *finalidad*, que determina, precisamente, el elemento subjetivo adicional al dolo.

A diferencia de los supuestos de cohecho antecedente recogidos en los artículos 419, 420 y 421 del Código penal, en los que el sujeto activo realiza cualquiera de las acciones típicas con la finalidad de llevar a cabo, él mismo, otra conducta precisada en tales disposiciones (delitos mutilados de dos actos)[382], en el precepto que nos ocupa,

[381] La pena que le corresponde al particular por este delito está en función de dos factores. Primeramente hay que atender a si la iniciativa ha partido del funcionario o de aquél. En el primer caso, el particular se limita a *atender las solicitudes de las autoridades o funcionarios públicos* (art. 423.2), y la pena que se le impone es la inferior en grado a las de prisión y multa previstas para éstos. En el segundo, cuando es el particular quien tiene la iniciativa, esto es, cuando *corrompe o intenta corromper a las autoridades o funcionarios públicos* (art. 423.1), se le castiga con las mismas penas de prisión y multa que a éstos. Con ello, sin embargo, sólo sabemos en qué casos el particular recibe las mismas penas de prisión y multa que el funcionario, y cuándo las inferiores en grado, pero no la cuantía de una u otra. Ésta dependerá, y ya entra en juego el segundo de los factores aludidos, del concreto contenido del elemento subjetivo de lo injusto distinto del dolo. La finalidad perseguida por el particular —que puede consistir en que el funcionario realice en el ejercicio de su cargo una acción u omisión delictiva, un acto injusto no constitutivo de delito o la abstención de un acto que debiera practicar en el ejercicio de su cargo— nos remitirá a las penas de prisión y/o multa del art. 419 (prisión de dos a seis años y multa de tanto al triplo del valor de la dádiva), 420 (prisión de uno a cuatro años o de uno a dos años, dependiendo de si el funcionario realiza —en este caso no se trata ya del contenido del elemento subjetivo de lo injusto distinto del dolo, sino del contenido de éste— o no la conducta contrapartida de la dádiva, y multa del tanto al triplo del valor de la dádiva, en ambos casos) o 421 (multa del tanto al duplo del valor de la dádiva), que, como ya se ha explicado, en caso de que el particular se limite a *atender las solicitudes del funcionario* se impondrán en un grado menos, permaneciendo inalteradas si la iniciativa ha corrido a cargo del particular.

[382] Véanse los epígrafes 3.2.1.3.2. B. b). y 3.2.1.3.2. C. b). *a'*.

el particular ejecuta la acción típica con la intención de que se produzca un hecho sin su intervención, busca la consecución de una finalidad específica que no depende de un hacer suyo sino de la intervención de otra persona [383]. En efecto, como se ha dicho, el sujeto activo entrega al funcionario (o acuerda con él la entrega futura de) una dádiva, se la ofrece o acepta su solicitud de entrega, inmediata o futura, de la misma, con la finalidad de que el propio funcionario, bien realice en el ejercicio de su cargo una acción u omisión constitutiva de delito, bien lleve a cabo un acto injusto relativo al ejercicio de su cargo que no constituya delito, o bien se abstenga de un acto que debiera practicar en el ejercicio de su cargo. Las distintas modalidades del art. 423 se configuran, pues, como delitos de resultado cortado [384].

Con esta clase de delitos, como ocurre con los mutilados de dos actos, se pretende reforzar la protección del bien jurídico, adelantando la consumación formal del delito a un momento anterior al de la lesión de aquél [385]. Persigue el particular, con la ejecución de las acciones típicas del art. 423, que el funcionario público realice una determinada conducta que conlleva la lesión o la puesta en peligro de un bien jurídico. El elemento subjetivo de lo injusto distinto del dolo de este precepto tiene por finalidad, pues, adelantar las barreras de protección del bien jurídico, que no es otro que el que se lesiona o pone en peligro con la conducta pretendida por el particular o a cuya realización se compromete el funcionario a cambio de la dádiva [386]. Como tal conducta

383 Véase ZAFFARONI, E. R., *Tratado de Derecho Penal*, PG, III, pág. 374.

384 Véanse ZAFFARONI, E. R., *Tratado de Derecho Penal*, PG, III, págs. 373 y 374; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, pág. 319 (*Tratado*, págs. 286 y 287); POLAINO NAVARRETE, M., *Los elementos subjetivos del injusto*, págs. 254 y ss.; MIR PUIG, S., *Derecho Penal*, 6.ª edición, pág. 224; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. y HUERTA TOCILDO, S., *Derecho Penal*, pág. 137; y POLITOFF, S., *Los elementos subjetivos del tipo legal*, pág. 106.

385 Véase, por todos, GIL GIL, A., *Derecho penal internacional*, págs. 128, 233 y 234.

386 Es éste el bien jurídico principal protegido por el art. 423 del Código penal. No obstante, alguna de las modalidades recogidas en este precepto afectan asimismo otro bien jurídico, la honradez o integridad de la condición de funcionario público, que cumple un papel meramente auxiliar o instrumental. En efecto, la entrega al funcionario de una dádiva, o el acuerdo con éste de su entrega futura, implica, por parte del funcionario, la recepción efectiva de la dádiva o la aceptación de la promesa de su entrega venidera, y, por tanto, la lesión del bien jurídico *honradez o integridad de la condición de funcionario público*. Por otro lado, cuando el particular ofrece una dádiva al funcionario, crea las condiciones necesarias para que éste la acepte, poniendo en peligro con aquella conducta este mismo bien jurídico. Con todo, el art. 423 no castiga cualquier entrega, acuerdo de entrega u ofrecimiento de una dádiva a un funcionario público; exige, como se ha visto, que tales acciones se realicen con una determinada finalidad, que representa el elemento subjetivo de lo injusto adicional al dolo. Por ello, tal elemento subjetivo de lo injusto, además de adelantar las barreras de protección del bien jurídico principal a un momento anterior a su peligro concreto, determina al mismo tiempo qué lesión o puesta en peligro concreto del bien jurídico subordinado resulta castigada en el art. 423 del Código penal.

puede ser variada —una acción u omisión constitutiva de delito (art. 419), un acto injusto relativo al ejercicio del cargo que no constituya delito (art. 420, inciso segundo) o la abstención de un acto que debiera practicar en el ejercicio del cargo (art. 421)—, sólo el caso concreto determinará de qué bien jurídico se trata. Al igual que sucede con los artículos 419, 420 y 421 del Código penal, en el cohecho cometido por particular no puede hablarse de un único bien jurídico principal protegido, sino que éste estará en función del concreto delito, falta o ilícito de otro sector del ordenamiento jurídico contrapartida de la dádiva [387].

Volviendo al anverso del cohecho cometido por particular, continuo punto de referencia, la solicitud de una dádiva, la recepción efectiva de ésta y la aceptación de la promesa de su entrega futura llevadas a cabo por el funcionario público con la finalidad de realizar en el ejercicio del cargo una acción u omisión constitutiva de delito (art. 419), ejecutar un acto injusto relativo al ejercicio de su cargo que no constituya delito (art. 420, inciso segundo) o abstenerse de un acto que debiera practicar en el ejercicio de su cargo (art. 421), son, como se vio, actos que *preparan* la realización de un delito, una falta o un ilícito perteneciente a otro sector del ordenamiento jurídico. Si el análisis se realiza desde la perspectiva del particular, la conclusión no puede ser diferente.

El particular ejecuta las acciones típicas del art. 423 con esa misma finalidad, la de que el funcionario realice, a cambio de una dádiva, una conducta antijurídica. No es preciso que ésta se lleve a cabo, ni siquiera que exista un principio de ejecución de la misma, para que tenga lugar la consumación del cohecho cometido por particular cuando éste opera como reverso de los artículos 419, 420, inciso segundo, y 421 del Código penal. Desde el punto de vista de la conducta contrapartida de la dádiva, ninguna de las acciones típicas recogidas en el art. 423 alcanzan la fase de ejecución. Ahora bien, todas ellas constituyen actuaciones externas encaminadas a la perpetración, por otra persona, de un delito, de una falta penal o de un ilícito de otra rama del ordenamiento jurídico. En relación con éstos, pues, las acciones de ofrecer una dádiva, entregarla o acordar su entrega futura, haya partido la iniciativa del funcionario o del particular, son meros actos preparatorios que el legislador español ha elevado a la categoría de delito autónomo [388].

[387] Cuando el particular corrompa, intente corromper o atienda las solicitudes de un funcionario público extranjero o de organizaciones internacionales (art. 445 bis), el bien jurídico protegido deberá estar enmarcado en el ámbito de las actividades económicas internacionales. En opinión de FABIÁN CAPARRÓS, E., *La corrupción*, pág. 122, el art. 445 bis es «un precepto controvertido, de cuestionada naturaleza jurídica, pero que nos emplaza ante los nuevos perfiles de un fenómeno que trasciende más allá del mero atentado al correcto funcionamiento de la Administración Pública». Véase también DEMETRIO CRESPO, E., *Consideraciones sobre la corrupción*, págs. 183 y 184.

[388] *Intentar corromper* supone, como hemos visto más arriba, ofrecer al funcionario una dádiva. La iniciativa de este comportamiento corre a cargo del particular. Éste busca con el ofrecimiento que el funcionario realice una determinada conducta antijurídica, sin lograr que éste acceda a sus pretensiones. Valiéndose de una dádiva como instrumento, el particular trata de que el funcionario

público realice en el ejercicio de su cargo un delito (art. 423.1 en relación con el art. 419), una falta penal o un ilícito de otro sector del ordenamiento jurídico (art. 423.1 en relación con los artículos 420, inciso segundo, y 421), pero ni siquiera consigue que este último adopte la resolución de voluntad de llevarlos a cabo (inducción fracasada). No ocurre lo mismo en la conducta de *corromper*, que, como sabemos, consiste en entregar al funcionario una dádiva o en acordar con él la entrega futura de la misma, con la finalidad, en ambos casos, de que realice en el ejercicio de su cargo una conducta antijurídica. Estos comportamientos implican por parte del funcionario la recepción efectiva de la dádiva o la aceptación de la promesa de su entrega futura, con el compromiso de llevar a cabo tal conducta, pero sin necesidad de que comience a ejecutarla. Puede decirse, por tanto, que el particular, utilizando como instrumento una dádiva, logra que el funcionario adopte la resolución de voluntad de realizar la conducta contrapartida de la misma, sin que exista, no obstante, principio de ejecución de ésta (inducción sin resultado). Si atendemos a la conducta antijurídica pretendida por el particular, estas modalidades recogidas en el art. 423.1 constituyen tentativas de inducción, que se mantienen dentro de los límites de los actos preparatorios (véanse, sobre la tentativa de inducción, GÓMEZ RIVERO, M. C., *La inducción*, págs. 280 y ss.; BALDÓ LAVILLA, F., *Algunos aspectos conceptuales de la inducción*, págs. 1092-1096; y OLMEDO CARDENETE, M. D., *La inducción*, págs. 787 y ss., quien, sin embargo, se inclina por el abandono de las expresiones *tentativa de inducción* o *inducción intentada*). Hemos partido en esta argumentación, por ello se ha hablado de inducción fracasada y sin resultado, de la inexistencia del lado del funcionario de una resolución de llevar a cabo la conducta contrapartida de la dádiva con anterioridad a la realización de la acción típica por el particular. Es lo que ocurre, sin duda, en la mayor parte de los casos. No se nos escapa, empero, la posibilidad de que el funcionario, estando ya decidido de antemano a la comisión, por ejemplo, de un nombramiento ilegal, acepte, sin haberla solicitado previamente, una dádiva ofrecida por alguien que persigue casualmente ese mismo nombramiento. Si el oferente desconoce la resolución previa del funcionario de cometer dicho delito, la entrega o el acuerdo de entrega futura de la dádiva con la intención de hacer surgir en el destinatario (*omnimodo facturus*) la resolución delictiva puede considerarse igualmente una inducción intentada. Otra cosa es que el particular conozca ese dato, en cuyo caso ya no podemos hablar de tentativa de inducción por faltar el dolo de la misma: podríamos estar, eso sí, ante una cooperación necesaria o complicidad intentadas.

Atender las solicitudes del funcionario público (art. 423.2) conlleva por parte de éste, como es obvio, la solicitud de una dádiva con la finalidad de realizar en el ejercicio del cargo una acción u omisión constitutiva de delito (art. 419), ejecutar un acto injusto relativo al ejercicio de su cargo que no constituya delito (art. 420, inciso segundo) o abstenerse de un acto que debiera practicar en el ejercicio de su cargo (art. 421). La iniciativa, en esta ocasión, es del funcionario público. Está dispuesto a llevar a cabo, a cambio de la dádiva solicitada, una conducta antijurídica. Ésta queda extramuros del tipo objetivo del cohecho cometido por funcionario público, pero es abarcada por un elemento subjetivo de lo injusto adicional al dolo. El funcionario público, cuando ejecuta la acción típica —solicitar una dádiva— tiene la intención de llevar a cabo la conducta contrapartida de la misma, está decidido a realizarla (voluntad de actuar), ha tomado la resolución de voluntad de llevarla a efecto. Opinión que debe mantenerse aunque el funcionario público haga depender la realización de la conducta contrapartida de la dádiva de que el particular le entregue ésta o le prometa su entrega futura, pues en los supuestos, como éste, de *resolución basada en la concurrencia de hechos hipotéticos*, existe igualmente voluntad de actuar y no solamente una mera inclinación al hecho (véanse SCHMID, W., *«Bedingter Handlungswille»*, págs. 53 y 54; WELZEL, H., *Das Deutsche Strafrecht*, pág. 66; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, págs. 303 y 304; FARRÉ TREPAT, E., *La tentativa de delito*, pág. 107; y GIL GIL, A., *Derecho penal internacional*, págs. 247-250). El mencionado elemento subjetivo de lo injusto distinto del dolo no se agota en la voluntad de actuar, en la voluntad de realizar una determinada conducta; es preciso que el funcionario público, al menos, cuente con la posibilidad (voluntad

B. *El art. 423 como reverso del art. 420, inciso primero, del Código penal*

El art. 420, inciso primero, castiga a la autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, solicite o reciba, por sí o por persona interpuesta, dádiva o promesa por ejecutar un acto injusto relativo al ejercicio de su cargo que no constituya delito, *y lo ejecute*. Decíamos, que el tipo objetivo de este delito no se perfecciona con la sola solicitud de una dádiva, su recepción o la aceptación de la promesa de su entrega futura, sino que es necesaria, además, la ejecución del acto injusto relativo al ejercicio de su cargo no constitutivo de delito contrapartida de la dádiva. Se concluía, por ello, que nos encontramos ante la realización por precio de una falta penal o un ilícito de otro sector del ordenamiento jurídico relativo al ejercicio del cargo del funcionario público [389].

Si el examen se lleva a cabo desde el punto de vista del art. 423, tenemos que el particular, sea suya la iniciativa o del funcionario, entrega a éste una dádiva o acuerda

---

eventual) de que esa conducta constituya un ilícito, penal o de cualquier otro sector del ordenamiento jurídico. En definitiva, el funcionario, en el momento de solicitar la dádiva, ha adoptado ya la resolución de cometer un delito, una falta o un ilícito perteneciente a otra rama del derecho. Cuando el particular *atiende* las solicitudes del funcionario público (art. 423.2), esto es, al aceptar su propuesta consistente en la entrega, inmediata o futura, de una dádiva, este último ya ha adoptado la resolución de voluntad de realizar la conducta contrapartida de la dádiva. No es el particular quien provoca el nacimiento de tal resolución de voluntad, aunque es conocedor de ella cuando realiza la acción típica. Si tenemos en cuenta que la esencia de la inducción está, precisamente, en hacer que otra persona adopte una determinada resolución de voluntad, no podemos afirmar, como sí se ha hecho con las modalidades del art. 423.1, que la acción típica del apartado 2 de este mismo precepto constituya, en relación con la conducta contraprestación de la dádiva, una tentativa de inducción. Hemos visto, sin embargo, que el funcionario público puede hacer depender, cosa que ocurrirá con frecuencia, la realización de tal conducta de que el particular le entregue la dádiva o le prometa su entrega futura. En este caso, la acción típica del art. 423.2 supondrá la condición necesaria que posibilitará la realización de la conducta contrapartida de la dádiva, por lo que, respecto de ésta, podemos hablar de una cooperación necesaria (así, con carácter general, GÓMEZ RIVERO, M. C., *La inducción*, págs. 427-431; un sector de la doctrina, por el contrario, admite la inducción en los casos en que el autor está dispuesto a la ejecución de un hecho a cambio de una recompensa: de esta opinión RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Comentarios...*, I, pág. 848; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal*, PG/2, § 51, n. m. 9, pág. 438; y SCHMIDHÄUSER, E., *Strafrecht*, AT, 10, n. m. 119, pág. 313). Ahora bien, como el tipo objetivo no exige ni siquiera un principio de ejecución de la conducta contrapartida de la dádiva, será, si se nos permite, una cooperación necesaria intentada (véase PEÑARANDA RAMOS, E., *La participación*, págs. 327 y 328). Puede ocurrir también que la acción típica del art. 423.2 no sea condición necesaria de la conducta contraprestación de la dádiva —porque el funcionario no haga depender esta conducta de su entrega o promesa—, pero vaya a facilitar, en alguna medida, su realización, en cuyo caso podríamos estar ante una complicidad, asimismo, intentada. Sea como fuere, nos encontramos, como se ha dicho en el texto principal, ante comportamientos consistentes en actos preparatorios.

[389] Véase el epígrafe 3.2.1.3.2. C. b). *b'*.

con él su entrega futura con la finalidad de que realice un acto injusto relativo al ejercicio de su cargo que no constituya delito, conducta esta finalmente ejecutada por el funcionario [390]. El tipo objetivo de esta modalidad de cohecho cometida por particular sólo queda completado cuando el funcionario público realiza la conducta contrapartida de la dádiva, que debe ser por ello abarcada por el dolo [391]. La consumación tendrá lugar cuando el funcionario ejecute completamente el acto injusto relativo al ejercicio de su cargo no constitutivo de delito. No podemos mantener, por tanto, que la modalidad en estudio contenga, en relación con la conducta contrapartida de la dádiva, distintos actos preparatorios elevados a la categoría de delito autónomo, pues tal conducta alcanza su consumación. Más bien nos encontramos, siempre desde la perspectiva de la contraprestación de la dádiva, ante participaciones expresamente tipificadas [392].

3.2.2.3. *Crítica*

Si hemos defendido en este trabajo la despenalización de las conductas reguladas en los artículos 419, 420 y 421 del Código penal, puede uno imaginar ya cuál es nuestra opinión en relación con las modalidades del art. 423, reverso de aquellos preceptos.

No todas las conductas del art. 423 afectan el bien jurídico *honradez o integridad de la condición de funcionario público*, que, como se ha dicho, cumple en este precepto un papel meramente auxiliar. De entre las que sí lo hacen, unas provocan su lesión, como es el caso de la entrega al funcionario de una dádiva o el acuerdo con éste de su entrega futura (corromper), y otras lo ponen en peligro, como sucede con el ofrecimiento del particular al funcionario de una dádiva (intentar corromper). De cualquier manera, creemos haber demostrado en otro lugar de esta investigación [393] que tal bien jurídico no es merecedor de protección penal, mucho menos si el ataque procede de un particular.

[390] Queda excluida de esta modalidad la acción de *intentar corromper*, pues el hecho de que el funcionario público ejecute el acto injusto relativo al ejercicio de su cargo no constitutivo de delito como contrapartida de una dádiva, es porque previamente la ha recibido o ha aceptado la promesa de su entrega futura, lo que supone por parte del particular la entrega de la misma o el acuerdo de entrega futura.

[391] A diferencia del resto de las figuras de cohecho cometido por particular, en ésta el tipo subjetivo se configura sin la necesidad de un elemento subjetivo distinto del dolo.

[392] La específica forma de participación dependerá de la acción típica y de las circunstancias del caso concreto; véase al respecto, de entre las notas precedentes, la más extensa, teniendo en cuenta, claro está, que en la modalidad que nos ocupa la conducta contrapartida de la dádiva es ejecutada completamente por el funcionario.

[393] Véase el epígrafe 3.2.1.1.

Por lo que respecta al bien jurídico principal, dependerá éste de la concreta conducta pretendida por el particular o a cuya realización se compromete el funcionario a cambio de la dádiva, que puede ser constitutiva de un delito, una falta o un ilícito de otro sector del ordenamiento jurídico. Los bienes jurídicos por éstos protegidos coinciden con el tutelado en cada caso por el art. 423 del Código penal. Cuando el cohecho cometido por particular opera como reverso de los artículos 419, 420, inciso segundo, y 421, la protección de tal bien jurídico se adelanta a un momento anterior al principio de ejecución de la conducta contraprestación de la dádiva, castigándose comportamientos que ni siquiera lo ponen en peligro concreto. La anticipación de la tutela penal en el caso del cohecho cometido por particular todavía es mayor, si cabe, que la de los artículos 419, 420 y 421, pues se castiga en aquél, entre otras conductas, el simple ofrecimiento al funcionario, sin que éste acepte, de una dádiva para que realice a cambio de la misma una conducta antijurídica. El destinatario de la oferta en este caso no llega ni a adoptar la resolución de voluntad de realizar la conducta contraprestación de la dádiva. Supuestos concretos aparte, aunque el particular pretenda que el funcionario realice en el ejercicio de su cargo una acción u omisión constitutiva de delito —modalidad más grave—, los ataques que sufren los bienes jurídicos protegidos en los diversos delitos que pueden ser contrapartida de una dádiva a través de las conductas reguladas en el art. 423 no son lo suficientemente graves como para que se vean amenazados penalmente. No digamos ya cuando la conducta contraprestación de la dádiva es una falta o un ilícito de otro sector del ordenamiento jurídico. Y las razones son esencialmente las mismas —seguimos encontrándonos ante meros actos preparatorios elevados por el legislador a la categoría de delito autónomo— que las que se ofrecen en relación con los artículos 419, 420, inciso segundo, y 421, a las cuales nos remitimos [394]. La opinión no puede variar cuando el art. 423 opera como reverso del art. 420, inciso primero, pues si bien en este supuesto el tipo objetivo sólo se completa con la realización por el funcionario de la conducta contrapartida de la dádiva, ésta no constituye en ningún caso un delito en sentido estricto, por lo que se están castigando como delito meras participaciones en faltas penales o, lo que aún es peor, en ilícitos pertenecientes a otras ramas del derecho. Por todo ello, de *lege ferenda*, tal y como hemos patrocinado en relación con el cohecho cometido por funcionario público, somos partidarios de la despenalización de todas las modalidades de cohecho cometido por particular [395].

[394] Véanse los epígrafes 3.2.1.3.2. B. c). y 3.2.1.3.2. C. c).

[395] También, por tanto, de las recogidas en el art. 445 bis del Código penal. No es ésta, sin embargo, la tendencia que se observa a nivel internacional; véanse, al respecto, CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., *La adaptación del sistema jurídico-penal español*, págs. 453 y ss.; DEMETRIO CRESPO, E., *Consideraciones sobre la corrupción*, págs. 178 y ss.; y HUBER, B., *La lucha contra la corrupción*, págs. 42 y ss.

Ahora bien, si el funcionario da comienzo a la ejecución o ejecuta completamente el delito relativo al ejercicio de su cargo contrapartida de la dádiva, el particular responderá como partícipe (inductor, cooperador necesario o cómplice, según los casos) de la tentativa o del delito consumado, respectivamente[396]. En el supuesto de que la conducta a cuya realización se compromete el funcionario a cambio de la dádiva sea una falta penal, la responsabilidad del particular como partícipe de la misma exigirá su consumación. Todo esto sin perjuicio de articular sanciones administrativas[397] para los sujetos que pretendan conseguir de los funcionarios públicos la realización en el ejercicio de sus cargos de conductas a cambio de la entrega de dádivas o presentes, poniendo en peligro o contribuyendo a la lesión del bien jurídico *honradez o integridad de la condición de funcionario público.*

[396] Sobre la participación del *extraneus* en los delitos especiales, véase, por todos, BOLDOVA PASAMAR, M. A., *La comunicabilidad de las circunstancias*, págs. 215 y ss.

[397] Como, por ejemplo, prohibición temporal de contratar con la Administración, imposibilidad de recibir subvenciones, multa, etc.

BIBLIOGRAFÍA *

ABELLÁN-GARCÍA GONZÁLEZ, A. M., ***El estatuto de los parlamentarios** y los derechos fundamentales*, Temas clave de la Constitución española, Ed. Tecnos, Madrid, 1992.

AGUADO CORREA, T., ***El principio de proporcionalidad** en Derecho penal*, Edersa, Madrid, 1999.

AGUIAR DE LUQUE, L. y GARCÍA FERNÁNDEZ, J., ***Constitución española** y leyes políticas*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1997.

ALBALADEJO GARCÍA, M., ***El albaceazgo** en el Derecho español (común y catalán)*, Ed. Tecnos, Madrid, 1969.

—***Curso** de Derecho civil, IV*, Derecho de Familia, 7.ª edición, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1996.

—***Curso** de Derecho civil, V*, Derecho de Sucesiones, 7.ª edición, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1997.

ALLFELD, P., ***Lehrbuch** des Deutschen Strafrechts*, 7. Auflage, Leipzig, 1912.

ALMAGRO NOSETE, J. y TOMÉ PAULE, J., ***Instituciones de Derecho Procesal***, Tomo IV, Proceso Penal 2, Ed. Trivium, Madrid, 1994.

ALONSO ÁLAMO, M., ***El sistema** de las circunstancias del delito*. Estudio General, Secretariado de Publicaciones, Universidad de Valladolid, 1981.

ALONSO DE ANTONIO, J. A., «**El deber de secreto de los parlamentarios**», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, número 76, Curso 1989-1990, Madrid, 1990.

ALONSO PÉREZ, F., ***Delitos cometidos por los funcionarios públicos** en el nuevo Código penal*, Ed. Dykinson, Madrid, 2000.

ÁLVAREZ CONDE, E., ***El régimen político español***, 4.ª edición, Ed. Tecnos, Madrid, 1990.

—***Curso** de Derecho Constitucional*, volumen II, 3.ª edición, Ed. Tecnos, Madrid, 2000.

ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., ***El delito de desobediencia de los funcionarios públicos***, Ed. Bosch, Barcelona, 1987.

—***Bien jurídico y Constitución***, Cuadernos de Política Criminal, número 43, Madrid, 1991.

ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C.: véase Tomás María de Vizmanos.

ALZAGA VILLAAMIL, O., ***Comentario** sistemático a la Constitución española de 1978*, Ediciones del Foro, Madrid, 1978.

ALZAGA VILLAAMIL, O., GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I. y RODRÍGUEZ ZAPATA, J., ***Derecho Políti-***

* La parte del título de la obra que aparece en negrita es la que se corresponde con la cita que se hace de la misma en las notas a pie de página.

co español, Según la Constitución de 1978, II, Derechos fundamentales y Órganos del Estado, 2.ª edición, Ed. Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 1998.

AMELUNG, K., ***Rechtsgüterschutz** und Schutz der Gesellschaft*, Athenäum Verlag, Frankfurt, 1972.

ANGIONI, F., *Contenuto e funzioni del **concetto di bene giuridico***, I, Introduzione a uno studio sull'oggetto e la misura della tutela penale, Chiarella, Sassari, 1980.

ANTOLISEI, F., ***Il problema del bene giuridico***, en Scritti di Diritto Penale, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1955.

—***Manuale** di Diritto penale*, Parte speciale I, undicesima edizione integrata e aggiornata a cura di L. Conti, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1994.

—***Manuale** di Diritto penale*, Parte speciale II, dodicesima edizione integrata e aggiornata a cura di L. Conti, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1997.

—***Manuale** di Diritto penale*, Parte Generale, tredicesima edizione aggiornata e integrata da L. Conti, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1994.

ANTÓN ONECA, J., «**Historia del Código penal de 1822**», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales,* Tomo XVIII, Fascículo II, 1965.

—«**El Código penal de 1848** y D. Joaquín Francisco Pacheco», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XVIII, Fascículo III, 1965.

—***Derecho Penal***, 2.ª edición, anotada y puesta al día por José Julián Hernández Guijarro y Luis Beneytez Merino, Ed. Akal/Iure, Madrid, 1986.

ARAGONESES MARTÍNEZ, S.: véase Andrés de la Oliva Santos.

ARDIZZONE, S., «**La proposta di semplificazione in tema di corruzione** ed i rischi di erosione della concezione del diritto penale del fatto», *Rivista trimestrale di Diritto penale dell'economia*, anno VIII, n. 1, gennaio-marzo, Cedam, 1995.

ARZT, G.; WEBER, U., ***Strafrecht**, Besonderer Teil*, Lehrbuch, Gieseking Verlag, Bielefeld, 2000.

ASENCIO MELLADO, J. M., ***Derecho Procesal Penal***, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

ASUA BATARRITA, A., ***La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración**. Cuestiones político-criminales, criterios de interpretación y delimitación respecto a la potestad disciplinaria*, en Delitos contra la Administración Pública, Edición al cuidado de Adela Asua Batarrita, IVAP, Bilbao, 1997.

BACIGALUPO ZAPATER, E., «**Sobre la reforma de los delitos de funcionarios**», *Documentación Jurídica*, Monográfico dedicado a la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal, volumen 2, Enero/Diciembre, 37/40, Gabinete de Documentación y Publicaciones, Secretaría General Técnica, Ministerio de Justicia, 1983.

—***Estudios** sobre la Parte especial del Derecho penal*, Ed. Akal/Iure, Madrid, 1991.

—***Principios** de Derecho penal*, Parte General, 4.ª edición, Ed. Akal/Iure, Madrid, 1997.

BAJO FERNÁNDEZ, M., PÉREZ MANZANO, M. y SUÁREZ GONZÁLEZ, C., ***Manual** de Derecho penal*, Parte Especial, (Delitos patrimoniales y económicos), 2.ª edición, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993.

BAJO FERNÁNDEZ, M. (director); DÍAZ-MAROTO y VILLAREJO, J.; ECHANO BASALDÚA, J. I.; LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A.; LOZANO MIRALLES, J.; MENDOZA BUERGO, B.; MOLINA FERNÁNDEZ, F.; PÉREZ MANZANO, M. y SUÁREZ GONZÁLEZ, C., ***Compendio** de Derecho Penal*, Parte Especial, volumen II, Colección Ceura, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998.

BALDÓ LAVILLA, F., «**Algunos aspectos conceptuales de la inducción**, (A propósito de la STS de 24 de junio de 1987, ponente Díaz

Palos)», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XLII, Fascículo III, 1989.

BALDUS, P., Comentario a los parágrafos 331-335, en *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, 9. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1977.

BARTULLI, A., *L'interesse privato in atti di ufficio*, ristampa inalterata della seconda edizione, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1981.

BASSOLS COMA, M., «**Los principios del Estado de Derecho** y su aplicación a la Administración en la Constitución», *Revista de Administración Pública*, número 87, 1978.

BAUMANN, J., *Zur Problematik der Bestechungstatbestände*, Verlagsgesellschaft «Recht und Wirtschaft» mbH, Heidelberg, 1961.

BAUMANN, J.; WEBER, U., *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 9. Auflage, Gieseking Verlag Bielefeld, 1985.

BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., *De la obstrucción a la Justicia y la deslealtad profesional*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1999.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., «**Anotaciones sobre el delito de tráfico de influencias**», en *Delitos de los funcionarios públicos*, Director Enrique Orts Berenguer, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, IV, Madrid, 1994.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., ARROYO ZAPATERO, L., GARCÍA RIVAS, N., FERRÉ OLIVÉ, J. C. y SERRANO PIEDECASAS, J. R., *Lecciones de Derecho penal*, Parte general, 2.ª edición, Ed. Praxis, Barcelona, 1999.

BERMEJO VERA, J., *Derecho administrativo básico*, Parte general, Egido Editorial, Zaragoza, 1997.

—*Derecho administrativo básico*, Parte general, **4.ª edición**, Egido Editorial, Zaragoza, 2002.

BERNAL VALLS, J., *El falso testimonio*, Ed. Tecnos, Madrid, 1992.

BETTIOL, Giuseppe, *Bene giuridico e reato*, en **Scritti giuridici, Tomo I, Cedam-Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1966.**

—*In tema di interesse privato in atti di ufficio*, en Studi in onore di Biagio Petrocelli, Tomo primo, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1972.

BETTIOL, Giuseppe y PETTOELLO MANTOVANI, L., *Diritto Penale*, Parte Generale, 12.ª edizione, Cedam-Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1986.

BETTIOL, Rodolfo, «Note a margine della **legge di modifica dei delitti dei pubblici ufficiali** contro la pubblica amministrazione», *Rivista trimestrale di Diritto penale dell' economia*, anno IV, n. 2-3, aprile-settembre, Cedam, 1991.

BINDING, K., *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts*, Besonderer Teil, Band 2, Abt. 2, Scientia Verlag Aalen, 1969.

BLECUA FRAGA, R., «**La aplicación pública de caudales a diferente destino**, como delito de malversación, (Estudio del artículo 397 del Código penal)», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XXXVIII, Fascículo III, 1985.

BLECUA FRAGA, R. y RODRÍGUEZ-VILLASANTE y PRIETO, J. L. (Coords.), *Comentarios al Código penal militar*, 1.ª edición, Ed. Civitas, Madrid, 1988.

BLEI, H., *Strafrecht II*, Besonderer Teil, 12. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 1983.

BOCKELMANN, P., *Buchbesprechung*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 1960.

BOLDOVA PASAMAR, M. A., *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*, Ed. Civitas, Madrid, 1995.

—*Estudio del bien jurídico protegido en las falsedades documentales*, Ed. Comares, Granada, 2000.

BONE PINA, J. F., «**La falsedad y la infidelidad en la custodia de documentos judiciales**», *Actualidad Penal*, número 8, 1996.

BOQUERA OLIVER, J. M., ***Derecho administrativo***, volumen I, 10.ª edición, Ed. Civitas, Madrid, 1996.

BRASIELLO, U., ***La repressione penale*** *in Diritto romano*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1937.

BRUCHI, A., ***Concussione***, en Il Digesto Italiano, **Tomo VIII**, 1, Torino, 1896.

BUENO ARÚS, F., «**Los delitos cometidos por los funcionarios públicos** contra el ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizadas por la Constitución en la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código penal de 1983», *Documentación Jurídica*, Monográfico dedicado a la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal, volumen 2, Enero/Diciembre, 37/40, Gabinete de Documentación y Publicaciones, Secretaría General Técnica, Ministerio de Justicia, 1983.

BUSTOS RAMÍREZ, J., ***Control social*** *y sistema penal*, Ed. P.P.U., Barcelona, 1987.

—***Manual*** *de Derecho Penal*, Parte especial, 2.ª edición aumentada, corregida y puesta al día, Ed. Ariel, Barcelona, 1991.

—***Manual*** *de Derecho Penal*, Parte General, 4.ª edición aumentada, corregida y puesta al día por Hernán Hormazábal Malarée, Ed. P.P.U., Barcelona, 1994.

BUSTOS RAMÍREZ, J. J. y HORMAZÁBAL MALARÉE, H., ***Lecciones de Derecho penal***, volumen I, Ed. Trotta, Madrid, 1997.

CABEDO NEBOT, R.: véase Carlos Vázquez Iruzubieta.

CABELLO MOHEDANO, F., *Razón, bien jurídico y conducta típica en el delito de tráfico de influencias*, en Estudios penales y jurídicos, Homenaje al Prof. Dr. Enrique Casas Barquero, Córdoba, 1996.

CALVO GONZÁLEZ, M. A., ***La relación entre el Gobierno y las Cortes***, en Lecturas sobre la Constitución española I (coord. Tomás Ramón Fernández), Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1978.

CAMAÑO ROSA, A., «**Cohecho y soborno**», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XIV, Fascículo II, 1961.

CANCIO MELIÁ, M.: véase Gonzalo Rodríguez Mourullo.

CANTERO ARÍZTEGUI, F. J., «**Los delitos de infidelidad en la custodia de documentos** y violación de secretos», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, número 11, 1997.

CARBONELL MATEU, J. C.: véase Tomás Salvador Vives Antón.

CARBONELL MATEU, J. C. y PRATS CANUT, J. M., ***Observaciones generales*** *sobre el Código penal de 1995*, en El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos, Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López, Ed. Comares, Granada, 1999.

CARBONELL MATEU, J. C., ***Derecho penal:*** *concepto y principios constitucionales*, 3.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

CARDENAL MONTRAVETA, S., «**Concepto**, modalidades y límites del delito de cohecho», Comentario a la STS de 7 de noviembre de 2001, *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2.ª época, número 10, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Facultad de Derecho, Madrid, 2002.

CARRARA, F., ***Programma*** *del Corso de Diritto criminale*. Parte Speciale, Vol. V, nona edizione, Casa Editrice Libraria Fratelli Cammelli, Firenze, 1911.

CASABÓ RUIZ, J. R., «**Los orígenes de la codificación penal de España**: el plan de Código criminal de 1787», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XXII, Fascículo II, 1969.

—***Introducción al estudio de los delitos de los funcionarios públicos*** *en el ejercicio de sus cargos*, en Escritos penales, Colección de estudios, Instituto de Criminilogía y Departamento de Derecho penal, Universidad de Valencia, 1979.

CASARES VILLANUEVA, M. L., «**Atentado, re-**

sistencia y desobediencia a la autoridad», *Poder Judicial*, 2.ª época, número 40, Consejo General del Poder Judicial, 1995.

CASAS BARQUERO, E., «**Observaciones** técnico-jurídicas sobre la incriminación del cohecho en el Código penal español», *Documentación jurídica*, número 19, julio-septiembre, Madrid, 1978.

—*Algunos aspectos de los delitos del funcionario público y del particular relativos a dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas*, en Estudios penales, Libro homenaje al Profesor J. Antón Oneca, Ediciones Universidad de Salamanca, 1982.

—«**Reflexiones técnico-jurídicas sobre los delitos de falsedades** del Título III, del Libro II del Código penal», *Documentación Jurídica*, Monográfico dedicado a la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal, volumen 2, Enero/Diciembre, 37/40, Gabinete de Documentación y Publicaciones, Secretaría General Técnica, Ministerio de Justicia, 1983.

—*Tráfico de influencias*, en Estudios penales en memoria del profesor Agustín Fernández-Albor, Universidad de Santiago de Compostela, 1989.

CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, Tomo I, volumen II, 14.ª edición, revisada y puesta al día por José Luis de los Mozos, Ed. Reus, Madrid, 1987.

—*Derecho civil español, común y foral*, Tomo *V*, Derecho de Familia, volumen II, Relaciones paterno-filiales y tutelares, 10.ª edición, revisada y puesta al día por Gabriel García Cantero y José M.ª Castán Vázquez, Ed. Reus, Madrid, 1995.

—*Derecho civil español, común y foral*, Tomo *VI*, Derecho de Sucesiones, volumen II, Los particulares regímenes sucesorios. La sucesión testamentaria, La sucesión forzosa, 8.ª edición, revisada y puesta al día por José Batista Montero-Ríos y José M.ª Castán Vázquez, Ed. Reus, Madrid, 1979.

CASTEJÓN Y MARTÍNEZ DE ARIZALA, F., *Derecho Penal*, Tomo I, 1.ª edición, Ed. Reus, Madrid, 1931.

CASTRO MORENO, A., *La malversación de caudales en el Código penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

—«**La nueva modalidad de cohecho** por actos propios del cargo del art. 425.1 del Código Penal: problemas de distinción con otras figuras», *Actualidad Penal*, número 2, 2002.

CASTRO Y BRAVO, F. DE, *La persona jurídica*, 1.ª edición, Ed. Civitas, Madrid, 1981.

CASTRO Y OROZCO, J. DE, y ORTIZ DE ZÚÑIGA, M., *Código penal explicado para la común inteligencia y fácil aplicación de sus disposiciones*, Tomo segundo, Imprenta y librería de Don Manuel Sanz, Granada, 1848.

CATALÁN SENDER, J., «**Nuevos perfiles** del delito de fraude funcionarial en el Código Penal de 1995», *Actualidad Penal*, número 4, 1998.

—«**El delito de negociaciones prohibidas a funcionarios** en el nuevo Código Penal», *Actualidad Penal*, número 29, 1998.

—*Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código penal (doctrina y jurisprudencia)*, Ed. Bayer Hnos, Barcelona, 1999.

CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., «**La adaptación del sistema jurídico-penal español** a las propuestas internacionales sobre corrupción administrativa», *Actualidad Penal*, número 21, 2001.

CEREZO MIR, J., *Lo objetivo y lo subjetivo en la tentativa*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1964.

—*Problemas fundamentales del Derecho Penal*, Ed. Tecnos, Madrid, 1982.

—*Curso de Derecho Penal Español*, Parte General I, Introducción, 5.ª edición, Ed. Tecnos, Madrid, 1996.

—*Curso de Derecho Penal Español*, Parte General II, Teoría jurídica del delito, 6.ª edición, Ed. Tecnos, Madrid, 1998.

—*Curso de Derecho Penal Español*, Parte General **III**, Teoría jurídica del delito/2, Ed. Tecnos, Madrid, 2001.

—***Los delitos de peligro abstracto***, Revista de Derecho Penal, Garantías constitucionales y nulidades procesales II, Director Edgardo Alberto Donna, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2001.

CHAMORRO BERNAL, F., ***La tutela judicial efectiva***, Derechos y garantías procesales derivados del art. 24.1 de la Constitución, 1.ª edición, Ed. Bosch, Barcelona, 1994.

CHIAROTTI, F., ***Delitti contro l'Amministrazione pubblica***, Enciclopedia del Diritto, II, Giuffrè Editore, 1958.

CICERÓN, M. T., ***Discursos***, Tomos **I** y **II**, Verrinas, Traducción de José María Requejo Prieto, Ed. Gredos, Madrid, 1990.

COBO DEL ROSAL, M., **«Examen crítico** del párrafo 3.° del art. 119 del Código penal español (sobre el concepto de funcionario público a efectos penales», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1962.

—***Introducción general***, Revista de Derecho Público», Comentarios a la Legislación Penal, Dirigidos por Manuel Cobo del Rosal y coordinados por Miguel Bajo Fernández, Tomo XVI, Ed. Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1994.

COBO DEL ROSAL, M., VIVES ANTÓN, T. S., BOIX REIG, J., ORTS BERENGUER, E. y CARBONELL MATEU, J. C., ***Derecho Penal, Parte Especial*, 2.ª edición**, Tirant lo Blanch, Valencia, 1988.

—*Derecho Penal, Parte Especial*, 3.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990.

COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), CARMONA SALGADO, C., GONZÁLEZ RUS, J. J., MORILLAS CUEVA, L., POLAINO NAVARRETE, M., PORTILLA CONTRERAS, G. y SEGRELLES DE ARENAZA, I., **Curso de Derecho penal español**, Parte especial **I**, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1996.

—**Curso de Derecho penal español**, Parte especial **II**, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997.

COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), CARMONA SALGADO, C., GONZÁLEZ RUS, J. J., MORILLAS CUEVA, L., QUINTANAR DÍEZ, M., DEL ROSAL BLASCO, B. y SEGRELLES DE ARENAZA, I., ***Compendio de Derecho penal español***, Parte especial, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2000.

COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S., ***Derecho Penal, Parte General*, 3.ª edición**, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990.

—***Derecho Penal, Parte General***, 5.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

COBO DEL ROSAL, M. (Dir.) y otros, ***Comentarios al Código Penal***, Tomo **I**, Artículos 1 a 18, Edersa, Madrid, 1999.

—***Comentarios al Código Penal***, Tomo **II**, Artículos 19 a 23, Edersa, Madrid, 1999.

COBREROS MENDAZONA, E., ***El «status» parlamentario** como derecho fundamental garantizado por el artículo 23.2 de la Constitución*, en Estudios sobre la Constitución española, Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, Tomo III, Ed. Civitas, Madrid, 1991.

COLÁS TURÉGANO, M. A., **«Infidelidad en la custodia de documentos»**, *Revista General de Derecho*, número 560, mayo, 1991.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (Director), BENEYTEZ MERINO, L., BURKHALTER THIEBAUT, J., COVIÁN REGALES, M., HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, R., JORDANA DE POZAS GONZÁLEZ, L., LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., PAZ RUBIO, J. M., PUYOL MONTERO, F. J. y SERRANO PASCUAL, M., ***Código Penal***, Doctrina y Jurisprudencia, Tomo III, Artículos 386 a disposiciones finales, Ed. Trivium, Madrid, 1997.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., ***Apropiaciones indebidas***, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

—***El Ministerio Fiscal***, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999.

CONTENTO, G., **«La riforma "minima" della concussione** e della corruzione», *Rivista*

trimestrale di Diritto penale dell' economia, anno VIII, n. 2-3, aprile-settembre, Cedam, 1995.

CORCOY BISASOLO, M., *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

CÓRDOBA RODA, J. y RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Comentarios al Código Penal*, Tomo I, (Artículos 1-22), Ed. Ariel, Barcelona, 1972.

CÓRDOBA RODA, J., *Comentarios al Código Penal*, Tomo III, [Artículos 120-340 bis c)], Ed. Ariel, Barcelona, 1978.

—*El cohecho de funcionarios públicos*, en Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Vitoria, Tomo I, Ed. Bosch, Barcelona, 1983.

CORDÓN MORENO, F., *El proceso Contencioso-Administrativo*, Conforme a la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: véase Vicente Gimeno Sendra.

COSCULLUELA MONTANER, L., *Manual de Derecho administrativo I*, 12.ª edición, Ed. Civitas, Madrid, 2001.

COVIÁN REGALES, M.: véase Cándido Conde-Pumpido Ferreiro.

CRAMER, P.: véase Adolf Schönke y Horst Schröder.

CREMADES MORANT, J., *Infidelidad en la custodia de documentos*, en Delitos contra la Administración Pública, Edición al cuidado de Adela Asua Batarrita, IVAP, Bilbao, 1997.

—*Revelación de secretos e informaciones*, en Delitos contra la Administración Pública, Edición al cuidado de Adela Asua Batarrita, IVAP, Bilbao, 1997.

CRESPO BARQUERO, P.: véase Antonio del Moral García.

CUELLO CALÓN, E., *Derecho penal*, revisado y puesto al día por César Camargo Hernández, Tomo I (Parte General), dos volúmenes, 16.ª edición, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1974.

—*Derecho penal*, revisado y puesto al día por César Camargo Hernández, Tomo II (Parte Especial), volumen I, 14.ª edición, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1982.

CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho penal español*, Parte General, Nociones introductorias, Teoría del delito, 3.ª edición, Ed. Dykinson, Madrid, 2002.

CUERDA RIEZU, A., *Concurso de delitos y determinación de la pena*, Ed. Tecnos, Madrid, 1992.

CUGAT MAURI, M., *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, Ed. Cedecs, Barcelona, 1997.

DELGADO BARRIO, J., «Régimen jurídico de los actos del Consejo General del Poder Judicial: su impugnación», *Revista Española de Derecho Administrativo*, número 32, 1982.

DEMETRIO CRESPO, E., *Corrupción y delitos contra la Administración Pública*, en La corrupción: aspectos jurídicos y económicos, Coordinador Eduardo A. Fabián Caparrós, Ed. Ratio Legis, Salamanca, 2000.

—*Consideraciones sobre la corrupción y los delitos contra la Administración Pública*, en Fraude y corrupción en la Administración Pública. Delitos financieros, fraude y corrupción en Europa, volumen III, Edición a cargo de Juan Carlos Ferré Olivé, Universidad de Salamanca, 2002.

DÍAZ PALOS, F., *Malversación de caudales públicos*, Nueva Enciclopedia Jurídica», Tomo XV, Ed. Seix, Barcelona, 1974.

DÍAZ PITA, M.ª M., *El delito de acusación y denuncia falsas: problemas fundamentales*, Ed. P.P.U., Barcelona, 1996.

DÍAZ VALCÁRCEL, L. M., *Infidelidad en la custodia de documentos*, Nueva Enciclopedia Jurídica, Tomo XII, Ed. Seix, Barcelona, 1965.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. y OLAIZOLA NOGALES, I., «La evolución legislativa del

delito de tráfico de influencias», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, número 223, 1995.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., ***La autoría en Derecho penal***, Ed. P.P.U., Barcelona, 1991.

—***El delito de tráfico de influencias***, en Delitos contra la Administración Pública, Edición al cuidado de Adela Asua Batarrita, IVAP, Bilbao, 1997.

—***El delito de cohecho***, en Delitos contra la Administración Pública, Edición al cuidado de Adela Asua Batarrita, IVAP, Bilbao, 1997.

—***Cohecho***, Enciclopedia penal básica, Director Diego-Manuel Luzón Peña, Ed. Comares, Granada, 2002.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., ***El Derecho Penal ante el sexo***, (Límites, criterios de concreción y contenido del Derecho Penal sexual), Ed. Bosch, Barcelona, 1981.

—«**El bien jurídico protegido** en un Derecho penal garantista», *Jueces para la Democracia*, número 30, 1997.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. y GRACIA MARTÍN, L., ***Delitos contra bienes jurídicos fundamentales, Vida humana independiente y libertad***, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., GRACIA MARTÍN, L. y LAURENZO COPELLO, P., ***Comentarios al Código Penal***, Parte Especial, I, Títulos I a VI y faltas correspondientes, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., ***Instituciones de Derecho Civil***, volumen **I/1**, Introducción. Parte general. Derecho de la persona, 2.ª edición, Ed. Tecnos, 1998.

—***Sistema de Derecho Civil***, volumen **IV**, Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones, 7.ª edición, Ed. Tecnos, 1997.

DÖLLING, D., ***Betrug und Bestechlichkeit durch Entgeltannahme für eine vorgetäuschte Dienstpflichtverletzung?***, Juristische Schulung, 1981.

DORADO MONTERO, P., ***Código penal de 1870***, Enciclopedia jurídica española», Ed. Seix, IV, Barcelona.

EMBID IRUJO, A., ***La justiciabilidad de los actos de gobierno*** *(de los actos políticos a la responsabilidad de los poderes públicos)*, en Estudios sobre la Constitución española, Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, Tomo III, Ed. Civitas, Madrid, 1991.

ENTRENA CUESTA, R., «**El concepto de administración pública** en la doctrina y el derecho positivo españoles», *Revista de Administración Pública*, número 32, 1960.

—***Curso de Derecho administrativo*** I/1, Concepto, fuentes, relación jurídico-administrativa y justicia administrativa, 12.ª edición, Ed. Tecnos, Madrid, 1998.

ENTRENA FABRÉ, R., ***El delito de malversación***, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

ESCRIBANO COLLADO, P., «**¿Crisis de los conceptos de Administración pública y de Derecho administrativo?**», *Revista Española de Derecho Administrativo*, número 37, 1983.

ESCUSOL BARRA, E., ***El proceso penal por delitos:*** *estudio sistemático del procedimiento abreviado* (Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre), 4.ª edición, Ed. Colex, Madrid, 1997.

ESPÍN TEMPLADO, E.: véase Jorge de Esteban.

ESTEBAN, J. DE, LÓPEZ GUERRA, L., ESPÍN, E. y GARCÍA MORILLO, J., ***El régimen constitucional español***, volumen II, 1.ª edición, 2.ª reimpresión, Ed. Labor Universitaria, Barcelona, 1984.

ESTEBAN, J. DE, y GONZÁLEZ-TREVIJANO, P. J., ***Curso de Derecho Constitucional Español***, III, 1.ª edición, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1994.

ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, X.: véase Noberto de la Mata Barranco.

ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, X., ***Malversación de caudales públicos***, en Delitos contra la Administración Pública, Edición al cuidado de Adela Asua Batarrita, IVAP, Bilbao, 1997.

—*Fraudes y exacciones ilegales*, en Delitos contra la Administración Pública, Edición al cuidado de Adela Asua Batarrita, IVAP, Bilbao, 1997.

FABIÁN CAPARRÓS, E., *La corrupción de los servidores públicos extranjeros e internacionales (Anotaciones para un Derecho Penal Globalizado)*, en Fraude y corrupción en la Administración Pública. Delitos financieros, fraude y corrupción en Europa, volumen III, Edición a cargo de Juan Carlos Ferré Olivé, Universidad de Salamanca, 2002.

FARRÉ TREPAT, E., *La tentativa de delito. Doctrina y jurisprudencia*, Bosch, Barcelona, 1986.

FEIJÓO SÁNCHEZ, B.: véase Gonzalo Rodríguez Mourullo.

FEIJÓO SÁNCHEZ, B., «**Delitos contra la Administración pública**: consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificación de otras conocidas», *La Ley*, 3/1997, D-76.

FELIP I SABORIT, D., «**Sobre el tipo objetivo del delito de prevaricación de abogado**», (Comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 10 de marzo y 10 de septiembre de 1992), *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XLVI, Fascículo II, 1993.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. D., «**Los abusos contra la honestidad**», *Cuadernos de Política Criminal*, número 5, Madrid, 1978.

—«**Determinados abusos en el ejercicio de la función pública** (Proyecto de 1980)», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XXXIV, Fascículos II y III, 1981.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón: véase Eduardo García de Enterría.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, *La organización territorial del Estado y la Administración pública en la nueva Constitución*, en Lecturas sobre la Constitución española I (coord. Tomás Ramón Fernández), Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1978.

FERNÁNDEZ VEGA, J. y MARISCAL DE GANTE Y MIRÓN, J., *Diccionario de la Constitución*, Ed. Planeta, Barcelona, 1983.

FERNÁNDEZ-MIRANDA ALONSO, F., *La regulación del Gobierno en la Constitución*, en Lecturas sobre la Constitución española II (coord. Tomás Ramón Fernández), Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1978.

FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, Teoría del garantismo penal, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, Ed. Trotta, Madrid, 1995.

FERRARA, F., *Teoría de las personas jurídicas*, (traducido por Eduardo Ovejero Mauri), Ed. Reus, Madrid, 1929.

FERRÉ OLIVÉ, J. C., *Corrupción y delitos contra la Administración Pública*, en Fraude y corrupción en la Administración Pública. Delitos financieros, fraude y corrupción en Europa, volumen III, Edición a cargo de Juan Carlos Ferré Olivé, Universidad de Salamanca, 2002.

FERRER SAMA, A., *Comentarios al Código penal*, **Tomo I**, Murcia, 1946.

—*Comentarios al Código penal, Tomo IV*, Madrid, 1956.

FIANDACA, G. y MUSCO, E., *Diritto penale*, Parte speciale, volume I, Ed. Zanichelli, Bologna, 1988.

—*Diritto penale*, Parte speciale, volume I, *Appendice*, Ed. Zanichelli, Bologna, 1988.

—*Diritto penale, Parte Generale*, Seconda edizione, Ed. Zanichelli, Bologna, 1989.

FONTÁN BALESTRA, C., *Tratado de Derecho Penal*, Tomo VII, Parte Especial, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1971.

FORTI, G., «Unicità o ripetibilità della corruzione sistemica? **Il ruolo della sanzione penale** in una prevenzione "sostenibile" dei crimini politico-amministrativi», *Rivista trimestrale di Diritto penale dell' economia*, anno X, n. 4, ottobre-dicembre, Cedam, 1997.

FRISTER, H., ***Schuldprinzip**, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldsvermutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts*, Duncker & Humblot, Berlin, 1988.

FROSALI, R. A., ***Concorso di norme** e concorso di reati*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1971.

FUHRMANN, H., ***Berechtigung** der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs zu § 332 StGB über den Ermessensbeamten*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», 1960.

GALLAS, W., ***Zum Begriff** der »Falschheit« der eidlichen und uneidlichen Aussage*, Goltdammer's Archiv für Strafrecht», 1957.

—***Beiträge zur Verbrechenslehre***, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1968.

GAMBARA, L., ***El Derecho penal en la Antigüedad** y en la Edad Media*, Biblioteca de Ciencias sociales, médicas, jurídicas y naturales, F. Granada y C.ª, Editores, Barcelona.

GARCÍA ALBERO, R., ***«Non bis in idem»**, material y concurso de leyes penales*, Ed. Cedecs, Barcelona, 1995.

GARCÍA ALBERO, R.: véase Josep M.ª Tamarit Sumalla.

GARCÍA ALBERO, R.: véase Gonzalo Quintero Olivares.

GARCÍA ARÁN, M.: véase María José Magaldi.

GARCÍA ARÁN, M., ***La prevaricación judicial***, Ed. Tecnos, Madrid, 1990.

—***Consideraciones** sobre los delitos contra la Administración de Justicia en el Proyecto de Código penal de 1992*, en Política Criminal y Reforma Penal, Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal, Ed. Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1993.

—«**La prevaricación administrativa** y otros comportamientos injustos en el Código penal de 1995», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, número 11, 1997.

—«**Obstrucción a la Justicia** y deslealtad profesional en el Código penal de 1995», en *Delitos contra la Administración de Justicia, Cuadernos de Derecho Judicial*, Escuela Judicial/Consejo General del Poder Judicial, IV, Madrid, 1997.

—***¿Hasta dónde la criminalización de lo público?***, en Crisis del sistema político, criminalización de la vida pública e independencia judicial, Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998.

—***El delito de hurto***, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

GARCÍA ARÁN, M.: véase Diego López Garrido.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «**Verso un concetto** di Diritto Amministrativo come diritto statutario», *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, número 10, 1960.

—«**Una nota sobre el interés general** como concepto jurídico indeterminado», *Revista Española de Derecho Administrativo*, número 89, 1996.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., ***Curso de Derecho Administrativo***, Tomo I, 1.ª edición, Civitas-Revista de Occidente, Madrid, 1974.

—***Curso de Derecho Administrativo***, Tomo I, **10.ª edición**, Ed. Civitas, Madrid, 2000.

GARCÍA MIGUEL, M., «**Los delitos contra la Administración de Justicia** en la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal», *Documentación Jurídica*, Monográfico dedicado a la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal, volumen 2, Enero/Diciembre, 37/40, Gabinete de Documentación y Publicaciones, Secretaría General Técnica, Ministerio de Justicia, 1983.

GARCÍA MORILLO, J.: véase Luis López Guerra.

GARCÍA RIVAS, N., ***El poder punitivo en el Estado democrático***, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1996.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., ***Estudios penales***, Ed. Bosch, Barcelona, 1984.

—***Sobre el principio de intervención mínima del Derecho penal como límite del «Ius Puniendi»***, en Estudios penales y jurídicos, Homenaje al Prof. Dr. Enrique Casas Barquero, Córdoba, 1996.

—***Derecho Penal***, Introducción, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2000.

GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A., ***Tratado de Derecho Administrativo***, Tomo II, volumen I, 2.ª edición, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1971.

GARCÍA PÉREZ, O., «**Delitos de sospecha**: principio de culpabilidad y derecho a la presunción de inocencia. Los artículos 483 y 485 CP», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XLVI, Fascículo II, 1993.

GARRIDO, V., STANGELAND, P. y REDONDO, S., ***Principios de Criminología***, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

GARRIDO FALLA, F., «**Constitución y administración**», *Revista Española de Derecho Administrativo*, número 20, 1979.

—***Diccionario del sistema político español***, Akal editor, Madrid, 1984.

—***Tratado de Derecho administrativo***, volumen I, Parte General, 11.ª edición, Ed. Tecnos, 1989.

GARRIDO FALLA, F., CAZORLA PRIETO, L., ENTRENA CUESTA, Rafael, ENTRENA CUESTA, Ramón, GÁLVEZ MONTES, F. J., RECODER DE CASSO, E., SANTAMARÍA PASTOR, J. A., SANTAOLALLA LÓPEZ, F. y SERRANO ALBERCA, J. M., ***Comentarios a la Constitución***, 2.ª edición, Ed. Civitas, Madrid, 1985.

GEERDS, F., ***Über den Unrechtsgehalt der Bestechungsdelikte und seine Konsequenzen für Rechtsprechung und Gesetzgebung***, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1961.

—*Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, Hansischer Gildenverlag, Joachim Heitmann & Co., Hamburg, 1961.

GIANNITI, F., ***Studi sulla corruzione del pubblico ufficiale***, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1970.

GIL GIL, A., ***Derecho penal internacional***, Ed. Tecnos, Madrid, 1999.

—***La ausencia del elemento subjetivo de justificación***, Ed. Comares, Granada, 2002.

GIL RODRÍGUEZ, J.: véase Cándido Paz-Ares Rodríguez.

GIMBERNAT ORDEIG, E., ***Autor y cómplice en Derecho penal***, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones e Intercambio, 1966.

—***Estudios de Derecho Penal***, 3.ª edición, Ed. Tecnos, Madrid, 1990.

—***Código Penal***, Ed. Tecnos, 12.ª edición, 1992.

—***Concepto y método de la ciencia del Derecho penal***, Ed. Tecnos, Madrid, 1999.

—***Prólogo*** a *«Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código penal»*, de Carlos Mir Puig, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2000.

GIMENO SENDRA, V., MORENO CATENA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., ***Derecho Procesal Penal***, 3.ª edición, Ed. Colex, Madrid, 1999.

GÓMEZ ORBANEJA, E. y HERCE QUEMADA, V., ***Derecho Procesal Penal***, 10.ª edición, Madrid, 1987.

GÓMEZ PUENTE, M., «**Comentarios** a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998», *Revista Española de Derecho Administrativo*, número 100, 1998.

GÓMEZ RIVERO, M. C., ***La inducción a cometer el delito***, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

GÓMEZ-FERRER MORANT, R., ***Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998, Revista Española de Derecho Administrativo***, número 100, 1998.

GONZÁLEZ CANO, M. I., ***La ejecución de la pena privativa de libertad***, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.

GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *El delito de prevari-*

cación de funcionario público, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.

—«**Los delitos de los funcionarios públicos**: cuestiones generales. La prevaricación como figura residual», en *Delitos de los funcionarios públicos*, Director Enrique Orts Berenguer, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, IV, 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 de Derecho Judicial*, Escuela Judicial/Consejo General del Poder Judicial, XXX, Madrid, 1996.

—***El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos***, 2.ª edición actualizada conforme al Código Penal de 1995, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

GONZÁLEZ NAVARRO, F., «**El control de la actuación del Tribunal de Cuentas**», *Revista Española de Derecho Administrativo*, número 32, 1982.

—***Derecho administrativo español***, 2.ª edición, Eunsa, Pamplona, 1993.

GONZÁLEZ PÉREZ, J., ***El derecho a la tutela jurisdiccional***, 1.ª edición, Ed. Civitas, Madrid, 1984.

—***Comentarios** a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* (Ley 29/1998, de 13 de junio) ***II***, 3.ª edición, Ed. Civitas, Madrid, 1998.

GONZÁLEZ RUS, J. J.: véase Manuel Cobo del Rosal.

GONZÁLEZ RUS, J. J., ***Bien jurídico** y Constitución*, (Bases para una teoría), Fundación Juan March, 201, Madrid, 1983.

—***Manual** de Derecho Penal*, (Parte Especial), II. Delitos contra la propiedad, Ed. Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1992.

GONZÁLEZ Y SERRANO, J., ***Apéndice** a los Comentarios del Código penal de Don Joaquín Francisco Pacheco, ó sea, el Nuevo Código*, 4.ª edición, Madrid, 1889.

GRACIA MARTÍN, L., ***El actuar en lugar de otro** en Derecho Penal I (Teoría General)*, Prensas Universitarias de Zaragoza, 1985.

—***Proyecto docente** y de investigación en Derecho penal*, Zaragoza, 1990.

—***La infracción de deberes** contables y registrales tributarios en Derecho Penal*, Ed. Trivium, Madrid, 1990.

—«**La cuestión de la responsabilidad penal** de las propias personas jurídicas», *Actualidad Penal*, número 39, 1993.

—«Nuevas perspectivas del Derecho penal tributario (Las "funciones del tributo" como bien jurídico)», *Actualidad Penal*, número 10, 1994.

—***Código Penal y Leyes Penales Especiales***, Egido Editorial, Zaragoza, 1996.

—«**El "iter criminis" en el Código penal español de 1995**», en *El sistema de responsabilidad en el nuevo Código Penal*, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Escuela Judicial/Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.

—***Bases para una teoría de bienes jurídicos complementarios** y reflexiones sobre las consecuencias dogmáticas de su protección penal*, (Trabajo inédito).

GRACIA MARTÍN, L., BOLDOVA PASAMAR, M. A. y ALASTUEY DOBÓN, M. C., ***Las consecuencias jurídicas del delito** en el nuevo Código penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

GRACIA MARTÍN, L., BOLDOVA PASAMAR, M. A. y ALASTUEY DOBÓN, M. C., ***Lecciones** de consecuencias jurídicas del delito*, 2.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

GRACIA MARTÍN, L.: véase José Luis Díez Ripollés.

GRISPIGNI, F., ***Derecho penal italiano***, volumen I-2, Las normas penales sintéticamente consideradas, Traducido de la 2.ª edición original italiana y anotado con legislación y doc-

trina de los países latinoamericanos por Isidoro De Benedetti, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1949.

—*I delitti contro la pubblica amministrazione*, Roma, 1953.

GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A., *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, Tomo I, Burgos, 1870.

—*El Código penal de 1870 concordado y comentado*, Tomo IV, Salamanca, 1891.

GROSSO, C. F., *Corruzione*, Digesto delle Discipline Penalistiche, III, quarta edizione, UTET, 1989.

GUAITA MARTORELL, A., «Los actos administrativos del Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Administrativo*, número 29, 1981.

GUALLART DE VIALA, A., *El Derecho penal histórico de Aragón*, Institución Fernando el Católico», Zaragoza, 1977.

HAFT, F., *Strafrecht*, Besonderer Teil, 5. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 1995.

HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.

HEGLER, A., *Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriffs*, en Beiträge zur Strafrechtswissenschaft, Festgabe für Reinhard von Frank, Band I, Scientia Verlag Aalen, Tübingen, 1930.

HENKEL, H., *Die Bestechlichkeit von Ermessensbeamten*, Juristenzeitung», 1960.

HERCE QUEMADA, V.: véase Emilio Gómez Orbaneja.

HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, R., *Malversación*, La Ley, 2/1996, D-112.

HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U., *La autoría mediata en Derecho Penal*, Ed. Comares, Granada, 1996.

HIGUERA GUIMERÁ, J. F., *Curso de Derecho penal militar español*, I. Parte General, Ed. Bosch, Barcelona, 1990.

—*El Derecho penal y la genética*, Ed. Trivium, Madrid, 1995.

HINOJOSA SEGOVIA, R.: véase Andrés de la Oliva Santos.

HIRSCH, H. J., *Literaturbericht*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 1976.

HONIG, R., *Straflose Vor- und Nachtat*, Reimpresión de la publicación de Leipzig de 1927, Scientia Verlag Aalen, 1978.

HORMAZÁBAL MALARÉE, H., «Política penal en el Estado democrático», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XXXVII, Fascículo II, 1984.

—*Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho (el objeto protegido por la norma penal)*, Ed. P.P.U., Barcelona, 1991.

HUBER, B., «La lucha contra la corrupción desde una perspectiva supranacional», *Revista Penal*, número 11, 2003.

HUERTA TOCILDO, S., *Ilícito penal e ilícito disciplinario de funcionarios*, en La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo, Libro homenaje al Profesor doctor don José Cerezo Mir, Ed. Tecnos, Madrid, 2002.

INFANTINI, F., *L'abuso della qualità o delle funzioni di pubblico ufficiale in diritto penale*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1974.

JAKOBS, G., *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1991 (conjuntamente, en su caso, se cita su *Derecho Penal*, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación, traducción de la 2.ª edición por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995).

JÄGER, H., *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten*, Eine kriminalsoziologische Untersuchung, Ferdinand Enke Verlag, Stuttgart, 1957.

JANNITTI PIROMALLO, A., *Elementi di Diritto penale*, Parte speciale, Edizioni italiane, Roma.

JASO ROLDÁN, T.: véase José Arturo Rodríguez Muñoz.

JESCHECK, H-H.; WEIGEND, T., ***Lehrbuch** des Strafrechts*, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Duncker & Humblot, Berlin, 1996 (conjuntamente, en su caso, se cita su *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, traducción de la 4.ª edición por José Luis Manzanares Samaniego, Ed. Comares, Granada, 1993).

JESCHECK, H-H., Comentario a los parágrafos 331-335, *Strafgesetzbuch **Leipziger Kommentar***, 11. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1997.

JIMÉNEZ DE ASUA, L., ***Tratado de Derecho penal***, **Tomo I**, 3.ª edición actualizada, Ed. Losada, Buenos Aires, 1964.

—***Tratado de Derecho penal***, **Tomo II**, 3.ª edición actualizada, Ed. Losada, Buenos Aires, 1964.

JORGE BARREIRO, A., ***El allanamiento de morada***, Ed. Tecnos, Madrid, 1987.

JUANATEY DORADO, C., ***El delito de desobediencia a la autoridad***, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

JUANES PECES, A., ***Delitos de los funcionarios públicos***, «La Ley», 5/1998, D-242.

KAUFMANN, Arthur, Anmerkungen zum Urteil des BGH vom 21/11/1958 –1 StR 458/58-, ***Fortsetzungszusammenhang** zwischen einfacher und schwerer Bestechlichkeit ist ausgeschlossen*, Juristenzeitung, 1959.

KLUG, U., *Zum Begriff der **Gesetzeskonkurrenz***, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 1956.

KREY, V., ***Strafrecht***, Besonderer Teil, Band 1, Besonderer Teil ohne Vermögensdelikte, 3. Auflage, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, 1976.

KÜHL, K.: véase Karl Lackner.

KUHLEN, L., *Zu den Tathandlungen bei **Vorteilsannahme und Bestechlichkeit***, Neue Zeitschrift für Strafrecht, 1988.

LACKNER, K.; KÜHL, K., ***Strafgesetzbuch** mit Erläuterungen*, 23. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 1999.

LACRUZ BERDEJO, J. L. y LUNA SERRANO, A., en Lacruz/Sancho/Luna/Delgado/ Rivero, ***Elementos** de Derecho Civil*, I, Parte General del Derecho civil, volumen II, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1990..

LACRUZ BERDEJO, J. L.; SANCHO REBULLIDA, F. A. y RAMS ALBESA, J., en Lacruz/Sancho/ Luna/Delgado/Rivero/Rams, ***Elementos** de Derecho Civil*, V, Derecho de Sucesiones, 5.ª edición, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1993.

LALINDE ABADÍA, J., ***Derecho histórico español***, Ed. Ariel, Barcelona, 1974.

LANGE, R., ***Die notwendige Teilnahme***, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1940.

LEONE, M., *Appunti di Diritto penale della **Pubblica Amministrazione**. I delitti commessi dai pubblici dipendenti*, Jovene Editore, Napoli, 1979.

LOOS, F., ***Zum «Rechtsgut» der Bestechungsdelikte***, en Festschrift für Hans Welzel, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1974.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, L., Y RUIZ DE GORDEZUELA LÓPEZ, L., ***Códigos penales españoles**, Recopilación y concordancias*, Akal, Madrid, 1988.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., ***Manual** de Derecho penal*. Parte especial III, Ed. Akal/ Iure, Madrid, 1992.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: véase Cándido Conde-Pumpido Ferreiro.

LÓPEZ GARRIDO, D. y GARCÍA ARÁN, M., ***El Código penal de 1995** y la voluntad del legislador*, Comentario al texto y al debate parlamentario, Madrid, 1996.

LÓPEZ GUERRA, L., **«Sobre la personalidad jurídica del Estado»**, *Revista del Departamento de Derecho Político*, número 6, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1980.

LÓPEZ GUERRA, L.: véase Jorge de Esteban.

LÓPEZ GUERRA, L., ESPÍN, E., GARCÍA MORILLO, J., PÉREZ TREMPS, P. y SATRÚSTEGUI, M., *Derecho Constitucional*, volumen II, 3.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

LÓPEZ RODÓ, L., «**Personalidad jurídica del Estado** en el derecho interno», *Revista de Derecho Político*, número 11, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1981-82.

LÓPEZ-REY Y ARROJO, M., *Derecho penal*, Tomo II, Parte Especial, 1.ª edición, Ed. Reus, Madrid, 1935.

LUNA SERRANO, A.: véase José Luis Lacruz Berdejo.

LUZÓN DOMINGO, M., *Derecho Penal del Tribunal Supremo*, Parte General, Tomo I, Ed. Hispano Europea, Barcelona, 1964.

LUZÓN PEÑA, D. M., *Consideraciones sobre la sistemática y alcance de los delitos contra la Administración de Justicia*, en Estudios penales, Libro homenaje al Profesor J. Antón Oneca, Ediciones Universidad de Salamanca, 1982.

—*Actuación en interés propio en los «fraudes» de funcionarios del art. 401 CP* (Comentario a la STS 29-5-1989), en Estudios Penales, Ed. P.P.U., Barcelona, 1991.

—*Curso de Derecho Penal*, Parte General, I, Ed. Universitas, Madrid, 1996.

LLABRÉS FUSTER, A. y TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., *La responsabilidad penal del miembro del Jurado*, Ed. Cedecs, Barcelona, 1998.

MAGALDI, M. J. y GARCÍA ARÁN, M., *Los delitos contra la Administración de Justicia ante la reforma penal*, Documentación Jurídica», Monográfico dedicado a la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal, volumen 2, enero/diciembre, 37/40, Gabinete de Documentación y Publicaciones, Secretaría General Técnica, Ministerio de Justicia, 1983.

MAGALDI PATERNOSTRO, M. J., *El falso testimonio en el sistema penal español*, Instituto de Criminología de Barcelona, Ed. P.P.U., Barcelona, 1987.

—«Aspectos esenciales de la acusación y denuncia falsa», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XL, Fascículo I, enero-abril, 1987.

MAGGIORE, G., *Diritto penale*, volume II: *Parte speciale*, Delitti e Contravvenzioni, Tomo primo (Art. 241-Art. 544), 4.ª edizione riveduta e ampliata, Zanichelli Editore, Bologna, 1968.

MAIWALD, M., *Zum fragmentarischen Charakter des Strafrechts*, en Festschrift für Reinhart Maurach, Verlag C. F. Müller, Karlsruhe, 1972.

MANES, V., «**Bien jurídico** y reforma de los delitos contra la Administración pública», traducción de Herminio Ramón Padilla Alba, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, número 2, 2000.

MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., *Nuevo enfoque de la apropiación indebida*. Especial consideración de la no devolución de cantidades entregadas a cuenta para la construcción y adquisición de viviendas, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Ed. Civitas, Madrid, 1988.

MANTOVANI, F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Nicola Zanichelli Editore, Bologna, 1966.

MANZINI, V., *Istituzioni di Diritto penale italiano*, volume secondo, Parte speciale, I singoli reati, terza edizione, Cedam-Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1955.

—*Trattato di Diritto penale italiano*, quarta edizione, volume V (a cura del Prof. Pietro Nuvolone), Dei delitti contro la pubblica amministrazione e l'amministrazione della giustizia, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1962.

MAQUEDA ABREU, M. L., «**La tortura** y otros tratos inhumanos y degradantes», *Anuario*

de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XXXIX, Fascículo II, mayo-agosto, 1986.

—***Los delitos contra la libertad** y la seguridad de las personas*, Notas para un estudio doctrinal y jurisprudencial, Universidad de Granada, Granada, 1988.

MARISCAL DE GANTE Y MIRÓN, J.: véase José Fernández Vega.

MARRA, G., «**Il delitto di corruzione** tra modernità (empirica) e tradizione (dogmatica): problemi interpretativi o prospettive di riforma», *Rivista trimestrale di Diritto penale dell' economia*, anno XI, n. 4, ottobre-dicembre, Cedam, 1998.

MARTÍN CANIVELL, J., «Prevaricación», *La Ley*, 1/1996, D-42.

MARTÍN GONZÁLEZ, F.: véase Ignacio Serrano Butragueño.

MARTÍN MATEO, R., ***Manual de Derecho administrativo***, 21.ª edición, Ed. Trivium, Madrid, 2002.

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., «**El concepto de Administración pública de la ley de lo contencioso**, tras la Constitución de 1978», *Revista de Administración Pública*, número 96, 1981.

MARTÍNEZ PÉREZ, C., «**La circunstancia agravante de precio, recompensa o promesa**», *Cuadernos de Política Criminal*, número 19, Madrid, 1983.

MARTÍN-RETORTILLO, S., «**Presupuestos constitucionales** de la función administrativa en el Derecho positivo español», *Revista de Administración Pública*, número 26, 1958.

MARTOS NÚÑEZ, J. A., «**La circunstancia de precio**, recompensa o promesa en el sistema penal español», *Revista de Derecho penal y Criminología*, número 2, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Facultad de Derecho, Madrid, 1992.

MATA BARRANCO, N. J. DE LA, y ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, X., ***Malversación** y lesión del patrimonio público. Apropiación, distracción y desviación por funcionario, de caudales públicos*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1995.

MATA BARRANCO, N. J. DE LA, ***Tutela penal de la propiedad** y delitos de apropiación*, (El dinero como objeto material de los delitos de hurto y apropiación indebida), Ed. P.P.U., Barcelona, 1994.

—«**Los delitos de malversación**», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, número 11, 1997.

—***Relación concursal** entre los delitos de cohecho y prevaricación*, en Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, Volumen II, Dirigido por Luis A. Arroyo Zapatero e Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Ediciones Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001.

MATA BARRANCO, N. J. DE LA: véase Manuel Cobo del Rosal.

MAURACH, R., ***Deutsches Strafrecht***, Besonderer Teil, 5. Auflage, Verlag C. F. Müller, Karlsruhe, 1969.

MAURACH, R.; SCHROEDER, F-C.; MAIWALD, M., ***Strafrecht***, Besonderer Teil, Teilband 2, 7. Auflage, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1991.

MAURACH, R.; GÖSSEL, K. H.; ZIPF, H., ***Derecho penal***, Parte General 2, Traducción de la 7.ª edición alemana por Jorge Bofill Genzsch, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1995.

MAURACH, R.; ZIPF, H., ***Strafrecht***, Allgemeiner Teil, Teilband 1, *Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat*, 8. Auflage, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1992.

MAZZA, L., «**Delitti contro la pubblica amministrazione**: prospettive di ulteriore riforma», *Rivista trimestrale di Diritto penale dell' economia*, anno V, n. 3, luglio-settembre, Cedam, 1992.

MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., ***Los delitos de peligro** y sus técnicas de tipificación*, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho

de la Universidad Complutense de Madrid, Centro de Estudios Judiciales, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.

—*Sobre la naturaleza de los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos*, en Estudios jurídicos en memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz, volumen II, Valencia, 1997.

—*Los delitos de los funcionarios públicos en el Código penal*, en Hacia un Derecho penal sin fronteras, Coordinadoras: M.ª Rosario Diego Díaz-Santos y Virginia Sánchez López, Ed. Colex, Madrid, 2000.

MESTRE DELGADO, E., ***Responsabilidad penal de alcaldes y concejales***, Ed. Civitas, Madrid, 1988.

MESTRE LÓPEZ, J., ***El delito de desobediencia*** *a la autoridad o a sus agentes* (Estudio del Artículo 237 del Código Penal), Ed. Bosch, Barcelona, 1986.

MEZGER, E., **Tratado de Derecho Penal**, Nueva edición, revisada y puesta al día por José Arturo Rodríguez Muñoz, Tomo I, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.

MIR PUIG, C., «**De la malversación de caudales públicos**: propuesta de una nueva interpretación del art. 397 del Código penal», *Cuadernos de Política Criminal*, número 43, Madrid, 1991.

—*Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código penal*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2000.

MIR PUIG, S., ***Introducción*** *a las bases del Derecho Penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1982.

—*Negociaciones prohibidas a los funcionarios*, Nueva Enciclopedia Jurídica, Tomo XVII, Ed. Seix, Barcelona, 1982.

—*Nombramientos ilegales*, Nueva Enciclopedia Jurídica, Tomo XVII, Ed. Seix, Barcelona, 1982.

—«**Bien jurídico** y bien jurídico-penal como límites del Ius puniendi», *Estudios Penales y Criminológicos*, número XIV, Universidad de Santiago de Compostela, 1991.

—«**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 de Derecho Judicial*, Escuela Judicial/Consejo General del Poder Judicial, XXX, Madrid, 1996.

—*Derecho Penal, Parte General*, 5.ª edición, Ed. Reppertor, Barcelona, 1998.

—*Derecho Penal, Parte General*, **6.ª edición**, Ed. Reppertor, Barcelona, 2002.

MIRRI, M. B., «**Corruzione propria e corruzione impropria** tra Costituzione e politica legislativa», *Rivista italiana di Diritto e Procedura penale*, Milano, 1980.

MOLARI, A., ***La tutela penale*** *della condanna civile*, Cedam, Padova, 1960.

MOLLÁ NEBOT, M. S., ***Responsabilidad judicial*** *per iniuriam iudicis. Aspectos penales en Derecho romano clásico*, en Estudios jurídicos en memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz, volumen II, Valencia, 1997.

MONER MUÑOZ, E., «**Reflexiones sobre el cohecho activo impropio**. Doctrina del Tribunal Supremo», *Revista General de Derecho*, números 604-605, enero-febrero, 1995.

MORAL GARCÍA, A. DEL y SERRANO BUTRAGUEÑO, I. (Coord.), ***Código Penal***, Comentarios y jurisprudencia (Adaptado al euro), Tomo II, Arts. 138 a 639, Ed. Comares, Granada, 2002.

MORALES GARCÍA, O.: véase Gonzalo Quintero Olivares.

MORALES GARCÍA, O., «**Fondos reservados**, revelación de secretos y denegación de auxilio, (A propósito de los últimos pronunciamientos del Tribunal Supremo», *Actualidad Penal*, número 16, 1996.

—*Los delitos de malversación, Apropiación, utilización temporal y administración desleal de caudales públicos*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999.

MORALES PRATS, F., ***La tutela penal de la intimidad:*** *privacy e informática*, Ediciones Destino, Colección Nuevo Derecho, Barcelona, 1984.

—**«Garantías penales y secreto sumarial»**, *La Ley*, 2/1985.

MORALES PRATS, F.: véase Gonzalo Quintero Olivares.

MORELL OCAÑA, L., «**El "criterium" de la Administración pública** y el Derecho administrativo contemporáneos», *Revista Española de Derecho Administrativo*, número 29, 1981.

MORENO CATENA, V.: véase Vicente Gimeno Sendra.

MORILLAS CUEVA, L. y PORTILLA CONTRERAS, G., «**Los delitos de revelación de secretos, uso de información privilegiada, cohecho impropio y tráfico de influencias** (Comentarios a la Ley Orgánica 9/1991, de 22 de marzo)», *Revista de Derecho Público*, Comentarios a la Legislación Penal, Dirigidos por Manuel Cobo del Rosal y coordinados por Miguel Bajo Fernández, Tomo XVI, Ed. Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1994.

MORILLAS CUEVA, L.: véase Manuel Cobo del Rosal.

MUERZA ESPARZA, J.: véase Andrés de la Oliva Santos.

MUÑOZ CONDE, F., ***Teoría*** *general del delito*, 2.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.

—***Derecho penal, Parte especial, 8.ª edición***, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990.

—*Los nuevos delitos de tráfico de influencias, revelación de secretos e informaciones y uso indebido de información privilegiada*, Comentarios a la Ley Orgánica 9/1991, de 22 de marzo, por la que se reforma el Código penal, ***Apéndice*** a: Muñoz Conde, Derecho Penal, Parte Especial, 8.ª edición, Valencia, 1990, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991.

—***Derecho penal, Parte especial,*** **10.ª edición**, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

—**«Los delitos contra la Administración pública** en el nuevo Código penal», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, número 11, 1997.

—***Derecho penal, Parte especial,*** **12.ª edición**, completamente revisada y puesta al día, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

—***Introducción*** *al Derecho penal*, 2.ª edición, Ed. B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2001.

—***Derecho penal, Parte especial,*** **14.ª edición**, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., ***Derecho Penal***, Parte General, 5.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

MUÑOZ SÁNCHEZ, J., ***El delito de detención***, Ed. Trotta, Madrid, 1992.

MURGA, J. L., **«Las acciones populares en el municipio de Irni»**, *Bulletino dell' Istituto di Diritto romano Vittorio Scialoja*, terza serie, vol. XXVII, Milano, 1985.

MUSCO, E., **«A propósito de la tutela penal de la Administración pública»**, *Revista Penal*, número 9, 2002.

—***I delitti di corruzione*** *nel codice penale italiano*, en Fraude y corrupción en la Administración Pública. Delitos financieros, fraude y corrupción en Europa, volumen III, Edición a cargo de Juan Carlos Ferré Olivé, Universidad de Salamanca, 2002.

NAVARRO CARDOSO, F., ***Infracción administrativa y delito:*** *límites a la intervención del Derecho penal*, Ed. Colex, Madrid, 2001.

NIETO, A., «De la República a la Democracia: **la Administración española del franquismo**», *Revista Española de Derecho Administrativo*, número 11, 1976.

NÚÑEZ BARBERO, R., ***La reforma penal de 1870***, Secretariado de publicaciones e intercambio científico de la Universidad de Salamanca, 1969.

O'CALLAGHAN, X., ***Compendio de Derecho Civil***, Tomo **IV**, Derecho de Familia, 4.ª edición, Edersa, Madrid, 1996.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., **«El bien ju-**

rídico protegido en los capítulos VI y VII del título II del Código Penal», *Cuadernos de Política Criminal*, número 1, Madrid, 1977.

—*La prevaricación del funcionario público*, Ed. Civitas, Madrid, 1980.

—«De nuevo sobre **el interés protegido en atentados, desacatos y figuras afines»**, *Cuadernos de Política Criminal*, número 11, Madrid, 1980.

—***Sobre el concepto del Derecho Penal***, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, Madrid, 1981.

—«Función y límites del **principio de exclusiva protección de bienes jurídicos»**, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XLIII, Fascículo I, enero-abril, 1990.

—«**El delito de prevaricación** de los funcionarios públicos en el Código penal», *La Ley*, 5/1996, D-305.

—«**Los delitos relativos al tráfico de influencias**», *La Ley*, 5/1998, D-231.

—***Derecho penal, Poderes públicos y negocios*** *(con especial referencia a los delitos de cohecho)*, en El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos, Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López, Ed. Comares, Granada, 1999.

—«**Un ejemplo de norma jeroglífica**: el artículo 329 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) —Algunas cuestiones (y ciertas respuestas) sobre consumación, tentativa, autoría, participación y pena referidas al art. 329 CP (y figuras afines)—», *Revista de Derecho y Proceso Penal*, número 3, 2000.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. y HUERTA TOCILDO, S., ***Derecho Penal***, Parte General, Teoría Jurídica del Delito, 2.ª edición, Editor Rafael Castellanos, Madrid, 1986.

OLAIZOLA NOGALES, I., «**Cohecho y amenazas**: la relación entre ambos delitos, (A propósito de la STS de 17 de marzo de 1992)», *Poder Judicial*, 2.ª época/número 40, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.

—«**Concepto de funcionario público** a efectos penales», en *Delitos contra la Administración Pública*, Edición al cuidado de Adela Asua Batarrita, IVAP, Bilbao, 1997.

—***El delito de cohecho***, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

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, Tomo I, Ed. Bosch, Barcelona, 1983.

OLIVA SANTOS, A. DE LA, ARAGONESES MARTÍNEZ, S., HINOJOSA SEGOVIA, R., MUERZA ESPARZA, J. y TOMÉ GARCÍA, J. A., ***Derecho Procesal Penal***, 3.ª edición, Ed. Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 1997.

OLIVEROS ROSELLÓ, J., «**La malversación en el Código penal de 1995**», en *Los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995*, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Escuela Judicial/Consejo General del Poder Judicial, XXX, Madrid, 1996.

OLMEDO CARDENETE, M. D., ***La inducción*** *como forma de participación accesoria*, Edersa, Madrid, 1999.

ORTEGO COSTALES, J., ***Teoría de la parte especial*** *del Derecho Penal*, Ed. Dykinson, Salamanca, 1988.

ORTIZ DE ZÚÑIGA, M.: véase José de Castro y Orozco.

ORTS BERENGUER, E.: véase Manuel Cobo del Rosal.

ORTS BERENGUER, E., «Consideraciones sobre la fase interna y **los actos preparatorios del delito»**, *Cuadernos de Política Criminal*, número 18, Madrid, 1982.

—«Revelación y uso indebido de secretos e informaciones», en *Delitos de los funcionarios públicos*, Director Enrique Orts Berenguer, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo

General del Poder Judicial, IV, Madrid, 1994.

—***Consideraciones sobre los delitos de abandono de destino*** *y omisión del deber de perseguir delitos y de desobediencia y denegación de auxilio*, en Los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Escuela Judicial/Consejo General del Poder Judicial, XXX, Madrid, 1996.

ORTS BERENGUER, E.: véase Tomás Salvador Vives Antón.

ORTS GONZÁLEZ, M. D., ***El delito de usurpación*** *típica de funciones públicas*, Servicio de Publicaciones, Universidad de Córdoba, 1987.

OTTO, H., ***Grundkurs*** *Strafrecht*, Die einzelnen Delikte, 4. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1995.

PACHECO, J. F., ***El Código penal*** *concordado y comentado*, 5.ª edición, **Tomo I**, Madrid, 1881.

—***El Código penal*** *concordado y comentado*, 5.ª edición, *Tomo II*, Madrid, 1881.

PADOVANI, T., ***Diritto Penale***, 3.ª edizione, Giuffrè Editore, Milano, 1995.

PAGLIARD, A., ***Bene giuridico e interpretazione*** *della legge penale*, en Studi in onore di Francesco Antolisei, volume secondo, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1965.

—«**La retribuzione indebita** come nucleo essenziale dei delitti di corruzione», *Rivista italiana di Diritto e Procedura penale*, Milano, 1974.

—***Principi di Diritto penale***, Parte speciale. Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, quarta edizione, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1986.

—«**Per una modifica** delle norme in tema di corruzione e concussione», *Rivista trimestrale di Diritto penale dell'economia*, anno VIII, n. 1, gennaio-marzo, Cedam, 1995.

—«**La lotta contro la corruzione** e la recente esperienza italiana "mani pulite"», *Rivista trimestrale di Diritto penale dell'economia*, anno X, n. 4, ottobre-dicembre, Cedam, 1997.

PALAZZO, F. C., ***La riforma dei delitti dei pubblici ufficiali:*** *un primo sguardo d'insieme*, en Studi in onore di Giuliano Vassalli, Evoluzione e riforma del Diritto e della Procedura penale, 1945-1990, volume I, Diritto penale, Giuffrè Editore, Milano, 1991.

PALOMBI, E., ***Il delitto di concussione***, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1979.

PANNAIN, R., ***I delitti dei pubblici ufficiali*** *contro la pubblica amministrazione*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1966.

PARADA VÁZQUEZ, R., ***Derecho administrativo*** **I**, Parte general, 9.ª edición, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997.

—***Derecho administrativo*** **I**, Parte general, **12.ª edición**, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2000.

PAREJO ALFONSO, L. (Coord.), JIMÉNEZ BLANCO, A. y ORTEGA ÁLVAREZ, L., ***Manual de Derecho administrativo***, volumen I, 5.ª edición, Ariel Derecho, Barcelona, 1998.

PARODI GIUSINO, M., ***I reati di pericolo*** *tra dogmatica e politica criminale*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1990.

PAZ RUBIO, J. M.: véase Cándido Conde-Pumpido Ferreiro.

PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C.; DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L.; BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R., y SALVADOR CODERCH, P. (directores), ***Comentario*** *del Código Civil*, Tomo *I*, 2.ª edición, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993.

PECES MORATE, J. E., **«Publicidad y secreto sumarial»**, en *El Poder Judicial en el conjunto de los Poderes del Estado y de la Sociedad, Poder Judicial*, Número especial XI, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.

PECES-BARBA, G., ***La Constitución española de 1978: un estudio de derecho y política***, 2.ª edición, Fernando Torres-Editor, Valencia, 1984.

PEDRAZ PENALVA, E., **«Notas sobre publicidad y proceso»**, en *El Poder Judicial en el conjunto de los Poderes del Estado y de la Sociedad, Poder Judicial*, Número especial XI, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.

PEDRAZZI, C., ***Millantato credito, trafic d'influence, influence peddling***, en Studi in onore di Biagio Petrocelli, Tomo terzo, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1972.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., ***Derecho de Familia***, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, Madrid, 1989.

PEÑA Y PEÑA, V.: véase Ramón Blecua Fraga y José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto.

PEÑARANDA RAMOS, E., *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, Ed. Tecnos, Madrid, 1990.

—*Concurso de leyes, error y participación en el delito*, Ed. Civitas, Madrid, 1991.

PERA VERDAGUER, F., *Comentarios a la Ley de lo Contencioso-Administrativo*, Ley 29/1998, de 13 de julio, con jurisprudencia y formularios, 6.ª edición, Ed. Bosch, Barcelona, 1998.

PÉREZ MANZANO, M.: véase Miguel Bajo Fernández.

PETRAGNANI GELOSI, G., ***Usurpazione di pubbliche funzioni***, Digesto delle Discipline Penalistiche, XV, U-Z, quarta edizione, UTET, 1999.

PETRONE, M., **«La nuova disciplina** dei delitti degli agenti pubblici contro la P. A.: dalle prospettive di riforma alla legge n. 86/90», *Rivista italiana di Diritto e Procedura penale*, fasc. 3, luglio-settembre, Milano, 1993.

PIOTET, P., ***Systematik der Verbrechenselemente und Teilnahmelehre***, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», 1957.

PISAPIA, G. D., ***Istituzioni di Diritto penale***, Parte generale e Parte speciale, terza edizione, Cedam-Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1975.

POLAINO NAVARRETE, M., ***Los elementos subjetivos del injusto en el Código penal español***, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1972.

—***El bien jurídico en el Derecho penal***, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1974.

—***El delito de detención ilegal***, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1982.

POLAINO NAVARRETE, M.: véase Manuel Cobo del Rosal.

POLITOFF, S., ***Los elementos subjetivos del tipo legal***, Editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1965.

PORTILLA CONTRERAS, G., ***El delito de práctica ilegal de detención por funcionario público***, Edersa, Madrid, 1990.

—**«Principio de intervención mínima** y bienes jurídicos colectivos», *Cuadernos de Política Criminal*, número 39, Madrid, 1989.

PORTILLA CONTRERAS, G.: véase Lorenzo Morillas Cueva.

PORTILLA CONTRERAS, G.: véase Manuel Cobo del Rosal.

PRATS CANUT, J. M.: véase Gonzalo Quintero Olivares.

PUIG FERRIOL, L.: véase Cándido Paz-Ares Rodríguez.

PUIG PEÑA, F., ***Colisión de normas penales***, *Concurso aparente de leyes punitivas*, Ed. Bosch, Barcelona, 1955.

—***Derecho Penal***, Parte Especial, Tomo III, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969.

—***Derecho Penal***, Parte Especial, Tomo II, 7.ª edición actualizada con la colaboración de Gregorio Ortiz Ricol, 1988.

QUERALT JIMÉNEZ, J. J., **«El concepto penal de funcionario público»**, *Cuadernos de Política Criminal*, número 27, Madrid, 1985.

—***Derecho penal español***, Parte especial, 2.ª edición. J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1992.

—***Derecho penal español***, Parte especial, **4.ª edición**, Ed. Atelier, Barcelona, 2002.

QUERALT JIMÉNEZ, J. J., ***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 Código penal de 1995, Tomo II, Parte Especial, Coordinador de Edición José Domingo Martín Espino, Centro Superior de Estudios/Ed. Colex, 1997.

QUINTANA LÓPEZ, T., ***El control jurisdiccional de las decisiones parlamentarias***, en Estudios sobre la Constitución española, Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, Tomo III, Ed. Civitas, Madrid, 1991.

QUINTANO RIPOLLÉS, A., ***Curso de Derecho penal***, Tomo II, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963.

—***Comentarios al Código Penal***, 2.ª edición, renovada por el autor y puesta al día en textos jurisprudenciales y bibliográficos por Enrique Gimbernat Ordeig, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1966.

QUINTERO OLIVARES, G., ***Los delitos especiales*** *y la teoría de la participación*, Ed. Cymys, Barcelona, 1974.

—**«El delito de desobediencia y la desobediencia justificada»**, *Cuadernos de Política Criminal*, número 12, 1980.

—**«Los delitos contra la administración de justicia»**, en *El Proyecto de Código Penal, Revista Jurídica de Cataluña*, número extra, Barcelona, 1980.

—**«La colaboración entre poderes** y la denegación de auxilio», en *Seguridad ciudadana, Poder Judicial*, Número especial VIII, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.

—**«El hurto»**, en *La reforma del Código penal de 1983, Revista de Derecho Público*, Comentarios a la Legislación Penal, Dirigidos por Manuel Cobo del Rosal y coordinados por Miguel Bajo Fernández, Tomo V, volumen 2.°, Ed. Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1985.

—**«La autotutela**, los límites al poder sancionador de la Administración pública y los principios inspiradores del Derecho penal», *Revista de Administración Pública*, número 126, 1991.

QUINTERO OLIVARES, G.; MORALES PRATS, F.; VALLE MUÑIZ, J. M.; PRATS CANUT, J. M.; TAMARIT SUMALLA, J. M. y GARCÍA ALBERO, R., ***Comentarios a la Parte Especial*** *del Derecho Penal*, **2.ª edición**, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999.

—***Comentarios al Nuevo Código Penal***, 2.ª edición, Ed. Aranzadi, Elcano, 2001.

—***Comentarios a la Parte Especial*** *del Derecho Penal*, **3.ª edición**, Ed. Aranzadi-A Thomson Company, Cizur Menor (Navarra), 2002.

QUINTERO OLIVARES, G.; MORALES PRATS, F. y PRATS CANUT, J. M., ***Manual*** *de Derecho Penal*, Parte General, 3.ª edición, Ed. Aranzadi A Thomson Company, Elcano, 2002.

RACIONERO CARMONA, F., ***Derecho Penitenciario*** *y privación de libertad*, Una perspectiva judicial, Ed. Dykinson, Madrid, 1999.

RAMOS MEJÍA, E., ***El delito de concusión*** *(Exigencia de dádivas en el ámbito de la función pública)*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1963.

RAMOS TAPIA, M. I., ***El delito de prevaricación judicial***, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

RAMPIONI, R., ***Bene giuridico*** *e delitti dei pubblici ufficiali contro la P. A.*, Casa Editrice Dott. A. Giuffrè, Milano, 1984.

RANIERI, S., ***Manuale*** *di Diritto penale*, Volume secondo, Parte speciale, Seconda edizione rinovata e aggiornata, Cedam-Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1962.

REBOLLO VARGAS, R., ***La revelación de secre-***

tos e informaciones por funcionario público, Ed. Cedecs, Barcelona, 1996.

—*Notas y consecuencias de una lectura constitucional del bien jurídico protegido en el T. XIX, L. II. del Código penal español (Delitos contra la Administración pública)*, en Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, Volumen II, Dirigido por Luis A. Arroyo Zapatero e Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Ediciones Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001.

RECODER DE CASSO, E.: véase Fernando Garrido Falla.

REIGOSA GONZÁLEZ, J. J., **«La prevaricación judicial»**, en *Delitos de los funcionarios públicos*, Director Enrique Orts Berenguer, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, IV, Madrid, 1994.

RENGIER, R., *Strafrecht*, Besonderer Teil II, Delikte gegen die Person und Allgemeinheit, Verlag C. H. Beck, München, 1998.

REQUEJO PRIETO, J. M., ***Introducción*** a la obra de M. Tulio Cicerón, *Discursos,* Tomo I, Verrinas, Ed. Gredos, Madrid, 1990.

RICCIO, S., *Amministrazione pubblica (delitti contro l')*, Novissimo Digesto italiano, I. 1, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1958.

RITTLER, T., *Das Strafrecht Österreichs und der Streik der Beamten*, en Studien zur Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Ulrich Stock zum 70. Geburtstag, Holzner-Verlag, Würzburg, 1966.

RIVERA HERNÁNDEZ, J. M.ª, **«Los delitos de cohecho**, tráfico de influencias, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de la función», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, número 11, 1997.

ROCA AGAPITO, L., ***El delito de malversación de caudales públicos***, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1999.

RODRÍGUEZ ALONSO, A., ***Lecciones de Derecho Penitenciario***, (Adaptadas a la normativa legal vigente), Ed. Comares, Granada, 1997.

RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.: véase José Arturo Rodríguez Muñoz.

RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., ***Cohecho***, Nueva Enciclopedia Jurídica, Tomo IV, Ed. Seix, Barcelona, 1952.

—**«Consideraciones** generales sobre los delitos contra la propiedad», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XIII, Fascículo I, 1960.

—***Derecho penal español,*** **Parte especial, 13.ª edición**, revisada y puesta al día por Alfonso Serrano Gómez, Ed. Dykinson, Madrid, 1990.

RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. y SERRANO GÓMEZ, A., ***Derecho penal español***, Parte general, 18.ª edición, Ed. Dykinson, Madrid, 1995.

—***Derecho penal español,*** **Parte especial**, 18.ª edición, Ed. Dykinson, Madrid, 1995.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R., **«El secreto del sumario** como límite al derecho a la libertad de información», en *La instrucción del sumario y las diligencias previas*, director Andrés Martínez Arrieta, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998.

—***La libertad de información*** *y el secreto de la instrucción*, Consecuencias penales, Propuestas, Colección Proceso Penal Práctico, Ed. Comares, Granada, 2000.

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., ***Delitos de peligro,*** *dolo e imprudencia*, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Centro de Estudios Judiciales, Ministerio de Justicia, Madrid, 1994.

RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: véase Juan Córdoba Roda.

RODRÍGUEZ MOURULLO, G., **«La punición de los actos preparatorios»**, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XXI, Fascículo II, 1968.

—«**El autor mediato** en Derecho penal español», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XXII, Fascículo III, 1969.

—***Derecho Penal***, Parte General, 1.ª edición, Ed. Civitas, Madrid, 1977.

RODRÍGUEZ MOURULLO, G., JORGE BARREIRO, A., SUÁREZ GONZÁLEZ, C., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., CANCIO MELIÁ, M. y FEIJÓO SÁNCHEZ, B., ***Comentarios al Código penal***, 1.ª edición, Ed. Civitas, Madrid, 1997.

RODRÍGUEZ MUÑOZ, J. A., JASO ROLDÁN, T. y RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., ***Derecho penal***, Tomo II, Parte especial, Madrid, 1949.

RODRÍGUEZ PUERTA, M. J.: véase Gonzalo Quintero Olivares.

RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., ***El delito de cohecho:*** *problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999.

—***La responsabilidad del particular*** *en el delito de cohecho* (Comentarios a la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1998), Revista de Derecho y Proceso Penal, número 1, 1999.

RODRÍGUEZ RAMOS, L., ***Posible inconstitucionalidad*** *del art. 483 del Código penal*, en Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona, Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain, Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 1989.

—«**Transfuguismo retribuido y cohecho**», *Actualidad Penal*, número 22, 1994.

RODRÍGUEZ RAMOS, L: véase Jacobo López Barja de Quiroga.

ROLDÁN BARBERO, H., «**El delito de desobediencia** y la resistencia de la Administración al cumplimiento de las sentencias y otras resoluciones judiciales en el procedimiento contencioso-administrativo», *La Ley*, 2/1990.

—«**De la prevaricación administrativa**», *Revista de Derecho penal y Criminología*, número 3, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Facultad de Derecho, Madrid, 1993.

—«**Sobre el delito de infidelidad en la custodia de documentos**», *La Ley*, 4/1994.

—***El delito de desobediencia funcionarial***, *La Ley*, 1/1996, D-65.

—***La infidelidad en la custodia de documentos***, *La Ley*, 3/1996, D-203.

ROMEO CASABONA, C. M., «**El error evitable de prohibición** en el Proyecto de 1980», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XXXIV, Fascículos II y III, 1981.

—***Peligrosidad y Derecho penal preventivo***, Ed. Bosch, Barcelona, 1986.

ROXIN, C., *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre, 3. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 1997 (conjuntamente, en su caso, se cita su ***Derecho Penal***, Parte General, Tomo I, Fundamentos, La estructura de la Teoría del delito, Traducción de la 2.ª edición alemana y notas por Luzón Peña, Díaz y García Conlledo y De Vicente Remesal, Ed. Civitas, Madrid, 1997).

RUDOLPHI, H. J., ***Die verschiedenen Aspekte*** *des Rechtsgutsbegriffs*, en Festschrift für Richard M. Honig, Verlag Otto Schwartz & Co., Göttingen, 1970.

—Comentario a los parágrafos 331 y ss., en ***Systematischer Kommentar*** *zum Strafgesetzbuch*, 2, Besonderer Teil (§§ 223-358), Luchterhand, 5. Auflage, 1997.

RUEDA MARTÍN, M. A., «**Reflexiones** sobre la participación de extraños en los delitos contra la Administración Pública», *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2.ª época, número 8, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Facultad de Derecho, Madrid, 2001.

RUIZ DE GORDEZUELA LÓPEZ, L.: véase Jacobo López Barja de Quiroga.

SÁINZ CANTERO, J. A., ***Lecciones de Derecho Penal***, Parte General, 3.ª edición, Ed. Bosch, Barcelona, 1990.

SÁINZ DE ROBLES SANTA CECILIA, C., ***Contribución*** *a la teoría general de los delitos de*

los funcionarios, 1985, (Tesis doctoral inédita).

SAINZ DE ROZAS BEDIALAUNETA, R., ***Los delitos de desobediencia** y de denegación de cooperación o auxilio*, en Delitos contra la Administración Pública, Edición al cuidado de Adela Asua Batarrita, IVAP, Bilbao, 1997.

SÁINZ MORENO, F., ***Secreto e información en el Derecho Público***, en Estudios sobre la Constitución española, Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, Tomo III, Ed. Civitas, Madrid, 1991.

SALCEDO VELASCO, A., ***El quebrantamiento de condena. Los arts. 468 a 471 del nuevo Código penal***, en Delitos contra la Administración de Justicia, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Escuela Judicial/Consejo General del Poder Judicial, IV, Madrid, 1997.

SAN MARTÍN LOSADA, L., ***El Código Penal de 1928***, Su estudio y comparación con el de 1870, Imprenta Clásica Española, Madrid, 1928.

SÁNCHEZ AGESTA, L., ***Sistema político de la Constitución española de 1978. Ensayo de un sistema***, 6.ª edición, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1991.

SÁNCHEZ MARTÍNEZ, F., ***El delito de tráfico de influencias***, en Estudios penales y jurídicos, Homenaje al Prof. Dr. Enrique Casas Barquero, Córdoba, 1996.

SÁNCHEZ MORÓN, M., ***Notas sobre la función administrativa en la Constitución española de 1978***, en La Constitución Española de 1978, Estudio dirigido por los profesores Alberto Pedrieri y Eduardo García de Enterría, 2.ª edición, Ed. Civitas, Madrid, 1988.

SÁNCHEZ-TEJERINA, I., ***Derecho penal español***, Tomo II, Parte especial, 5.ª edición, Madrid, 1950.

SANCHO CASAJÚS, C., ***Singularidades del procedimiento de la Ley Penal del Menor (LO 5/2000). Especial consideración del papel del Ministerio Fiscal***, en El nuevo Derecho penal juvenil español, Edición a cargo de Miguel Ángel Boldova Pasamar, Monografías de la Revista aragonesa de Administración Pública, Gobierno de Aragón, Zaragoza, 2002.

SANCHO REBULLIDA, F. A. y RAMS ALBESA, J., en Lacruz/Sancho/Luna/Rivero/ Rams, ***Elementos de Derecho Civil***, IV, Derecho de familia, 4.ª edición, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1997.

SANTALUCIA, B., ***Derecho penal romano***, traducción de Javier Paricio y Carmen Velasco, Ed. Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A., «**Sobre la personalidad jurídica de las Cortes Generales**. Una aproximación a los problemas de las organizaciones estatales no administrativas», *Revista de Derecho Político*, número 9, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1981.

SANTANIELLO, G., ***Manuale** di Diritto penale*, Terza edizione, Dott. A. Giuffrè-Editore, Milano, 1967.

SANTORO, A., ***Manuale** di diritto penale, I*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1958.

—***Manuale** di diritto penale* II, Parte speciale: Delitti contro lo Stato, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1962.

SANZ MORÁN, A., ***El concurso de delitos**. Aspectos de política legislativa*, Secretariado de publicaciones, Universidad de Valladolid, 1986.

SAPENA GRAU, F.: véase Josep M.ª Tamarit Sumalla.

SCHLÜCHTER, E., «**Die Abgeordnetenbestechung** im deutschen Strafrechtssystem», *Rivista trimestrale di Diritto penale dell' economia*, anno VII, n. 3, luglio-settembre, Cedam, 1994.

SCHMID, W., ***«Bedingter Handlungswille» beim Versuch und im Bereich der strafbaren Vorbereitungshandlungen***, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 1962.

SCHMIDHÄUSER, E., ***Strafrecht***, Allgemeiner Teil, Lehrbuch, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1970.

—***Strafrecht***, Allgemeiner Teil, Lehrbuch, 2. ***Auflage***, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1975.

—***Strafrecht***, Besonderer Teil, 2. Auflage, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1983.

—***Strafrecht***, Allgemeiner Teil, Studienbuch, 2. Auflage, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1984.

SCHMIDT, E., ***Die Bestechungstatbestände*** *in der höchstrichterlichen Rechtsprechung von 1879 bis 1959*, Verlag C. H. Beck, München und Berlin, 1960.

SCHMIDT, R., ***Grundriss des deutschen Strafrechts***, Verlag von C. L. Hirschfeld, Leipzig, 1925.

SCHÖNKE, A. y SCHRÖDER, H., ***Strafgesetzbuch Kommentar,*** **17. Auflage**, Verlag C. H. Beck, München, 1974.

SCHÖNKE, A. y SCHRÖDER, H., ***Strafgesetzbuch Kommentar***, 26. Auflage (Lenckner, Cramer, Heine, Eser, Stree, Perron, Sternberg-Lieben), Verlag C. H. Beck, München, 2001 (se cita al autor que comenta el parágrafo correspondiente).

SCHRÖDER, H., ***Das Rechtsgut der Bestechungsdelikte*** *und die Bestechlichkeit des Ermessensbeamten*, Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 1961.

SCHROEDER, F.-C., ***Der Täter hinter der Täter***, Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft, Duncker & Humblot, Berlin, 1965.

SCHÜTZE, T. R., ***Lehrbuch*** *des Deutschen Strafrechts*, 2. Auflage, J. M. Gebhardt's Verlag, Leipzig, 1874.

SCHWIEGER, D., ***Der Vorteilsbegriff*** *in den Bestechungsdelikten des StGB*, Peter Lang, Frankfurt, 1996.

SEMINARA, S., Comentario al Título II, Libro II del Código penal italiano, en Crespi/Stella/Zuccalà, ***Commentario*** *breve al Codice Penale*, Cedam, Padova, 1992.

—«**Gli interessi tutelati** nei reati di corruzione», *Rivista italiana di Diritto e Procedura penale*, fasc. 3, luglio-settembre, Milano, 1993.

—Comentario al Título II, Libro II del Código penal italiano, en Crespi/Stella/Zuccalà, ***Commentario*** *breve al Codice Penale*, **3.ª edizione**, Cedam, Padova, 1999.

SERRANO ALBERCA, J. M.: véase Fernando Garrido Falla.

SERRANO BUTRAGUEÑO, I.; RUIZ VADILLO, E.; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.; BERNAL VALLS, J.; MAMZANARES SAMANIEGO, J. L.; BAJO FERNÁNDEZ, M.; LOZANO MIRALLES, J.; MARTÍN GONZÁLEZ, F. y TORO MARZAL, A. DEL, ***Delitos contra la Administración de Justicia***, Artículos 325 a 338 bis del Código Penal (acusación y denuncia falsa, falso testimonio y otros delitos), Ed. Comares, Instituto de Estudios Penales Marqués de Beccaria, Granada, 1995.

SERRANO GÓMEZ, A.: véase José María Rodríguez Devesa.

SERRANO GÓMEZ, A., ***Derecho Penal***, Parte Especial, 7.ª edición, Ed. Dykinson, Madrid, 2002.

SILVA FORNÉ, D., «**Delitos sobre la ordenación del territorio**: bien jurídico tutelado y política criminal, *Revista de la Asociación Española de Ciencias Penales*, volumen 1, número 2, 2.º semestre, 1998.

—***Posibles obstáculos*** *para la aplicación de los principios penales al Derecho administrativo sancionador*, en La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo, Libro homenaje al Profesor doctor don José Cerezo Mir, Ed. Tecnos, Madrid, 2002.

SILVA SÁNCHEZ, J. M., ***Aproximación*** *al Derecho penal contemporáneo*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1992.

—«**¿Protección penal del medio ambiente?** Texto y contexto del artículo 325 del Código penal», *La Ley*, 3/1997, D-132.

SOLA RECHE, E., *La omisión del deber de in-*

tervenir para impedir determinados delitos del art. 450 CP, Ed. Comares, Granada, 1999.

SORIANO, J. E., «**El concepto de Derecho administrativo** y de la Administración pública en el Estado Social y Democrático de Derecho», *Revista de Administración Pública*, número 121, 1990.

SPINELLI, G., ***I delitti contro la pubblica amministrazione***, Dott. A. Giuffrè-Editore, Milano, 1964.

STAMPA BRAUN, J. M., ***Introducción a la Ciencia del Derecho Penal***, Artes Gráficas Miñón, Valladolid, 1953.

STILE, A. M., ***Amministrazione pubblica (delitti contro la)***, Digesto delle Discipline Penalistiche, I, A-B, quarta edizione, UTET, 1987.

STOCK, U., ***Entwicklung und Wesen der Amtsverbrechen***, Verlag von Theodor Weicher in Leipzig, 1932.

STORTONI, L., ***L'abuso di potere nel diritto penale***, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1976.

—«La nuova disciplina dei **delitti dei pubblici ufficiali contro la P. A.**: profili generali e spunti problematici», *Rivista trimestrale di Diritto penale dell' economia*, anno III, n. 2-3, aprile-settembre, Cedam, 1990.

STRATENWERTH, G., ***Strafrecht***, Allgemeiner Teil I, Die Straftat, 4. Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln, Berlin, Bonn, München, 2000.

SUÁREZ MONTES, R. F., ***El delito de malversación de caudales públicos***, Ed. Reus, Madrid, 1966.

—***Consideraciones político-criminales sobre el delito de tráfico de influencias***, en Política Criminal y Reforma Penal, Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal, Ed. Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1993.

TAGLIARINI, F., ***Il concetto di pubblica amministrazione nel Codice penale***, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1973.

TAMARIT SUMALLA, J. M., SAPENA GRAU, F. y GARCÍA ALBERO, R., ***Curso de Derecho Penitenciario***, (Adaptado al Nuevo Reglamento Penitenciario de 1996), Ed. Cedecs, Barcelona, 1996.

TAMARIT SUMALLA, J. M.: véase Gonzalo Quintero Olivares.

TERRADILLOS BASOCO, J., «**La satisfacción de necesidades** como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, número 63, Madrid, 1981.

TOMÉ GARCÍA, J. A.: véase Andrés de la Oliva Santos.

TOMÉ PAULE, J.: véase José Almagro Nosete.

TORÍO LÓPEZ, A., «**Racionalidad** y relatividad en las teorías jurídicas del delito», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XLII, Fascículo II, 1989.

TORNOS MAS, J., «**Comentarios** a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998», *Revista Española de Derecho Administrativo*, número 100, 1998.

TRÖNDLE, H.; FISCHER, T., ***Strafgesetzbuch und Nebengesetzse***, 50. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2001.

VALDÉS RUBIO, J. M., ***Derecho Penal***, su Filosofía, Historia, Legislación y Jurisprudencia, Tomo I, 4.ª edición, Madrid, 1909.

VALEIJE ÁLVAREZ, I., «**Consideraciones sobre el bien jurídico protegido en el delito de cohecho**», *Estudios Penales y Criminológicos*, número XVIII, Universidad de Santiago de Compostela, 1995.

—*El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: **el delito de cohecho***, Edersa, Madrid, 1995.

—«**Reflexiones** sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y "personas que desempeñan una función pública"», *Cuadernos de Política Criminal*, número 62, Madrid, 1997.

VALEIJE ÁLVAREZ, I.: véase Tomás Salvador Vives Antón.

VANNINI, O., ***Manuale** di Diritto penale italiano*, Parte speciale. I singoli delitti e le singole contravvenzioni, Dott. A. Giuffrè-Editore, Milano, 1951.

VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., CABEDO NEBOT, R., URQUÍA GÓMEZ, F., SEGOVIA LÓPEZ, L., GUTIÉRREZ CARBONELL, M., BRIONES VIVES, F. y LÓPEZ COIG, J. C., *Doctrina y jurisprudencia del **Código penal***, Ed. Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1988.

VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., «El consentimiento del ofendido en los delitos contra la Administración pública (Sobre el bien jurídico protegido en los delitos «del cargo»)», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, número 3, 2001.

VEGA RUIZ, J. A. DE, «**Los delitos contra la libertad sexual** en la LO 3/89, de 21 de junio, especial consideración de la violación», en *Jornadas de estudio sobre la nueva reforma del Código penal, Poder Judicial*, Número especial XII, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.

VENDITTI, R., ***Corruzione***, Enciclopedia del Diritto, X, Giuffrè Editore, 1962.

VIADA Y VILASECA, S., ***Código Penal** reformado de 1870*, Tomo II, 4.ª edición, Madrid, 1890.

VIRTO LARRUSCAIN, M. J., **El delito de prevaricación del funcionario público**, en Delitos contra la Administración Pública, Edición al cuidado de Adela Asua Batarrita, IVAP, Bilbao, 1997.

VIVES ANTÓN, T. S., ***La responsabilidad de los jueces** en el proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial, Estudios Penales y Criminológicos*, número IX, Universidad de Santiago de Compostela, 1986.

—*Introducción: **Estado de Derecho y Derecho Penal***, Revista de Derecho Público, Comentarios a la Legislación Penal, Dirigidos por Manuel Cobo del Rosal y coordinados por Miguel Bajo Fernández, Tomo I, Ed. *Revista de Derecho Privado*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1982.

VIVES ANTÓN, T. S. (Coordinador), CARBONELL MATEU, J. C., ORTS BERENGUER, E. y otros, ***Comentarios al Código Penal de 1995***, Volumen I (Arts. 1 a 233), Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

—***Comentarios al Código Penal de 1995***, Volumen II (Art. 234 a Disposiciones Finales), Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

VIVES ANTÓN, T. S., BOIX REIG, J., ORTS BERENGUER, E., CARBONELL MATEU, J. C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., ***Derecho Penal*, Parte Especial**, 3.ª edición revisada y actualizada, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

VIVES ANTÓN, T. S.: véase Manuel Cobo del Rosal.

VIZMANOS, T. M. DE, y ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C., ***Comentarios al Código penal***, Tomo II, Madrid, 1848.

WAGNER, H., ***Amtsverbrechen***, Duncker & Humblot, Berlin, 1975.

WELZEL, H., ***Das Deutsche Strafrecht**. Eine systematische Darstellung*, 11. Auflage, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1969.

WESSELS, J., ***Strafrecht***, Besonderer Teil/*1*, Straftaten gegen Persönlichkeits- und Gemeinschaftswerte, 18. Auflage, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1994.

ZABALEGUI MUÑOZ, M. C., ***La malversación de caudales públicos***, en Delitos de los funcionarios públicos, Director Enrique Orts Berenguer, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, IV, Madrid, 1994.

ZAFFARONI, E. R., ***Tratado de Derecho Penal***, Parte General, **III**, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1981.

ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *Fundamentos de Derecho Penal*, 3.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., ***Libertad Personal** y Seguridad Ciudadana*, Estudio del tipo de injusto del delito de detenciones ilegales practicadas por funcionario público, Ed. P.P.U., Barcelona, 1993.

1. *Teoría y arte de la interpretación*

R. Dworkin[14] ha insistido recientemente en que el derecho no es el resultado de una deducción lógica sino una práctica social interpretativa que crea o "construye" instituciones (carácter *rechtsschöpfende* en el sentido de Gadamer).[15] En la práctica interpretativa conforme a normas, las reglas de reconocimiento permiten identificar, como dice Hart,[16] las reglas del sistema que regulan dicha práctica, pero no explica cómo razonan los jueces, porque la dimensión preformativa del derecho "construye" la decisión y no simplemente la infiere a partir de las reglas identificadas.

El esfuerzo por controlar la corrección de la adjudicación o decisión, desde el reconocimiento que identifica las reglas conforme a las cuales la decisión se produce, exige el cumplimiento de una doble justificación, a saber, la interna o coherencia con el sistema jurídico, y la externa o adecuación con la mejor teoría política que subyazca tras el sistema y con la moralidad institucional que le sirve de base axiológica. La justificación externa permite distinguir las reglas de los principios y determina la caducidad histórica del positivismo legal que había sido renuente a la consideración de los principios. Dworkin reconoce explícitamente la supralegalidad de los principios y afirma el carácter sistemático del derecho en términos de nomodinámica (*Stufenbau)* y de contextualidad jurídico-política.

Decir esto significa que las fuentes primarias del derecho, esto es, la tradición de cultura y los principios jurídicos, no sólo son fuentes de integración (lagunas de la ley) sino de interpretación, pues las fuentes primarias, en cuanto a la atmósfera cultural que envuelve al sistema jurídico, son el hilo conductor que hace posible la decisión correcta.

Por eso, el problema de la verdad jurídica es *fronético* (de *frónesis*, sabiduría, conocimiento del valor) y no epistemático (de *espisteme*, ciencia), y la razonabilidad de lo resuelto en la sentencia requiere la doble justificación mencionada, más allá de una coherencia puramente formal y referida al *continuum* jurídico político que determina el trabajo del juez.

14 Dworkin, R., *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 1999, p. 155.

15 Gadamer, *El problema de la conciencia histórica*, trad. de Agustín Domingo Moratalla, Madrid, Tecnos, 2000, p. 110.

16 Hart, H. L. A., *El concepto del derecho,* trad. de Genaro Carrió, Buenos aires, Abeledo-Perrot, 1963, p. 134.

pio de la efectividad. Puede hablarse en estos casos según el profesor Delgado O.[13] de "la fuerza justificadora del éxito" para aludir al hecho de que un nuevo ordenamiento jurídico constitucional, dispone de una posibilidad efectiva de vincular compulsivamente la conducta de los ciudadanos".

En ese mismo orden de ideas, vale la pena destacar lo que hasta hora nuestra Sala Constitucional ha entendido por función de interpretación de la Constitución y métodos aplicables para tales propósitos, ampliamente reproducidos y destacados en fallo de julio del 2001, cuya ponencia es del mismo Delgado Ocando, y contenidos dentro de los siguientes interesantes párrafos:

> Inspirada en razones lógicas y teleológicas, así como en los novísimos postulados constitucionales que aspiran a una jurisdicción constitucional fuerte y extensible, así como en consideración al contenido del artículo 335 de la Constitución que establece: "El Tribunal Supremo de Justicia garantizará la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales; será el máximo y último intérprete de esta Constitución y velará por su uniforme interpretación y aplicación. Las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República"; la sala ha admitido poder acceder a interpretar las disposiciones constitucionales y, además, ha procedido a efectuar una diferenciación entre la acción de interpretación a que se refiere el numeral 24 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, cuyo conocimiento, de conformidad con dicho precepto, corresponde a la Sala Político Administrativa de este Tribunal y la acción tendiente al razonamiento y comprensión de una norma constitucional, que también es distinta de la que previene el artículo 266, numeral 6 constitucional. En tal sentido, la sala ha establecido igualmente, en virtud de la ausencia de preceptos que de manera expresa regulen este instrumento procesal, el contenido, la naturaleza jurídica, los requisitos de admisibilidad, las razones de procedencia y el régimen procesal aplicable para tramitar este especialísimo medio (véanse las sentencias núms. 1077/2000, 1347/2000, 1387/2000 y 1415/2000, 226/2001 y 346/ 2001 de la misma citada sala, entre otras).

[13] *Ibidem*, p. 2597.