

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Pedro Rodríguez López

Doctor en Derecho

Ana I. Sobrino Martínez

Fiscal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

*Delincuencia Administrativa. Cuando el representante
de la Administración participa en el delito*

[BOSCH]

Consulte en la Web de Editorial Bosch (www.bosch.es) posibles actualizaciones gratuitas, de esta obra, posteriores a su fecha de publicación.

Es propiedad,
© 2008, **Pedro Rodríguez López**
Ana I. Sobrino Martínez

Para la presente edición
© 2008, **Editorial Bosch, S.A.**
Comte d'Urgell, 51 bis. 08011 Barcelona
<http://www.bosch.es>

Primera edición: abril, 2008

ISBN: 978-84-9790-398-1
Depósito legal: B. 19.187-2008

Prohibida la reproducción total o parcial de esta obra, por cualquier medio o en cualquier soporte sin consentimiento expreso del propietario del *copyright*.

*Para Pedro y Carlos,
los dos pilares de nuestra existencia.*

Había un león que no era enojoso, ni cruel, ni violento, sino tratable y justo como una buena criatura, que llegó a ser el rey.

Bajo su reinado se celebró una reunión general de los animales para disculparse y recibir mutua satisfacción: el lobo dio la paz al cordero, la pantera al camello, el tigre al ciervo, la zorra a la liebre, etc.

La tímida liebre dijo entonces:

– He anhelado ardorosamente ver llegar este día, a fin de que los débiles seamos respetados con justicia por los más fuertes.

E inmediatamente corrió lo mejor que pudo.

Esopo 39. *El buen rey león*

<i>Abreviaturas</i>	17
<i>Presentación</i>	19
CAPÍTULO I. Ámbito de estudio	21
1. El ámbito subjetivo. La Administración Pública	21
2. El ámbito material. El Derecho penal	31
CAPÍTULO II. Los delitos contra la Administración Pública. Planteamiento general	37
1. Delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos.....	37
2. El funcionario y autoridad pública como centro esencial de los delitos contra la Administración	39
2.1. <i>La autoridad pública</i>	39
2.2. <i>Funcionario público</i>	40
3. Delitos contra la Administración Pública.....	46
CAPÍTULO III. Prevaricación y otros comportamientos injustos	51
1. Prevaricación administrativa.....	51
1.1. <i>Tipificación en el Código Penal</i>	51
1.2. <i>Significado del delito</i>	51
1.3. <i>Conducta típica</i>	54
1.4. <i>Tipo subjetivo</i>	98
1.5. <i>Autoría y participación</i>	100
1.6. <i>Formas imperfectas de ejecución</i>	101
2. Proposición de nombramientos ilegales	102
2.1. <i>Tipificación en el Código Penal</i>	102

2.2.	Significado del delito	102
2.3.	Conducta típica	103
2.4.	Tipo subjetivo	107
2.5.	Participación	107
3.	Aceptación de nombramientos ilegales	108
3.1.	Tipificación en el Código Penal	108
3.2.	Significación del delito	108
3.3.	Conducta típica	108

CAPÍTULO IV. Abandono de destino y omisión del deber de perseguir delitos.....

1.	Abandono de destino	111
1.1.	Tipificación en el Código Penal	111
1.2.	Significado del delito	111
1.3.	Conducta típica	112
2.	Omisión del deber de perseguir delitos	115
2.1.	Tipificación en el código penal.....	115
2.2.	Significación del delito	115
2.3.	Conducta típica	116
2.4.	Diferencias con el delito tipificado en el artículo 407 del CP.....	118
3.	Abandono colectivo.....	119
3.1.	Tipificación en el Código Penal	119
3.2.	Significación del delito	119
3.3.	Sujetos activos del delito.....	120
3.4.	Conducta típica	128

CAPÍTULO V. Desobediencia y denegación de auxilio

1.	Desobediencia abierta	132
1.1.	Tipificación en el Código Penal	132
1.2.	Obediencia debida y desobediencia en el derecho.....	132
1.3.	Conducta típica	137
1.4.	Acción típica	140
1.5.	Justificación específica y cumplimiento voluntario	144
2.	Desobediencia cualificada. desobediencia post-remonstración.....	150
2.1.	Tipificación en el Código Penal	150
2.2.	Desobediencia post-remonstración y la suspensión sin remonstración.....	150
2.3.	Diferencia punitiva con la desobediencia abierta.....	152
2.4.	Condiciones de suspensión del previo incumplimiento de la orden	152
3.	Denegación de auxilio	152
3.1.	Tipificación en el Código Penal	152
3.2.	Características esenciales. Diferencias con el delito de desobediencia. La colaboración entre poderes.....	153

3.2.1.	<i>Deber de colaboración. deber de auxilio</i>	156
3.2.2.	<i>Objeto de la colaboración. fundamento del deber</i>	157
3.2.3.	<i>Jerarquía y auxilio</i>	157
3.3.	<i>Exigibilidad del auxilio</i>	158
3.4.	<i>Conducta típica</i>	158
3.5.	<i>Requerimiento a autoridades, jefes o responsables de fuerzas de seguridad o agentes de las mismas</i>	160
3.6.	<i>Requerimiento de auxilio hecho por particulares</i>	160

CAPÍTULO VI. Infidelidad en la custodia de documentos. Violación de secretos......

1.	<i>Planteamiento general</i>	163
1.1.	<i>La intimidad desde una perspectiva constitucional</i>	163
1.1.1.	<i>El derecho al honor</i>	167
1.1.2.	<i>El derecho a la intimidad personal y familiar</i>	171
1.1.3.	<i>El derecho a la propia imagen</i>	175
1.1.4.	<i>Última ratio penal</i>	181
1.2.	<i>Planteamiento general del capítulo</i>	183
2.	<i>Infidelidad en la conservación de los documentos</i>	186
2.1.	<i>Tipificación en el Código Penal</i>	186
2.2.	<i>Significado del delito</i>	187
2.3.	<i>Elementos típicos</i>	188
2.4.	<i>Conductas omisivas y responsabilidad del particular</i>	192
2.5.	<i>Delimitación típica. Concursos</i>	193
3.	<i>Infidelidad en la conservación de los medios para proteger el acceso en los documentos</i>	196
3.1.	<i>Tipificación en el Código Penal</i>	196
3.2.	<i>Significado del delito</i>	197
4.	<i>Infidelidad en el acceso a los documentos. Acceso ilícito en documentos secretos</i>	198
4.1.	<i>Tipificación en el Código Penal</i>	198
4.2.	<i>Significación del delito</i>	198
5.	<i>Infidelidad de particulares encargados accidentalmente de los documentos</i>	210
5.1.	<i>Tipificación en el Código Penal</i>	210
5.2.	<i>Significación del delito</i>	210
6.	<i>Revelación de secretos</i>	212
6.1.	<i>Tipificación en el Código Penal</i>	212
6.2.	<i>Significación del delito</i>	212
6.3.	<i>Sujetos activos</i>	219
6.4.	<i>Revelación de secretos o informaciones públicas u oficiales. Revelación de secretos de un particular</i>	220
6.5.	<i>Delimitación típica. Concursos</i>	223

7. Utilización de los secretos por los particulares. Aprovechamientos de secretos o información privilegiada	224
7.1. Tipificación en el Código Penal	224
7.2. Significación del delito	224
7.3. Elementos típicos	225
7.4. Delimitación típica	226
CAPÍTULO VII. Cohecho	227
1. Cuestiones generales	227
2. Cohecho propio. Cohecho para realizar en el ejercicio del cargo una acción u omisión constitutivas de delito	232
2.1. Tipificación en el Código Penal	232
2.2. Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.....	232
2.3. Significado del delito	233
2.4. Elementos típicos	235
2.4.1. Acciones típicas.....	235
2.4.2. Medios para obtener la resolución del funcionario	238
2.4.3. Objeto de la acción.....	240
2.4.4. Elemento subjetivo.....	241
2.5. Consumación.....	242
2.6. Formas de participación.....	243
2.7. Delimitación típica. Concursos.....	244
3. Cohecho propio. Promesa de acto injusto no constitutivo de delito	247
3.1. Tipificación en el Código Penal	247
3.2. Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.....	247
3.3. Significación del delito	247
3.4. Elementos típicos	248
3.5. Elemento subjetivo y consumación	250
4. Cohecho propio. Abstención del acto	251
4.1. Tipificación en el Código Penal	251
4.2. Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.....	251
4.3. Significado del delito	251
4.4. Elementos típicos	252
5. Cohecho de personas que desempeñan ocasionalmente funciones públicas	254
5.1. Tipificación en el Código Penal	254
5.2. Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.....	254
5.3. Significado del precepto	254
6. Cohecho cometido por un particular	255

6.1.	Tipificación en el Código Penal	255
6.2.	Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.....	255
6.3.	Significado del precepto	256
6.4.	Elementos típicos	257
6.5.	La atención de solicitudes	260
6.6.	Concursos.....	260
7.	La pena atenuada consecuencia de relación de afectividad	262
7.1.	Tipificación en el Código Penal	262
7.2.	Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.....	262
7.3.	Significado del precepto	262
8.	Cohecho impropio. Solicitud de la propia autoridad o funcionario	264
8.1.	Tipificación en el Código Penal	264
8.2.	Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.....	264
8.3.	Significado del delito	265
9.	Cohecho impropio. Admisión de la dádiva por la autoridad o funcionario	266
9.1.	Tipificación en el Código Penal	266
9.2.	Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.....	266
9.3.	Significado del delito	267
9.4.	Elementos típicos del delito de aceptación de regalos	268
9.5.	Aceptación de dádivas o regalos por la consecución de un acto no prohibido.	269
10.	Cláusula de exención de responsabilidad	269
10.1.	Tipificación en el Código Penal	269
10.2.	Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.....	270
10.3.	Significación del precepto	270
11.	La resolución injusta	273
CAPÍTULO VIII. Tráfico de influencias.....		275
1.	Consideraciones generales.....	275
2.	Tráfico de influencias por prevalencia del cargo	277
2.1.	Tipificación en el código penal.....	277
2.2.	Significado del precepto	277
2.3.	Elementos típicos	278
3.	Tráfico de influencias por prevalencia del particular	284
3.1.	Tipificación en el Código Penal	284
3.2.	Significado del precepto	284
4.	Tráfico de influencias en la esfera privada.....	286
4.1.	Tipificación en el Código Penal	286

4.2.	<i>Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal</i>	287
4.3.	<i>Significación del precepto</i>	287
4.4.	<i>Delimitación típica</i>	288
5.	<i>Decomiso de dádivas</i>	289
5.1.	<i>Tipificación del Código Penal</i>	289
5.2.	<i>El comiso</i>	290
5.3.	<i>Significación del precepto</i>	306
CAPÍTULO IX. Malversación		307
1.	<i>Cuestiones generales</i>	307
1.1.	<i>Planteamiento. Bien jurídico protegido</i>	307
1.2.	<i>Análisis preliminar</i>	312
2.	<i>Sustracción de caudales públicos con ánimo de lucro del funcionario</i>	315
2.1.	<i>Tipificación del Código Penal</i>	315
2.2.	<i>Cuestiones comunes</i>	316
2.3.	<i>Circunstancias modificativas de la responsabilidad</i>	326
2.3.1.	<i>Supuestos agravados</i>	327
2.3.2.	<i>Supuesto atenuado</i>	328
3.	<i>Desviación de caudales públicos</i>	328
3.1.	<i>Tipificación del Código Penal</i>	328
3.2.	<i>Significación del precepto</i>	328
4.	<i>Aplicación privativa de bienes con grave perjuicio para la causa pública</i>	330
4.1.	<i>Tipificación del Código Penal</i>	330
4.2.	<i>Significación del precepto</i>	331
5.	<i>Extensión del delito de malversación. Malversación impropia</i>	333
5.1.	<i>Tipificación del Código Penal</i>	333
5.2.	<i>Significación del precepto</i>	334
CAPÍTULO X. Fraudes y exacciones ilegales		343
1.	<i>Planteamiento</i>	343
2.	<i>Concertación para defraudar a un ente público</i>	344
2.1.	<i>Tipificación del precepto</i>	344
2.2.	<i>Significado del precepto</i>	344
2.3.	<i>Elementos típicos</i>	345
3.	<i>Exigencia de derechos no debidos o en cuantía superior a la legalmente señalada</i>	351
3.1.	<i>Tipificación del Código Penal</i>	351
3.2.	<i>Significación del delito</i>	352
4.	<i>Abuso del cargo</i>	353
4.1.	<i>Tipificación del Código Penal</i>	353
4.2.	<i>Significado del precepto</i>	353

4.2.1. Estafa cometida con abuso del cargo	354
4.2.2. Apropiación indebida cometida con abuso del cargo.....	370

CAPÍTULO XI. Negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos. Demás abusos en el ejercicio de su función

1. Cuestiones generales	377
2. Aprovechamiento de funciones para facilitar la participación	378
2.1. Tipificación en el Código Penal	378
2.2. Significado del delito	378
2.3. Conducta típica	380
3. Incumplimiento de los deberes de abstención en peritos, árbitros y contadores partidores.....	385
3.1. Tipificación en el Código Penal	385
3.2. Significado del delito	385
4. Realización de actividad profesional o de asesoramiento	386
4.1. Tipificación del Código Penal	386
4.2. Significado del delito	386
4.3. Elementos típicos	388
5. Utilización de secretos para obtención de beneficios por parte del funcionario o la autoridad pública.....	390
5.1. Tipificación del Código Penal	390
5.2. Significado del delito	391
5.3. Elementos típicos	393
5.4. Delimitación típica.....	397
6. Limitaciones a la libertad sexual	397
6.1. Tipificación del Código Penal	397
6.2. Significado del delito	398
6.3. Elementos típicos	400
6.4. Petición sexual por funcionario público	402
6.5. Petición sexual por funcionario de instituciones penitenciarias o de centros de protección o corrección de menores.....	402
7. Concursos. Compatibilidad con los delitos contra la libertad sexual.....	403
7.1. Tipificación del Código Penal	403
7.2. Significado del delito	403

CAPÍTULO XII. De los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales.....

1. Tipificación del Código Penal	405
1.1. Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.....	406
2. Significado del delito	407

ABREVIATURAS

AN	Audiencia Nacional.
CC	Código Civil.
CC.AA.	Comunidades Autónomas.
CE	Constitución Española.
CP	Código Penal.
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil.
LECr	Ley de Enjuiciamiento Criminal.
LEF	Ley de Expropiación Forzosa.
LGP	Ley General Presupuestaria.
LGT	Ley General Tributaria.
LH	Ley Hipotecaria.
LOPD	Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal.
LOFAGE	Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.
LOFCA	Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas.
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial.
LOTC	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.
LPA	Ley de Procedimiento Administrativo.
LPAP	Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas.
LPE	Ley de Patrimonio del Estado.
LPHE	Ley de Patrimonio Histórico Español.
LRJAE	Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado.
LRJAPPAC	Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común.

LRSV	Ley sobre el Régimen del Suelo y Valoraciones Urbanísticas.
RGR	Reglamento General de Recaudación del Sistema de Seguridad Social, Real Decreto 1415/2004.
RPE	Reglamento de Patrimonio del Estado.
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
TC	Tribunal Constitucional.
TS	Tribunal Supremo.
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Para todo funcionario el Derecho Penal es un enorme pozo al que uno no suele acudir, sobre todo por la sensación de peligro que supone la proximidad de términos como ‘prevaricación’ o ‘cohecho’. No obstante, el Derecho Penal se ha hecho denominador común para todo el sistema jurídico tal como lo conocemos, acreciendo las conductas merecedoras de reproche en aras de conseguir un funcionamiento más adecuado del mismo. Para todo penalista, en cambio, conceptos como ‘funcionario público’ o ‘sujeto pasivo’, de incidencia real en los delitos que analizamos, son conceptos lejanos, que se pierden en la bruma del Derecho Administrativo o del Derecho Tributario.

Esta constatación me ha llevado a comprender que es necesario un estudio conjunto, que no olvide, como suele hacerse por parte de ambas materias (Derecho Administrativo/Derecho Penal), la incidencia de la otra.

El Código Penal ¹ vigente contiene un buen número de delitos caracterizados por circunscribir el círculo de sujetos activos a funcionarios públicos o autoridades: delitos contra la Administración pública —prevaricación, abandono de destino, desobediencia y denegación de auxilio, cohecho, tráfico de influencias, malversación, fraudes, etc.—; delitos contra la comunidad internacional; delitos contra la salud pública; delitos contra las instituciones del Estado; delitos de falsedad; delitos de usurpación de atribuciones; delitos contra el medio ambiente, etcétera ².

1. A partir de estos momentos CP.

2. R. DE VICENTE MARTÍNEZ, «Protección penal del derecho fundamental a participar en los asuntos públicos: la negativa injustificada de alcaldes a facilitar información a los concejales», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 575, marzo de 2003.

En nuestro sistema se ha pretendido de forma reiterada atraer hacia la jurisdicción penal cuestiones que son de ámbito exclusivamente civil o administrativo, con la aviesa intención de presionar al funcionario y a la propia Administración hasta conseguir los fines perseguidos, fines que, por cierto, sí que podrían llegar a considerarse delictivos.

Viendo las constantes presiones y la incidencia real del Derecho Penal en el Derecho Administrativo he decidido, después de muchas dudas, entrar a analizar el tema de los delitos que afectan a la Administración desde una perspectiva doble, administrativista y penalista, para completar un sistema que parecía inacabado.

Nosotros, en esta sede, vamos a partir de un esquema meridiano, el que nos proporciona el Título XIX del Libro II del CP, esto es, Delitos contra la Administración Pública, pues de esta forma podremos entrar con mayor cuidado en cada uno de los tipos, sin dispersarnos en temas demasiado diversos como para analizarlos en una sola obra.

Ámbito de estudio

1. El ámbito subjetivo. La Administración Pública

Tradicionalmente, en nuestras Constituciones, la Administración estuvo también envuelta en la definición de los poderes ejecutivos que se atribuían a la Corona, dentro de esa atribución al Rey de una potestad de hacer ejecutar las leyes extendiendo su autoridad a todo cuanto conduce a la conservación del orden público en el interior y a la seguridad del Estado en el exterior. Había alguna otra mención concreta, como la facultad de proveer todos los empleos civiles y militares (art. 171.5 de la Constitución de 1812), a la que desde la Constitución de 1837 correspondería un derecho de todos los españoles de ser admitidos en los empleos y cargos públicos, según su mérito y capacidad (art. 5); y alguna otra referencia a órganos específicos, como, por ejemplo, la amplia regulación que el Consejo de Estado tenía en la Constitución de 1812, como órgano político-administrativo-consultivo, cuyo dictamen era preciso escuchar en los asuntos graves gubernativos, entre los que se comprendían el derecho de veto de las leyes, y la declaración de guerra y la firma de tratados (arts. 231 a 241 de la Constitución de 1812). Realmente es la Constitución de 1931 la que empieza a dar relieve constitucional a la Administración Pública, aunque sin esta atribución formal de un título en la Constitución. La menciona indirectamente en cuanto atribuye a los ministros la alta dirección y gestión de los servicios públicos (art. 87) y la facultad de conferir los empleos civiles y militares se atribuye al Presidente de la República, que está condicionado por las leyes y reglamentos. Otro artículo —el 41— establecía alguna base del estatuto de los funcionarios, cuyos nombramientos, excedencias y jubilaciones sometía a

las leyes al mismo tiempo que declaraba la garantía constitucional de su inamovilidad. E, indirectamente, afirmaba el carácter neutro e imparcial de la Administración desde el punto de vista político, prohibiendo molestar o perseguir a ningún funcionario público por sus opiniones políticas, sociales o religiosas. Por último, destacaba la legalidad de la acción administrativa, estableciendo recursos contra la ilegalidad de los actos o disposiciones de ella emanadas en el ejercicio de su potestad reglamentaria y contra los actos discrecionales de exceso o desviación de poder. Estos diversos artículos estaban distribuidos entre los Títulos III, V, VI y VII, con independencia de algún otro precepto, como la definición en el artículo 93 de un cuerpo consultivo supremo de la República en asuntos de Gobierno y Administración. La Constitución de 1978 ha recogido y completado esta presencia constitucional de la Administración Pública, agrupando en este Título IV varios de esos preceptos y otros que definen su perfil, e incluso le concede el honor de compartir con el Gobierno la enunciación del título. La repercusión de estos preceptos en nuestra Administración y alguno de los problemas técnicos que plantea serán comentados en los trabajos que ilustres especialistas han redactado sobre los arts. 103 a 107 de este mismo título. Nos limitaremos a señalar aquí algunos de los objetivos centrales de esta regulación y de los principios que la informan³.

La Administración, como toda persona jurídica, puede sufrir agresiones de todo tipo, agresiones que, de vez en cuando, merecen repuesta de nuestro Derecho Penal. No obstante, dadas las características propias de la misma, unidas a sus funciones de interés público y a las prerrogativas y facultades exorbitantes que tiene, en el marco de la citada Administración se pueden cometer delitos específicos que afectan a múltiples bienes jurídicos⁴.

La crisis del orden liberal se fraguó en el plano ideológico a partir de mediados del siglo XIX, cuando desde la burguesía comenzaron a surgir voces que, a la vista de las consecuencias sociales de la industrialización y en nombre de sus víctimas, reclamaban una reinterpretación en sentido material y efectivo de los principios de libertad e igualdad, y una rectificación de

3. L. SÁNCHEZ AGESTA y J. M. GOIG MARTÍNEZ, *Comentarios a la Constitución Española. Tomo VIII, Artículos 97 a 112 de la Constitución Española de 1978*, 1998, p. 37.

4. Cfr. J. A. MORILLO-VELARDE DEL PESO, «Las Administraciones Públicas como acusadoras y como responsables: problemas que suscita la dualidad de posiciones procesales», en *Abogados del Estado, Las Administraciones Públicas como acusadoras y como responsables: problemas que suscita la dualidad de posiciones procesales*, Madrid, 2004, pp. 766 y ss.

la concepción individualista de la sociedad y el Derecho. En la nueva forma de entender los principios constitucionales del liberalismo, la libertad deja de significar la mera preservación de espacios de privacidad frente a la injerencia del Estado y de los demás individuos, e incluye como presupuesto y contenido esencial la posibilidad de exigir la participación en determinadas prestaciones básicas garantizadas por los Poderes públicos. Por su parte, la igualdad se reclama en el terreno material, real, con lo que se considera que constituye un deber primordial de los Poderes públicos la redistribución equitativa de la riqueza creada por el desarrollo industrial. Finalmente, se construye una solidaridad social de nuevo cuño, basada en la agrupación de las personas en entidades infra-estatales (entre las que cabe destacar por su particular relevancia los partidos de masas y los sindicatos), lo que rompe el teórico aislamiento de los individuos propio de la sociedad civil liberal y abre paso al pluralismo en todos los ámbitos de la vida ⁵.

Consecuencia de esa ruptura es el nuevo concepto de Administración que comienza a surgir, intervencionista, en cuanto garantista de una serie de situaciones de los particulares, y, sobre todo, con un mayor campo de actuación para desarrollar nuevas competencias, competencias esenciales a la hora de enfrentarse a la nueva cultura de igualdad y libertad.

Además, el progreso técnico y económico de la sociedad y la colectiva concienciación de los ciudadanos sobre la posibilidad de mejorar la calidad y ampliar las expectativas de vida impusieron al Estado moderno, como Estado Social de Derecho y Estado de bienestar, la exigencia de habilitar sistemas de protección pública, generalizada y completa acordes con las perspectivas generadas.

En un sentido amplio, toda la actividad desplegada por las Administraciones Públicas puede ser englobada, respecto de ciertos efectos, en el concepto de servicio público ⁶ (también las actuaciones de regulación o de

5. L. M. MACHO, *Los servicios públicos y el régimen jurídico de los usuarios*, 1999.

6. Ver L. M. MORAL SORIANO, «El encuentro del servicio público con los servicios de interés económico general», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 12, octubre-diciembre de 2004; P. ESCRIBANO COLLADO, «El usuario ante los servicios públicos: precisiones acerca de su situación jurídica», en *Revista de Administración Pública*, núm. 82, enero-abril de 1977, pp. 113 y ss.; E. RIVERO YSERN, «La protección del usuario de los servicios públicos», en *Revista de Administración Pública*, núm. 87, septiembre-diciembre de 1978, pp. 205 y ss.; F. GARRIDO FALLA, «El concepto de servicio público en Derecho español», en *Revista de Administración Pública*, núm. 135, septiembre-diciembre de 1995, pp. 7 y ss.; J. C. CASSAGNE, «El resurgimiento del servicio público y su adaptación en los sistemas de economía de mercado», en *Revista de Administración Pública*, núm. 140, mayo-

fomento de las actividades de los particulares). No obstante, una parte importante de la doctrina reserva el término 'servicio público' en sentido técnico-jurídico, para referirse a las actuaciones administrativas que consisten en «prestaciones asistenciales que satisfacen necesidades colectivas y cuya titularidad, generalmente, es asumida por una Administración pública»⁷.

Mucho ha cambiado la concepción de la Administración desde su surgimiento en el Estado constitucional. La definición del Estado como social y democrático de Derecho determina la superación de una Administración abstencionista y su sustitución por una Administración conformadora de la sociedad, para lo cual debe secundar esta sociedad y atender a sus necesidades y exigencias⁸. En definitiva, una Administración como sujeto servidor de los intereses generales y responsable, en buena medida, de los servicios públicos a que hace frente la nueva concepción del Estado, dentro del respeto más absoluto a la ley. Hay una definición general en el artículo 103 de los principios generales de la acción administrativa: eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, y sometimiento pleno a la ley y al Derecho. La declaración inicial de que la Administración sirve a los intereses generales subraya el carácter medial y la amplitud de fines de la Administración Pública⁹. La objetividad aparece también mencionada en la definición de la Administración que «sirve con objetividad los intereses generales» (art. 103.1); objetividad que está completada por las garantías de legalidad y de imparcialidad en el ejercicio de sus funciones que recuerdan otros párrafos del mismo artículo. Nos detenemos en este carácter porque es el que señala de una forma más neta la línea de separación de la función

agosto de 1996, pp. 95 y ss.; E. MALARET I GARCÍA, «Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformación del concepto», en *Revista de Administración Pública*, núm. 145, enero-abril de 1998, pp. 49 y ss.; T.-R. FERNÁNDEZ, «Del servicio público a la liberalización. Desde 1950 hasta hoy», en *Revista de Administración Pública*, núm. 150, septiembre-diciembre de 1999, pp. 57 y ss.; L. MORELL OCAÑA, «La organización y las formas de gestión de los servicios en los últimos 50 años», en *Revista de Administración Pública*, núm. 150, septiembre-diciembre de 1999, pp. 379 y ss.; o J. A. FUENTETAJA PASTOR, «Elementos autorizatorios y concesionales en los títulos habilitantes», en *Revista de Administración Pública*, núm. 160, enero-abril de 2003, pp. 87 y ss.

7. F. J. DE AHUMADA RAMOS, *Materiales para el estudio del derecho Económico-Administrativo*, Madrid, 2001.

8. F. LÓPEZ-NIETO, *La Administración Pública en España*, Ariel, Barcelona, 1989, p. 184.

9. M. BAENA DEL ALCÁZAR, *Organización administrativa*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 83.

de gobierno, como dirección para obtener objetivos políticos, y la Administración, como atención objetiva e imparcial a los intereses generales. Esta objetividad e imparcialidad fue destacada por Max Weber como la característica esencial del perfil administrativo o burocrático del Estado moderno, y no parece que esté en contradicción con la potestad de dirección política de la Administración civil y militar, que se atribuye al Gobierno. La alusión a la objetividad puede interpretarse en el sentido de una actuación ajena al partidismo político, pero una interpretación más amplia determina la necesidad de que la actuación administrativa sea ajena a intereses particulares, políticos o de otra índole¹⁰.

Dentro del grupo de las funciones públicas¹¹ se encuentran, entre otras, la actividad de creación del Derecho (aprobación de las normas jurídicas escritas: leyes, reglamentos); la tutela de los derechos a través de los Tribunales de Justicia, la actuación política exterior, la defensa del Estado, la seguridad interior, la Hacienda pública y algunas más. Tales funciones son propias del Estado, y en ellas encuentra su razón de ser, lo cual comporta, de modo negativo, que no puedan dejarse en ningún caso a la iniciativa privada (sin que ello signifique que no pueda darse una colaboración de los particulares en determinados casos, como ocurre por ejemplo en materia de seguridad interior con la existencia de empresas privadas de seguridad). En el segundo grupo (servicios públicos en sentido estricto) se encuentran actividades tales como la asistencia sanitaria, la educación, el suministro de productos energéticos a las ciudades, pueblos y particulares (electricidad, gas, petróleo...), la radio y la televisión, etcétera; actividades que, no requiriendo *per se* su realización por el Estado (porque atendiendo a su naturaleza pueden ser prestadas por la iniciativa privada), sin embargo muchos Estados las han ido asumiendo como propias debido a diversos motivos, unos más justificados que otros. Las actividades de este segundo grupo son las que reciben la denominación de servicios públicos en sentido técnico.

Desde una perspectiva económica, las actividades calificadas como servicio público en sentido estricto son esenciales para el crecimiento y desarrollo económico de la nación. Estas actividades se caracterizan también por su

10. L. SÁNCHEZ AGESTA y J. M. GOIG MARTÍNEZ, *Comentarios a la Constitución Española. Tomo VIII, Artículos 97 a 112 de la Constitución Española de 1978*, 1998, p. 38.

11. Cfr. E. MALARET I GARCÍA, «Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformación del concepto», cit., pp. 49 y ss.

importante peso específico en la economía, pues constituyen sectores importantes de creación de riqueza en términos de Producto Interior Bruto y de empleo, exigen grandes inversiones de capital, que debe ser ampliado constantemente, son importantes consumidores de materias primas, etc. Desde otra perspectiva, muchos de estos sectores tienen una muy fuerte tendencia al monopolio natural (ya se deba a factores inherentes al proceso industrial —una gran empresa con mecanismos de producción a gran escala puede prestar los servicios más baratos que las pequeñas—, ya responda a las limitaciones físicas existentes: centrales eléctricas, yacimientos de gas natural o petróleo), o al monopolio artificial mediante la eliminación de los competidores más débiles. Desde el punto de vista social, existe una completa dependencia de las complejas sociedades modernas respecto de estos servicios, que adquieren así el carácter de servicios esenciales para la sociedad. Delimitado así el concepto de servicio público en sentido técnico, y vistas algunas de sus implicaciones económicas, se observa que su configuración jurídica ha venido siendo muy diferente en los Estados Unidos con respecto a los países europeos ¹².

El artículo 103 hace una declaración, única que de esta forma genérica aparece en el texto constitucional, sobre lo que hace y cómo lo hace la Administración pública (núm. 1), lo que es la Administración (núm. 2), y el elemento humano que la sirve o, por decir mejor, que la constituye (núm. 3), aunque en este último caso se está dando una pauta general que puede admitir excepciones. Junto a estas normas, que se refieren a la estructura de la Administración y a su funcionamiento, se ha introducido una precisión indispensable en virtud de la cual se somete dicha estructura orgánica a la ley y al Derecho. Adviértase que, a pesar de las críticas que se han hecho a la redacción del artículo, su lógica interna es impecable. A tenor del mismo puede encontrarse en el texto constitucional una idea genérica de lo que es la Administración española y lo que hace e inmediatamente después, como una precisión de la máxima importancia, pero precisión al fin y al cabo, la declaración de que está sometida al Derecho. Pero en este momento interesa más destacar la primera de las cuestiones citadas, es decir, la declaración sobre la estructura administrativa, que tiene una destacada importancia respecto al desarrollo por ley ordinaria del artículo comentado. En efecto, el artículo 103 es el fundamento jurí-

12. F. J. DE AHUMADA RAMOS, *Materiales para el estudio del derecho Económico-Administrativo*, cit.

dico de los textos legales sobre la Administración y sobre el régimen de sus funcionarios¹³.

Es evidente que la Administración Pública del vigente Estado Social y Democrático, que se estructura como Estado compuesto, no puede ser la misma que la del Estado unitario anterior. Estamos en un Estado compuesto que descansa en una distribución territorial del poder, lo que se traduce en una distribución o reparto de competencias¹⁴.

No deja de tener importancia que al comienzo del primer artículo dedicado específicamente a la Administración se declare que ésta sirve con objetividad los intereses generales. Ello significa que los constituyentes han puesto el énfasis sobre el carácter medial de la Administración pública, aparato orgánico que existe porque es necesario llevar a cabo una actividad de servicio de aquellos intereses. Inmediatamente hay que poner en conexión el 103.1 con el 97. El Gobierno dirige la política interior y exterior, pero para llevar a la práctica las directrices políticas es indispensable una actividad de servicio de los intereses nacionales a los que se refieren aquellas decisiones. Las consecuencias estructurales son claras. La Administración, como organización y como actividad, es un complejo subordinado al Gobierno y destinado fundamentalmente a servir y ejecutar. Esta configuración y esta actividad se encuentran moduladas por los preceptos y declaraciones que afectan a todos los poderes del Estado, puesto que la Administración forma parte de esos poderes. De este modo adquiere singular importancia para la comprensión del 103.1 lo dispuesto en el artículo 9 del texto constitucional. En esta actividad de servicio, la Administración, además de llevar a cabo las tareas concretas indispensables, deberá promover la existencia de las condiciones necesarias para que sean reales y efectivas la libertad y la igualdad de los individuos y lo grupos, así como facilitar la participación de los ciudadanos. De esta manera, el servicio de los intereses generales de que se viene hablando se encuadra en el marco de actuación propia del Estado democrático de Derecho. Las dos notas características de la Administración que acaban de mencionarse, es decir, el encuadramiento en el poder público y la actuación como tal poder y la generalidad de fines puesto que satisface o sirve todos los interés generales, son justamente las que le

13. L. SÁNCHEZ AGESTA y J. M. GOIG MARTÍNEZ, *Comentarios a la Constitución Española. Tomo VIII, Artículos 97 a 112 de la Constitución Española de 1978*, 1998, pp. 386-387.

14. J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, «Administración única y LOFAGE», en *Revista del Poder Judicial*, núm. 48, cuarto trimestre de 1997, pp. 481-496.

otorgan su formidable peculiaridad como organización frente a otras organizaciones que no tienen carácter público. A consecuencia de esa peculiaridad estamos ante una entidad específicamente diferente no sólo de las empresas públicas, sino también de las organizaciones de interés público sin ánimo de lucro ¹⁵.

Podemos definir las formas de actuación de las administraciones públicas en:

1. La actividad administrativa de fomento.
2. La actividad administrativa de prestación de servicios públicos.
3. La actividad de la administración de producción y comercialización de bienes.
4. La actividad administrativa de planificación.
5. La protección del medio ambiente.

En cuanto a las formas de actuación de las administraciones públicas, el criterio más difundido para clasificar la actividad de la Administración atiende a la incidencia que tiene dicha actividad sobre la libertad y los derechos de los ciudadanos. Así, en función de que la Administración limite, favorezca o amplíe la esfera jurídica o patrimonial de las personas, pueden distinguirse los siguientes tipos de actividad ¹⁶:

a) Actividad de limitación, reguladora o imperativa (o de policía). Es una actividad fundamentalmente jurídica, hecha de normas o de actos de imperio, mediante la cual la Administración establece las limitaciones, condicionamientos o cargas a los ciudadanos que se consideran necesarias para una adecuada convivencia o para la obtención de un mayor bienestar social. Esta actividad comprende tanto la actividad normativa (reglamentos) como los actos de aplicación de las normas consistentes en prohibiciones, mandatos, sometimiento a autorizaciones... Es ésta la actividad clásica y esencial del Estado, una parte de la cual se conoce en el orden administrativo como actividad de policía.

b) Actividad de fomento. Mediante la actividad de fomento la Administración estimula, promueve o presiona sobre las fuerzas sociales para

15. L. SÁNCHEZ AGESTA y J. M. GOIG MARTÍNEZ, *Comentarios a la Constitución Española. Tomo VIII, Artículos 97 a 112 de la Constitución Española de 1978*, 1998, p. 400.

16. F. J. AHUMADA RAMOS, *Materiales para el estudio del derecho económico-administrativo*, cit.

imprimir a su actividad una orientación determinada. A diferencia de la actividad de policía, en la actividad de fomento la Administración actúa siempre desde fuera y sin carácter coactivo. Esta acción, aunque se desarrolla por cauces jurídicos (el Estado siempre actúa, o debe actuar, por cauces jurídicos) es de índole principalmente económica. El Estado actúa sobre los particulares ofreciéndoles una serie de ventajas, pero supeditando su obtención a que por parte de aquéllos se realicen determinadas actividades. Son ejemplos típicos los premios, las subvenciones, las desgravaciones o algunas de las exenciones fiscales y los créditos con bajo interés.

Como toda actividad, en especial las que realizan los poderes públicos (art. 9 CE), la actividad subvencional del Estado ha de ejercerse dentro de los límites que le marca la Constitución; así, entre otros, los que derivan del principio de igualdad (art. 14 CE) y de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado (art. 38 CE). Igualdad que no puede significar una prohibición de tratamiento diferente en función de las distintas circunstancias concurrentes en quienes pretenden acceder a la subvención, sino la interdicción de una discriminación entre personas, categorías o grupos que se encuentren en la misma situación, por lo que en sentido negativo ha sido definido tal derecho como la prohibición de discriminación, de tal manera que ante situaciones iguales deben darse tratamientos iguales, aunque es la Administración la que determina, en función de las necesidades de la economía nacional, las medidas que deben adoptarse para conceder ayudas económicas, subvenciones y créditos. Evidentemente, el ejercicio de esa discrecionalidad debe ser justificado y razonable, pues de lo contrario incurriría en arbitrariedad, proscrita en nuestro ordenamiento en el art. 9.3 CE. Al mismo tiempo, la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado (art. 38 CE) no debería resentirse por las ayudas, subvenciones y otros beneficios e instrumentos de intervención económica de que dispone la Administración, aunque el peligro en ese sentido es evidente ¹⁷.

c) La actividad de prestación de servicios públicos. En un sentido amplio, y a efectos distintos de los que aquí nos interesan, todas las formas de actividad de la Administración (incluidas las dos anteriores y las que señalaremos después) pueden ser calificadas como «servicio público». Ahora bien, por servicio público se entiende más corrientemente aquella

17. M. JAÉN VALLEJO, «Fraudes de subvenciones y fraudes comunitarios», en *Cuadernos de Derecho Judicial, Empresa y delito en el nuevo Código Penal*, 1997, pp. 81-110.

forma de actividad que consiste en la satisfacción por la Administración de las condiciones básicas de los ciudadanos: la educación pública, la sanidad pública, el suministro público de agua, la protección pública contra incendios, los transportes públicos de viajeros... El régimen jurídico de estas actividades varía de unas a otras, y así, en unos casos se prestan en régimen de monopolio por la Administración (como ocurre, por ejemplo, con los transportes públicos de viajeros en el ámbito municipal), mientras que en otros se prestan en libre concurrencia con el sector privado (como ocurre con la sanidad y la educación). En los servicios públicos monopolizados la titularidad de la actividad corresponde en exclusiva a la Administración (del Estado, de una Comunidad Autónoma, de las Provincias o de los Municipios, según quien tenga atribuida la competencia), quedando inicialmente excluido el sector privado. En cuanto a su gestión, esos servicios de titularidad administrativa (monopolizados) pueden ser prestados bien directamente por la Administración (como ocurre con el suministro de agua a las ciudades), bien mediante su contratación con un particular para que sea éste quien lo preste (gestión indirecta) bajo la dependencia, dirección, supervisión y control de la Administración titular del servicio (así ocurre, en la actualidad, con una parte de los servicios públicos de radiodifusión y televisión).

d) La actividad empresarial de la Administración. Mediante la actividad empresarial la Administración produce, distribuye y/o comercializa en el mercado bienes o servicios de diversa índole. Esta actividad es conocida en la doctrina jurídico-administrativa como gestión económica o como dación de bienes al mercado. Las finalidades que persiguen las Administraciones con estas actividades son muy variadas, como tendremos ocasión de comprobar más adelante, y generalmente se realizan en libre concurrencia con los particulares. Pero, ocasionalmente, existen monopolios, de tipo fiscal, como ha venido ocurriendo entre nosotros con la producción nacional y la distribución y comercialización del tabaco.

e) Acción de planificación social y económica. Mediante este tipo de actividad el Estado (las diversas Administraciones Públicas) pretende prever, conformar y racionalizar de modo conjunto y sistemático tanto la actuación pública como la privada en un sector de la realidad social o económica, con el fin de atender de modo adecuado a las necesidades previsibles a medio y largo plazo. El plan es un intento sistemático de conformación social que abarca, de algún modo, las formas de actuación anteriores.

f) Actividad arbitral. Es aquella actividad que realiza la Administración Pública cuando decide controversias o conflictos surgidos entre los ciuda-

danos sobre derechos o intereses privados o administrativos. El ordenamiento jurídico establece muy pocos supuestos en lo que resulte obligatorio el sometimiento al dictado de un laudo arbitral de la Administración. Quizá el supuesto más relevante se encuentre en materia laboral, ámbito en el que se han dictado laudos de gran importancia (como el que se dictó en el mes de julio de 2001 para solventar el conflicto entre la Dirección y los Pilotos de IBERIA). Una vez dictados, los laudos son de obligado cumplimiento para las partes, sin perjuicio de que puedan ser recurridos ante los Tribunales de Justicia.

En este esquema general es en el que se debe mover todo nuestro análisis, pues en él se determina concretamente las funciones públicas¹⁸ que desarrolla la Administración y que suponen, de hecho, el ámbito general de aplicación de los delitos que analizaremos.

2. El ámbito material. El Derecho penal¹⁹

Aunque voy a decir una obviedad, no por ello resulta menos necesario contrastar conceptos. Señala la Exposición de motivos del CP: «Se ha llegado a definir el ordenamiento jurídico como conjunto de normas que regulan el uso de la fuerza, puede entenderse fácilmente la importancia del Código Penal en cualquier sociedad civilizada. El Código Penal define los delitos y faltas que constituyen los presupuestos de la aplicación de la forma suprema que puede revestir el poder coactivo del Estado: la pena criminal. En consecuencia, ocupa un lugar preeminente en el conjunto del ordenamiento, hasta el punto de que, no sin razón, se ha considerado como una especie de “Constitución negativa”. El Código Penal ha de tutelar los valores y principios básicos de la convivencia social». Así pues, la potestad que posee el Estado de crear y aplicar el Derecho penal objetivo —*ius puniendi*— recibe la denominación de Derecho penal en sentido subjetivo. El conjunto de normas que prohíben la comisión de delitos asociando a éstos, como presupuesto, penas y/o medidas de seguridad

18. Ver L. JORDANA DE POZAS, «El problema de los fines de la actividad administrativa», en *Revista de Administración Pública*, núm. 4, enero-abril de 1951, pp. 11 y ss.; o J. GASCÓN HERNÁNDEZ, «Los fines de la Administración», en *Revista de Administración Pública*, núm. 11, mayo-agosto de 1953, pp. 33 y ss.

19. Cfr. J. F. LÓPEZ AGUILAR, «Código Penal y poderes públicos: una perspectiva constitucional», en *Revista del Poder Judicial*, núm. 48, cuarto trimestre de 1997, pp. 57-82.

como consecuencia jurídica recibe la denominación de Derecho penal en sentido objetivo ²⁰.

El Derecho es un proyecto de paz entre los hombres ²¹. El Derecho penal, en consecuencia, es una parte de ese proyecto de paz. Más concretamente, el denominado *Derecho penal* integra el mínimo de tal planeamiento a tenor de la singular trascendencia de los aspectos que se protegen a través de esta rama del Ordenamiento jurídico, de la severidad de las sanciones que impone, así como del rigor garantista que rodea a su aplicación, que llega a afectar a los más sustanciales derechos de la persona. El Derecho penal, en este sentido, surge como un medio de cierre del Ordenamiento jurídico que trata de regular la más mínimas condiciones que hagan posible la pacífica coexistencia de los hombres en comunidad. El Derecho penal nace del Estado y se aplica en el seno del Estado. Es el instrumento legal más enérgico de que se dota el aparato estatal para proteger aquellos bienes y valores más relevantes de la vida en sociedad frente a las agresiones más intolerables. De ahí que algunos autores • haciendo amplio acopio de flexibilidad terminológica• hablen del Derecho penal en cuanto *mecanismo de violencia institucionalizada*. El Estado monopoliza no sólo la elaboración del Derecho penal, tarea que cumple el Poder Legislativo, sino que también asume tareas de vigilancia y control para evitar que se infrinja la normativa y para perseguir a los infractores (Poder Ejecutivo), así como la aplicación jurisdiccional de tal Derecho (Poder Judicial). En cuanto a la labor de legislar, no siempre es ejecutada por el Estado con el grado de reflexión, precisión y esmero que sería deseable. De ahí que muchas veces la normativa penal aparezca inconexa, inarmónica, llena de lagunas; ineficaz, en suma, frente a la lucha contra la criminalidad. Las labores de vigilancia y control de la criminalidad, canalizadas a través de los órganos administrativo-policiales, también parecen ir siempre por detrás de la rápida evolución y perfeccionamiento de los medios y mecanismos propios de la delincuencia ²².

La sumisión del Derecho penal a los llamados *valores constitucionales*, además de evidenciar un avance tan normal como indispensable en aquellos Estados que han asumido *su ultima ratio* en la defensa de los mismos, ante-

20. J. M. SILVA, M. CORCOY Y F. BALDÓ, *Casos de la jurisprudencia penal con comentarios doctrinales*, 1996.

21. Vid. B. DE CASTRO CID (coord.), *Manual de Teoría del Derecho*, 2004.

22. C. BLANCO LOZANO, *Tratado de Derecho Penal Español. Tomo I, Parte General*, 2004.

poniéndolos a cualquier otro fin tendente a asegurar su estabilidad política, diferencia los modernos Códigos punitivos en igual medida que la configuración de los propios Estados. Un ejemplo más que palpable de ello nos lo depara el CP español de 1944²³.

Partiendo de tales premisas, puede, en líneas generales, decirse que el Derecho penal surge cuando el Estado, para proteger los bienes y valores que se considera más relevantes en el marco de la convivencia social, se atribuye la facultad de prohibir y sancionar aquellas conductas que se consideren más lesivas frente a tales bienes y valores, y ello a través de unas medidas especialmente severas y que afectan a los más esenciales derechos de la persona: tales medidas a que nos venimos refiriendo en cuanto genuinas del Derecho penal son las *penas* y las *medidas de seguridad*²⁴.

Debemos partir de una perspectiva clara. Es importante comprender que, en aplicación del principio de legalidad y seguridad jurídica²⁵, no será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito o falta por ley anterior a su perpetración (art. 1.1 CP)²⁶; y que no será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle prevista por ley anterior a su perpetración (art. 2.1 CP)²⁷. En el fondo lo que decimos es que, claramente, el Derecho Penal es la última ratio, no pudiendo utilizarse de forma extensiva, algo importante a la hora de abordar su relación con la Administración.

El Derecho penal no interviene de cara a la regulación de todos los comportamientos del hombre en sociedad, sino sólo en orden a evitar los atentados más graves que se dirijan contra los más importantes bienes jurídicos. El principio de intervención mínima supone, por tanto, que la esfera de regulación de esta rama del Ordenamiento jurídico debe verse, por las razones que a continuación se apuntan, reducida al máximo en cuanto a su extensión. El Derecho penal es, por antonomasia, un mecanismo traumático. Lo es porque los medios de que se nutre para evitar y reparar los com-

23. F. GRANADOS CALERO, «Los valores constitucionales en el nuevo Código Penal», en *Revista del Poder Judicial*, núm. 28, diciembre de 1992, número monográfico sobre el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal, pp. 37-47.

24. C. BLANCO LOZANO, *Tratado de Derecho Penal Español. Tomo I, Parte General*, cit.

25. STS Sala 2.ª, S. de 15 de febrero de 2000, núm. 183/2000, rec. 1678/1999. Pte: Saavedra Ruiz, Juan (EDE 2000/1938).

26. Ver p. ej., STS Sala 2.ª, S. de 9 de diciembre de 2003, núm. 1674/2003, rec. 1776/2002. Pte: Puerta Luis, Luis Román (EDE 2003/186765).

27. Cfr. STS Sala 2.ª, S. de 7 de octubre de 2004, núm. 1102/2004, rec. 926/2003. Pte: Andrés Ibáñez, Perfecto (EDE 2004/159780).

portamientos prohibidos son de la máxima contundencia. En efecto, tanto las penas como las medidas de seguridad, que son las dos consecuencias jurídico-penales, inciden en bienes individuales de la máxima relevancia, como son la libertad ambulatoria, el patrimonio y otros derechos de esencial trascendencia ²⁸.

Esta situación nos obliga a dejar de criminalizar nuestro sistema de valores, porque sólo las agresiones más importantes a dicho sistema tienen cobertura penal, so pena de convertir a nuestro Estado en un estado policial que acabe sucumbiendo a sus propios temores y obsesiones, eliminando todo atisbo de libertad y de derecho.

El conjunto de poderes públicos por los que se expresa la autoridad del Estado recibe en el CP un tratamiento extenso y de notable intensidad. En cuanto a la extensividad, un importante número de preceptos tienen en el poder público el principal agente lesivo del bien jurídico protegido por la norma penal. En cuanto a la intensidad, la propia Exposición de Motivos de la ley 10/95, de 23 de noviembre enfatiza expresamente el giro operado por el actual CP respecto de la filosofía imperante en la legislación penal previa: si ésta se caracterizaba por su retrato, digamos, tuitivo de la incidencia de la ley penal en el régimen jurídico de los poderes públicos, con un enfoque político-criminal calificado por el legislador de «injustificado e incomprensible», en éste CP los delitos cometidos por los agentes de la autoridad reciben un tratamiento represivo y punitivo agravado ²⁹.

Nuestro país, en los últimos años, más que convertirse en un inmenso juzgado de instrucción, se ha transformado en una especie de «Babilonia criminal». De hecho, el Derecho Penal se ha instalado en el centro de la actividad política. Pero quizás esta situación se ha visto agravada tras la entrada en vigor del CP de 1995, como consecuencia de una mayor intervención punitiva en ámbitos hasta ahora desconocidos. Bastan como ejemplos los nuevos delitos contra la «ordenación del territorio», de los arts. 319 (delito urbanístico), 320 (patrimonio histórico) o las nuevas figuras de «prevaricación específica» de los arts. 320, 322 y 329 ³⁰.

28. C. BLANCO LOZANO, *Tratado de Derecho Penal Español. Tomo I, Parte General*, cit.

29. J. F. LÓPEZ AGUILAR, «Código Penal y Poderes Públicos: Una perspectiva constitucional», cit.

30. J. L. GONZÁLEZ CUSSAC, «La nueva regulación de los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995: la prevaricación», en *Cuadernos de Derecho Judicial, Los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995*, 1996, pp. 11-49.

Cuando intentamos combinar Derecho Penal y Administración surgen un montón de dudas que pueden provocar que desenfocemos la protección de la víctima, ante la extraña perspectiva de que la Administración puede hacer cosas que los particulares no pueden plantearse.

Demasiadas veces se ha pretendido acudir al Derecho Penal para coaccionar a la autoridad o funcionario que debía dictar determinada resolución, en aras de conseguir una posición ventajosa cuando el citado Derecho no es sino la última ratio, el último recurso cuando la actuación tenga una especial contingencia. Asimismo, algunas personas que se encuentran dentro de la Administración pretenden utilizar la misma para conseguir unos fines, comúnmente económicos, pero que pueden ser de todo tipo.

El Derecho Penal es un Derecho complejo; y lo es más cuando se combina con un sistema administrativo también complejo como es el sistema de nuestro Estado de Derecho. Ello obliga a profundizar concienzudamente en el esquema de cada tipo delictivo que afecte, especialmente, a situaciones concretas de relación entre los particulares y la Administración, que es, en el fondo, el tema de nuestro estudio.

Se me debe permitir una ligera precisión terminológica, para acercar el sistema penal a los administrativistas, que espero sean, también, receptores de esta obra. Conforme a lo que hoy plantea la dogmática, el delito es una conducta típica (acción u omisión), antijurídica y culpable, añadiéndose frecuentemente que, además, sea punible. Sus elementos son, entonces, la tipicidad (la adecuación de un hecho determinado con la descripción que de él hace un tipo legal), la antijuricidad³¹ (la contravención de ese hecho típico con todo el ordenamiento jurídico) y la culpabilidad³² (el reproche que se hace al sujeto porque pudo actuar conforme a las exigencias del ordenamiento jurídico) esencialmente³³.

Estas son las bases fácticas que debemos utilizar para comprender todo el sistema que debemos desarrollar más abajo, un sistema de enormes proporciones y que conlleva una dificultad añadida, la increíble proliferación de Administraciones y la eterna huida de la Administración del Derecho Administrativo, que ha llevado a crear diversas estructuras que no

31. Ver F. MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad y sistema del delito*, 2001.

32. Ver P. M. DE LA CUESTA AGUADO, *Culpabilidad. Exigibilidad y razones para la culpación*, Madrid, 2003.

33. J. MORANT VIDAL, «El delito imprudente en la Teoría Jurídica del delito», en *Noticias Jurídicas*, enero de 2003.

encajarían bien en conceptos de Derecho Público como la propia función pública ³⁴.

En este punto no debemos olvidar el concepto de bien jurídico protegido. El *bien jurídico* es aquel valor al que otorga protección la norma penal en cada caso concreto. La consideración del bien jurídico es lo que da verdadera consistencia y sentido al Derecho penal. Este existe *por y para* proteger bienes jurídicos; pero no todos los bienes jurídicos, sino sólo los más relevantes y frente a los más graves comportamientos. El Derecho penal es, por tanto, un Derecho protector de bienes jurídicos, como son la vida, la integridad corporal, la salud pública, la seguridad nacional, el patrimonio y el orden socioeconómico, el medio ambiente, etc ³⁵..

34. De esto trataremos más tarde.

35. C. BLANCO LOZANO, *Tratado de Derecho Penal Español. Tomo I, Parte General*, cit.

Los delitos contra la Administración Pública. Planteamiento general

1. Delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos

Sólo razones pragmáticas han determinado que se atribuya a la Administración una parcela de la potestad sancionadora del Estado en relación con ciertos ilícitos que sólo cuantitativamente se distinguen de los estrictamente penales. Y ello se evidencia, incluso, en ámbitos tan peculiarmente administrativos como el disciplinario, en el que las vulneraciones más graves del especial deber de sumisión son constitutivas de delito (prevaricación, malversación, cohecho, violación de secreto, desobediencia, etc.)³⁶.

Estamos ante delitos como «abuso» o «exceso» de los poderes públicos. Es éste un espacio en el que el legislador penal ha sido a la vez cuidadoso y exhaustivo. Son muy numerosos los tipos penales en los que se prefigura la represión de las más diversas desviaciones o excesos cometidos por los agentes de la autoridad, sea con ocasión de los fines que tienen legalmente encomendados, sea por incursión franca y pura en la arbitrariedad. En ese terreno incursionan los tipos de prevaricación del funcionario público (art. 404 CP), cohecho, en sus distintas modalidades (arts. 409 y ss.), tráfico de influencias (438) y otros de los intitulados bajo la rúbrica común «contra la administración de Justicia» (arts. 446 y ss.). También aquí cabe comprender la mayoría de los tipos destinados a proteger derechos fundamentales y

36. R. FERNÁNDEZ MONTALVO, «Principios sustantivos de la potestad sancionadora de la Administración», en *Cuadernos de Derecho Judicial, Derecho Administrativo Sancionador*, Madrid, 1993, pp. 9-61.

libertades públicas, y en modo muy especial la tipificación de las conductas discriminatorias o atentatorias contra la igualdad y la dignidad esencial de todas las personas (art. 510 CP); contra la libertad religiosa (525) y la inviolabilidad de las garantías consignadas en el artículo 18 CE (art. 534 CP). En efecto, merece la pena observar la profusión con que el CP emplea la técnica de la bifurcación de determinados tipos penales, según sea ciudadano común o funcionario y/o agente de la autoridad o poder público el autor de los delitos. Así sucede, por ejemplo, con los supuestos de descubrimiento y revelación de secretos (arts. 197 y 589 CP); revelación de secretos bajo deber de custodia (413 CP y 598 y 599 CP), o contra el deber de prestar la PSS (art. 527, bajo la rúbrica «contra el ejercicio de los derechos fundamentales») *vs.* el de prestación del servicio militar obligatorio (art. 604, bajo la intitulación de delitos «contra la defensa nacional») ³⁷.

El CP protege los principios inspiradores del Estado liberal: legalidad, autoridad, jerarquía, justicia... De ahí que los diferentes tipos penales cuya omisión corresponda a los funcionarios públicos sean la prevaricación, el cohecho, la malversación ³⁸.

Los delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos ³⁹ representan una encrucijada del ordenamiento jurídico. Técnica-mente resulta muy difícil llevar a cabo una tipificación satisfactoria; pero desde una óptica político-criminal la tarea todavía se torna más delicada, pues, en resumen, no hay una solución única que pueda estimarse «la jurídicamente correcta» ⁴⁰. Así, es totalmente imprescindible prevenir y castigar las conductas de los servidores públicos que, en el desempeño de las facultades que el Derecho les otorga, las utilizan para burlarlo. Pero, de otra parte, una incriminación desacertada puede someter a la constante duda, a la sospecha, la acción de la Administración. Y lo que es más grave, puede incriminar conductas que no debieran serlo so pena de criminalizar la acción de gobierno de una Administración que goza de toda la legitimidad democrática y en consecuencia debe gozar de un «plus» de confianza. El CP de 1995 ha supuesto un giro trascendental en la regulación de la responsa-

37. J. F. LÓPEZ AGUILAR, «Código Penal y poderes públicos: una perspectiva constitucional», cit.

38. V. CERVELLÓ DONDERIS, «Los miembros de las corporaciones locales en la jurisprudencia penal de los años 1976-1986», en *Revista del Poder Judicial*, núm. 12, diciembre de 1988, pp. 139-145.

39. Cfr. J. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, «Delitos de los funcionarios, aproximación a su parte general», en *Revista Canaria de Ciencias Penales*, núm. 3, 1999, pp. 7-29.

40. *Vid.* T. S. VIVES ANTÓN, *La libertad como pretexto*, Valencia, 1995.

bilidad penal de los funcionarios públicos. El texto parece partir de la configuración que los arts. 9.1 y 3, 103 y 106 de la CE otorgan al ejercicio de la función pública. La misma queda rígidamente sometida al Derecho y a la vez, se configura como un servicio destinado exclusivamente a los ciudadanos. De esta forma, el bien jurídico común o categorial, común a todos los tipos comprendidos dentro los «delitos contra la Administración Pública», estará constituido por la «función pública ejercida correctamente, esto es, dentro de la legalidad»⁴¹. Naturalmente, esta idea genérica requiere una posterior concreción en cada uno de los concretos tipos delictivos. De esta forma, se aleja de su configuración desde la ya denostada idea de infracciones del deber de confianza y lealtad del funcionario con respecto al Estado. Tampoco cabe fijar el objeto de protección en la Administración en sí misma, esto es, en su organización. Su protección penal misma, así como su prestigio, dignidad, integridad y funcionamiento, no son objeto de tutela penal, sino sólo en cuanto sirvan a la comunidad desde los principios de objetividad, imparcialidad y sumisión a la ley⁴².

2. El funcionario y autoridad pública como centro esencial de los delitos contra la Administración

Un doble concepto nos llama poderosamente la atención, el de autoridad pública o funcionario como centro esencial para determinar la mayoría de los tipos que analizaremos a continuación; por ello vamos a partir de dichos conceptos para determinar nuestro análisis.

2.1. La autoridad pública

A los efectos penales se reputará autoridad el que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento

41. J. L. GONZÁLEZ CUSSAC, *El delito de prevaricación de funcionario público*, Valencia 1994.

42. J. L. GONZÁLEZ CUSSAC, «La nueva regulación de los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995: la prevaricación», cit., pp. 11-49.

Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal (art. 24.1 CP).

Una atenta mirada a la precitada disposición apunta, ya de entrada, a que lo característico del concepto penal de *autoridad*, su propia esencia definitiva en este ámbito, es el hecho de *tener mando* o *ejercer jurisdicción*, o dicho en palabras del TS, la legítima posesión de una determinada fuerza coactiva. En tal sentido, *tener mando* viene a significar tener la facultad de disponer, *obligando* con ello a otros ciudadanos, ostentando por tanto la consiguiente capacidad para imponer el cumplimiento de lo ordenado en el ámbito público. En cuanto al *ejercicio de jurisdicción*, dicha noción no difiere en modo alguno demasiado de la precitada *tenencia de mando*, ya que presupone también una potestad muy similar, aunque del contexto del propio art. 24 CP parece desprenderse que con ella se trata de hacer especial referencia a la potestad de los Jueces y Tribunales para conocer y resolver los asuntos que les son propios, o, expresado en términos constitucionales, para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, atribuciones que constituyen la esencia misma de la potestad jurisdiccional. Cabe asimismo, más detalladamente, reseñar que nuestra jurisprudencia penal viene considerando *autoridad* a los jueces, magistrados, fiscales, jueces de paz, ministros y alcaldes, entre otros, pero no, por ejemplo, a los tenientes de alcalde o a los concejales, figuras esta dos últimas que pueden tener fuerte relevancia en este ámbito, cual es el urbanístico. En todo caso, ambos sujetos últimamente citados, por más que la jurisprudencia no venga a considerarlos autoridad, sí serían encajables como *funcionarios públicos*, por lo que la relevancia penal del ilícito no se vería anulada al prever alternativamente el art. 320 CP ambas modalidades en cuanto posibles sujetos activos del delito urbanístico cometido por servidor público⁴³.

2.2. *Funcionario público*⁴⁴

El modelo general de función pública y el régimen jurídico de los empleados públicos lleva muchos años tras su verdadera identidad y a la bús-

43. C. BLANCO LOZANO, «La protección penal del urbanismo en el ámbito de la función pública», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 76, marzo de 2002.

44. F. J. MUÑOZ CONDE, *Los delitos contra la administración pública en el nuevo Código penal: especial consideración de la prevaricación y del concepto de funcionario público a efectos penales*, Sevilla, 1997.

queda de una regulación mínimamente satisfactoria en el balance entre lo general y lo especial y lo central y lo autonómico⁴⁵.

En esencia la LOFAGE trata de dar cumplimiento al modelo constitucional que establece una diferenciación entre la función y la organización del Gobierno y la de la Administración. Mientras la configuración legal del primero gira en torno a la legitimidad política, la segunda es tributaria del principio de mérito y capacidad y su comprobación como elemento central para el ejercicio de la función pública. De entre las distintas formas de acreditación del mérito y la capacidad, la LOFAGE opta por la funcionarización como regla y admite la excepción según la cual algunos de los puestos directivos pueden ser cubiertos por quienes no reúnen la condición de funcionarios. Esto ocurre en el caso de algunos Directores Generales y en el de los Secretarios Generales que, conforme al artículo 16 de la misma, deben realizarse «de acuerdo a los criterios establecidos en el apartado 10 del artículo 6 entre personas con cualificación y experiencia en desempeño de puestos de responsabilidad en la gestión pública o privada»⁴⁶.

Desde un punto de vista penal se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas (art. 24.2 CP). Queda, pues, incluido en esa condición, desde una primera perspectiva, aquella persona que, sin tener la condición de funcionario desde un punto de vista administrativo, participa en el ejercicio de dichas funciones, incluyendo de esta forma a aquellos nombrados por su cualificación y experiencia, como los citados Directores Generales y Secretarios Generales.

A partir de la formulación legal de la LOFAGE, ciertamente asimétrica, se ha instaurado una concepción claramente restrictiva de la capacidad de ejercicio de la potestad organizatoria en materia de estructuras administrativas cuando su ejercicio tiene por objeto la habilitación para que los puestos directivos de la Administración puedan ser desarrollados por quienes no tienen aquella condición⁴⁷. Esto debería suponer, claramente, una concepción más cerrada de aquel que participa en el ejercicio de funciones

45. A. PALOMAR OLMEDA, «El modelo de directivos públicos en la Administración General del Estado (a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 2005)», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 700, 2006.

46. A. PALOMAR OLMEDA, «Potestad organizativa y directivos públicos», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 531, 2002.

47. A. PALOMAR OLMEDA, «Potestad organizativa y directivos públicos», cit.

públicas; lo que nos obliga a analizar concretamente la actuación de personal no funcionario, personal laboral, en delitos específicos de los funcionarios públicos.

Un tema es esencial entender, si bien, en general, la decisión de cubrir un puesto concreto con personal funcionario o laboral entra dentro de la libre organización de toda Administración, lo cierto es que el ejercicio de funciones públicas exige que dichas funciones sean desarrolladas por funcionarios públicos, por lo que la cobertura de ciertos puestos o plazas específicas se encuentra limitada a dichos funcionarios. Esto se desprende con claridad, tal como hemos visto, del propio sistema instaurado por la LOFAGE para los altos directivos de la Administración.

En este sentido, se debe recordar que la Ley de funcionarios civiles del Estado establece que los funcionarios de la Administración pública son las personas incorporadas a la misma por una relación de servicios profesionales y retribuidos, regulada por el Derecho administrativo (art. 1).

La determinación histórica y actual de la naturaleza jurídica de la relación de empleo público es una de las claves esenciales en el análisis que aquí realizamos. En esencia, adelantémoslo ya, podemos indicar que la determinación de la misma ha pasado del esquema contractual a otro de determinación unilateral y legal. En la opción concreta, en cada momento histórico, colaboran factores sociales, políticos, económicos, de marco organizativo y funcional del Estado, etc.⁴⁸ ..

Por ello, tal como señala Cordero Saavedra⁴⁹, nada puede objetarse a la deseada reforma de la función pública que lleve a igualar —o al menos aproximar en cuanto sea posible— las condiciones de trabajo en que se desenvuelva la actividad profesional, y de ahí el progresivo acercamiento que se produce entre regímenes jurídicos. Lo que parece olvidarse desde el punto de vista científico, y lo más gravoso, en la práctica, es que ello no puede llevar a la errónea conclusión de resultar indiferente la utilización de los recursos humanos⁵⁰. Es decir, que, por válida y necesaria que sea la incorporación de laborales a las Administraciones Públicas, nunca puede suponer que funcionalmente se confunda el ámbito de actuación en el que ha de

48. A. PALOMAR OLMEDA, *Derecho de la función pública: régimen jurídico de los funcionarios públicos*, Madrid, 2003.

49. L. CORDERO SAAVEDRA, «Laborales y funcionarios al servicio de las Administraciones Públicas, ¿Derecho del Trabajo versus Derecho Administrativo?», en *Aranzadi Social*, núm. 3, 2000, pp. 43-58.

50. Cfr. R. GRAU MORANCHO, *Laboralización Administraciones Públicas*, Madrid, 1998.

moverse, superponiéndose laborales y funcionarios indistintamente sin mayor sustento que el diseño organizativo interesado que puntualmente pueda proyectarse. Se impone una justificación objetiva que permita convivir pacíficamente a ambos, acotando las áreas de actuación que se encuentran reservadas a los distintos servidores públicos; de no ser así, encontraríamos serias dificultades para mantener vivo un régimen funcional, coadyuvando a proyectar la necesaria laboralización del sector público.

Recordemos, en este punto, el art. 103 de la CE ⁵¹:

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

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

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

Se parte de un esquema concreto, la existencia de un colectivo de funcionarios que ejerce funciones públicas, funcionarios que, además, tienen una condición diferente, tal como se desprende del art. 137.3 de la LRJAPPAC, donde se establece la presunción de veracidad de los hechos constatados por funcionario al que se reconoce la condición de autoridad, formalizados en documento público, algo que las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia no extienden de forma real al personal laboral.

No obstante, la polémica derecho administrativo-derecho laboral como conjunto normativo que debe regir el funcionamiento de los recursos humanos en la Administración Pública debió considerarse superada tanto por la propia realidad como por el posicionamiento del Tribunal Constitucional en la materia. Sin embargo, no por ello podemos entender como definitivamente arrumbada la polémica que muy al contrario se abre paso velozmente por otro camino al que ya nos hemos referido y que encuentra aquí

51. Cfr. J. M. BAÑO LEÓN, «Garantía constitucional de la función pública y reforma administrativa», en *Cuadernos de Derecho Judicial. Delitos de los funcionarios públicos*, 1994, pp. 9-26.

una de sus manifestaciones más claras: el sometimiento de la Administración y de su gestión a fórmulas de derecho privado. Este fenómeno influye decisivamente en la desactivación de la polémica, ya que lleva camino de reducir a la insignificancia el número de personas que, sirviendo a la Administración Pública, estén sometidas a lo que actualmente se denomina estatuto de la función Pública⁵².

Esta nueva huida del Derecho Administrativo, que tanto gusta a los rectores de nuestra Administración, supone la necesidad de cohonestar la situación real con el tenor literal de los preceptos, para no dejar desnudos los mismos; obligando a conceptuar penalmente al funcionario público desde la perspectiva del ejercicio de la propia función pública.

Así, desde el punto de vista penal, tal y como viene entendiendo el TS se trata de un concepto propio del Derecho Penal, independiente de las categorías y definiciones que nos ofrece el Derecho Administrativo, porque lo que aquí importa es proteger de modo eficaz la función pública, así como también los intereses de la administración en sus diferentes facetas y modos de operar. Se trata de un concepto muy amplio que abarca a todas las personas en las que concurran los dos requisitos que se deducen del propio texto de tal precepto⁵³:

1.º Participación en el ejercicio de funciones públicas, tanto las del estado, entidades locales y comunidades autónomas, como las de la llamada administración institucional que existe cuando una entidad pública adopta una forma independiente, incluso con personalidad jurídica propia, a veces hasta la de una sociedad mercantil, con el fin de conseguir un más ágil y eficaz funcionamiento. Cualquier actuación de estas entidades donde exista un interés público responde a este concepto amplio de función pública.

52. A. PALOMAR OLMEDA, *Derecho de la función pública: régimen jurídico de los funcionarios públicos*, cit.

53. STS núm. 68/2003 (Sala de lo Penal), de 27 de enero, Recurso de Casación núm. 2625/2001. Ponente: Excmo. Sr. D. Joaquín Delgado García (RJ 2003\1033).

Véanse las sentencias del TS, entre otras muchas, de 12 de junio de 1990 (RJ 1990, 5276), 5 de febrero de 1993 (RJ 1993, 875), 11 de octubre de 1993 (RJ 1993, 7705), 13 de junio de 1995, 30 de diciembre de 1996, 19 de mayo de 1998, 5 de junio de 1998 (RJ 1998, 5149), 10 de julio de 2000 (RJ 2000, 6210) y 27 de febrero de 2001 (RJ 2001, 483).

Cfr. J. L. GONZÁLEZ CUSSAC, «Aspectos administrativos del delito de prevaricación como figura residual del Derecho Penal de la función pública», en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, Derecho Administrativo y Derecho Penal*, Madrid, 1998, p. 305.

2.º Ha de existir una designación pública para el ejercicio de tal función, en cualquiera de las tres formas previstas en el propio art. 24.2 CP: por disposición inmediata de la ley, por elección o por nombramiento de autoridad competente.

Por ello, debemos recordar que según el art. 24 del CP la idea de funcionario público se concreta por la existencia de dos notas ⁵⁴:

a) El concepto de funcionario público en el orden penal es más amplio que el administrativo.

b) Lo que define la condición de funcionario público es la participación en funciones públicas siendo irrelevante que sea interino o de plantilla –STS 1292/2000, de 10 de julio– ⁵⁵. En concreto, se ha estimado que tiene tal consideración el titular de un establecimiento de lotería, el contratado fijo en el INE, o el trabajador en una oficina de la Caja Postal –SSTS, respectivamente, 601/1998, de 30 de abril ⁵⁶, 779/1998, de 5 de junio ⁵⁷ y 168/1997, de 13 de febrero– ⁵⁸.

Por ello el TS ⁵⁹ considera que no es obstáculo para ostentar esta condición de funcionario público a efectos penales el que la causa de ese nombramiento por autoridad competente se encuentre en un contrato laboral.

Otra cuestión que se plantea es el problema de los llamados «funcionarios de hecho», con una doble vertiente: la primera serían los particulares que se atribuyen, por propia iniciativa, la cualidad de funcionarios, y la segunda los funcionarios incorporados legalmente que con posterioridad se descubre que no reunían las condiciones para ejercer dicha función pública. En el primero de los supuestos es obvio que dichos particulares no deberían

54. STS núm. 1544/2004 (Sala de lo Penal), de 23 de diciembre, Recurso de Casación núm. 786/2003. Ponente: Excmo. Sr. D. Joaquín Giménez García (RJ 2005\498).

55. STS núm. 1292/2000 (Sala de lo Penal), de 10 de julio, Recurso de Casación núm. 2002/1998, Ponente: Excmo. Sr. D. Joaquín Giménez García (RJ 2000\6210).

56. STS núm. 601/1998 (Sala de lo Penal), de 30 de abril, Recurso de Casación núm. 727/1997. Ponente: Excmo. Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Tourón (RJ 1998\4253).

57. STS núm. 779/1998 (Sala de lo Penal), de 5 de junio, Recurso de Casación núm. 1724/1997. Ponente: Excmo. Sr. D. Carlos Granados Pérez (RJ 1998\5149).

58. STS núm. 168/1997 (Sala de lo Penal), de 13 de febrero, Recurso de Casación núm. 624/1996. Ponente: Excmo. Sr. D. José Augusto de Vega Ruiz (RJ 1997\1171).

59. STS núm. 68/2003 (Sala de lo Penal), de 27 de enero, Recurso de Casación núm. 2625/2001. Ponente: Excmo. Sr. D. Joaquín Delgado García (RJ 2003\1033).

ser considerados funcionarios públicos, pero en el segundo, desde un punto de vista penal, sí han participado de funciones públicas por un nombramiento, aunque viciado, por lo que deberían ser tenidos como funcionarios⁶⁰.

Desde una perspectiva sistemática, el concepto penal de *función pública* puede articularse, en suma, atendiendo a la concurrencia de tres elementos: a) un elemento *subjetivo*, conforme al cual la función pública es la actividad llevada a cabo por un ente de carácter público; b) un elemento *objetivo*, a cuyo tenor la función pública puede ser definida como la actividad realizada mediante actos sujetos al Derecho público; c) un elemento *teleológico*, según el cual la función pública es aquella actividad en la que se persiguen fines públicos⁶¹.

Finalmente se debe indicar que la tipicidad de los delitos de los funcionarios públicos aparece «recortada» por una constelación de elementos conceptuales aportados por el Derecho administrativo, el sector del ordenamiento jurídico que define en primera instancia los criterios de legitimidad de la acción estatal. Entre dichos elementos se cuenta la voluntad aquiescente del administrado, ocasional presupuesto —según enseña la dogmática clásica— de la existencia o eficacia de las decisiones unilaterales imperativas de la Administración. El consentimiento del titular del domicilio, por ejemplo, convierte la ejecución de una diligencia de entrada y registro no respaldada por resolución judicial alguna en un acto plenamente respetuoso con la legalidad vigente, desprovisto de relevancia jurídico-penal, tal y como declaran los arts. 18.2 CE y 545 LECr y refrenda el art. 534.1 CP⁶².

3. Delitos contra la Administración Pública

Dentro de las siempre complejas relaciones entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo, ocupa un lugar destacado el llamado Derecho

60. Cfr. J. L. GONZÁLEZ CUSSAC, «Aspectos administrativos del delito de prevaricación como figura residual del Derecho Penal de la función pública», cit., pp. 306-307.

61. C. BLANCO LOZANO, «La protección penal del urbanismo en el ámbito de la función pública», cit.

62. F. VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, «El consentimiento del ofendido en los delitos contra la Administración Pública (sobre el bien jurídico protegido en los delitos “del cargo”)», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 3, 2001.

Penal de la función pública, cuyo deslinde del Derecho Administrativo sancionador constituye un tema central del Derecho Público⁶³.

El debate sobre la reforma de los delitos contra la Administración pública es una constante de la reflexión penal actual, y no sólo del ordenamiento jurídico. Desde la aparición de la corrupción como fenómeno «sistémico», a la consideración siempre creciente de las patologías de la acción administrativa en todos sus aspectos (prevaricación, abusos de la función, malversación, omisiones de los deberes de oficio), las problemáticas están, sin embargo, casi exclusivamente enfocadas desde una perspectiva de política criminal, y las opciones avanzadas de reforma reflejan limitaciones a menudo sometidas a exigencias represivas; lo que, a su vez, no permite siempre una adecuada ponderación de las peculiares exigencias dogmáticas de la materia⁶⁴.

Debemos partir de unas ideas claras que nos permitan determinar, con posterioridad, cada tipo en concreto. La existencia de estos delitos no se justificará ya ni en el fortalecimiento de principios deontológicos relacionados con la «ética» del cargo, ni en la necesidad de reforzar el prestigio o la dignidad de los órganos administrativos, ni, por supuesto, en la exigencia de deslindar debidamente los ámbitos de actuación de los distintos poderes públicos. Todos estos «valores» se consideran reminiscencias de concepciones ideológicas y políticas desfasadas, incapaces de expresar exigencias «reales» de tutela. El bien jurídico se proyecta, por el contrario, hacia el cargo, hacia la corrección de su ejercicio frente a las irregularidades, extralimitaciones o perturbaciones protagonizadas por sus titulares. El rasgo distintivo –esencial– de su estructura se descubre en un abuso de la autoridad, de la posición privilegiada o de los medios materiales proporcionados por el ejercicio de un cargo público; y en un abuso especialmente grave, además, en la medida en que se trata de «instrumentos» que han sido confiados y puestos a disposición –legalmente, o de acuerdo con la organización interna del servicio– del sujeto. Son, en definitiva, delitos contra la «función pública» realizados por quienes se hallan en disposición de atacarla desde dentro, cuando actúan desde su interior. Ese es su denominador común en el terreno de la ofensividad, la verdadera razón de su punibilidad⁶⁵.

63. J. L. GONZÁLEZ CUSSAC, «Aspectos administrativos del delito de prevaricación como figura residual del Derecho Penal de la función pública», cit., p. 303.

64. V. MANES, «Bien jurídico y reforma de los delitos contra la Administración Pública», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 2, 2000.

65. F. VÁZQUEZ-PORTOMENE SEJAS, «El consentimiento del ofendido en los delitos contra la Administración Pública (sobre el bien jurídico protegido en los delitos “del cargo”)», cit.

Las notas esenciales del bien jurídico *Administración pública* 66, conforme a las más básicas previsiones constitucionales, son ⁶⁷:

a) Servicio a los intereses generales.

Si el interés general es una de las pautas que utiliza el constituyente para organizar y revestir de legitimidad a las actuaciones públicas, está claro que toda actuación presidida por los criterios personales y omnímodos de los titulares de los órganos administrativos —por definición, las actuaciones con fin delictivo— deviene radicalmente ilegítima. Lo que quizá no ha ponderado suficientemente la literatura penal es que, si se parte de la premisa de que lo que da contenido material propio a los delitos del cargo es la desviación de las funciones públicas de los fines establecidos por el ordenamiento jurídico, en todo proceso penal que verse sobre estas figuras el juez habrá de determinar cuáles son aquéllos, determinación que no resultará precisamente sencilla. Si el cauce «natural» de expresión de lo que la sociedad entiende por el bien común —y la única admisible en el marco de una democracia representativa— es la legislación, en la mayoría de los casos ésta se limita a encomendar a la Administración la realización de una valoración del mismo, bien directamente («mediante fórmulas en las que se remite a *lo que conviene o perjudica al interés público*»), bien indirectamente («mediante la atribución de la potestad de decidir discrecionalmente»). El «interés general» representa, de esta forma, «un concepto formalizador de un bien jurídico global, abstracto y formal», a través del que pretende expresarse condensadamente «el bien jurídico —sustantivo y concreto— merecedor de protección en cada caso y en el curso del proceso de desarrollo, integración y aplicación del ordenamiento jurídico» que la Administración Pública lleva a cabo; un fin para cuya definición deberá tomar en consideración tanto los intereses secundarios concurrentes (públicos o privados) como todos aquellos que se incluyen en el radio de acción de la propia noción de ‘interés general’: el de cada ámbito de decisión de cada uno de los ordenamientos particulares que resultan de la organización territorial del Estado y el del conjunto de todos los espacios de decisión articulados por y desde la CE y el ordenamiento jurídico general ⁶⁸.

66. Sin olvidar, por supuesto, lo señalado ya en el apartado primero de este punto.

67. C. BLANCO LOZANO, *Tratado de Derecho Penal Español*, t. 2, vol. 2, 2004.

68. F. VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, «El consentimiento del ofendido en los delitos contra la Administración Pública (sobre el bien jurídico protegido en los delitos «del cargo»)», cit.

- b) Sometimiento pleno a la ley y al Derecho.
- c) Objetividad en el cumplimiento de sus fines³¹.

En definitiva, el bien jurídico común de estos delitos no es otro que el correcto desempeño de las distintas actividades públicas desde la perspectiva de una Administración prestacional, plenamente sometida al Derecho y a los principios constitucionales que ordenan su funcionamiento⁶⁹.

No olvidemos que uno de los principios fundamentales del Estado de Derecho es el principio de legalidad, según el cual la Administración está plenamente sometida a la ley, sin que pueda iniciar ninguna actuación que previamente no esté atribuida por la ley, es decir, sus posibilidades de actuación estarían limitadas a una habilitación legal previa⁷⁰.

Por ello, el «bien jurídico» protegido, recto y normal funcionamiento de la Administración Pública con sujeción al sistema de valores instaurado en la CE, obliga a tener en consideración los arts. 103 y 106 de dicho Texto Fundamental, que sirven de plataforma esencial a toda actuación administrativa, estableciendo el primero la obligación de la Administración Pública de servir con objetividad a los intereses generales, con pleno sometimiento a la Ley y al Derecho⁷¹, y el segundo al mismo sometimiento al principio de legalidad de la actuación administrativa y de ésta a los fines que la justifican⁷².

Debemos recordar, en este punto, que el sistema penal debe engarzarse con el Derecho Administrativo, lo que conlleva la imposibilidad de mantener de forma radical y en todo caso la intervención penal sobre los sistemas correctores administrativos. Debemos tener en cuenta el principio de intervención mínima, que supone la exigibilidad penal sólo en supuestos de claro incumplimiento de la norma.

Sujeto activo en estos delitos, conforme a las articulaciones legales, lo será por lo general la autoridad o funcionario público, del que hemos ha-

69. F. MORALES PRATS y M. J. RODRÍGUEZ PUERTA, «Delitos contra la Administración pública», en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, p. 1771.

70. A. ORENA DOMÍNGUEZ, «Discrecionalidad, arbitrariedad e inicio de actuaciones inspectoras», en *Cuadernos Aranzadi de Jurisprudencia Tributaria*, núm. 41, enero-marzo de 2006.

71. Cfr. V. MANES, «Bien jurídico y delitos contra la Administración pública», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 70, 2000, pp. 125-140.

72. STS Sala 2.ª, S. de 16 de mayo de 2003, núm. 704/2003, rec. 2867/2001. Pte: Sánchez Melgar, Julián (EDE 2003/30212).

blado más arriba. Se trata, pues, de delitos especiales propios, siendo preciso acudir, para la delimitación de tales sujetos activos, al propio concepto legal de autoridad o funcionario público previsto en el texto punitivo. Al amparo de tal concepto, la doctrina especializada, con autores como Valeije Pérez⁷³, se manifiesta a favor de la inclusión en este concepto del personal laboral o contratado que, bien directamente, bien a través de sociedades de participación pública, lleve a cabo actividades propias de la función pública⁷⁴.

No obstante, no todos los delitos que se incluyen en este título son delitos de funcionarios, y, así, no lo son los recogidos en los arts. 414.2 (el particular que destruya o inutilice los medios puestos para impedir el acceso a documentos reservados), 418, 423, 429 CP⁷⁵.

73. I. VALEIJE PÉREZ, «Reflexiones sobre los conceptos de funcionario público, función pública y personas que desempeñan una función pública», en *Cuadernos de Política Criminal*, 1997, pp. 468 y ss.

74. C. BLANCO LOZANO, *Tratado de Derecho Penal Español*, t. 2, vol. 2, cit.

75. Cfr. J. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TÉLLEZ, *El denominado delito de propia mano*, Madrid 2004.

Prevaricación ⁷⁶ y otros comportamientos injustos

1. Prevaricación administrativa

1.1. Tipificación en el Código Penal

Art. 404. *A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años.*

1.2. Significado del delito

Si bien es cierto que el tipo penal previsto hace referencia a los «funcionarios públicos», en los supuestos de referencia juegan factores que perfilan específicamente los comportamientos supuestamente delictivos, encajando esta modalidad delictiva entre dos campos de naturaleza distinta ⁷⁷:

76. Cfr. F. J. MUÑOZ CONDE, *Los delitos contra la administración pública en el nuevo Código penal: especial consideración de la prevaricación y del concepto de funcionario público a efectos penales*, cit.; E. O. DE TOLEDO UBIETO, *El delito de prevaricación de los funcionarios públicos en el Código penal de 1995*, Sevilla, 1996; J. L. GONZÁLEZ CUSSAC, *El delito de prevaricación de funcionario público*, cit.; H. ROLDÁN BARBERO, «De la prevaricación administrativa», en *Revista de derecho penal y criminología*, núm. 3, 1993, pp. 667-690; E. O. DE TOLEDO UBIETO, *La prevaricación del funcionario público*, Madrid, 1980.

77. P. LEDESMA IBÁÑEZ, «Aproximación judicial a la prevaricación de las autoridades», en *Cuadernos de Derecho Judicial, delitos de los funcionarios públicos*, Madrid, 1994, pp. 289-304.

A) Las irregularidades administrativas sin trascendencia penal, ámbito en el que deben incluirse los supuestos de defectos en la tramitación, inobservancia de requisitos formales, errores procedimentales. Aspectos todos ellos que debieran ventilarse por la vía de los recursos primero administrativos y en último término ante la Jurisdicción contencioso-administrativa.

B) Las responsabilidades políticas, cuya valoración debe realizarse en el seno de las instituciones democráticas, por medio de los mecanismos políticos de control y que, como última razón, tiene en las urnas su máxima garantía.

El diseño del actual CP ha optado por dar un esquema diferenciado a las distintas modalidades del delito que analizamos, eliminando la referencia a la prevaricación judicial, que se articula en el Título correspondiente.

En cuanto al bien jurídico protegido, el delito de prevaricación tutela el correcto ejercicio de la función pública⁷⁸ de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación⁷⁹, tal como hemos reseñado más arriba:

- 1.º) El servicio prioritario a los intereses generales.
- 2.º) El sometimiento pleno a la Ley y al Derecho.
- 3.º) La absoluta objetividad en el cumplimiento de sus fines (art. 103 CE).

Por ello la sanción de la prevaricación garantiza el debido respeto, en el ámbito de la función pública, al principio de legalidad como fundamento básico de un Estado social y democrático de Derecho (SSTS de 21 de diciembre de 1999⁸⁰, 12 de diciembre de 2001⁸¹, 878/2002, de 17 de mayo⁸², y 1015/2002, de 31 de mayo⁸³, y de 13 de junio 2003)⁸⁴.

78. Cfr. J. L. GONZÁLEZ CUSSAC, «los delitos de los funcionarios públicos: cuestiones generales. La prevaricación como figura residual», en *Cuadernos de Derecho Judicial. Delitos de los funcionarios públicos*, 1994, pp. 57-68.

79. STS Sala 2.ª, S. de 12 de diciembre de 2003, núm. 1686/2003, rec. 25/2003. Pte: Aparicio Calvo-Rubio, José (EDE 2003/201864).

80. STS Sala 2.ª, S. de 21 de diciembre de 1999, núm. 1493/1999. Pte: Conde-Pumpido Tourón, Cándido (EDE 1999/35876).

81. STS Sala 2.ª, S. de 12 de diciembre de 2001, núm. 2347/2001, rec. 682/2000. Pte: Conde-Pumpido Tourón, Cándido (EDE 2001/49187).

82. STS Sala 2.ª, S. de 17 de mayo de 2002, núm. 878/2002, rec. 2296/2000. Pte: Conde-Pumpido Tourón, Cándido (EDE 2002/16913).

De esta forma, «en cuanto al bien jurídico protegido en este tipo de delito (dato que contribuye a su más correcta interpretación) lo es, sin duda, el normal funcionamiento de la Administración Pública que ha de estar siempre e incondicionalmente al servicio de la colectividad y los ciudadanos. En definitiva, en un Estado de Derecho Democrático y Social como el nuestro (...) es absolutamente obligado que la Administración se ponga siempre al servicio de los fines esenciales que le dan soporte y la justifican»⁸⁵. «El Estado Social y democrático de Derecho (artículo 1.1 de la Constitución) impone, como premisa básica y esencial del mismo que los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (artículo 9.1 de la Constitución). Expresamente se declara también que la Constitución garantiza el principio de legalidad, la seguridad jurídica y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (*vid.* art. 9.3 Constitución). La Administración Pública. Sirve con objetividad los intereses generales y actúa (...) con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho (*vid.* art. 103.1 CE). En la misma línea —dentro ya de la legalidad ordinaria— demandan el respeto a la Ley y la Observancia del procedimiento oportuno la Ley de Procedimiento Administrativo (*vid.* arts. 1, 40 y ss.) y la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local, 2 de abril de 1985 (*vid.* art. 6)»⁸⁶.

No obstante, en el delito de prevaricación no se protege la Administración como entidad. Porque la atención del Derecho Penal se centra en el ejercicio de las potestades atribuidas por el Ordenamiento, con la finalidad de garantizar su ajuste a la función que constitucionalmente les está conferida. Por ello, cabe concluir que el bien jurídico protegido en el delito de prevaricación es el interés público en el sometimiento pleno de las resoluciones administrativas a la ley y al Derecho⁸⁷.

El delito que ahora analizamos parte de dos puntos esenciales, la existencia de una resolución arbitraria dictada por una autoridad o un funcionario público, y el pleno conocimiento de la injusticia de dicha resolución. A éste

83. STS Sala 2.ª, S. de 31 de mayo de 2002, núm. 1015/2002, rec. 3493/2000. Pte: Conde-Pumpido Tourón, Cándido (EDE 2002/19588).

84. Sentencia del Tribunal Supremo núm. 857/2003 (Sala de lo Penal), de 13 de junio, Recurso de Casación núm. 2817/2001, Ponente: Excmo. Sr. D. José Aparicio Calvo-Rubio (RJ 2003\6387).

85. Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1990, de la que fue ponente el Magistrado Sr. Ruiz Vadillo.

86. Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1992.

87. J. L. GONZÁLEZ CUSSAC, «Los delitos de los funcionarios públicos: cuestiones generales. La prevaricación como figura residual», cit.

debemos añadir la característica necesaria del sujeto pasivo, que sea autoridad o funcionario público. Esto supone, de forma meridiana, que el legislador sólo ha buscado formas dolosas de ejecución, no dando virtualidad a la comisión imprudente.

1.3. *Conducta típica*

Tal como hemos visto, la conducta típica es el dictado de una resolución arbitraria, siempre y cuando, claro está, la injusticia de la resolución sea conocida por el que la dictó, con lo que se introduce un elemento subjetivo de compleja determinación. Asimismo, estamos ante un delito especial propio, lo que supone que tan sólo puede ser cometido por personas que ostentan la condición de funcionarios públicos o de autoridad.

Son tres los elementos que se requieren para la existencia de este delito genérico de prevaricación administrativa⁸⁸:

1. La cualidad de funcionario público⁸⁹ o autoridad en el sujeto activo del hecho, conforme a las definiciones que de estos conceptos nos ofrece el

88. STS Sala 2.ª, S. de 25 de mayo de 2004, núm. 654/2004, rec. 28/2003. Pte: Delgado García, Joaquín (EDE 2004/51866).

Señala la STS Sala 2.ª, S. de 15 de noviembre de 2004, núm. 1318/2004, rec. 487/2003. Pte: Delgado García, Joaquín (EDE 2004/197365):

«Son tres los elementos constitutivos de esta conducta punible:

1.º Que el sujeto activo sea una autoridad o funcionario público. Se trata de un delito especial que sólo pueden cometer las autoridades o funcionarios que tienen, por su cargo, competencia para dictar resoluciones de orden administrativo, por contraposición a la prevaricación judicial (arts. 446 y ss. CP).

2.º Que tal sujeto activo haya dictado una resolución arbitraria que, según reiterada doctrina de esta sala es algo más que una resolución ilegal: ha de encontrarse en oposición a la norma jurídica establecida de modo evidente, tanto que carezca de justificación razonable desde cualquier ángulo o posibilidades de interpretación de la norma de que se trate, procesal o sustantiva. Nos remitimos a lo que al respecto nos dice la sentencia recurrida al comienzo de su fundamento de derecho 2.º (página 14) que hace una exposición correcta en cuanto al contenido de este elemento objetivo del delito.

3.º Tal resolución arbitraria ha de dictarse “a sabiendas” de esa injusticia, es decir, con conocimiento por parte de la autoridad o funcionario público de que concurre en su comportamiento ese carácter arbitrario. El dolo, elemento subjetivo, necesario en todas las infracciones penales dolosas, se encuentra así exigido expresamente en esta norma del art. 404 CP».

89. Cfr. P. LEDESMA IBÁÑEZ, «Aproximación judicial a la prevaricación de las autoridades», cit.

art. 24 CP⁹⁰. Esto supone que nos encontramos ante un delito especial propio⁹¹. En este punto se debe indicar, simplemente, que a dicha cualidad de funcionario público se sobreañade la exigencia de tener el mismo facultades decisorias⁹², pues de otra forma no se podría cometer el delito que estamos analizando.

2. Que haya una resolución injusta en asunto administrativo⁹³.

Resulta complejo apreciar lo que es injusto. Téngase en cuenta que muchas resoluciones se modifican por el órgano superior al que se acude en recurso; el derecho es discutible y con frecuencia cabe más de una interpretación⁹⁴.

No es suficiente que una resolución sea contraria a derecho para que constituya un delito de prevaricación. El control de legalidad de los actos de la Administración corresponde, en principio, a la jurisdicción contencioso-administrativa, y no sería compatible con una correcta articulación entre los poderes del estado constitucional una sistemática criminalización de los actos de la Administración que estuviesen en contradicción con la ley o implicasen desviación de poder, como acontecería si todo acto administrativo fuese considerado como «injusto». *Una resolución contraria a la ley, por el mero hecho de serlo, no tiene por qué ser injusta.* «La injusticia supone un “plus” de contradicción con la norma que es lo que justifica la intervención del derecho penal. La jurisprudencia de esta Sala ha repetido últimamente rectificando una doctrina anterior excesivamente extensiva en la conceptualización de lo injusto, que únicamente cabe reputar injusta una resolución administrativa, a efectos de incardinarla en el tipo de prevaricación, cuando la ilegalidad sea “evidente, patente, flagrante y clamorosa”»⁹⁵.

90. Que ya hemos analizado.

91. Cfr. J. L. GONZÁLEZ CUSSAC, «Aspectos administrativos del delito de prevaricación como figura residual del Derecho Penal de la función pública», cit., pp. 304-305.

92. STS Sala 2.ª, S. de 16 de mayo de 2003, núm. 704/2003, rec. 2867/2001. Pte: Sánchez Melgar, Julián (EDE 2003/30212).

93. Vid. M. COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, «La injusticia de la resolución en la prevaricación administrativa», en J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA y J. M. ZUGALDÍA ESPINAR (coord.), *Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, vol. 2, 2004, pp. 843-950.

94. A. SERRANO GÓMEZ y A. SERRANO MAÍLLO, *Derecho Penal. Parte especial*, 10.ª edición, Madrid, 2005, p. 783.

95. M. J. LÓPEZ MUÑOZ, «Relación entre prevaricación y derechos cívicos», en *Diario de Jurisprudencia El Derecho*, núm. 947, 10 de marzo de 1999.

Se exige, pues, la existencia de una resolución, y que dicha resolución verse sobre un asunto administrativo. A efectos del art. 404 del CP, al igual que ocurría con el art. 358 del anterior Código, se entiende por resolución administrativa cualquier acto de esta naturaleza que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio⁹⁶ que afecte a los derechos de los administrados⁹⁷, ya sea expresa o tácita, oral o escrita⁹⁸.

En cuanto a que la resolución debe versar sobre un asunto administrativo⁹⁹. Es este sentido, la jurisprudencia ha interpretado que merecen tal consideración aquellas resoluciones emitidas por funcionarios públicos y sometidas al Derecho administrativo, siempre que afecten a los derechos de los administrados y a la colectividad en general. Lo esencial, es que «la resolución no tenga naturaleza jurisdiccional ni política» (STS de 23 de enero de 1998¹⁰⁰)¹⁰¹. En este punto, cabe indicar que en las SSTs de 14 de julio de 1995¹⁰² y 19 de abril de 1995¹⁰³ expresamente se excluyen los *actos políticos o de gobierno*, y los reglamentos y demás disposiciones de carácter general¹⁰⁴.

Todo esto nos lleva a analizar el concepto de acto administrativo. El de acto administrativo es, sin duda, el concepto capital del régimen jurídico de la Administración, es decir, del Derecho administrativo. Todas las potestades administrativas, todas las prerrogativas de la Administración, vienen a coincidir y condenarse en ésta: poder dictar actos jurídicos regulados por el

96. Vid. STS núm. 857/2003 (Sala de lo Penal), de 13 de junio, Recurso de Casación núm. 2817/2001. Ponente: Excmo. Sr. D. José Aparicio Calvo-Rubio (RJ 2003\6387).

97. Vid. STS núm. 927/2003 (Sala de lo Penal), de 23 de junio, Recurso de Casación núm. 91/2002. Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Román Puerta Luis (RJ 2003\6367).

98. STS núm. 935/2003 (Sala de lo Penal), de 26 de junio, Recurso de Casación núm. 486/2002. Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín (RJ 2003\4364); o STS núm. 647/2002 (Sala de lo Penal), de 16 de abril, Recurso de Casación núm. 2212/2000. Ponente: Excmo. Sr. D. Enrique Abad Fernández (RJ 2002\5449).

99. Cfr. J. L. GONZÁLEZ CUSSAC, «Aspectos administrativos del delito de prevaricación como figura residual del Derecho Penal de la función pública», cit., pp. 321 y ss.

100. STS núm. 38/1998 (Sala de lo Penal), de 23 de enero, Recurso de Casación núm. 26/1997. Ponente: Excmo. Sr. D. Ramón Montero Fernández-Cid (RJ 1998\50).

101. STS núm. 935/2003 (Sala de lo Penal), de 26 de junio, Recurso de Casación núm. 486/2002. Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín (RJ 2003\4364).

102. STS Sala 2.ª, S. de 14 de julio de 1995, núm. 877/1995, rec. 3636/1994. Pte: Hernández Hernández, Roberto (EDE 1995/3988).

103. Sentencia del Tribunal Supremo núm. 546/1995 (Sala de lo Penal), de 19 de abril, Recurso núm. 2528/1994, Ponente: Excmo. Sr. D. Justo Carrero Ramos (RJ 1995\2900).

104. J. L. GONZÁLEZ CUSSAC, «La nueva regulación de los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995: la prevaricación», cit., pp. 11-49.

Derecho público (administrativo) y dotados de un vigor especial. Para Guaita ¹⁰⁵, el concepto de acto administrativo es muy amplio y, por lo mismo, muy breve de expresar: *acto (jurídico) regulado por el Derecho administrativo* (o regido por, o sometido o sujeto al Derecho administrativo). En este punto debemos tener en cuenta que, mientras que los particulares pueden hacer aquello que no está prohibido, la Administración debe funcionar siempre a través de la habilitación expresa de una norma. La exigencia de una norma general previa en la que apoyarse es, en principio y con carácter general, condición *sine qua non* para la validez de los actos administrativos. La sujeción de la Administración a la Ley es principio cardinal del Derecho administrativo de nuestro tiempo, y uno de los modos de esa sujeción es que no pueda dictar válidamente actos sin una previa norma habilitante, a la que ha de ajustarse el contenido de los propios actos.

Éste es el momento esencial donde debemos analizar el esquema general del acto administrativo. Los actos administrativos que dicten las Administraciones Públicas, bien de oficio o a instancia del interesado, se producirán por el órgano competente ajustándose al procedimiento establecido (art. 53.1 LRJAPPAC) ¹⁰⁶.

El art. 53.2 LRJAPPAC establece, entre los requisitos que ha de reunir el contenido del acto administrativo, precisamente y en primer lugar, el de la juridicidad, que, entre otras cosas, supone la sujeción a una jerarquización normativa; por ejemplo supone la necesidad de aquella habilitación normativa previa ¹⁰⁷. Hemos de recordar, como hace la sentencia del TS de 25 de febrero de 1998 ¹⁰⁸, que el contenido de los actos se ajustará a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico y será determinado y adecuado a los fines de aquéllos (art. 53.2 LRJAPPAC) ¹⁰⁹, con lo que la norma establece, desde el punto de vista de la LRJAPPAC, el principio de legalidad.

En cualquier caso, el citado precepto y los dos que le siguen hacen referencia a los *elementos* de los actos administrativos; elementos cuya presen-

105. A. GUAITA, «El concepto de acto administrativo», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 7, octubre-diciembre de 1975, pp. 529 y ss.

106. *Vid.* STS Sala 3.ª, sec. 4.ª, S. de 5 de junio de 2003, rec. 6148/1996. Pte: Baena del Alcázar, Mariano (EDE 2003/50958).

107. STS Sala 3.ª, sec. 6.ª, S. de 30 de enero de 2002, rec. 8631/1997. Pte: González Navarro, Francisco (EDE 2002/5795).

108. STS Sala 3.ª, sec. 3.ª, S. de 25 de febrero de 1998, rec. 805/1994. Pte: González González, Óscar (EDE 1998/525).

109. STS Sala 3.ª, sec. 3.ª, S. de 12 de julio de 2001, rec. 523/1999. Pte: Campos Sánchez-Bordona, Manuel (EDE 2001/25302).

cia o ausencia puede servir de parámetro a la hora de su enjuiciamiento y eventual anulación y que se suelen clasificar en elementos subjetivos, objetivos y formales. Los elementos *subjetivos* aluden a la Administración productora del acto. En efecto, *los actos administrativos sólo pueden proceder de una Administración Pública subjetivamente considerada*. Más en concreto, «del órgano competente», es decir, del órgano al que la normativa vigente atribuya la responsabilidad de actuar. *La competencia* es una determinación normativa y consiste en la parcela o medida de la potestad de cada una de las unidades menores en que se descompone la persona jurídico-administrativa de que se trate, una vez identificada cuál es en virtud del sistema constitucional y legal de distribución horizontal de competencias entre la Administración del Estado, las de las Comunidades Autónomas o las Administraciones Locales e Institucionales. La competencia, como es sabido, se articula sobre la base de los criterios de *la materia, la jerarquía, el territorio* y, eventualmente, *el tiempo*, y su desconocimiento conduce al vicio de incompetencia, que puede implicar la nulidad del acto si el órgano es «manifiestamente incompetente por razón de la materia o el territorio» [art. 62.1.b) LRJAPPAC], aunque la incompetencia no determinante de la nulidad (básicamente, la incompetencia por razón de jerarquía) puede convalidarse por el superior jerárquico del que dictó el acto viciado (art. 67.3 LRJAPPAC) ¹¹⁰.

En este punto debemos tener presente el requisito mismo de motivación como fundamento último del acto, lo que supondría la cobertura del acto frente a cualquier acusación de prevaricación. Serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho (art. 54.1 LRJAPPAC) ¹¹¹:

110. L. MARTÍN REBOLLO, «Requisitos de los actos administrativos: motivación, forma y notificación», en *Cuadernos de Derecho Judicial, Estudio de la LRJ de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (I)*, 1994, pp. 159-208.

111. Cfr. P. LEDESMA IBÁÑEZ, «Aproximación judicial a la prevaricación de las autoridades», cit., que señala:

«No se trata tanto de analizar los casos concretos que dieron lugar a las sentencias de referencia, sino de organizar sistemáticamente los criterios jurisprudenciales seguidos en la estimación de este delito:

- * la falta absoluta de competencia jurídico-decisoria del inculpado;
- * la carencia de requisitos formales indispensables a su propio contenido sustancial;
- * la contradicción patente, notoria e incuestionable con el ordenamiento jurídico del asunto administrativo dictado;

En conclusión “habrá, pues, prevaricación tanto cuando se dicta una resolución injusta en el fondo, como cuando se impide llegar a la fase de decisión en términos tales que, quien haya de tomarla, tenga el correspondiente conocimiento de causa, si en uno u otro caso la imputación es predicable de la autoridad o funcionario encargado de resolver el asunto”.

- a) Los actos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos.
- b) Los que resuelvan procedimientos de revisión de oficio de disposiciones o actos administrativos, recursos administrativos, reclamaciones previas a la vía judicial y procedimientos de arbitraje.
- c) Los que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos.
- d) Los acuerdos de suspensión de actos, cualquiera que sea el motivo de ésta, así como la adopción de medidas provisionales previstas en los arts. 72 y 136 de la LRJAPPAC.
- e) Los acuerdos de aplicación de la tramitación de urgencia o de ampliación de plazos.
- f) Los que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales, así como los que deban serlo en virtud de disposición legal o reglamentaria expresa.

En la STS de 30 de noviembre de 1999 ¹¹² se recogían, con cita de otras sentencias, una serie de consideraciones en torno a la necesidad de motivación de determinados actos administrativos, entre ellos los que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales, a tenor del art. 54.1.f) de la LRJAPPAC, como exigencia derivada de la triple finalidad de posibilitar un control indirecto por parte de la opinión pública que, ante su

Desde otra perspectiva, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 19 de febrero de 1992 ha analizado los supuestos de hecho del delito de Prevaricación:

* Equivale a la infracción de disposiciones legales siempre que no se trate de una mera falta de apoyo sólido en las normas legisladas (SSTS de 7 de julio de 1956 y 16 de mayo de 1910);

* En otras ocasiones se ha hecho equivalente injusto y arbitrariedad (SSTS de 7 de julio de 1956);

* En alguna se ha excluido del ámbito de la tipicidad las resoluciones que sean defendibles por tener al menos una apariencia de ortodoxia (SS de 7 de julio de 1956);

* No han faltado aquellas que admiten como materia de la prevaricación la injusticia de hecho (SSTS de 16 de marzo de 1953);

* Tampoco las que entienden que la prevaricación proviene de actuar fuera de la propia competencia.

Pese a este esfuerzo de sistematización la comunicación no puede ser ajena a la crítica que de modo prácticamente unánime se ha formulado a la jurisprudencia en esta materia, que no es otra que su excesivo casuismo, que ha llevado a exigir con distinta "intensidad" los elementos constitutivos del tipo penal según el supuesto de hecho que se debía enjuiciar; en este sentido resulta muy difícil delimitar la frontera entre el ámbito exclusivamente administrativo y el comportamiento con trascendencia penal».

112. STS Sala 3.ª, sec. 5.ª, S. de 30 de noviembre de 1999, rec. 1389/1994. Pte: Garzón Herrero, Manuel Vicente (EDE 1999/43044).

falta, podría entenderlo como producto de un voluntarismo autoritario improcedente de constituir un elemento interpretativo de gran valor y de permitir un control jurisdiccional del acto, al margen de implicar el sano ejercicio de una elegante cortesía, pero, en la misma sentencia, se explicaba que connotaciones específicas determinaban que, en casos como el de autos, cumplidos los elementos reglados a que se sujeta el nombramiento, esa discrecionalidad ofrecía peculiaridades y singularidades en orden a la motivación, que merecían un tratamiento particularizado, que no puede, en principio, ser jurisdiccionalmente revisado ni fiscalizado, según STS de 10¹¹³ y 11 de enero de 1997¹¹⁴, motivación innecesaria, por tanto, en dichos supuestos¹¹⁵.

García de Enterría¹¹⁶ ha perfilado los principales parámetros del control de la actividad discrecional, destacando en primer lugar que la discrecionalidad puede ser controlada por los *elementos reglados* que tienen que concurrir en el acto. Así, la existencia de la potestad cuyo ejercicio se explicita en actos administrativos, el ámbito o la extensión de esa potestad, la competencia específica para actuarla —que tendrá un ente y dentro de éste un concreto órgano—, y el fin o elemento teleológico de toda actuación administrativa son elementos reglados. En segundo término, hay otra posibilidad más sustancial de fiscalización, y que se concreta, siguiendo a García de Enterría, en las siguientes técnicas¹¹⁷:

1. El control de la discrecionalidad a través de los *hechos determinantes*. Lo que significa que el ejercicio de cualquier potestad administrativa se fundamenta en unos hechos objetivables y ciertos, que lógicamente operan como criterios tangibles y certeros para el control de la discrecionalidad. Puede ocurrir, empero, que exista un error en la apreciación de los hechos. Pero dicho error es estimable, justamente, por lo incontrovertible de la

113. STS Sala 3.ª, sec. 7.ª, S. de 10 de enero de 1997, rec. 554/1995. Pte: Goded Miranda, Manuel (EDE 1997/1358).

114. STS Sala 3.ª, sec. 7.ª, S. de 11 de enero de 1997, rec. 424/1995. Pte: Goded Miranda, Manuel (EDE 1997/1009).

115. STS Sala 3.ª, sec. 7.ª, S. de 14 de octubre de 2003, rec. 9/2001. Pte: González Rivas, Juan José (EDE 2003/147231).

116. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo (Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*, Madrid, 3.ª ed., 1983.

117. M. J. SARMIENTO ACOSTA, «Control de la discrecionalidad y derechos fundamentales», en *Revista del Poder Judicial*, núm. 31., septiembre de 1993, pp. 205-234.

situación fáctica, la cual no es opinable: o existen los hechos o no existen. El mundo físico o material no da para más.

2. El control de la discrecionalidad, *distinguiendo ésta de los conceptos jurídicos indeterminados*. Actualmente no ofrece dudas esta diferenciación. En las normas hay conceptos jurídicos determinados y precisos, como pudiera ser, por ejemplo, la mayoría de edad (arts. 12 CE y 315 CC: dieciocho años), e indeterminados (*v.gr.* un caso de extraordinaria y urgente necesidad –art. 86 CE–). Y también las normas habilitan para un actuar discrecional, que no es homologable al concepto jurídico indeterminado.

3. El control por los *principios generales del Derecho*, que es el que, quizás, encierra más posibilidades para la fiscalización de la discrecionalidad.

En definitiva, el resultado de todo el apartado 1 de este art. 54 es que, salvo quizá el supuesto de actos favorables, reglados y que no limiten intereses de terceros, prácticamente todos los actos deben ser motivados. Excepción hecha de los supuestos que acaban de citarse, la mayoría, en efecto, o limitan intereses legítimos (no necesariamente directos, pues) del afectado o de un tercero, o no son enteramente reglados y, por consiguiente, deben motivarse conforme a las letras *a)* y *f)* del art. 54.1 LRJAPPAC. La motivación, como es sabido, no implica un razonamiento exhaustivo y detallado, pero tampoco debe ser una fórmula convencional y meramente litúrgica, sino la especificación de la causa, esto es, la concreción *suficiente* de la adecuación del acto al fin previsto. De lo que se trata, en última instancia, es que el interesado conozca los motivos que conducen a la resolución y pueda, en su caso, rebatirlos. Para ello quizá baste con la fijación de los hechos, su subsunción en la norma y una especificación sucinta de las razones por las que de aquélla se deduce y resulta adecuada la resolución adoptada. Eso es suficiente para lograr la finalidad última de la motivación, que es constituir un elemento de control del propio acto. Cuando se acepten informes o dictámenes y se incorporen a la resolución, dicha aceptación «servirá de motivación» (art. 89.5 LRJAPPAC) ¹¹⁸.

Además, la motivación de los actos que pongan fin a los procedimientos selectivos y de concurrencia competitiva se realizará de conformidad con lo que dispongan las normas que regulen sus convocatorias, debiendo, en todo caso, quedar acreditados en el procedimiento los fundamentos de la resolución que se adopte (art. 54.2 LRJAPPAC).

118. L. MARTÍN REBOLLO, «Requisitos de los actos administrativos: motivación, forma y notificación», pp. 159-208.

En principio, nada hay que objetar a este modo de proceder siempre que los criterios que fije la norma de que se trate resulten suficientes. Una valoración numérica, si hay criterios para determinarla, podría servir, y ése es, de hecho, el sistema de numerosos concursos o la plasmación de los resultados de muchas pruebas selectivas. El problema no está, pues, en el modo concreto de motivar, sino en las bases o fundamentos de tal modo de proceder. Cabe, pues, a mi juicio, la fijación de unos criterios o parámetros de referencia por comparación con los cuales se juzgue cada caso y que dicho juicio se plasme, por ejemplo, en una puntuación o en un voto decisorio. La posible crítica, insisto, no se refiere a una «motivación» numérica, sino a la inexistencia de parámetros de referencia o informes incorporados al expediente, porque, como han tenido ocasión de señalar algunas decisiones jurisprudenciales recientes, si sólo hay un resultado en forma de guarismo, «sin expresión de los motivos en que se basa», se coloca al afectado en una posición material de indefensión incompatible con el artículo 24.1 CE, porque «el interesado tiene derecho a conocer el porqué de una determinada resolución». No basta en estos casos para entender motivada una decisión la descripción genérica del proceso seguido o la mera cita de los preceptos aplicables, si no consta la estructura lógica del silogismo: la existencia de unos criterios, la explicación de la ubicación del caso en ellos y la conclusión decisoria que se traduce en el acto. En ese sentido, la enmienda núm. 299 del Grupo Catalán antes citada era plausible y su espíritu se puede entender incorporado al texto vigente del art. 54.2¹¹⁹.

Otro de los fundamentos de todo acto es la posibilidad de constancia del mismo, por lo que la norma prevé que los actos administrativos se producirán por escrito a menos que su naturaleza exija o permita otra forma más adecuada de expresión y constancia (art. 55.1 LRJAPPAC).

En todo caso, conviene no confundir *forma escrita de producción* con *forma de constancia*. En el caso de los órganos colegiados, por ejemplo, el acto se adopta verbalmente pero debe hacerse constar en el acta que levantará el secretario (art. 27 LRJAPPAC), y lo mismo sucede en los supuestos contemplados en el art. 55.2, en los que el titular de la competencia la ejerce verbalmente y la hace constar por escrito el inferior «cuando sea necesaria» dicha constancia; inciso que apela a los supuestos en que tal constancia no resulta precisa como sucede en muchos casos de órdenes emanadas en el seno de las relaciones especiales de sujeción, a menos que se prevea expre-

119. L. MARTÍN REBOLLO, «Requisitos de los actos administrativos: motivación, forma y notificación», cit., pp. 159-208.

samente que se comuniquen por escrito. Tal es el caso, por ejemplo, del art. 21 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 abril, del Defensor del Pueblo, para cuando el superior prohíba a un funcionario entrevistarse con el Defensor, prohibición que deberá ser efectuada por escrito. El procedimiento, todo lo ágil que se quiera y lo más adecuado a los fines que en cada caso prevalezcan, será en ocasiones casi inexistente, sencillo y elemental (el reconocimiento de un trienio a un funcionario no exige, como es lógico, fases de ordenación, impulso, instrucción, prueba, etc., sino una mera constatación que puede hacerse incluso de inmediato y, con medios informáticos, de forma programada, pendiente sólo de la firma del órgano de que se trate), pero otras veces habrá de ser complejo, siguiendo pautas y fases que ordena la propia Ley. Es en estos casos cuando se observa mejor su funcionalidad y su valor como elemento que coadyuva al acierto y oportunidad del acto y sirve también a su legalidad y corrección, y, en su caso, a un eventual control posterior¹²⁰.

En los casos en que los órganos administrativos ejerzan su competencia de forma verbal, la constancia escrita del acto, cuando sea necesaria, se efectuará y firmará por el titular del órgano inferior o funcionario que la reciba oralmente, expresando en la comunicación del mismo la autoridad de la que procede. Si se tratara de resoluciones, el titular de la competencia deberá autorizar una relación de las que haya dictado de forma verbal, con expresión de su contenido (art. 55.2 LRJAPPAC).

El TS entiende que una interpretación del art. 55.2 LRJAPPAC habilita a la Administración pública para utilizar la forma verbal como una técnica de racionalización y simplificación del trabajo administrativo, sin que en modo alguno su empleo en el procedimiento sancionador de tráfico implique disminución de garantía alguna de los administrados¹²¹.

Finalmente cabe indicar que cuando deba dictarse una serie de actos administrativos de la misma naturaleza, tales como nombramientos, concesiones o licencias, podrán refundirse en un único acto, acordado por el órgano competente, que especificará las personas u otras circunstancias que individualicen los efectos del acto para cada interesado (art. 55.3 LRJAPPAC).

120. L. MARTÍN REBOLLO, «Requisitos de los actos administrativos: motivación, forma y notificación», cit., pp. 159-208.

121. STS Sala 3.^a, sec. 6.^a, S. de 3 de diciembre de 2002, rec. 451/2001. Pte: Lecumberri Martí, Enrique (EDE 2002/59999); o STS Sala 3.^a, sec. 6.^a, S. de 26 de noviembre de 2002, rec. 452/2001. Pte: González Navarro, Francisco (EDE 2002/61224).

Existen, en este punto, ciertos supuestos muy complejos, donde no se distingue con claridad la existencia de resolución a los efectos del tipo penal. Así, por ejemplo, la polémica en torno a la naturaleza de *resolución o mero acto de trámite*, del nombramiento efectuado por un Ayuntamiento, pero que debía ratificarse por el Ministerio de Administraciones Públicas (STS de 28 de diciembre de 1995)¹²². No son resoluciones los *informes* (STS de 17 de febrero de 1995)¹²³, o la discusión sobre la naturaleza decisoria de un acuerdo municipal (STS de 20 de abril de 1995¹²⁴ 125).

3. El otro requisito, de carácter subjetivo, viene recogido en la expresión ‘a sabiendas’, que es la consignación expresa en el texto de la norma penal del dolo como elemento del delito, que revela el propósito del legislador de exigir el dolo directo para la comisión de este delito.

El CP ha clarificado el tipo objetivo de dicho delito, recogiendo lo que ya expresaba la jurisprudencia anterior al calificar como «arbitrarias» las resoluciones que integran el delito, es decir, como actos contrarios a la justicia, la razón y las leyes, dictados sólo por la voluntad o el capricho (Sentencias 61/1998, de 27 de enero¹²⁶, 487/1998, 6 de abril¹²⁷, 674/1998 de 9 de junio¹²⁸ 129).

Ciertamente el art. 404 introduce expresamente la voz ‘arbitrarias’, que califica al término ‘resolución’. Pero, al mismo tiempo, sigue manteniendo la exigencia de «injusta» que ahora se conecta al requisito de «a sabiendas». De modo que prevarica la autoridad o funcionario que «a sabiendas de su injusticia, dicta una resolución arbitraria en asunto administrativo». De la

122. STS Sala 2.ª, S. de 28 de diciembre de 1995, núm. 1310/1995, rec. 928/1995. Pte: García-Calvo y Montiel, Roberto (EDE 1995/7864).

123. STS Sala 2.ª, S. de 17 de febrero de 1995, rec. 1264/1994. Pte: Carrero Ramos, Justo (EDE 1995/571).

124. STS Sala 2.ª, S. de 20 de abril de 1995, núm. 575/1995, rec. 2356/1994. Pte: Conde-Pumpido Tourón, Cándido (EDE 1995/2783).

125. J. L. GONZÁLEZ CUSSAC, «La nueva regulación de los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995: la prevaricación», cit., pp. 11-49.

126. STS Sala 2.ª, S. de 27 de enero de 1998, núm. 61/1998, rec. 2316/1996. Pte: Conde-Pumpido Tourón, Cándido (EDE 1998/366).

127. STS Sala 2.ª, S. de 6 de abril de 1998, núm. 487/1998, rec. 1721/1997. Pte: Conde-Pumpido Tourón, Cándido (EDE 1998/2308).

128. STS Sala 2.ª, S. de 9 de junio de 1998, núm. 674/1998, rec. 2786/1997. Pte: Conde-Pumpido Tourón, Cándido (EDE 1998/5860).

129. STS Sala 2.ª, S. de 12 de diciembre de 2003, núm. 1686/2003, rec. 25/2003. Pte: Aparicio Calvo-Rubio, José (EDE 2003/201864).

nueva regulación se deduce claramente que para prevaricar no basta con dictar una resolución «injusta», esto es, objetivamente contraria al ordenamiento jurídico. Hace falta algo más, y ese plus se halla ya de forma explícita en el término ‘arbitraria’. En consecuencia resultaría falaz concluir que ‘injusticia’ y ‘arbitrariedad’ son términos sinónimos o equivalentes, y en consecuencia la nueva regulación del art. 404 devendría redundante, confusa e innecesaria¹³⁰. El elemento de «injusticia» se cifra ahora en el coeficiente de «arbitrariedad» de la decisión, por tanto, no puede ser más claro que concurrió ese primer elemento normativo y objetivo del tipo¹³¹.

La prevaricación se concreta en el actuar del funcionario público dictando, a sabiendas, una resolución arbitraria. Con el precepto penal se pretende una actuación de los funcionarios públicos sujeta al sistema de valores proclamado en la CE, concretamente una actuación dirigida a servir con objetividad a los intereses generales con pleno sometimiento a la Ley y al Derecho (arts. 103 y 106 CE). Es claro que la función de control de la actuación funcional puede ser ejercida tanto por la propia Administración como por la jurisdicción, tanto en el orden Contencioso-Administrativo como el penal, cuando la actuación del funcionario no sólo sea contraria a la norma, incluso ilegal, sino cuando, además, es arbitraria. El control jurisdiccional de la actuación administrativa puede ser desarrollado por la jurisdicción, tanto contenciosa administrativa como la penal, reservando esta última a aquellos actos que infringen notoriamente los principios constitucionales de una Administración en un Estado democrático, esto es, cuando se vulneran abiertamente los principios constitucionales de imparcialidad, de igualdad de oportunidades, de legalidad, etc., que conforman la actuación de la Administración. Además, el principio de intervención mínima exige que el sistema penal de control social sólo pueda actuar frente a agresiones graves de los principios informadores de la actuación de la Administración, no contra meras irregularidades e ilegalidades que encontrarán su mecanismo de control en el orden Contencioso-Administrativo, sino aquellas que vulneran patentemente los principios de actuación básica de la Administración. El sistema penal tiene, en consecuencia, un carácter fragmentario y es la última ratio sancionadora, y es por ello que el derecho penal no sanciona todas las conductas contrarias a derecho ni las que lesio-

130. J. L. GONZÁLEZ CUSSAC, «La nueva regulación de los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995: la prevaricación», cit., pp. 11-49.

131. STS Sala 2.ª, S. de 28 de febrero de 2005, núm. 257/2005, rec. 1304/2004. Pte: Andrés Ibáñez, Perfecto (EDE 2005/23874).

nan el bien jurídico, sino tan sólo las modalidades de agresión más peligrosas, ya que su finalidad es atender a la defensa social que surge no de la simple infracción de la legalidad administrativa, lo que daría un sentido formalista al delito de prevaricación, sino la transgresión o incumplimiento de la normativa administrativa que incida de forma significativa en los administrados y en la comunidad, con perjuicio potencial o efectivo en los intereses de ambos o de la causa pública. Se hace necesario que la resolución injusta sea dictada a sabiendas de su obrar torticero (STS de 16 de octubre de 1993 ¹³²⁾ ¹³³.

Numerosas Sentencias del TS han señalado criterios de diferenciación entre el ilícito administrativo, susceptible de corrección por la propia Administración y la jurisdicción administrativa, del ilícito constitutivo de delito. En la STS de 12 de diciembre de 1994 ¹³⁴ se afirma «debe alcanzar la categoría de manifiesta, insufrible para la armonía del ordenamiento jurídico que no soporta, sin graves quebrantamientos de sus principios rectores, que las Administraciones públicas se aparten de los principios de objetividad y del servicio de los intereses generales que le vienen impuestos por la Constitución. No se da por el simple hecho de que se hayan vulnerado las formalidades legales, ya que estos defectos deben y pueden quedar corregidos en la vía administrativa (...) el derecho penal sólo justifica su aplicación en los supuestos en los que el acto administrativo presente caracteres notoriamente contradictorios con los valores que debe salvaguardar y respetar». En otras Sentencias se refiere que la duda razonable sobre la legalidad del actos administrativo hace desvanecer la idea de hecho delictivo pues la ilegalidad debe ser clara y manifiesta (STS de 7 de febrero de 1997 ¹³⁵⁾ ¹³⁶.

Más recientemente la jurisprudencia ¹³⁷ exige, para rellenar el contenido de la arbitrariedad que la resolución ¹³⁸, no sólo sea jurídicamente incorrec-

132. STS núm. 2261/1993 (Sala de lo Penal), de 16 de octubre, Recurso núm. 271/1992. Ponente: Excmo. Sr. D. José Hermenegildo Moyna Mengües (RJ 1993\7780).

133. STS núm. 538/2005 (Sala de lo Penal), de 28 de abril, Recurso de Casación núm. 1206/2003. Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta (RJ 2005\5220).

134. STS núm. 2140/1994 (Sala de lo Penal), de 12 de diciembre, Recurso núm. 3564/1993. Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Martín Pallín (RJ 1994\9375).

135. STS núm. 155/1997 (Sala de lo Penal), de 7 de febrero, Recurso de Casación núm. 2429/1995. Ponente: Excmo. Sr. D. José Augusto de Vega Ruiz (RJ 1997\661).

136. STS núm. 538/2005 (Sala de lo Penal), de 28 de abril, Recurso de Casación núm. 1206/2003. Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta (RJ 2005\5220).

137. STS núm. 504/2003 (Sala de lo Penal), de 2 de abril, Recurso de Casación núm. 2343/2001. Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta (RJ 2003\4204); o STS núm.

ta, sino que además no sea sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la Ley. Frecuentemente una situación como ésta ha sido calificada mediante distintos adjetivos ('palmaria', 'patente', 'evidente', 'es-perpéntica', etc.), pero, en todo caso, lo decisivo es el aspecto sustantivo, es decir, los supuestos de hecho en los que esos adjetivos han sido utilizados. En particular la lesión del bien jurídico protegido por el art. 404 CP se ha estimado cuando el funcionario adopta una resolución que contradice un claro texto legal sin ningún fundamento, para la que carece totalmente de competencia, omite totalmente las formalidades procesales administrativas, actúa con desviación de poder, omite dictar una resolución debida en perjuicio de una parte del asunto administrativo. En todos esos casos es claro que la decisión se basa en la tergiversación del derecho aplicable y que éste ha sido reemplazado por la voluntad del funcionario. Esta casuística, cuyo común denominador es la falta de deducción de la decisión del derecho aplicable al caso, fundada en un método hermenéutico aceptable, proporciona el aspecto sustantivo de la acción típica, que no debe ser confundido con los adjetivos, como tales imprecisos y poco aptos para cumplir con la función de garantía de la Ley penal, que contingentemente la jurisprudencia ha usado para dar una idea de la gravedad del hecho¹³⁹.

El contenido básico de la prevaricación, como antes señalamos, consiste en una actuación contraria a derecho. El delito de prevaricación doloso, dictar a sabiendas de su injusticia una resolución arbitraria en asunto administrativo, supone «la postergación por el autor de la validez del derecho o de su amparo y, por lo tanto, la vulneración del Estado de Derecho»¹⁴⁰, lo que supone un grave apartamiento del derecho. En su comprensión, la jurisprudencia de esta Sala ha rechazado concepciones subjetivas, basadas en el sentimiento de justicia o injusticia que tenga el funcionario, y ha requerido que el acto sea objetivamente injusto. Integra la prevaricación cuando «queda de manifiesto la irracionalidad de la resolución de que se trata», o «cuando la resolución vulnera abiertamente la Constitución». En el sentido indicado, el funcionario público ha de actuar con vulneración patente de las

1497/2002 (Sala de lo Penal), de 23 de septiembre. Recurso de Casación núm. 4188/2000. Ponente: Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater (RJ 2002\8169).

138. Cfr. M. J. LÓPEZ MUÑOZ, «Relación entre prevaricación y derechos cívicos», en *Diario de Jurisprudencia El Derecho*, núm. 947, 10 de marzo de 1999.

139. STS núm. 538/2005 (Sala de lo Penal), de 28 de abril, Recurso de Casación núm. 1206/2003. Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta (RJ 2005\5220).

140. STS núm. 2/1999 (Sala de lo Penal), de 15 de octubre, Causa Especial núm. 2940/1997. Ponente: Excmo. Sr. D. Gregorio García Ancos (RJ 1999\7176).

exigencias establecidas en el art. 103 de la CE, a cuyo tenor la Administración sirve con objetividad los intereses generales, y con sometimiento a la Ley y al Derecho con garantía de imparcialidad en el ejercicio de sus funciones. Lo relevante para la conceptualización de arbitrariedad de una resolución dictada es que la misma sea rotundamente incasable con el ordenamiento jurídico. La incompatibilidad radica con el ordenamiento, hoy anclada en el derecho positivo (art. 9.3 de la CE) significa, ha señalado la doctrina que «tanto que estamos ante una resolución caprichosa, más estrictamente, irracional y absurda aunque pueda estar formalmente motivada»¹⁴¹. Además, hay que señalar que no se exige la concurrencia de un interés o beneficio económico.

Este concepto mismo de prevaricación como el dictado de resolución injusta a sabiendas nos debe llevar a analizar el propio sistema de nulidad y anulabilidad de los actos administrativos, porque es en esa vía donde podemos encontrar un primer criterio de distinción para especificar la injusticia.

La doctrina de la nulidad de los actos en derecho administrativo, de forma análoga a como ocurre con otras instituciones en el ámbito del derecho público, se apoya en su origen en la doctrina de la nulidad del negocio jurídico en el derecho privado, como forma de dar curso a la invalidez de los actos contrarios al ordenamiento. El derecho privado, dentro de una categoría genérica de invalidez, admite dos grados de nulidad: nulidad absoluta, radical o de pleno derecho y anulabilidad o nulidad relativa. A ellos se añade, como categoría especial, la de la inexistencia del acto. La nulidad absoluta o de pleno derecho se produce cuando el acto o el negocio jurídico infringen una prohibición legal establecida por lo general por razones de interés general, salvo que la propia ley prevenga otro efecto. Tiene su origen en el principio de imperio de la ley, y consiste en la sanción de no reconocimiento de efectos jurídicos por la ley a aquel acto que se produce en contra de lo por ella dispuesto. A los supuestos de infracción legal se equiparan en nuestro derecho los de falta de los elementos esenciales del acto (art. 6 CC). La nulidad relativa o anulabilidad se produce cuando, fuera del supuesto anterior, el acto o negocio jurídico adolece de algún vicio al que por su importancia se atribuye carácter invalidante. Este vicio consiste por lo general en la falta de alguno de los elementos o requisitos

141. STS núm. 538/2005 (Sala de lo Penal), de 28 de abril, Recurso de Casación núm. 1206/2003. Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta (RJ 2005\5220).

Ver STS núm. 1068/2004 (Sala de lo Penal), de 29 de septiembre, Recurso de Casación núm. 1011/2003. Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta (RJ 2004\6059).

que deben concurrir para la válida realización de un acto según la ley (capacidad, consentimiento, etc.). Aquí, sin embargo, no existe una infracción de principios de prevalente interés general, sino la falta de algún requisito previsto por la ley por lo general en garantía de los derechos de alguna persona, por lo que la sanción de ineficacia se subordina por la ley a la iniciativa de aquel sujeto a quien puede perjudicar el vicio concurrente. Dicha doctrina constituye una manifestación de la introducción de la dialéctica autoridad-libertad, propia del derecho público, en el ámbito del derecho privado, regido por la autonomía de la voluntad. Los efectos de la nulidad consisten en limitaciones a esta autonomía, con un matiz sancionador en el caso de la nulidad de pleno derecho y de garantía de los derechos de los ciudadanos en el caso de la nulidad relativa. En el ámbito del derecho administrativo, regido por el principio de legalidad y por la presunción de validez de los actos de las Administraciones Públicas, sólo susceptibles de ser invalidados mediante una intervención de los Tribunales, pudiera sostenerse que cualquier vicio del acto había de dar lugar a su nulidad (legalidad), pero siempre que ésta fuera solicitada por un ciudadano interesado en ello (presunción de validez). Existiría, pues, una única categoría de nulidad de características peculiares, aunque muy próximas a la anulabilidad, exigidas por la especial naturaleza del acto administrativo ¹⁴².

Los actos de las Administraciones públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes (art. 62.1 LRJAPPAC):

a) Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional ¹⁴³.

La propia dicción del precepto reduce el juego de esta causa de nulidad a los derechos y libertades fundamentales susceptibles de amparo constitucional. El artículo 62.1.a) utiliza la expresión 'derechos fundamentales' en un sentido estricto. Hace referencia a derechos y libertades reconocidas por la Constitución y susceptibles de amparo. Esa segunda delimitación la realiza la CE y la LOTC. Los derechos y libertades fundamentales susceptibles de amparo son, de momento, los reconocidos por los artículos 14 a 29 CE,

142. J. A. XIOL RÍOS, «Nulidad y anulabilidad de los actos administrativos», en *Cuadernos de Derecho Judicial, Estudio de la LRJ de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común* (I), 1994, pp. 209-243.

143. Cfr. J. JORDANO FRAGA, «La nulidad de los actos que lesionen el contenido esencial de los derechos y libertades fundamentales susceptibles de amparo constitucional», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 90, abril-junio de 1996, pp. 245 y ss.

incluida la objeción de conciencia. Ello deja fuera a los derechos fundamentales no susceptibles de amparo constitucional. Pero también, y esto quizá no haya sido tenido en cuenta, la utilización de la cláusula «susceptibles de amparo» liga la evolución de la categoría de la nulidad a la regulación del amparo. Si en un futuro se amplía o reduce el amparo, se ampliarán o reducirán inexorablemente los supuestos de nulidad. Y no debe olvidarse que la ampliación puede ser vertical (introduciendo nuevos derechos en el ámbito superprotegido) u horizontal (entendiéndose de diverso modo el alcance de los derechos situados en el ámbito protegido) y jurisprudencial o legislativa. Ello introduce un elemento de inestabilidad preocupante porque la reducción del amparo por razones prácticas puede tener un efecto indeseado e indeseable en las garantías del ciudadano frente a las Administraciones Públicas ¹⁴⁴.

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

La incompetencia de aquélla debe considerarse manifiesta en virtud de dicha circunstancia y, en consecuencia, no se aprecia que haya existido aplicación indebida del artículo 62.1.b) LRJAPPAC ¹⁴⁵.

Este apartado b) del art. 62 únicamente considera como defecto determinante de la nulidad absoluta del acto impugnado el defecto de competencia por razón de la materia o del territorio, y nunca el derivado del orden jerárquico funcional, susceptible de ser convalidado por la decisión del órgano de grado superior, como aquí ha ocurrido al sancionarse por el Ministro la infracción acusada ¹⁴⁶.

c) Los que tengan un contenido imposible.

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

e) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido ¹⁴⁷ o de las normas que contienen las reglas esenciales

144. J. JORDANO FRAGA, «La nulidad de los actos que lesionen el contenido esencial de los derechos y libertades fundamentales susceptibles de amparo constitucional», cit., pp. 245 y ss.

145. STS Sala 3.ª, sec. 4.ª, S. de 11 de mayo de 2004, rec. 7463/1997. Pte: Xiol Ríos, Juan Antonio (EDE 2004/51895).

146. STS Sala 3.ª, sec. 3.ª, S. de 12 de marzo de 2003, rec. 8557/1998. Pte: Soto Vázquez, Rodolfo (EDE 2003/9297).

147. *Vid.* STS Sala 3.ª, sec. 3.ª, S. de 5 de julio de 2004, rec. 1239/2001. Pte: Trujillo Mamely, Francisco (EDE 2004/82862); o STS Sala 3.ª, sec. 5.ª, S. de 4 de marzo de 2003, rec. 5954/1999. Pte: Sanz Bayón, Juan Manuel (EDE 2003/11935).

para la formación de la voluntad de los órganos colegiado; sin que se pueda equipar su omisión a los vicios de forma que sólo dan lugar a la anulabilidad por ocasionar la indefensión ¹⁴⁸.

Ahora bien, para que el acto administrativo adolezca de invalidez por esta causa no basta cualquier defecto acaecido en el procedimiento, sino que es preciso que se hubiera prescindido total y absolutamente del procedimiento establecido o que el defecto fuera de tal naturaleza que se equiparara su ausencia a la del propio procedimiento. En este sentido, la jurisprudencia del TS, cuya reiteración excusa de cita, ha declarado que cualquier vicio u omisión producido en el procedimiento administrativo no da lugar a una nulidad absoluta o de pleno derecho, de acuerdo con lo que establecía el artículo 47.c) LPA y el 62.e) de la LRJAPPAC, esto es, no equivale a «prescindir total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido» ¹⁴⁹.

f) Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición ¹⁵⁰.

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

También serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la CE, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales (art. 62.2 LRJAPPAC).

El principio de irretroactividad de los reglamentos (recogido hoy en el art. 62.2 de la LRJAPPAC) viene siendo constantemente proclamado por la jurisprudencia, con arreglo a la cual resultan ineficaces, con nulidad absoluta, las normas reglamentarias retroactivas que sean restrictivas de derechos individuales (entre otras muchas, STS de 26 de febrero de 1999) ¹⁵¹.

148. STS Sala 3.ª, sec. 7.ª, S. de 22 de junio de 2004, rec. 2384/1999. Pte: González Rivas, Juan José (EDE 2004/63846).

149. STS Sala 3.ª, sec. 5.ª, S. de 19 de mayo de 2004, rec. 648/2002. Pte: Peces Morate, Jesús Ernesto (EDE 2004/82989).

150. *Vid.* STS Sala 3.ª, sec. 4.ª, S. de 4 de diciembre de 2002, rec. 964/1998. Pte: Soto Vázquez, Rodolfo (EDE 2002/55897).

151. STS Sala 3.ª, sec. 4.ª, S. de 26 de febrero de 1999, rec. 89/1996. Pte: Fernández Montalvo, Rafael (EDE 1999/4293).

De acuerdo con la doctrina del TC, que arranca de la sentencia 6/1983, de 4 de febrero ¹⁵², y se recoge en la jurisprudencia del TS (SSTS de 22 de junio de 1994 ¹⁵³, 5 de febrero de 1996 ¹⁵⁴, y 15 de abril de 1997) ¹⁵⁵, ha de distinguirse entre una retroactividad de grado máximo –cuando se aplica la nueva norma a la relación o situación básica creada bajo el imperio de la norma antigua y a todos sus efectos consumados o no–, una retroactividad de grado medio –cuando la nueva norma se aplica a los efectos nacidos con anterioridad pero aún no consumados o agotados– y una retroactividad de grado mínimo –cuando la nueva norma sólo tiene efectos para el futuro aunque la relación o situación básica haya surgido conforme a la anterior–. Esta retroactividad de carácter mínimo es excluida por el TC y por el TS de la retroactividad en sentido propio, ya que la norma afecta a situaciones o relaciones jurídicas actuales no concluidas (SSTC 42/1986 ¹⁵⁶, 99/1987 ¹⁵⁷, 227/1988 ¹⁵⁸, 210/1990 ¹⁵⁹ y 182/1997, entre otras, y SSTS de 18 de marzo de 1995 ¹⁶⁰, 15 de abril de 1997 ¹⁶¹ y 17 de mayo de 1999 ¹⁶², entre otras muchas) ¹⁶³.

152. STC Pleno, S. de 4 de febrero de 1983, núm. 6/1983, rec. 19/1982, BOE 58/1983, de 9 marzo de 1983. Pte: Díez-Picazo y Ponce de León, Luis (EDE 1983/6).

153. STS Sala 3.ª, sec. 4.ª, S. de 22 de junio de 1994, rec. 11791/1990. Pte: Rodríguez-Zapata Pérez, Jorge (EDE 1994/11576).

154. STS Sala 3.ª, sec. 7.ª, S. de 5 de febrero de 1996, rec. 485/88. Pte: Murillo Martín de los Santos, Marcelino (EDE 1996/373).

155. STS Sala 3.ª, sec. 3.ª, S. de 15 de abril de 1997, rec. 473/1993. Pte: Movilla Álvarez, Claudio (EDE 1997/3099).

156. STC Pleno, S. de 10 de abril de 1986, núm. 42/1986, rec. 131/1985, BOE 102/1986, de 29 de abril de 1986. Pte: Díez-Picazo y Ponce de León, Luis (EDE 1986/42).

157. STC Pleno, S. de 11 de junio de 1987, núm. 99/1987, rec. 763/1984, BOE 152/1987, de 26 de junio de 1987. Pte: Vega Benayas, Carlos de la (EDE 1987/98).

158. STC Pleno, sec. 4.ª, S. de 29 de noviembre de 1988, núm. 227/1988, rec. 824/1985, BOE 307/1988, de 23 de diciembre de 1988. Pte: Leguina Villa, Jesús (EDE 1988/543).

159. STC Pleno, S. de 20 de diciembre de 1990, núm. 210/1990, rec. 834/1985, BOE 9/1991, de 10 de enero de 1991. Pte: Tomás y Valiente, Francisco (EDE 1990/11805).

160. STS Sala 3.ª, sec. 2.ª, S. de 18 de marzo de 1995, rec. 1773/93. Pte: Rouanet Moscardó, Jaime (EDE 1995/1541).

161. STS Sala 3.ª, sec. 3.ª, S. de 15 de abril de 1997, rec. 473/1993. Pte: Movilla Álvarez, Claudio (EDE 1997/3099).

162. STS Sala 3.ª, sec. 4.ª, S. de 17 de mayo de 1999, rec. 627/1995. Pte: Fernández Montalvo, Rafael (EDE 1999/10481).

163. STS Sala 3.ª, sec. 4.ª, S. de 2 de julio de 2004, rec. 4013/2001. Pte: Xiol Ríos, Juan Antonio (EDE 2004/86907).

Asimismo, es doctrina reiterada del TS expresada en la sentencia de 24 de noviembre de 2003 ¹⁶⁴ que el Reglamento, en cuanto norma jurídica de carácter general emanada de la Administración, tiene un valor subordinado a la Ley, a la que complementa. Por ser el Reglamento —como dicen las sentencias de 14 de octubre de 1996 ¹⁶⁵ y 17 de junio de 1997— ¹⁶⁶, una norma jurídica de colaboración, debe distinguirse entre la normación básica de las cuestiones fundamentales, que siempre corresponde a la Ley, y aquellas otras normas secundarias pero necesarias para la puesta en práctica de la Ley: los Reglamentos. Por medio de la potestad reglamentaria, la Administración participa en la elaboración del ordenamiento jurídico, de suerte que la norma emanada de la Administración (el Reglamento), queda integrada en aquél ¹⁶⁷.

La nulidad absoluta, por acarrear en sí una infracción de principios de interés general prevalente ¹⁶⁸:

1. Es apreciable no sólo a petición de cualquier interesado, sino también de oficio, esto es, a iniciativa del Tribunal que conozca de una cuestión para cuya resolución sea menester reconocer efectos al acto o negocio nulo.

2. Es apreciable en cualquier momento, sin que la acción para exigir la declaración de nulidad esté sujeta a plazo alguno de prescripción o caducidad.

3. Produce efectos *ex tunc*, esto es, desde el mismo momento en que tuvo su origen el acto, sin más matizaciones que las que derivan de los principios generales del derecho (equidad, buena fe...).

4. No es subsanable. El acto que incurre en nulidad de pleno derecho lleva acarreada irremisiblemente la sanción de nulidad desde su misma raíz nulidad radical y no es posible convalidarlo mediante la realización de una actividad que tienda a subsanar la falta de un requisito o a enderezar lo mal

164. STS Sala 3.ª, sec. 3.ª, S. de 24 de noviembre de 2003, rec. 71/2002. Pte: Trujillo Mamely, Francisco (EDE 2003/152823).

165. STS Sala 3.ª, sec. 3.ª, S. de 14 de octubre de 1996, rec. 151/1991. Pte: Escusol Barra, Eladio (EDE 1996/1987).

166. STS Sala 3.ª, sec. 3.ª, S. de 17 de junio de 1997, rec. 2015/1990. Pte: Movilla Álvarez, Claudio (EDE 1997/5157).

167. STS Sala 3.ª, sec. 3.ª, S. de 22 de junio de 2004, rec. 36/2003. Pte: Bandrés Sánchez-Cruzat, José Manuel (EDE 2004/86871).

168. J. A. XIOL RÍOS, «Nulidad y anulabilidad de los actos administrativos», cit., pp. 209-243.

hecho. Únicamente cabe, si es posible, un nuevo acto conforme a la ley distinto del afectado por la nulidad.

5. La decisión judicial en que se aprecia la nulidad tiene carácter declarativo, sin perjuicio de que pueda llevar aparejada una condena. No se anula el acto, sino que el Tribunal declara su nulidad.

Como complemento de la nulidad, la norma establece la anulabilidad de algunos actos. De esta forma, son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder (art. 63.1 LRJAPPAC).

La especial referencia a la desviación de poder (que se da cuando el acto persigue fines distintos de aquellos que le asigna el ordenamiento jurídico), obedece fundamentalmente a causas históricas (la desviación de poder constituye una de las aperturas históricas del contencioso francés y como tal se incorporó expresamente a la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa y a la LPA), pero no significa que cualquier supuesto de desviación de poder deba considerarse como de anulabilidad, sino que, cuando sea subsumible en alguno de los motivos descritos en el artículo 62, la nulidad deberá calificarse de radical o de pleno derecho ¹⁶⁹.

No obstante, el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o de lugar a la indefensión de los interesados (art. 63.2 LRJAPPAC).

Para el TS (por todas STS de 14 de febrero de 2000) ¹⁷⁰ la anulabilidad por defectos formales, sólo procedía cuando el acto carecía de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o producía indefensión de los interesados, según el art. 63.2 LRJAPPAC, por ello, «cuando existen suficientes elementos de juicio para resolver el fondo del asunto y ello permite presuponer que la nulidad de actuaciones y la repetición del acto viciado no conduciría a un resultado distinto, esto es, cuando puede presumirse racionalmente que el nuevo acto que se dicte por la Administración, una vez subsanado el defecto formal ha de ser idéntico en su contenido material o de fondo, no tiene sentido apreciar la anulabilidad del acto aquejado del vicio formal» ¹⁷¹.

169. J. A. XIOL RÍOS, «Nulidad y anulabilidad de los actos administrativos», cit., pp. 209-243.

170. STS Sala 3.ª, sec. 4.ª, S. de 14 de febrero de 2000, rec. 3661/1994. Pte: Fernández Montalvo, Rafael (EDE 2000/1502).

171. STS Sala 3.ª, sec. 5.ª, S. de 11 de mayo de 2004, rec. 1770/2001. Pte: Fernández Valverde, Rafael (EDE 2004/82963).

La declaración de incompetencia que no se ajusta a la ley tiene el mismo valor y produce efectos similares a los defectos de forma que privan al acto administrativo de los elementos indispensables para alcanzar su fin o producen indefensión (art. 63.2 de la LRJAPPAC), puesto que impide al interesado obtener una resolución administrativa que resuelva sus pretensiones por motivos ajenos al fondo de su reclamación¹⁷².

La realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas sólo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo (art. 63.3 LRJAPPAC).

El régimen de la nulidad relativa se caracteriza porque¹⁷³:

1. Es apreciable judicialmente sólo a petición de un interesado, salvo que le sea imputable haber dado lugar al vicio concurrente.
2. La acción de nulidad sólo puede ejercitarse con sujeción a los plazos de prescripción establecidos.
3. Produce efectos *ex nunc*, esto es, desde el momento en que se solicita la anulación, pero no anteriormente.
4. Si el vicio o defecto lo admite, el acto es convalidable mediante la actividad necesaria para subsanar el vicio o defecto que lo aqueja.
5. La decisión judicial en que se aprecia la nulidad es una declaración de naturaleza constitutiva, sin perjuicio de que, como en el caso anterior, pueda llevar aparejada una condena. No se declara la nulidad del acto, sino que éste se anula por el Tribunal.

La nulidad o anulabilidad de un acto no implicará la de los sucesivos en el procedimiento que sean independientes del primero (art. 64.1 LRJAPPAC).

La nulidad o anulabilidad en parte del acto administrativo no implicará la de las partes del mismo independientes de aquélla, salvo que la parte viciada sea de tal importancia que sin ella el acto administrativo no hubiera sido dictado (art. 64.2 LRJAPPAC).

Los actos nulos o anulables que, sin embargo, contengan los elementos constitutivos de otro distinto producirán los efectos de éste (art. 65 LRJAPPAC). Puede explicarse perfectamente por la posibilidad, que dimana del artículo 65 de la LRJPAC, de convertir el acto, ya sea nulo o anula-

172. STS Sala 3.ª, sec. 4.ª, S. de 25 de noviembre de 2003, rec. 5560/2000. Pte: Xiol Ríos, Juan Antonio (EDE 2003/187086).

173. J. A. XIOL RÍOS, «Nulidad y anulabilidad de los actos administrativos», cit., pp. 209-243.

ble, para que siga produciendo los efectos de otro, siempre que contenga todos los elementos constitutivos de éste ¹⁷⁴.

Asimismo, el órgano que declare la nulidad o anule las actuaciones dispondrá siempre la conservación de aquellos actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción (art. 66 LRJAPPAC); no obstante, esta norma no puede invocarse para mantener una situación contraria a Derecho ¹⁷⁵.

La Administración podrá convalidar los actos anulables, subsanando los vicios de que adolezcan (art. 67.1 LRJAPPAC).

El acto de convalidación producirá efecto desde su fecha, salvo lo dispuesto anteriormente para la retroactividad de los actos administrativos (art. 67.2 LRJAPPAC). Si el vicio consistiera en incompetencia no determinante de nulidad, la convalidación podrá realizarse por el órgano competente cuando sea superior jerárquico del que dictó el acto viciado (art. 67.3 LRJAPPAC). Si el vicio consistiese en la falta de alguna autorización, podrá ser convalidado el acto mediante el otorgamiento de la misma por el órgano competente (art. 67.4 LRJAPPAC).

Finalmente se debe indicar que una cosa es que no sean convalidables por la Administración los actos nulos de pleno derecho *ex* art. 67 LRJAPPAC y otra distinta que no pueda el interesado renunciar a un posible derecho reconocido en un acto administrativo previo mediante la aceptación del posterior que modifica el primero, que es, en definitiva, como ha de entenderse la razón de decidir de la sentencia recurrida ¹⁷⁶.

De todo este esquema se desprende con claridad que serían los actos nulos de pleno derecho los que, en principio, podrían ser constitutivos del delito que analizamos, pues cualquier otro vicio que no suponga la nulidad no tendría la entidad mínima exigida para actuar en vía penal. Así, expresamente, la STS de 13 de octubre de 1995 ¹⁷⁷, a los efectos de apreciar delito, distingue entre actos nulos y simplemente anulables.

174. STS Sala 3.ª, sec. 5.ª, S. de 28 de enero de 2002, rec. 9333/1997. Pte: Rodríguez-Zapata Pérez, Jorge (EDE 2002/1935).

175. STS Sala 3.ª, sec. 7.ª, S. de 10 de mayo de 2004, rec. 44/1999. Pte: Murillo de la Cueva, Pablo Lucas (EDE 2004/44777).

176. STS Sala 3.ª, sec. 4.ª, S. de 15 de diciembre de 2003, rec. 3804/2001. Pte: Fernández Montalvo, Rafael (EDE 2003/187124).

177. STS Sala 2.ª, S. de 13 de octubre de 1995, núm. 1012/1995, rec. 3873/1994. Pte: Martínez-Pereda Rodríguez, José Manuel (EDE 1995/5398).

Resulta obvio que no todas pueden constituir una infracción penal, por lo que sólo lo serán aquellas que desprecian el Derecho, es decir, las que lo utilizan para fines no públicos, y nunca legalizables¹⁷⁸.

Una vez aclarado esto, conviene precisar que pueden merecer el calificativo de arbitrarias tanto las resoluciones de naturaleza reglada como las de carácter discrecional¹⁷⁹.

Para finalizar, creo que es importante intentar determinar la posible incidencia del silencio administrativo en el delito de prevaricación.

Muchas veces es a través del silencio como se comete el delito en sede administrativa, y resulta por ello esencial analizar un poco más su contenido, pues ello nos permitirá, después, entender mejor el tipo específico en el que se incluye.

La técnica del silencio administrativo consiste en atribuir determinados efectos jurídicos al vencimiento del plazo máximo que la Administración tiene para dictar y notificar resolución expresa en todo procedimiento administrativo, iniciado tanto de oficio como a solicitud de interesado. Como quiera que la Administración está obligada a resolver expresamente, y notificar la resolución expresa, en un determinado plazo, el incumplimiento por la Administración de esta obligación —como consecuencia de su inactividad, falta de respuesta o silencio—, además de generar la correspondiente responsabilidad (disciplinaria del personal al servicio de las Administraciones públicas, o incluso patrimonial de las propias Administraciones), dará lugar a la estimación o desestimación de la correspondiente solicitud, en los supuestos de procedimientos iniciados a solicitud del interesado, o a la desestimación de las pretensiones o caducidad del procedimiento en aquellos expedientes iniciados de oficio: mientras la estimación —como es evidente— otorgará al administrado lo solicitado, a pesar de la ausencia de resolución expresa, la desestimación dejará expedita la interposición del correspondiente recurso administrativo o contencioso-administrativo¹⁸⁰.

El ejercicio de los poderes y potestades de la Administración Pública ha de rodearse de unos límites cada vez más precisos que posibiliten el control de la misma por parte de los Tribunales de Justicia, límites que, según la

178. J. L. GONZÁLEZ CUSSAC, «La nueva regulación de los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995: la prevaricación», cit., pp. 11-49.

179. F. MORALES PRATS y M. J. RODRÍGUEZ PUERTA, «Delitos contra la Administración pública», cit., p. 1778.

180. L. A. BALLESTEROS MOFFA, «El nuevo régimen del silencio administrativo», en *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, vol. V, 1999, pp. 209-226.

expresión de Ihering, son el fruto de la «lucha por el Derecho», realizada por numerosas generaciones de juristas. En estrecha conexión con este principio de legalidad han de situarse los principios de eficacia administrativa y de seguridad jurídica. En este contexto no ha de olvidarse que el silencio administrativo surge al compás de la propia jurisdicción contencioso-administrativa, ya que la técnica del silencio administrativo se va a configurar como uno de los mecanismos de acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa precisamente para evitar que la Administración pudiera eludir el control jurisdiccional con sólo permanecer inactiva; en tal caso, el particular afectado por la inactividad de la administración quedaba inerte ante ella, privado de toda garantía judicial¹⁸¹.

La Administración no puede actuar ineficientemente; esta imposibilidad, derivada directamente del art. 103 CE, entronca con el carácter servicial de las Administraciones Públicas y con la concepción instrumental de y para los ciudadanos, titulares últimos del poder en un Estado democrático. Es precisamente el ámbito de la inactividad administrativa uno de los mayores obstáculos para lograr la plena efectividad de numerosos derechos constitucionales y libertades públicas, ya que en el modelo social del Estado se espera que la organización administrativa realice un buen número de actuaciones jurídicas y prestaciones materiales destinado a realizar los valores políticos, económicos, sociales y culturales que se desprenden del sistema constitucional. Ahora bien, estas reflexiones no deben hacernos olvidar que, en la práctica, el silencio administrativo viene a ser una patología del procedimiento. Esta es evidente si se considera que este procedimiento, más allá de su aspecto de proceso necesario para la formación de la voluntad del poder público se configura como el cauce de relación ordinario entre la Administración y los ciudadanos, relación que se ve muy dificultada, cuando no cortada de raíz, cuando nos encontramos ante supuestos de inactividad formal de la Administración Pública¹⁸².

En la práctica son muchas las ocasiones, a pesar de las explícitas declaraciones legales en sentido contrario, en las cuales la Administración no responde y guarda silencio. Esta falta de respuesta de la Administración es la que determina la aplicación de la técnica del silencio administrativo, instaurada en Francia por vez primera por una Ley de 17 de julio de 1900.

181. J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, «El silencio administrativo y los actos tácitos o presuntos», en *Revista del Poder Judicial*, núm. 53, primer trimestre de 1999, pp. 309-324.

182. J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, «El silencio administrativo y los actos tácitos o presuntos», cit., pp. 309-324.

Pasado un cierto plazo sin que la Administración se pronuncie expresamente, la Ley presume que la pretensión del particular ha sido denegada, lo cual permite a éste promover contra la denegación presunta los correspondientes recursos jurisdiccionales. Sobre este modelo, la técnica del silencio negativo se introduce en España por los Estatutos Locales de Calvo Sotelo de 1924 y 1925, la Ley Municipal republicana de 1935 y, más tarde, por la Ley de 18 de marzo de 1944, a propósito del recurso de agravios (en materia de personal). Esta regulación parcial y limitada no se generaliza hasta la promulgación de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956, que estableció en su artículo 39 en régimen general y uniforme para todos los ámbitos administrativos, régimen luego retocado levemente por la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958. Dicha regulación, en la que el silencio positivo quedaba limitado a casos de control preventivo o *a posteriori* de la regularidad de ciertas actuaciones de los particulares o de órganos o entidades administrativas inferiores cuya voluntad debiera ser integrada por otra administración superior, era, en síntesis y para el silencio negativo, la siguiente: Formulada una petición ante la Administración, si ésta no notificaba su resolución al interesado en el plazo de tres meses, podía su autor denunciar la mora y, transcurridos otros tres meses desde la denuncia sin recibir respuesta alguna, podía considerar desestimada la petición «al efecto de deducir frente a esta denegación presunta el correspondiente recurso, administrativo o jurisdiccional según proceda, o esperar la resolución expresa de su petición». En caso de recurso administrativo la Ley otorgaba «igual facultad de opción» al interesado que lo hubiere interpuesto, sin necesidad en este caso de denunciar la mora. En ambos supuestos, no obstante, la Ley subrayaba que la denegación presunta no excluía del deber de la Administración de dictar una resolución expresa sobre la petición o recurso formulados¹⁸³.

Posteriormente, la LRJAPPAC, introduce una nueva regulación del silencio administrativo, ampliando significativamente la extensión del silencio positivo al fijar unos supuestos de directa aplicación —si bien permitiendo establecer, por vía reglamentaria, excepciones a la regla general de silencio positivo—, al mismo tiempo que reforzando la obligación de resolver respecto a la regulación anterior al extenderla a los procedimientos iniciados de oficio. La LRJAPPAC introduce como novedad la denominada certificación de acto presunto que no sólo sirve para acreditar la pro-

183. J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, «El silencio administrativo y los actos tácitos o presuntos», cit., pp. 309-324.

ducción del silencio, sino que además constituye un requisito para su eficacia, por lo que se ha llegado a señalar que vendría a sustituir la denuncia de la mora prevista por la legislación anterior. Se establece además un nuevo supuesto de nulidad de pleno derecho en relación a los denominados actos presuntos para reforzar la posición del ciudadano afectado por la inactividad [art. 62.1.f)], al que luego me referiré más detenidamente. La LRJAPPAC establece finalmente una serie de reglas cuya concreción se realiza a través de un complejo proceso de adecuación de procedimientos, previsto en la propia normativa e impulsado para la Administración del Estado a través de un Acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de enero de 1993. Esta legislación ha sido objeto de una severa crítica por una gran parte de la doctrina, la cual no fue tomada en cuenta durante su elaboración. Así, las principales críticas han recaído por una parte en el grado de complejidad que introduce la nueva normativa, y por la otra en la gran fragmentación y dispersión producida por los reglamentos de adecuación a la LRJAPPAC. La Ley 4/1999, de modificación de la Ley 30/1992, altera sustancialmente esta regulación, a la cual me gustaría referirme con cierto detalle¹⁸⁴.

El silencio administrativo negativo era una mera ficción para facilitar el acceso a la vía judicial (SSTS de 24 de febrero de 1988¹⁸⁵; 27 de enero¹⁸⁶ y 17 de junio de 1989¹⁸⁷; 10 de diciembre de 1990¹⁸⁸; 22¹⁸⁹ y 23 de abril de 1992¹⁹⁰; 29 de noviembre de 1995¹⁹¹; 15 de enero, 20 de abril¹⁹²,

184. J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, «El silencio administrativo y los actos tácitos o presuntos», cit., pp. 309-324.

185. STS Sala 3.ª, sec. 4.ª, S. de 24 de febrero de 1988. Pte: García-Ramos Iturralde, Juan (EDE 1988/1522).

186. STS Sala 3.ª, S. de 27 de enero de 1989. Pte: Ventura Fuentes-Lojo, Juan (EDE 1989/645).

187. STS Sala 3.ª, S. de 17 de junio de 1989. Pte: Garayo Sánchez, Manuel (EDE 1989/6162).

188. STS Sala 3.ª, S. de 10 de diciembre de 1990. Pte: Rouanet Moscardó, Jaime (EDE 1990/11240).

189. STS Sala 3.ª, sec. 5.ª, S. de 22 de abril de 1992, rec. 1622/1988. Pte: Delgado Barrio, Francisco Javier (EDE 1992/3900).

190. STS Sala 3.ª, sec. 5.ª, S. de 23 de abril de 1992, rec. 1523/1988. Pte: Oro-Pulido y López, Mariano de (EDE 1992/3938).

191. STS Sala 3.ª, sec. 4.ª, S. de 29 de noviembre de 1995, rec. 850/93. Pte: Baena del Alcázar, Mariano (EDE 1995/6749).

192. STS Sala 3.ª, sec. 6.ª, S. de 20 de abril de 1996, rec. 6955/1991. Pte: Peces Morate, Jesús Ernesto (EDE 1996/3635).

25¹⁹³ y 28 de octubre de 1996¹⁹⁴; 19 de julio de 1997¹⁹⁵, no constituyendo un verdadero acto administrativo (STS de 29 de noviembre de 1988¹⁹⁶; 22 de mayo de 1990¹⁹⁷; 16 de marzo¹⁹⁸, 22 y 23 de abril de 1992¹⁹⁹; 20 de abril²⁰⁰, 25²⁰¹ y 28 de octubre 1996²⁰²; 19 de julio de 1997²⁰³ y 204).

Este carácter o condición-ficción legal y no acto administrativo, que igualmente fue corroborado por el TC (STC de 21 de enero de 1986²⁰⁵; 21 de diciembre de 1987²⁰⁶ o 3 de abril de 1995)²⁰⁷, quedaba rigurosamente explícito en la Exposición de Motivos de la antigua LJCA de 1956 cuando decía: «La Ley instituye un régimen general de silencio administrativo mediante el cual, transcurrido cierto plazo, puede presumirse por el

193. STS Sala 3.ª, sec. 4.ª, S. de 25 de octubre de 1996, rec. 10187/1991. Pte: Fernández Montalvo, Rafael (EDE 1996/7432).

194. STS Sala 3.ª, sec. 2.ª, S. de 28 de octubre de 1996, rec. 7173/1993. Pte: Rodríguez Arribas, Ramón (EDE 1996/10355).

195. STS Sala 3.ª, sec. 6.ª, S. de 19 de julio de 1997, rec. 9285/1992. Pte: Peces Morate, Jesús Ernesto (EDE 1997/7757).

196. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 29 noviembre 1988, Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Rodríguez García (RJ 1988\9045).

197. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8.ª), de 22 de mayo de 1990, Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Garayo Sánchez (RJ 1990\4004).

198. STS Sala 3.ª, sec. 2.ª, S. de 16 de marzo de 1992, rec. 9422/1990. Pte: Rouanet Moscardó, Jaime (EDE 1992/2503).

199. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª), de 23 de abril de 1992, Ponente: Excmo. Sr. D. Mariano de Oro-Pulido y López (RJ 1992\3839).

200. STS Sala 3.ª, sec. 6.ª, S. de 20 de abril de 1996, rec. 6955/1991. Pte: Peces Morate, Jesús Ernesto (EDE 1996/3635).

201. STS Sala 3.ª, sec. 4.ª, S. de 25 de octubre de 1996, rec. 10187/1991. Pte: Fernández Montalvo, Rafael (EDE 1996/7432).

202. STS Sala 3.ª, sec. 2.ª, S. de 28 de octubre de 1996, rec. 7173/1993. Pte: Rodríguez Arribas, Ramón (EDE 1996/10355).

203. STS Sala 3.ª, sec. 6.ª, S. de 19 de julio de 1997, rec. 9285/1992. Pte: Peces Morate, Jesús Ernesto (EDE 1997/7757).

204. STS Sala 3.ª, sec. 4.ª, S. de 23 de febrero de 2004, rec. 7282/2001. Pte: Fernández Montalvo, Rafael (EDE 2004/7504).

205. STC Sala 1.ª, S. de 21 de enero de 1986, núm. 6/1986, rec. 797/1984, BOE 37/1986, de 12 de febrero de 1986. Pte: Gómez-Ferrer Morant, Rafael (EDE 1986/6).

206. STC Sala 2.ª, S. de 21 de diciembre de 1987, núm. 204/1987, rec. 963/1985, BOE 7/1988, de 8 de enero de 1988. Pte: Latorre Segura, Ángel (EDE 1987/203).

207. STC Sala 2.ª, S. de 3 de abril de 1995, núm. 63/1995, rec. 1646/92, BOE 98/1995, de 25 de abril de 1995. Pte: Viver Pi-Sunyer, Carles (EDE 1995/1570).

interesado la existencia de un acto que le permita el acceso, si lo desea, a la jurisdicción contencioso-administrativa. Acudir a ella se considera como una facultad y no como una obligación»²⁰⁸.

De ahí la lógica preocupación del legislador por asegurar que exista una resolución administrativa, intentando, por varias razones, reforzar la obligación de resolver que pesa sobre la Administración, y ello para²⁰⁹:

1. Incrementar las garantías para el particular, puesto que puede así constatar las razones que ha llevado a la Administración a actuar de una determinada manera.
2. Dotar de mayor seguridad jurídica a las relaciones de particular con la propia Administración y con terceros.
3. Demostrar un buen funcionamiento en la actividad formalizada de las Administraciones.
4. Consecuencia de la anterior, contribuir a mejorar la imagen o percepción social que los ciudadanos tienen de la Administración.

En tanto que propiamente no existía «acto administrativo», la no impugnación de la desestimación presunta en plazo no podía determinar la existencia de un «acto consentido y firme» que cerrara al particular o interesado el acceso al proceso (SSTS de 16 de marzo de 1992²¹⁰ y STS de 18 de marzo de 1995)²¹¹ esto es, la aplicación del art. 40.a) de la LJCA de 1956 (Cfr. SSTC de 21 de diciembre de 1987²¹² y 3 de abril de 1995)²¹³. La explicación técnica de esta construcción se encontraba en dos órdenes de razones: por un lado, porque la figura del silencio administrativo negativo se establecía, única y exclusivamente, en beneficio del administrado (SSTS

208. STS Sala 3.ª, sec. 4.ª, S. de 23 de febrero de 2004, rec. 7282/2001. Pte: Fernández Montalvo, Rafael (EDE 2004/7504).

209. J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, «El silencio administrativo y los actos tácitos o presuntos», cit., pp. 309-324.

210. STS Sala 3.ª, sec. 2.ª, S. de 16 de marzo de 1992, rec. 9422/1990. Pte: Rouanet Moscardó, Jaime (EDE 1992/2503).

211. STS Sala 3.ª, sec. 2.ª, S. de 18 de marzo de 1995, rec. 1872/93. Pte: Rouanet Moscardó, Jaime (EDE 1995/1540).

212. STC Sala 2.ª, S. de 21 de diciembre de 1987, núm. 204/1987, rec. 963/1985, BOE 7/1988, de 8 de enero de 1988. Pte: Latorre Segura, Ángel (EDE 1987/203).

213. STC Sala 2.ª, S. de 3 de abril de 1995, núm. 63/1995, rec. 1646/92, BOE 98/1995, de 25 de abril de 1995. Pte: Viver Pi-Sunyer, Carles (EDE 1995/1570).

de 24 de febrero ²¹⁴, 15 de noviembre de 1988 ²¹⁵; Auto de 31 de enero de 1989 ²¹⁶; SSTS de 24 de septiembre de 1991 ²¹⁷; 27 de enero ²¹⁸ y 9 de marzo de 1995 ²¹⁹; 28 de octubre de 1996 ²²⁰; 2 de octubre de 1997) ²²¹. Es decir, el silencio administrativo negativo, como explícitamente se manifestaba en la Exposición de Motivos de la hoy derogada LJCA de 1956, era una «facultad» que se concedía al interesado para, «si así lo deseaba», acudir a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en defensa de sus intereses frente a la falta de respuesta expresa de la Administración a una petición o solicitud por él realizada. En consecuencia, el no ejercicio de esta «facultad» o de esta «opción» (en términos del art. 94 de la LPA) ningún perjuicio le podía deparar. Y, por otro, porque, correlativamente, la denegación presunta, en ningún caso, excluía el deber de la Administración de dictar una resolución expresa (art. 94.3 de la LPA y SSTS de 17 de abril ²²² y 8 de mayo de 1990 ²²³, y 25 de octubre de 1996) ²²⁴ por lo que, igualmente, ningún beneficio podía conseguir ésta del incumplimiento de su deber. En este sentido, era sumamente explícita la declaración contenida en la Exposición de Motivos de la LJCA cuando decía: «El silencio administrativo, ciertamente, no puede ser conceptuado como un medio a través del cual la

214. STS Sala 3.ª, sec. 4.ª, S. de 24 de febrero de 1988. Pte: García-Ramos Iturralde, Juan (EDE 1988/1522).

215. STS Sala 3.ª, sec. 4.ª, S. de 15 de noviembre de 1988. Pte: González Navarro, Francisco (EDE 1988/8981).

216. ATS Sala 3.ª, A. de 31 de enero de 1989. Pte: González Navarro, Francisco (EDE 1989/831).

217. STS Sala 3.ª, S. de 24 de septiembre de 1991, rec. 2148/1989. Pte: González Malla, César (EDE 1991/8933).

218. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª), de 27 de enero de 1995, Recurso núm. 6643/1993, Ponente: Excmo. Sr. D. Benito S. Martínez Sanjuán (RJ 1995\587).

219. STS Sala 3.ª, sec. 2.ª, S. de 9 de marzo de 1995, rec. 2273/91. Pte: Moreno Moreno, José (EDE 1995/1250).

220. STS Sala 3.ª, sec. 2.ª, S. de 28 de octubre de 1996, rec. 7173/1993. Pte: Rodríguez Arribas, Ramón (EDE 1996/10355).

221. STS Sala 3.ª, sec. 2.ª, S. de 2 de octubre de 1997, rec. 675/1993. Pte: Rodríguez Arribas, Ramón (EDE 1997/8026).

222. STS Sala 3.ª, S. de 17 de abril de 1990. Pte: González Navarro, Francisco (EDE 1990/4162).

223. STS Sala 3.ª, S. de 8 de mayo de 1990. Pte: Cancr Lalanne, Enrique (EDE 1990/4830).

224. STS Sala 3.ª, sec. 2.ª, S. de 25 de octubre de 1996, rec. 4077/1992. Pte: Rouanet Moscardó, Jaime (EDE 1996/7708).

Administración pueda eludir sus obligaciones de motivar las decisiones, cómo vendría a ser si por el silencio quedara exenta del deber de dictar un proveído expreso debidamente fundado»²²⁵.

Ahora bien, para cerrar adecuadamente la estructura construida, lo lógico era que se hubiera otorgado al interesado la posibilidad de impugnar la desestimación presunta en todo tiempo hasta que se dictara la resolución expresa, pues ello sería perfectamente coherente con la pretensión de la LJCA de restituir «la figura del silencio administrativo al sentido que propiamente se le atribuyó originariamente, de garantía para los administrados frente a las demoras de la Administración». Sin embargo, esta tesis o planteamiento no tuvo una efectiva acogida, ya que la LJCA de 1956 (art. 58) limitó a un año el plazo de interposición del recurso Contencioso-Administrativo en casos de silencio, contándose dicho plazo desde el día siguiente a aquél en que se entendiera desestimada la petición y, en el supuesto de que la desestimación presunta se hubiera producido en el ámbito del recurso de reposición, desde la efectiva interposición de tal recurso. El TC, no obstante, en sus dos importantes Sentencias 6/1986²²⁶ y 204/1987²²⁷, dulcificó el plazo para recurrir contra el acto presunto de carácter negativo al relacionarlo con el régimen de impugnación de los actos expresos notificados defectuosamente e interpretarlo todo ello en el ámbito del art. 24.1 de la CE —derecho a la tutela judicial efectiva—. Se amplió así el referido plazo, como regla general, en seis meses más (SSTS de 25 de marzo de 1993²²⁸; 18 de marzo de 1995²²⁹; y 23 de noviembre de 1996)²³⁰. Incluso esta línea jurisprudencial que puede considerarse mayoritaria coexistió con otra que afirmaba la inexistencia de plazo de caducidad para recurrir contra las desestimaciones presuntas por silencio administrativo

225. STS Sala 3.ª, sec. 4.ª, S. de 23 de febrero de 2004, rec. 7282/2001. Pte: Fernández Montalvo, Rafael (EDE 2004/7504).

226. STC Sala 1.ª, S. de 21 de enero de 1986, núm. 6/1986, rec. 797/1984, BOE 37/1986, de 12 de febrero de 1986. Pte: Gómez-Ferrer Morant, Rafael (EDE 1986/6).

227. STC Sala 2.ª, S. de 21 de diciembre de 1987, núm. 204/1987, rec. 963/1985, BOE 7/1988, de 8 enero 1988. Pte: Latorre Segura, Ángel (EDE 1987/203).

228. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª), de 25 de marzo de 1993, Recurso núm. 6264/1990. Ponente: Excmo. Sr. D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez (RJ 1993\1634).

229. STS Sala 3.ª, sec. 2.ª, S. de 18 de marzo de 1995, rec. 1872/93. Pte: Rouanet Moscardó, Jaime (EDE 1995/1540).

230. STS Sala 3.ª, sec. 2.ª, S. de 23 de noviembre de 1996, rec. 14132/1991. Pte: Ruiz-Jarabo Ferrán, José María (EDE 1996/9262).

negativo (SSTS de 14 de noviembre de 1988²³¹; 27 de enero²³² y 9 de marzo de 1995²³³)²³⁴.

Configurándose el silencio administrativo como una «facultad» que se concedía al interesado para, «si así lo deseaba», acudir a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en defensa de sus intereses frente a la falta de respuesta expresa de la Administración a una petición o solicitud por él realizada, y nunca «como una obligación», resultaba que, aunque no actuara o ejercitara esta «facultad», si posteriormente la Administración cumplía con su deber de resolver expresamente, el interesado disponía igualmente de la posibilidad de impugnar en vía jurisdiccional dicha resolución tardía previo agotamiento de la vía administrativa en su caso²³⁵.

En la redacción originaria de la LRJAPPAC, la intención del Legislador de 1992 al promulgar la LRJAPPAC fue, pese a la oscuridad de la materia propiciada por el mantenimiento de algunos presupuestos clásicos del instituto, la de superar el referido planteamiento de la LPA atribuyendo al silencio administrativo negativo la condición de verdadero acto administrativo. En efecto, que el silencio daba lugar a la producción de actos auténticos lo demostraba no sólo la calificación que la ley empleaba de «actos presuntos», sino, fundamentalmente, las dos razones siguientes²³⁶:

– Por un lado, porque tales actos presuntos podían hacerse valer no sólo a efectos procesales sino también *erga omnes*, esto es, «tanto ante la Administración como ante cualquier otra persona, natural o jurídica, pública o privada» (art. 44.1).

– Y, por otro, porque los mismos sí ponían fin al procedimiento administrativo al prohibirse dictar resolución expresa después de haberse emitido la «certificación» prevista y regulada en el artículo 44, certificación, o mejor

231. STS Sala 3.ª, sec. 4.ª, S. de 14 de noviembre de 1988. Pte: Delgado Barrio, Francisco Javier (EDE 1988/8955).

232. STS Sala 3.ª, sec. 7.ª, S. de 27 de enero de 1995, rec. 288/93. Pte: Conde Martín de Hijas, Vicente (EDE 1995/621).

233. STS Sala 3.ª, sec. 3.ª, S. de 9 de marzo de 1995, rec. 3218/90. Pte: Cid Fontán, Fernando (EDE 1995/1794).

234. STS Sala 3.ª, sec. 4.ª, S. de 23 de febrero de 2004, rec. 7282/2001. Pte: Fernández Montalvo, Rafael (EDE 2004/7504).

235. STS Sala 3.ª, sec. 4.ª, S. de 23 de febrero de 2004, rec. 7282/2001. Pte: Fernández Montalvo, Rafael (EDE 2004/7504).

236. STS Sala 3.ª, sec. 4.ª, S. de 23 de febrero de 2004, rec. 7282/2001. Pte: Fernández Montalvo, Rafael (EDE 2004/7504).

dicho recepción de la misma, que determinaba el inicio del plazo para interponer recursos administrativos y Contencioso-Administrativos respecto de los actos presuntos (apartado 5.º).

La nueva Ley no sólo pretendió en esta materia modificar la concepción que sobre el silencio administrativo negativo se tenía con anterioridad sino que también alteró el régimen de su producción, pues suprimió la tradicional figura de la «denuncia de mora» y creó la «certificación de actos presuntos» cuya esencia y finalidad dio lugar a una interesante polémica doctrinal y jurisprudencial. El Consejo de Estado, en su Dictamen 423/1994, de 2 de junio, se adscribió a la tesis que consideraba constitutiva la certificación insistiendo en que «la existencia y eficacia de los actos presuntos (negativos y positivos) está condicionada a la emisión de la certificación de actos presuntos o bien al transcurso del plazo para emitirla (art. 44)»²³⁷.

En la jurisprudencia del TS deben distinguirse, sin embargo, dos aspectos²³⁸:

– La falta de «certificación de acto presunto» o la falta de petición de la misma, no podía dar lugar a la inadmisibilidad del recurso Contencioso-Administrativo, de manera que podía entenderse que tal certificación no era un requisito o presupuesto constitutivo del acto presunto sino un mero justificante formal de los efectos estimatorios o desestimatorios producidos por el transcurso del plazo para resolver expresamente un determinado procedimiento sin que hubiera tenido lugar su resolución expresa, por lo que podía entenderse que el silencio administrativo o acto presunto se producía, en la regulación dada a la materia por la LRJAPPAC, por el mero transcurso del plazo.

– Ahora bien, la certificación, según esta misma jurisprudencia no agotaba su eficacia en ser un simple justificante formal de los efectos estimatorios o desestimatorios producidos puesto que, sólo su emisión o el transcurso del plazo para su emisión, privaba a la Administración de la posibilidad de dictar ulterior resolución expresa (art. 43.1 de la Ley), considerándose así como requisito determinante de la «conversión» del acto presunto en un verdadero acto administrativo.

237. STS Sala 3.ª, sec. 4.ª, S. de 23 de febrero de 2004, rec. 7282/2001. Pte: Fernández Montalvo, Rafael (EDE 2004/7504).

238. STS Sala 3.ª, sec. 4.ª, S. de 23 de febrero de 2004, rec. 7282/2001. Pte: Fernández Montalvo, Rafael (EDE 2004/7504).

El planteamiento doctrinal del valor del silencio administrativo es anterior a su recepción por el Derecho positivo. La solución se intentaba encontrar desde distintos puntos de vista ²³⁹:

1. Extrapolando doctrinas privatistas: en las relaciones entre particulares ¿surge la relación jurídica cuando la voluntad recepticia no se manifiesta expresamente? Aquí el principio *qui tacet voluit* puede estar justificado, ¿pero es aplicable a las relaciones de los particulares con la Administración? Como la doctrina española de mediados de siglo apuntaba, esto significaría tanto como poner a la Administración (al interés público) en manos de los administrados. Las peticiones más disparatadas de los administrados se convertirían en actos administrativos.

2. Pero el error de planteamiento estaba (como yo mismo apunté en el trabajo antes citado) en que de lo que se trataba no era de *interpretar la voluntad de la Administración* por la elemental razón de que cabalmente lo que faltaba era la voluntad administrativa. El problema era otro: se trataba de hacer posible el acceso del particular a la vía de recurso, aunque no hubiese un acto administrativo que recurrir. Y para ello bastaba simplemente con establecer la *ficción legal* de que el recurso era procedente como si estuviésemos en presencia de un acto administrativo.

Tal vez, una de las mayores preocupaciones, podría decirse obsesión, del legislador de la LRJAPPAC, haya sido la de forzar a la Administración a contestar las peticiones que se le formulen. El legislador considera que la regulación del silencio administrativo, en la Ley precedente era un mecanismo que, en absoluto, lograba tal fin, por lo que debía sustituirse por otro más eficaz que, de una vez por todas, descuajase la holganza de los administradores, cuando no su mala fe. Para ello, en vez de apoyarse en el silencio producido, tal como hacía la Ley anterior, se apoya en el producto del silencio, es decir en el llamado acto presunto. Con esta nueva apoyatura, considera el legislador más fácil conseguir el fin propuesto ²⁴⁰.

La LRJAPPAC abandona la estructura del silencio administrativo, por no considerarla eficiente para el fin perseguido: que la Administración res-

239. Cfr. F. GARRIDO FALLA, «La obligación de resolver: actos presuntos y silencio administrativo», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 82, abril-junio de 1994, pp. 189 y ss.

240. J. A. CÁMPORA, «El acto presunto», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 82, abril-junio de 1994, pp. 233 y ss.

ponda y, por considerarlo de mejor rendimiento, monta su estructura sobre el producto del silencio, al que denomina acto presunto²⁴¹.

Significativo fue el cambio introducido por la LRJAPPAC, en su art. 42²⁴², en relación con la obligación de resolver, de forma expresa, por parte de la Administración Pública los procedimientos administrativos; obligación que no se establecía de una manera aislada sino enmarcada dentro del Título IV de la misma Ley, dedicado a la «actividad de las Administraciones Públicas», y como consecuencia o derivación de la obligación —y responsabilidad— que se impone en el art. anterior (41 LRJAPPAC) en relación con la tramitación de los procedimientos administrativos, habilitándose a los titulares de las unidades administrativas y al personal servicio de las mismas para adoptar las medidas oportunas para remover los obstáculos que impidan, dificulten o retrasen el ejercicio pleno de los derechos e intereses legítimos, «disponiendo lo necesario para evitar y eliminar toda anormalidad en la tramitación de los procedimientos»²⁴³.

En concreto, el artículo 42, en su redacción de 1992, establecía²⁴⁴:

a) La obligación general —o genérica— de resolver, de forma expresa, todo tipo de procedimientos; efectivamente, tal obligación se extiende (42.1) no sólo a cuantas «solicitudes formulen los interesados», sino también a los «procedimientos iniciados de oficio cuya instrucción y resolución afecte a los ciudadanos o a cualquier interesado»; tan amplio espectro contó, sin embargo (42.1.2), con algunas excepciones —en las que no se exigía la resolución expresa—, cuales eran los procedimientos en los que se producía la prescripción (132 LRJAPPAC), la caducidad (43.4 y 92 LRJAPPAC), la renuncia o el desistimiento (71.1, 90 y 91 LRJAPPAC), así como aquellos procedimientos «relativos al ejercicio de derechos que sólo deban ser objeto de comunicación», o aquellos «en los que se haya producido la pérdida sobrevenida del objeto del procedimiento».

b) En segundo lugar, el citado art. 42, en su apartado 2, establecía (o concretaba) que la expresada genérica obligación de resolución expresa

241. J. A. CÁMPORA, «El acto presunto», cit., pp. 233 y ss.

242. Cfr. F. GARRIDO FALLA, «La obligación de resolver: actos presuntos y silencio administrativo», cit., pp. 189 y ss.

243. STS Sala 3.ª, sec. 5.ª, S. de 2 de marzo de 2004, rec. 3772/2001. Pte: Fernández Valverde, Rafael (EDE 2004/31667).

244. STS Sala 3.ª, sec. 5.ª, S. de 19 de mayo de 2004, rec. 1957/2002. Pte: Yagüe Gil, Pedro José (EDE 2004/55021).

debería llevarse a cabo en un «plazo máximo», pero ello solo en el supuesto de que se tratara de procedimientos iniciados mediante «solicitudes que formulen los interesados», esto es, no en el caso de los procedimientos iniciados de oficio. Tal plazo máximo era, en primer lugar, el establecido específicamente para la «tramitación del procedimiento aplicable en cada caso»; en segundo lugar, con carácter supletorio («cuando la norma de procedimiento no fije plazo»), el plazo para resolver sería el de tres meses; y, en tercer lugar, el precepto contemplaba (42.2.2.º y 3.º) la posibilidad de ampliación de los anteriores plazos «cuando el número de solicitudes formuladas impidan razonablemente el cumplimiento de los plazos».

c) En tercer lugar, en su apartado 3, el art. 42 LRJPA contemplaba un mecanismo de responsabilidad para los titulares de los órganos administrativos, en los supuestos de incumplimiento de resolución expresa, que no es del caso.

En la actualidad la actuación administrativa tiene una perspectiva diferente. La Administración está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla cualquiera que sea su forma de iniciación. En los casos de prescripción, renuncia del derecho, caducidad del procedimiento o desistimiento de la solicitud, así como la desaparición sobrevenida del objeto del procedimiento, la resolución consistirá en la declaración de la circunstancia que concurra en cada caso, con indicación de los hechos producidos y las normas aplicables. Se exceptúan de la obligación, a que se refiere el párrafo primero, los supuestos de terminación del procedimiento por pacto o convenio, así como los procedimientos relativos al ejercicio de derechos sometidos únicamente al deber de comunicación previa a la Administración (art. 42.1 LRJAPPAC).

Una de las novedades más sobresalientes de esta reforma, y, por cierto, no debidamente resaltada en la exposición de motivos, ha consistido en la inclusión del requisito de la notificación dentro de la obligación cuyo incumplimiento supone el presupuesto generador del silencio; esto es, para la no producción del silencio no va a ser suficiente con el cumplimiento de la obligación de resolver expresamente en plazo, sino que será preciso, además, el cumplimiento de la obligación de notificar tal resolución expresa en dicho plazo²⁴⁵.

Esta obligación se refiere por la Ley, en particular, al supuesto de procedimientos, tanto iniciados de oficio como a solicitud de los interesados —c—

245. L. A. BALLESTEROS MOFFA, «El nuevo régimen del silencio administrativo», cit., pp. 209-226.

uya instrucción y resolución afecte a los ciudadanos o a cualquier interesado; es decir, que la Ley extiende la obligación a los casos en los cuales el procedimiento no sea indiferente para los ciudadanos –aun cuando no tengan la condición de interesados–, lo que se explica por el carácter que tiene la Administración en un Estado social de derecho como el que diseña la CE²⁴⁶.

El plazo máximo en el que debe notificarse la resolución expresa será el fijado por la norma reguladora del correspondiente procedimiento. Este plazo no podrá exceder de seis meses salvo que una norma con rango de Ley establezca uno mayor o así venga previsto en la normativa comunitaria europea (art. 42.2 LRJAPPAC).

Cuando las normas reguladoras de los procedimientos no fijen el plazo máximo, éste será de tres meses. Este plazo y los previstos en el apartado anterior se contarán (art. 42.3 LRJAPPAC):

- a) En los procedimientos iniciados de oficio, desde la fecha del acuerdo de iniciación.
- b) En los iniciados a solicitud del interesado, desde la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el registro del órgano competente para su tramitación.

Estos plazos se contarán, desde la fecha del acuerdo de iniciación, en los procedimientos iniciados de oficio, y desde la fecha en que la solicitud tenga entrada en el registro del órgano competente para su tramitación, en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado²⁴⁷.

Las Administraciones públicas deben publicar y mantener actualizadas, a efectos informativos, las relaciones de procedimientos, con indicación de los plazos máximos de duración de los mismos, así como de los efectos que produzca el silencio administrativo. En todo caso, las Administraciones públicas informarán a los interesados del plazo máximo normativamente establecido para la resolución y notificación de los procedimientos, así como de los efectos que pueda producir el silencio administrativo, incluyendo

246. R. GÓMEZ-FERRER MORANT, «El deber de contestar y los actos presuntos. La nueva regulación del Derecho Administrativo», en *Cuadernos de Derecho Judicial, Estudio de la LRJ de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (I)*, 1994, pp. 131-157.

247. L. A. BALLESTEROS MOFFA, «El nuevo régimen del silencio administrativo», cit., pp. 209-226.

dicha mención en la notificación o publicación del acuerdo de iniciación de oficio, o en comunicación que se les dirigirá al efecto dentro de los diez días siguientes a la recepción de la solicitud en el registro del órgano competente para su tramitación. En este último caso, la comunicación indicará además la fecha en que la solicitud ha sido recibida por el órgano competente (art. 42.4 LRJAPPAC).

Otra de las novedades es la regulación de la suspensión del plazo para resolver. En este sentido, la Ley, acogiendo el moderno derecho comunitario, establece unas causas tasadas de suspensión que permitan a la Administración resolver en plazo cuando se dan circunstancias particulares: requerimiento a los interesados para subsanar deficiencias, pronunciamiento previo y preceptivo de un órgano de las Comunidades Europeas, intervención preceptiva y determinante, vía informe de otras Administraciones Públicas, pruebas técnicas, o iniciación de negociaciones para terminar convencionalmente el procedimiento. Se trata, en definitiva, de regular el tiempo en el procedimiento acorde con las circunstancias del mismo, de forma que no se produzca el transcurso del plazo para resolver por circunstancias ajenas al órgano competente para resolver el procedimiento²⁴⁸.

El transcurso del plazo máximo legal para resolver un procedimiento y notificar la resolución se podrá suspender en los siguientes casos (art. 42.5 LRJAPPAC):

a) Cuando deba requerirse a cualquier interesado para la subsanación de deficiencias y la aportación de documentos y otros elementos de juicio necesarios, por el tiempo que medie entre la notificación del requerimiento y su efectivo cumplimiento por el destinatario, o, en su defecto, el transcurso del plazo concedido, todo ello sin perjuicio de lo previsto en el art. 71 de la presente Ley.

b) Cuando deba obtenerse un pronunciamiento previo y preceptivo de un órgano de las Comunidades Europeas, por el tiempo que medie entre la petición, que habrá de comunicarse a los interesados, y la notificación del pronunciamiento a la Administración instructora, que también deberá serles comunicada.

c) Cuando deban solicitarse informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución a órgano de la misma o distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comu-

248. J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, «El silencio administrativo y los actos tácitos o presuntos», cit., pp. 309-324.

nicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses.

d) Cuando deban realizarse pruebas técnicas o análisis contradictorios o dirimientes propuestos por los interesados, durante el tiempo necesario para la incorporación de los resultados al expediente.

e) Cuando se inicien negociaciones con vistas a la conclusión de un pacto o convenio en los términos previstos en el art. 88 de esta Ley, desde la declaración formal al respecto y hasta la conclusión sin efecto, en su caso, de las referidas negociaciones que se constatará mediante declaración formulada por la Administración o los interesados.

Cuando el número de las solicitudes formuladas o las personas afectadas pudieran suponer un incumplimiento del plazo máximo de resolución, el órgano competente para resolver, a propuesta razonada del órgano instructor, o el superior jerárquico del órgano competente para resolver, a propuesta de éste, podrán habilitar los medios personales y materiales para cumplir con el despacho adecuado y en plazo. Excepcionalmente, podrá acordarse la ampliación del plazo máximo de resolución y notificación mediante motivación clara de las circunstancias concurrentes y sólo una vez agotados todos los medios a disposición posibles. De acordarse, finalmente, la ampliación del plazo máximo, éste no podrá ser superior al establecido para la tramitación del procedimiento. Contra el acuerdo que resuelva sobre la ampliación de plazos, que deberá ser notificado a los interesados, no cabrá recurso alguno (art. 42.6 LRJAPPAC).

El personal al servicio de las Administraciones públicas que tenga a su cargo el despacho de los asuntos, así como los titulares de los órganos administrativos competentes para instruir y resolver son directamente responsables, en el ámbito de sus competencias, del cumplimiento de la obligación legal de dictar resolución expresa en plazo. El incumplimiento de dicha obligación dará lugar a la exigencia de responsabilidad disciplinaria, sin perjuicio a la que hubiere lugar de acuerdo con la normativa vigente (art. 42.7 LRJAPPAC).

Puede afirmarse, por tanto, a la vista de esta regulación, que las novedades introducidas sobre este particular, respecto a la anterior normativa, han sido las cinco siguientes ²⁴⁹:

249. L. A. BALLESTEROS MOFFA, «El nuevo régimen del silencio administrativo», cit., pp. 209-226.

1. En primer lugar, y ante todo, la previsión del límite de los seis meses respecto a la remisión que se hace a las normas reguladoras de los correspondientes procedimientos en cuanto a la concreción del plazo máximo de resolución y notificación. Un límite, además, que sólo puede ser excepcionado, como se ha dicho, en virtud de ley o norma comunitaria.

2. En segundo lugar, el establecimiento de este plazo tanto para los procedimientos iniciados a instancia de interesado como iniciados de oficio. A diferencia del anterior art. 42.2 LRJAPPAC, que vinculaba exclusivamente a los primeros las reglas de fijación del plazo, dejando sin previsión en este sentido a los incoados de oficio —lo que obligó, por cierto, a la doctrina a entender también aplicables a éstos dichas reglas por analogía—, la actual redacción del art. 42 LRJAPPAC no condiciona a ninguna concreta clase de procedimientos tales previsiones.

3. En tercer lugar, la inclusión, por una parte, en el propio precepto relativo a la obligación de resolver y notificar de la regla sobre el inicio del cómputo del plazo para cumplir la misma respecto a los procedimientos iniciados a instancia de parte (anteriormente se recogía en el antiguo art. 48.4 *in fine* LRJAPPAC), y, por otra, la propia previsión de la regla sobre el inicio del cómputo del plazo respecto a los procedimientos iniciados de oficio.

4. En cuarto lugar, la previsión de la posibilidad de suspender el plazo de resolución y notificación por determinadas causas tasadas, acogiendo así, en términos de la exposición de motivos, «la inspiración del moderno derecho público comunitario», junto a la reducción sólo a excepcionales y motivados supuestos, y una vez agotados todos los medios posibles, de la posibilidad ya contemplada en la anterior regulación de ampliación del referido plazo.

5. Y, finalmente, la propia mejora en la redacción de la regla por la que se remite a las correspondientes normas reguladoras de los procedimientos el señalamiento del plazo, teniendo en cuenta que la anterior redacción parecía permitir la fijación de tal plazo, no de modo expreso y específico por la norma sectorial, sino a través de la suma aritmética de los distintos plazos parciales que pudieran integrar un procedimiento. Si el anterior art. 42.2 LRJAPPAC señalaba que «el plazo máximo para resolver las solicitudes será el que resulte de la tramitación del procedimiento aplicable en cada caso», en la actualidad se establece ya la regla de que «el plazo máximo en el que debe notificarse la resolución expresa será el fijado por la norma reguladora del correspondiente procedimiento».

En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legitima al interesado o interesados que hubieran deducido la solicitud para entenderla estimada o desestimada por silencio administrativo, según proceda, sin perjuicio de la resolución que la Administración debe dictar en la forma prevista en el apartado 4 de este artículo (art. 43.1 LRJAPPAC).

Los interesados podrán entender estimadas por silencio administrativo sus solicitudes en todos los casos, salvo que una norma con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario. Quedan exceptuados de esta previsión los procedimientos de ejercicio del derecho de petición, a que se refiere el art. 29 de la CE, aquellos cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público, así como los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones, en los que el silencio tendrá efecto desestimatorio. No obstante, cuando el recurso de alzada se haya interpuesto contra la desestimación por silencio administrativo de una solicitud por el transcurso del plazo, se entenderá estimado el mismo si, llegado el plazo de resolución, el órgano administrativo competente no dictase resolución expresa sobre el mismo (art. 43.2 LRJAPPAC).

La estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizado del procedimiento. La desestimación por silencio administrativo tiene los solos efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo que resulte procedente (art. 43.3 LRJAPPAC).

La obligación de dictar resolución expresa a que se refiere el apartado primero del art. 42 se sujetará al siguiente régimen (art. 43.4 LRJAPPAC):

- a) En los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo.
- b) En los casos de desestimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior al vencimiento del plazo se adoptará por la Administración sin vinculación alguna al sentido del silencio.

Los actos administrativos producidos por silencio administrativo se podrán hacer valer tanto ante la Administración como ante cualquier persona física o jurídica, pública o privada. Los mismos producen efectos desde el

vencimiento del plazo máximo en el que debe dictarse y notificarse la resolución expresa sin que la misma se haya producido, y su existencia puede ser acreditada por cualquier medio de prueba admitido en Derecho, incluido el certificado acreditativo del silencio producido que pudiera solicitarse del órgano competente para resolver. Solicitado el certificado, éste deberá emitirse en el plazo máximo de quince días (art. 43.5 LRJAPPAC).

Constituye, en definitiva, un mecanismo sencillo, máxime si nos encontramos ante un silencio automático, sin imposición de cargas a los particulares que les obliguen a recordar a la Administración algo que ésta ya conoce perfectamente: su propio incumplimiento. Esta regulación se complementa con la obligación de la Administración de dictar resolución expresa en todos los procedimientos, cualquiera que sea su forma de iniciación. Se expresa así con mayor rotundidad esta obligación administrativa sustituyendo a la redacción vigente, en los casos de los procedimientos iniciados de oficio, al dato de que «la instrucción y resolución afecte a los ciudadanos o a cualquier interesado»²⁵⁰.

En cuanto al silencio administrativo en la LRJAPPAC (tras la modificación de la Ley 4/1999), ciertamente, la nueva regulación instaura un régimen similar al existente en la LPA, por lo menos en sus principios básicos inspiradores. De este modo²⁵¹:

1.º) El silencio negativo deja de configurarse como un acto administrativo y pasa a ser, como era en el año 1958, una ficción a efectos procesales. Y, como lógico corolario de lo anterior, se establece, en este caso, la obligación de dictar resolución expresa sin ninguna limitación temporal suprimiéndose, por tanto, la prohibición de dictarla, que venía originariamente contenida en la LRJAPPAC, cuando se había emitido la conocida «certificación de actos presuntos» (art. 42.1 en relación con el art. 43.3). Además, para este supuesto, se dice expresamente que «la resolución expresa posterior al vencimiento del plazo se adoptará por la Administración sin vinculación alguna al sentido del silencio», lo cual es plenamente lógico y coherente si se tiene en cuenta que, al suponer el silencio negativo la denegación presunta de la petición inicial del interesado, tal resolución expresa posterior contraria supone la

250. J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, «El silencio administrativo y los actos tácitos o presuntos», cit., pp. 309-324.

251. STS Sala 3.ª, sec. 4.ª, S. de 23 de febrero de 2004, rec. 7282/2001. Pte: Fernández Montalvo, Rafael (EDE 2004/7504).

revocación²⁵² de un acto de gravamen cuya licitud no cabe discutir por el tenor literal del art. 105.1 de la LRJAPPAC, como ya había tenido ocasión de declarar el TS en la STS de 30 de enero de 1997²⁵³.

2.º) Por el contrario, el silencio positivo se continúa configurando como un verdadero acto administrativo, como un acto declarativo de derechos para el interesado, según resulta sin ninguna duda del art. 43.3, párrafo primero. De ahí que el apartado 4 del mismo precepto señale, en lógica coherencia con lo postulado, que «en los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo» [letra a)].

En los procedimientos iniciados de oficio, el vencimiento del plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado resolución expresa no exime a la Administración del cumplimiento de la obligación legal de resolver, produciendo los siguientes efectos (art. 44 LRJAPPAC):

1. En el caso de procedimientos de los que pudiera derivarse el reconocimiento o, en su caso, la constitución de derechos u otras situaciones jurídicas individualizadas, los interesados que hubieren comparecido podrán entender desestimadas sus pretensiones por silencio administrativo.

2. Tras la Ley 4/1999, que suprime el expresado plazo de treinta días, la remisión al plazo de la LRJAPPAC debe entenderse referida a lo dispuesto en el art. 44.2, también modificado, con arreglo al cual²⁵⁴ en los procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se producirá la caducidad. En estos casos, la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones, con los efectos previstos en el art. 92.

En los supuestos en los que el procedimiento se hubiera paralizado por causa imputable al interesado, se interrumpirá el cómputo del plazo para resolver y notificar la resolución.

252. Ver M. J. GARCÍA GARCÍA, «La revocación de actos administrativos en la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de Ley 30/1992», en *Boletín de Legislación El Derecho*, núm. 111, 3 de enero de 2000, p. 1.

253. STS Sala 3.ª, sec. 1.ª, S. de 30 de enero de 1997, rec. 655/1994. Pte: Cancr Llanne, Enrique (EDE 1997/1989).

254. STS Sala 3.ª, sec. 4.ª, S. de 21 de julio de 2004, rec. 74/2003. Pte: Pico Lorenzo, Celsa (EDE 2004/116294).

La declaración de caducidad a que se refiere el artículo 44.2 de la Ley 30/1992, no tiene efecto constitutivo sino que se produce automáticamente por el mero transcurso del plazo establecido, sin que sea precisa ni previa declaración por la Administración ni tampoco un requerimiento previo²⁵⁵.

Partiendo de este esquema debemos analizar la posible inclusión en el delito de prevaricación de resoluciones obtenidas a través de la técnica del silencio administrativo. A juicio de Morales Prats y Rodríguez Puerta²⁵⁶, como dichas situaciones se pueden hacer valer ante la Administración estaríamos ante verdaderas resoluciones administrativas. En estos casos la inactividad del funcionario genera un acto administrativo presunto con idéntica eficacia y validez que los expresos. No obstante, para calificar de prevaricación este tipo de actos presuntos debe acreditarse la arbitrariedad del mismo, y el conocimiento de la injusticia por parte del funcionario o de la autoridad competente. Por ello es claro que no existe ningún inconveniente en contemplar la modalidad omisiva como forma de comisión (STS de 29 de octubre de 1994²⁵⁷,²⁵⁸).

En el delito de prevaricación no se exige la producción de ningún resultado, esto es, la causación de un cambio en el mundo externo, perceptible sensorialmente, y espacial y temporalmente separable de la acción. El tipo únicamente requiere realizar una actividad: dictar una resolución injusta que suponga un incorrecto ejercicio de la función administrativa. Ello es suficiente para la consumación del delito, porque se trata de un bien jurídico de naturaleza ideal, que no se materializa en nada concreto²⁵⁹.

En otro orden de cosas, el CP castiga a quien dictare una resolución injusta en el ámbito administrativo; el verbo típico —‘dictar’— exige una acción positiva, lo que ha determinado que, en algunos supuestos, se haya planteado la imposibilidad de comisión del delito por omisión; en concreto, el Tribunal Supremo ha analizado esta posibilidad en un supuesto en el que

255. STSJ Baleares Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 1.ª, S. de 4 de junio de 2004, núm. 446/2004, rec. 733/2001. Pte: Delfont Maza, Pablo (EDE 2004/52233).

256. F. MORALES PRATS y M. J. RODRÍGUEZ PUERTA, «Delitos contra la Administración pública», cit., p. 1779.

257. STS Sala 2.ª, S. de 29 de octubre de 1994, núm. 1880/1994, rec. 3632/1993. Pte: Bacigalupo Zapater, Enrique (EDE 1994/10169).

258. Cfr. J. L. GONZÁLEZ CUSSAC, «La nueva regulación de los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995: la prevaricación», cit., pp. 11-49.

259. J. L. GONZÁLEZ CUSSAC, «Los delitos de los funcionarios públicos: cuestiones generales. La prevaricación como figura residual», cit.

un Alcalde se niega a dar posesión a un Secretario de Ayuntamiento²⁶⁰: «El delito de que se trata sólo puede cometerse mediante una actuación positiva, no siendo posible su comisión por omisión, ya que fue la propia literalidad del precepto, y su interpretación desde cualquier ángulo hermenéutico así nos lo impone cuando en el primer párrafo habla del funcionario público que “a sabiendas, dictare resolución injusta...”, y cuando en el segundo emplea el mismo verbo dictar en igual tiempo y conjugación (...). Si bien es cierto que tales consecuencia entrañan un resultado negativo, cual fue evitar que un funcionario tomase posesión en su cargo, no lo es menos que ello se produjo por un actuar decisorio, concreto y positivo del sujeto inculcado, (...), entender lo contrario sería tanto como considerar actuación negativa o producida por simple omisión a cualquier acto administrativa denegatorio de derechos (...) es tanto como imponerle de plano una gravísima sanción sin trámite alguno de expediente depurador y contradictorio de responsabilidades»²⁶¹.

1.4. Tipo subjetivo²⁶²

La resolución arbitraria ha de dictarse «a sabiendas» de esa injusticia, es decir, con conocimiento por parte de la autoridad o funcionario público de que concurre en su comportamiento ese carácter arbitrario. El dolo, elemento subjetivo, necesario en todas las infracciones penales dolosas, se encuentra así exigido expresamente en esta norma del art. 404 CP²⁶³.

Así, el requisito de carácter subjetivo del tipo, que viene recogido en la expresión ‘a sabiendas’, es la consignación expresa en el texto de la norma penal del dolo como elemento del delito, que revela el propósito del legislador de exigir el dolo directo para la comisión de este delito. ‘Dolo’ es actuación del sujeto conociendo la concurrencia de los elementos objetivos del injusto, en este caso actuación con el conocimiento del contenido injusto o arbitrario de la resolución administrativa. Véanse entre otras muchas

260. Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1988.

261. P. LEDESMA IBÁÑEZ, «Aproximación judicial a la prevaricación de las autoridades», cit.

262. Ver C. MARTÍNEZ PÉREZ, «Lo objetivo y lo subjetivo en el delito de prevaricación de funcionarios (a propósito de la sentencia del TS sobre el “caso Barreiro”)», en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, t. 44, 1991, pp. 363-412.

263. STS núm. 1318/2004 (Sala de lo Penal), de 15 de noviembre, Recurso de Casación núm. 487/2003. Ponente: Excmo. Sr. D. Joaquín Delgado García (RJ 2004\8013).

las sentencias de esta sala de 10 de mayo de 1993²⁶⁴, 20 de abril de 1995²⁶⁵, 2 de noviembre de 1995²⁶⁶, 1 de abril de 1996²⁶⁷, 23 de abril de 1997²⁶⁸, 2 de julio de 1997²⁶⁹, 3 de febrero de 1998²⁷⁰, 18 de mayo de 1999²⁷¹, 19 de octubre de 2000, 12 de febrero de 2001²⁷², 17 de mayo de 2002²⁷³ y 5 de marzo de 2003²⁷⁴.

Antes de 1973 nuestro CP no requería esta conciencia de la antijuridicidad como elemento del delito. A partir de entonces, con la regulación que introduce del llamado error de prohibición, que es el reverso de este requisito, excluye la responsabilidad criminal de quien actúa con «la creencia errónea e invencible de estar obrando lícitamente» [art. 6 bis.a) CP 1973] o, como dice el art. 14²⁷⁵ del CP ahora en vigor, de quien se halla afectado por «un error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal»²⁷⁶.

Se puede decir, en resumen, que se comete el delito de prevaricación previsto en el art. 404 del CP cuando la autoridad o funcionario, teniendo

264. STS Sala 2.ª, S. de 10 de mayo de 1993, núm. 1095/1993, rec. 954/1991. Pte: García Miguel, Manuel (EDE 1993/4385).

265. STS Sala 2.ª, S. de 20 de abril de 1995, núm. 575/1995, rec. 2356/1994. Pte: Conde-Pumpido Tourón, Cándido (EDE 1995/2783).

266. STS Sala 2.ª, S. de 2 de noviembre de 1995, núm. 1026/1995, rec. 3813/1994. Pte: Conde-Pumpido Tourón, Cándido (EDE 1995/5933).

267. STS Sala 2.ª, S. de 1 de abril de 1996, núm. 171/1996, rec. 1609/1995. Pte: Conde-Pumpido Tourón, Cándido (EDE 1996/3672).

268. STS Sala 2.ª, S. de 23 de abril de 1997, núm. 539/1997, rec. 2942/1995. Pte: Conde-Pumpido Tourón, Cándido (EDE 1997/2773).

269. STS Sala 2.ª, S. de 2 de julio de 1997, núm. 784/1997, rec. 2197/1996. Pte: Granados Pérez, Carlos (EDE 1997/4838).

270. STS Sala 2.ª, S. de 3 de febrero de 1998, núm. 148/1998, rec. 1705/1997. Pte: Martínez-Pereda Rodríguez, José Manuel (EDE 1998/375).

271. STS Sala 2.ª, S. de 18 de mayo de 1999, núm. 766/1999, rec. 976/1997. Pte: Jiménez Villarejo, José (EDE 1999/7983).

272. STS Sala 2.ª, S. de 12 de febrero de 2001, núm. 224/2001, rec. 1817/1999. Pte: Martínez Arrieta, Andrés (EDE 2001/1039).

273. STS Sala 2.ª, S. de 17 de mayo de 2002, núm. 878/2002, rec. 2296/2000. Pte: Conde-Pumpido Tourón, Cándido (EDE 2002/16913).

274. STS Sala 2.ª, S. de 5 de marzo de 2003, núm. 331/2003, rec. 3197/2001. Pte: Colmenero Menéndez de Lurca, Miguel (EDE 2003/6590).

275. Cfr. D. FELIP I SABORIT, *Error iuris: El conocimiento de la antijuridicidad y el artículo 14 del Código Penal*, Barcelona, 2000.

276. STS núm. 986/2005 (Sala de lo Penal), de 21 de julio, Recurso de Casación núm. 103/2004. Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre (RJ 2005\6729).

plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, actúa de tal modo porque quiere este resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración ²⁷⁷.

Como se requiere que se actúe a sabiendas, tal exigencia «no sólo elimina la posibilidad de comisión culposa sino también seguramente la comisión por dolo eventual» (SSTS 1629/2000, de 19 de octubre ²⁷⁸, 867/2003, de 22 de septiembre ²⁷⁹) ²⁸⁰.

1.5. Autoría y participación

Como ya hemos señalado, se trata de un delito especial propio, en cuanto que uno de los elementos esenciales del delito es la cualidad de funcionario público o autoridad en el sujeto activo del hecho, conforme a las definiciones que de estos conceptos nos ofrece el art. 24 CP. Se trata de un delito especial que no permite autoría propiamente dicha de personas que no reúnan la condición expresamente requerida en la norma penal, lo que no excluye que estas personas puedan ser condenadas en calidad de partícipes (inductores, cooperadores necesarios o cómplices).

La cuestión es determinar la posibilidad de coautoría en el citado delito. Como señalan, entre otras, las Sentencias de 18 de enero de 1993 ²⁸¹ y 24 de junio de 1994 ²⁸², el delito de prevaricación admite la participación en calidad de cooperación necesaria, tanto por parte del *extraneus* no funcionario como del funcionario que participa en el proceso dirigido a la adopción de una resolución injusta con una intervención administrativa previa, no

277. STS núm. 1223/2004 (Sala de lo Penal), de 21 de octubre, Recurso de Casación núm. 2372/2003. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer (RJ 2004\7165).

278. STS núm. 1629/2000 (Sala de lo Penal), de 19 de octubre, Recurso de Casación núm. 3288/1998. Ponente: Excmo. Sr. D. José Jiménez Villarejo (RJ 2000\9962).

279. STS núm. 867/2003 (Sala de lo Penal), de 22 de septiembre, Recurso de Casación núm. 2768/2001. Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz (RJ 2003\6477).

280. STS núm. 986/2005 (Sala de lo Penal), de 21 de julio, Recurso de Casación núm. 103/2004. Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre (RJ 2005\6729).

281. STS núm. 52/1993 (Sala de lo Penal), de 18 de enero, Recurso de Casación núm. 2459/1992. Ponente: Excmo. Sr. D. Enrique Ruiz Vadillo (RJ 1997\6482).

282. STS núm. 1312/1994 (Sala de lo Penal), de 24 de junio, Recurso núm. 3031/1993. Ponente: Excmo. Sr. D. Enrique Ruiz Vadillo (RJ 1994\5031).

decisoria pero sí decisiva, supuesto que en ocasiones se ha calificado de coautoría sucesiva (STS de 16 de mayo de 1992²⁸³,²⁸⁴). Constituye cooperación necesaria la colaboración de quien interviene en el proceso de ejecución del delito con una aportación operativamente indispensable, conforme a la dinámica objetiva del hecho delictivo²⁸⁵.

En el delito de prevaricación son posibles también hipótesis de autoría sucesiva, terminología conceptual en ocasiones admitida por el propio TS²⁸⁶. Así, por ejemplo, cuando un funcionario dicta, a sabiendas de su injusticia, un informe vinculante arbitrario y, después, otro funcionario competente para decidir, dicta una resolución en el mismo sentido con conocimiento de su injusticia²⁸⁷.

1.6. *Formas imperfectas de ejecución*

El delito se consuma con la adopción por la autoridad o funcionario público de la resolución. Para Morales Prats y Rodríguez Puerta²⁸⁸ es técnicamente posible la tentativa, aunque dependerá de los trámites o sucesivos pasos que requiera la resolución para emitirse.

En mi opinión, teniendo en cuenta que el delito se consuma con la adopción de la resolución, no debería admitirse la tentativa, pues la emisión de la resolución consuma el delito, y la no emisión elimina uno de los requisitos del mismo, la existencia de resolución, salvo que estemos en supuestos de silencio administrativo, en los que si existiría resolución presunta. No se puede confundir, por tanto, los efectos de la resolución, que podrían no existir, con la consumación del delito.

283. STS núm. 773/1992 (Sala de lo Penal), de 16 de mayo, Recurso núm. 2026/1991. Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Martín Pallín (RJ 1992\4318).

284. Cfr. F. MORALES PRATS y M. J. RODRÍGUEZ PUERTA, «Delitos contra la Administración pública», cit., p. 1781.

285. STS núm. 1493/1999 (Sala de lo Penal), de 21 de diciembre, Recurso de Casación núm. 1174/1998-P. Ponente: Excmo. Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Tourón (RJ 1999\9436).

286. Ver, respecto de otro tema, STS núm. 586/1999 (Sala de lo Penal), de 15 de abril, Recurso de Casación núm. 33/1998. Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta (RJ 1999\2309).

287. F. MORALES PRATS y M. J. RODRÍGUEZ PUERTA, «Delitos contra la Administración pública», cit., p. 1781.

288. F. MORALES PRATS y M. J. RODRÍGUEZ PUERTA, «Delitos contra la Administración pública», cit., p. 1782.

2. Proposición de nombramientos ilegales ²⁸⁹

2.1. Tipificación en el Código Penal

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

2.2. Significado del delito

En cierta forma también poseen una naturaleza de cuasi-prevaricación los nombramientos ilegales del art. 405. Sin embargo, en los mismos la conducta típica requiere únicamente que sean «ilegales», no siendo necesario que además sean arbitrarios. Y ello porque la lesión se produce por la mera inobservancia de los requisitos exigidos para acceder a determinados cargos públicos. Por tanto, basta para su relevancia penal con la simple contrariedad o elusión, de las normas reguladoras de los nombramientos públicos ²⁹⁰.

El CP tipifica el delito de nombramientos ilegales junto al de prevaricación administrativa en el capítulo I, de la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos. Al margen del escaso acierto de la rúbrica, la nueva ubicación de esta figura delictiva responde en mejor medida que en el anterior CP a su verdadera naturaleza. Se trata de una modalidad específica de prevaricación en la que el funcionario adopta una resolución sin que concurran los requisitos legales ²⁹¹.

Este delito también vela por el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales de la administración, co-

289. Cfr. S. MIR PUIG, «Nombramientos ilegales, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función», en *Cuadernos de Derecho Judicial, Los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995*, 1996, pp. 305-336.

290. J. L. GONZÁLEZ CUSSAC, «La nueva regulación de los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995: la prevaricación», cit., pp. 11-49.

291. F. MORALES PRATS y M. J. RODRÍGUEZ PUERTA, «Delitos contra la Administración pública», cit., p. 1782.

mo servicio público que sirve a los intereses generales con sometimiento pleno a la ley y al derecho y absoluta objetividad en el cumplimiento de sus fines.

No obstante, parece que estos comportamientos se revelan como menos lesivos, pues la descripción típica requiere únicamente que la resolución sea ilegal, concepto de un significado abiertamente distinto al empleado para calificar la resolución del delito de prevaricación (arbitraria). Así, este delito integra una modalidad menos grave de prevaricación, pues basta que la resolución sea ilegal²⁹².

2.3. Conducta típica

El tipo que contiene el actual art. 405 CP vigente no ha surgido *ex novo* sino sustituido, con precisiones que mejoran pero no alteran sustancialmente su descripción, al que daba contenido al art. 382 CP/1973²⁹³.

Los *elementos del tipo* del delito son los siguientes²⁹⁴:

1. *Objetivos*: a) que el sujeto activo sea autoridad o funcionario público en el ejercicio de su competencia; b) que la acción consista en proponer, nombrar o dar posesión para un determinado cargo público; c) que falten los requisitos legalmente establecidos.

2. *Subjetivo*: que el sujeto activo actúe a sabiendas de la ilegalidad de su actuación.

El sujeto activo de la infracción ha de ser un funcionario público, con la amplitud conceptual derivada del art. 24 CP, todo el que desempeñe funciones públicas, ya haya accedido a ellas de modo reglado, conforme a una normativa administrativa específica, ya lo haya sido de forma electiva y por designación temporal. Ahora bien, es parecer coincidente en el ámbito doctrinal que para que un funcionario público incurra en el tipo penal que nos ocupa ha de gozar al efecto de competencia para efectuar la designación. No se castiga al intruso designante sino al facultado funcionario que,

292. F. MORALES PRATS y M. J. RODRÍGUEZ PUERTA, «Delitos contra la Administración pública», cit., p. 1783.

293. STS núm. 2340/2001 (Sala de lo Penal), de 10 de diciembre, Recurso de Casación núm. 709/2000. Ponente: Excmo. Sr. D. José Jiménez Villarejo (RJ 2001\1791)

294. S. MIR PUIG, «Nombramientos ilegales, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función», cit.

competente de modo abstracto para el nombramiento en entredicho, lo realiza a favor de sujeto carente de los requisitos legales para el desempeño del cargo o función. Se destaca que el funcionario que, careciendo de competencia para efectuar una determinada clase de nombramientos, verifique uno de ellos no incurre en el delito de nombramiento ilegal, sino, en su caso, en el de usurpación de funciones públicas²⁹⁵.

Se equiparan las conductas de proponer, nombrar o dar posesión. La autoridad o funcionario público, sujeto activo del delito, ha de actuar en el ejercicio de sus funciones y a sabiendas de su ilegalidad. Si actúa por error la conducta sería impune, y lo mismo si lo hace sin tener competencia para ello, sin perjuicio de que pueda cometer otro delito o quedar sujeto a la correspondiente sanción administrativa²⁹⁶.

El comportamiento típico, descrito en el expresado tipo delictivo, está considerado básicamente por la acción de «nombrar» como funcionario público a una persona que no reúne los requisitos legales exigidos para el acceso a esta titularidad jurídica. Junto a esta básica descripción de comportamiento típico, el precepto legal incrimina, como forma complementaria y alternativa de concreción del tipo, a la acción de quien «propusiere» el nombramiento ilegal a la Autoridad competente para efectuarlo a favor de quien no reúne los requisitos necesarios para acceder al desempeño de la misma. No contento con esta equiparación incriminadora de conductas distintas entre sí, cuya disparidad ya había significado tradicionalmente la doctrina, el actual Código amplía aún más el ámbito de la descripción típica, incluyendo como materia de prohibición penal, junto al nombramiento y a la propuesta de nombramiento, el acto de «dar posesión» al ilegalmente nombrado.

El tipo, pues, proclama tres formas singulares de instituir ilegalmente a una persona en la cualidad de una función pública, sin reunir los requisitos legales para ello:

- A) Proponer el nombramiento en iguales condiciones de ilegalidad.
- B) Nombrar indebidamente a un funcionario público.
- C) Dar posesión a quien ha sido ilegalmente nombrado.

295. STS núm. 2910/1993 (Sala de lo Penal), de 9 de marzo, Recurso núm. 2044/1991. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Soto Nieto (RJ 1994\1836).

296. A. SERRANO GÓMEZ y A. SERRANO MAÍLLO, *Derecho Penal. Parte especial*, cit., p. 785.

Debemos tener presente que el ingreso en los Cuerpos y Escalas de funcionarios se realizará mediante convocatoria pública y se regirá por las bases de la convocatoria respectiva, que se ajustarán en todo caso a lo dispuesto en el RD 364/1995 y en las normas específicas de aplicación a los mismos (art. 3 RD 364/1995).

Por ello, el ingreso del personal funcionario se llevará a cabo a través de los sistemas de oposición, concurso-oposición o concurso libres, en los que se garanticen, en todo caso, los principios de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad. La oposición será el sistema ordinario de ingreso, salvo cuando, por la naturaleza de las funciones que deben ser desempeñadas, sea más adecuada la utilización del concurso-oposición y, excepcionalmente, del concurso (art. 4.1 RD 364/1995). La oposición consiste en la celebración de una o más pruebas para determinar la capacidad y la aptitud de los aspirantes y fijar su orden de prelación; el concurso, en la comprobación y calificación de los méritos de los aspirantes y en el establecimiento del orden de prelación de los mismos, y el concurso-oposición, en la sucesiva celebración de los dos sistemas anteriores (art. 4.2 RD 364/1995).

La *propuesta*, el *nombramiento* y la *toma de posesión* son trámites necesarios para adquirir la condición de funcionario administrativo «de carrera», esto es, aquel que en virtud precisamente de nombramiento legal desempeña servicios de carácter permanente, figura en las correspondientes plantillas y percibe sueldo o asignación fija con cargo al presupuesto correspondiente (art. 4 Ley de funcionarios civiles del Estado de 7 de febrero de 1964, no derogado por la Ley 30/1984 de la Función Pública). La condición de funcionario de carrera se adquiere tras la *propuesta* que efectúe la Comisión que deba resolver la prueba de selección (concurso, oposición) o valorar los cursos de formación que se prevean (así, p. ej., en el Centro de Estudios Judiciales: art. 307 LOPJ 1985) y luego de producirse el *nombramiento* y la *toma de posesión* correspondientes (art. 36 Ley de Funcionarios civiles del Estado de 7 de febrero de 1964, no derogado en estos puntos por la Ley 30/1984). La legislación relativa a la Administración Local y Autonómica es coincidente. Lo mismo vale para los jueces, magistrados y demás cargos públicos integrados en el Poder Judicial (así, arts. 316, 319, 320, 336, 337, 342 y art. 456 Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial). Y también el acceso a un cargo político requiere, cuando no es por elección, el nombramiento correspondiente ²⁹⁷.

297. S. MIR PUIG, «Nombramientos ilegales, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función», cit.

Partiendo de esta base, se ha discutido si este delito alcanza a cualquier tipo de nombramiento de personal de la Administración o únicamente a los funcionarios públicos. Morales Prats y Rodríguez Puerta²⁹⁸ consideran que, dada la redacción del precepto, en la medida que no se refiere a ocupar cargo público sino a ejercerlo, la descripción posibilita la aplicación de este delito también a aquellos casos en los que se propone, nombra o da posesión a un funcionario interino. Asimismo, aboga por esta interpretación la equiparación material entre unos y otros que existe en nuestro ordenamiento. Asimismo, dichos autores estiman que, pese a la aparente posibilidad de incluir este tipo de contrataciones laborales en el tipo delictivo, al no ejercer cargo público alguno, aunque participen en el ejercicio, no se incluirían en el tipo.

Creo que puede entenderse que la *voluntas legislatoris* aspira a incriminar como nombramiento ilegal de funcionario toda conducta, realizada por Autoridad administrativa, que hace posible el acceso a la función pública de quien carece de las condiciones legales exigidas para ello. El acto que se incrimina es la institución, en la cualidad de funcionario público, de quien no está legalmente capacitado para ello. Al no establecer la norma incriminadora especificación sobre la exigencia de las características de funcionarios, bien sean definitivos o de carrera, funcionarios interinos o eventuales, designados en virtud de concurso de méritos o de libre designación política, hay que recurrir al criterio normativo funcional-material de funcionario público establecido en el art 24 del CP, que alude a quien «participe» del «ejercicio» de función pública por causa legal legitimadora para el desempeño de la misma. Desde esta óptica hay que entender los funcionarios públicos a los sujetos vinculados con la Administración Pública por virtud de una relación laboral con término fijo, o en virtud de un contrato específico, por la especialización del contratado en una situación jurídica que se aproxima más al arrendamiento de servicios o de obra con cargo al erario público, que a la condición de funcionario. El bien jurídico protegido por el presente delito está constituido por la propia función pública en el aspecto de la legitimidad de los requisitos legales exigidos para el acceso al correcto desempeño de la misma, que resultan infringidos con el nombramiento que desconoce o prescinde de las condiciones legales. La culpabilidad viene referida en la expresión legal 'a sabiendas', es decir, la concurrencia en el ánimo subjetivo del autor de carácter cognitivo, que requiere la patente

298. F. MORALES PRATS y M. J. RODRÍGUEZ PUERTA, «Delitos contra la Administración pública», cit., p. 1785.

constancia personal de la ilegalidad de la acción de nombrar, proponer o posesionar a un sujeto de la cualidad de funcionario, careciendo el mismo de capacidad para ello. Presupone la concurrencia de dolo, incluida la modalidad de dolo eventual, para la realización del tipo de injusto, que ha de versar sobre los elementos objetivos del mismo.

2.4. Tipo subjetivo

Este delito sólo puede ser cometido dolosamente. Se vuelve a utilizar el concepto de ‘a sabiendas de su ilegalidad’. Así, como sucedió en el anterior tipo penal, el requisito de carácter subjetivo del tipo, que viene recogido en la expresión ‘a sabiendas’, es la consignación expresa en el texto de la norma penal del dolo como elemento del delito, que revela el propósito del legislador de exigir el dolo directo para la comisión de este delito.

El delito es un *delito especial propio*, porque sólo puede ser cometido por un círculo determinado de sujetos —el de las autoridades o funcionarios competentes— y no guarda correspondencia con ningún otro delito común. Resultan, pues, de aplicación aquí los principios que rigen en materia de *codelinuencia* en los delitos especiales propios: a) sólo puede ser *coautor en sentido estricto o autor mediato* (art. 28, primer párrafo) de este delito una autoridad o funcionario competente, si bien el mismo podrá utilizar como instrumento a un sujeto no cualificado —particular o autoridad o funcionario no competente—; b) caben, en cambio, todas las formas de *participación* por parte de no cualificados, que pueden *inducir* [art. 28, segundo párrafo, a)] y *cooperar*, necesariamente [art. 28, segundo párrafo, b)] o no (complicidad del art. 29), a la ejecución del hecho de la autoridad o funcionario²⁹⁹.

2.5. Participación

Respecto a este delito, es posible la participación delictiva bien como inductor, bien como cooperador necesario, siempre que aquélla no consista en aceptar la propuesta, nombramiento o toma de posesión, porque en este caso estaríamos ante el tipo del art. 406 del CP. Asimismo, también es posible la comisión de este delito por parte de un órgano colegiado, si éste fuera el competente para realizar la concreta propuesta, nombramiento o toma de

299. S. MIR PUIG, «Nombramientos ilegales, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función», cit.

posesión³⁰⁰; de hecho, teniendo en cuenta que son órganos de selección los Tribunales y las Comisiones Permanentes de Selección (art. 10 RD 364/1995) y que ambos son órganos colegiados formados por un número impar de miembros (ver art. 11 y 12 del RD 364/1995), lo lógico es que el delito sea cometido por un órgano colegiado, sea por actuación dolosa o por cooperación necesaria. No obstante, se podrán dar casos en los que uno de los miembros del órgano colegiado no conozca la ilegalidad, porque no sea apreciable directamente, por lo que sí podrían existir supuestos de responsabilidad penal limitada a alguno de los miembros.

3. Aceptación de nombramientos ilegales

3.1. Tipificación en el Código Penal

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

3.2. Significación del delito

Este delito es el anverso del anterior delito. La inclusión de esta modalidad delictiva supone el reconocimiento de que también la función pública puede resultar lesionada o puesta en peligro a través de conductas de particulares. De este modo se confirma que no es el estricto respeto de los deberes propios del cargo el objetivo jurídico genéricamente tutelado en el Título XIX del CP, sino el correcto desempeño de las distintas funciones públicas³⁰¹.

3.3. Conducta típica

Sujeto activo del delito puede serlo cualquiera, pues se trata de un delito común, si bien precisa de la participación de una persona, funcionario,

300. F. MORALES PRATS y M. J. RODRÍGUEZ PUERTA, «Delitos contra la Administración pública», cit., p. 1786.

301. F. MORALES PRATS y M. J. RODRÍGUEZ PUERTA, «Delitos contra la Administración pública», cit., p. 1787.

competente de forma genérica para proponer, nombrar o dar posesión para el ejercicio de un cargo público³⁰².

La conducta típica viene definida la aceptación de la propuesta, nombramiento o toma de posesión de un determinado cargo público por parte de cualquier persona en la que no concurren los requisitos legalmente establecidos para ello.

Finalmente, desde el punto de vista subjetivo se requiere el dolo directo, esto es, el conocimiento de que se carece de los requisitos legalmente establecidos para el ejercicio del cargo.

302. Esta clase de delitos recibe el nombre de delitos de participación necesaria.

Abandono de destino y omisión del deber de perseguir delitos

1. Abandono de destino

1.1. Tipificación en el Código Penal

Art. 407. 1. *A la autoridad o funcionario público que abandonare su destino con el propósito de no impedir o no perseguir cualquiera de los delitos comprendidos en los Títulos XXI, XXII, XXIII y XXIV se le castigará con la pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación absoluta para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años. Si hubiera realizado el abandono para no impedir o no perseguir cualquier otro delito, se le impondrá la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años.*

2. *Las mismas penas se impondrán, respectivamente, cuando el abandono tenga por objeto no ejecutar las penas correspondientes a estos delitos imputados por la autoridad judicial competente.*

1.2. Significado del delito

Se trata de un delito de corte omisivo, y además, subjetivamente configurado. No se exige expresamente que entre las atribuciones del cargo del sujeto activo esté el deber de impedir o perseguir tales delitos, o el de ejecutar las penas, aunque una interpretación sistemática y teleológica del precepto parece conducir a tal conclusión, que se ve confirmada, además, por el hecho de que en los delitos que a continuación se contemplan sí se contiene tal expresa exigencia, por haber estado aquí más atento el legisla-

dor. La relación concursal, a su vez, entre este precepto y el siguiente será tan sólo aparente, resolviéndose el conflicto en favor de este por ser ley especial³⁰³.

Del tipo mismo se puede comprobar que no se sanciona penalmente el simple abandono de destino, sino que el abandono debe tener una finalidad específica pues, de lo contrario, nos encontraríamos ante una simple infracción disciplinaria. En este punto debemos tener presente que no estamos ante una elevación a la categoría penal de una infracción, sino la persecución de una conducta que se estima reproachable penalmente, pues supone la eliminación de los instrumentos con los que cuenta el Estado de Derecho para perseguir otras conductas consideradas punibles.

El bien jurídico tutelado es el correcto desempeño de la función pública conforme a los principios constitucionales, que puede quedar gravemente perturbado en aquellos supuestos en los que el servicio queda desprovisto. No obstante, la modalidad de abandono tipificada en el art. 407 también estaría específicamente dirigida a la tutela del debido respeto del principio de legalidad en el ejercicio de funciones públicas³⁰⁴.

1.3. Conducta típica

Tres son las figuras recogidas en el artículo reproducido: las atinentes al abandono de destino para no perseguir o no impedir alguno de los delitos de los títulos indicados, el abandono de destino para no impedir o perseguir cualquier otro delito y el abandono para no ejecutar las penas correspondientes a un delito. En las tres, sujeto activo y conducta típica coinciden y en las tres se advierte la presencia de un elemento subjetivo del injusto, pues en las tres el abandono de funciones se efectúa con una finalidad determinada, sólo parcialmente distinta. Y, finalmente, las tres participan de una naturaleza común, en cuanto que encierran tipos de omisión pura, de mero no hacer, y son un ejemplo de lo que la doctrina denomina delitos de resultado cortado³⁰⁵.

303. C. BLANCO LOZANO, *Tratado de Derecho Penal Español*, t. 2, vol. 2, cit.

304. F. MORALES PRATS y M. J. RODRÍGUEZ PUERTA, «Delitos contra la Administración pública», cit., p. 1789.

305. E. ORTS BERENGUER, «Consideraciones sobre los delitos de abandono de destino y omisión del deber de perseguir delitos y de desobediencia y denegación de auxilio», en *Cuadernos de Derecho Judicial, Los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995*, 1996, pp. 337-360.

Sujeto activo del delito ha de ser una autoridad o funcionario público que tenga la obligación de impedir o perseguir los delitos referidos en la norma, mientras que sujeto pasivo es el Estado al que corresponde la persecución de los delincuentes³⁰⁶.

En el fondo, en el art. 407 se contemplan dos modalidades delictivas; la primera supone el abandono del *destino con el propósito de no impedir o no perseguir cualquiera de los delitos* contra la CE, contra el orden público, de traición u contra la paz o la independencia del Estado y los relativos a la Defensa Nacional y, por último, los delitos contra la Comunidad Internacional, equiparándose a esta conducta el abandono que tenga por objeto no ejecutar las penas correspondientes. La segunda modalidad es el abandono de destino para no perseguir el resto de los delitos. La gravedad de los delitos perseguidos determinaría el diferente trato del infractor.

Para algún sector doctrinal³⁰⁷, esta diferencia hace difícil sostener que el fundamento de la sanción de ambas modalidades sea el mismo. Más bien consideran que la razón por la que se tipifica la segunda modalidad debe situarse en la obligación del funcionario de no abandonar el servicio para favorecer así cualquier otro delito. Como he señalado anteriormente, a mi entender, la gravedad de los delitos perseguidos determina el diferente trato, sin que eso signifique que el fundamento de la sanción no sea el mismo.

Asimismo, dicho sector doctrinal³⁰⁸ considera que el abandono del destino puede ser realizado por cualquier funcionario, no precisándose que éste tenga entre sus atribuciones la de impedir o perseguir el delito o ejecutar las penas impuestas. Únicamente, para integrar el delito, deberá probarse que con el abandono se persigue una de las finalidades indicadas en el tipo: la no evitación o no persecución del delito o la no imposición de la pena. Asimismo, en todo caso, deberá probarse una relación entre el destino abandonado y la posibilidad de impedir la persecución del delito o la imposición de la pena.

Orts Berenguer³⁰⁹ señala que no cualquier funcionario o cualquier autoridad puede cometer estos delitos, sino solamente los que tengan alguna

306. A. SERRANO GÓMEZ y A. SERRANO MAÍLLO, *Derecho Penal. Parte especial*, cit., p. 787.

307. F. MORALES PRATS y M. J. RODRÍGUEZ PUERTA, «Delitos contra la Administración pública», cit., p. 1791.

308. F. MORALES PRATS y M. J. RODRÍGUEZ PUERTA, «Delitos contra la Administración pública», cit., p. 1790.

309. E. ORTS BERENGUER, «Consideraciones sobre los delitos de abandono de destino y omisión del deber de perseguir delitos y de desobediencia y denegación de auxilio», cit.

competencia o vinculación, cuando menos genérica, en punto a perseguir o impedir delitos o a ejecutar las penas impuestas. Desde una y otra opinión se acaba por reducir el círculo de los autores de los delitos estudiados y se llega a resultados muy próximos, porque para ambas el abandono de destino ha de ser potencialmente apto para obstaculizar las tareas de perseguir, impedir o castigar delitos. Y es que si un funcionario o una autoridad no pueden incidir de alguna forma con su incuria en estorbar una de las funciones destacadas, en definitiva, en cuestionar el bien jurídico tutelado, está ayuno de fundamento el castigo de su abandono.

Aunque algún sector entiende que la acción típica consiste en ausentarse del puesto de trabajo de forma clara y con una cierta prolongación en el tiempo, lo cierto es que, dada la descripción del tipo, el abandono puede ser puntual, incluso una falta de puntualidad, pues lo determinante es el propósito perseguido, y éste se puede conseguir de diferentes formas, incluida la apuntada.

En este sentido, el dato de la duración no debe descuidarse, porque ausentarse el funcionario por breve tiempo de la oficina en que presta su trabajo, por más que represente un retraso en el cumplimiento de las funciones, resulta insuficiente para fundar la existencia del delito. Este presupone el alejamiento físico del funcionario de la sede de su puesto de trabajo por cierto tiempo y no la mera desatención del servicio de quien asiste a su oficina pero no hace nada por impedir o perseguir delitos «comportamiento que podría tener cabida en el delito del art. 408»³¹⁰.

La consumación tiene lugar en el instante del abandono de destino con la indicada finalidad de no impedir o no perseguir cualquiera de los delitos señalados, o para no ejecutar las penas impuestas. No es necesario que se produzca ningún resultado, pues estamos ante un delito de mera actividad. Cabe la tentativa cuando el sujeto que toma la iniciativa de abandonar no puede hacerlo porque alguien se lo impide³¹¹.

En cuanto al elemento subjetivo del injusto, es preciso que el funcionario abandone su destino de forma dolosa, con la intención de no impedir o no perseguir el delito o no ejecutar la pena. No obstante, no es necesario que se consiga el fin perseguido, pues el tipo del art. 407 persigue el simple abandono con un propósito determinado, no la consecución

310. E. ORTS BERENGUER, «Consideraciones sobre los delitos de abandono de destino y omisión del deber de perseguir delitos y de desobediencia y denegación de auxilio», cit.

311. A. SERRANO GÓMEZ y A. SERRANO MAÍLLO, *Derecho Penal. Parte especial*, cit., pp. 788-789.

de dicho propósito. Ahora bien, resulta extremadamente curioso que no se exija de forma específica la consecución del propósito, puesto que, en el fondo, la propia consecución es la única prueba de que el abandono tenía como propósito el determinado por la norma. Tal vez por ese motivo el tipo establecido en el art. 407 no ha sido utilizado de forma clara hasta ahora.

2. Omisión del deber de perseguir delitos ³¹²

2.1. Tipificación en el código penal

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

2.2. Significación del delito

En nuestro anterior CP este delito era una modalidad específica de prevaricación, algo que parece más adecuado desde el punto de vista del bien jurídico protegido. No obstante, parece que se tutela un aspecto distinto de la función pública. Además, existe un elemento común en todos los tipos del capítulo que estamos analizando, que es la dejación de las funciones públicas cuando el abandono genere graves perjuicios a la Administración y, por ende, a la sociedad ³¹³.

Este precepto recoge un delito de omisión pura, o propia, cuyo bien jurídico protegido es el correcto desempeño de las funciones públicas, cuando ello tenga especial trascendencia para la citada sociedad.

312. Cfr. R. REBOLLO VARGAS, «La omisión de promover la persecución de delitos. El artículo 408 del Código Penal», en *Derecho y Proceso Penal*, núm. 2/1999; pp. 13-44; o P. A. RUBIO LARA, «Tratamiento jurídico-penal de la abstención de intervenir para evitar o denunciar determinados delitos», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 87, 2005, pp. 133-168.

313. F. MORALES PRATS y M. J. RODRÍGUEZ PUERTA, «Delitos contra la Administración pública», cit., p. 1792.

2.3. Conducta típica

El sujeto activo no es otro que el funcionario o autoridad específicamente encargado de promover la persecución de los delitos de los que tienen conocimiento por razón del ejercicio de sus funciones públicas o de su cargo. En este sentido, el vigente CP no sólo se extiende a los funcionarios públicos encargados de la investigación y depuración legal de los actos que revisten el carácter de delitos, sino que se extiende a todo funcionario público que haya conocido de la existencia de una conducta que revista, a su entender, la calificación de delictiva, a salvo de su posterior determinación en vía judicial, y así lo establece la jurisprudencia del TS, que impone la tesis de la omisión del deber perseguir determinados delitos ya cometidos solamente a los funcionarios encargados de la persecución de los delitos en general, o a los que tienen a su cargo la persecución de delitos muy específicos, deber derivado de una norma expresa de rango suficiente que se lo imponga.

Consiste en una omisión pura: abstenerse de impedir el delito, y se castiga independientemente de que el delito se cometa o no, por cuanto el injusto reside en el peligro que representa la no realización de la acción esperada. No se trata de una participación en el delito mediante omisión, que se eleva a la categoría de un delito independiente, pues para ello no bastaría el simple deber genérico de actuar, sino que sería preciso un deber que colocara al obligado en la posición de garante respecto al delito que se va a cometer³¹⁴.

Respecto de la conducta típica, la escasa jurisprudencia existente alrededor del artículo citado, como de su precedente, el art. 359 del CP de 1973, y la doctrina científica afirman que se trata de un delito de omisión pura, de forma que requiere, en primer lugar, que el funcionario haya sido conocedor de hechos delictivos, no bastando que sean faltas o infracciones administrativas, y en segundo lugar que haya incurrido en dejación o abandono de la función, de forma que no se lleve a cabo conducta alguna tendente a la persecución del delito (SSTS de 18 de mayo de 1994³¹⁵, y 5 de junio de

314. Cfr. M. TARDÓN OLMOS, «Omisión del deber de impedir determinados delitos o promover su persecución. Nueva regulación. Comparativo respecto al texto anterior», en *Cuadernos de derecho judicial, delitos contra la Administración de Justicia*, Madrid 1997, pp. 45-83.

315. STS núm. 1036/1994 (Sala de lo Penal), de 18 de mayo, Recurso núm. 3165/1993. Ponente: Excmo. Sr. D. Carlos Granados Pérez (RJ 1994\3934).

1995)³¹⁶. De acuerdo con dicha jurisprudencia, se abarcan por este tipo penal conductas de muy diversa naturaleza, como la no detención del responsable del delito, la no formulación de atestado o denuncia, o la ilícita puesta en libertad de los responsables del acto ilícito (STS de 9 de julio de 1994)³¹⁷.

Así, la conducta típica es dejar de promover la persecución de los delitos de que se tenga noticia. Ello supone que han de concurrir varios elementos para que se dé el tipo: tener noticia de la comisión de un delito o de sus responsables; noticia que puede tenerse por cualquier medio, desde la denuncia a la observación personal³¹⁸:

1. Ha de haberse cometido un delito, no una falta (y menos aún una infracción administrativa);
2. La conducta puede llevarse a cabo de diferentes formas; mas lo importante es no hacer lo debido: promover la persecución, etc.

Así, no sólo se exige que el sujeto activo del delito sea una autoridad o funcionario público, sino también que tenga encomendado ese deber o función de persecución del delito y de sus responsables. Se requiere también que falte a la obligación de promover la persecución de los delitos de que tenga noticia o de sus responsables. Asimismo debe señalarse que para la existencia de un delito de omisión del deber de perseguir delitos, el art. 408 del CP exige que la autoridad o funcionario competente deje intencionadamente de perseguir a los responsables de un delito, expresión esta que claramente pone de relieve que tal delito sólo puede cometerse si media una actuación dolosa, o más concretamente un dolo directo.

En efecto, la estructura del art. 408 CP requiere un sujeto activo en quien concorra la condición de funcionario público con obligación de perseguir los delitos, encuadrándose en esta categoría los funcionarios integrados en la Policía Judicial (arts. 282 y 283 LECr), el Ministerio Fiscal y los órganos jurisdiccionales de la Justicia Penal. Pero también esa condición

316. STS núm. 683/1995 (Sala de lo Penal), de 5 de junio, Recurso de Casación núm. 2733/1994. Ponente: Excmo. Sr. D. Roberto Hernández Hernández (RJ 1995\4519).

317. STS núm. 1408/1994 (Sala de lo Penal), de 9 de julio, Recurso núm. 3737/1993. Ponente: Excmo. Sr. D. Gregorio García Ancos (RJ 1994\5703).

318. E. ORTOS BERENGUER, «Consideraciones sobre los delitos de abandono de destino y omisión del deber de perseguir delitos y de desobediencia y denegación de auxilio», cit.

se da en otros funcionarios que están específicamente obligados a perseguir determinados delitos, como son los Inspectores de Hacienda respecto a los delitos fiscales³¹⁹. En cuanto al elemento objetivo, tratándose de un delito de pura omisión, la conducta típica consiste en no hacer aquello a lo que se está obligado desde el momento en que se recibe la *notitia criminis*. Y, en fin, el tipo subjetivo se integra con dos componentes: el conocimiento de la existencia de una acción presuntamente delictiva, sea cual fuera la forma en que esa noticia se recibe, y la intencionalidad como configuración específica del dolo³²⁰.

Por las propias condiciones del sujeto activo, y los especiales deberes de su cargo, resultaría especialmente complejo otorgar relevancia al error sobre la licitud de la conducta³²¹.

Ahora bien, no debemos olvidar que el art. 24.2 CE consagra el derecho fundamental a no declarar contra sí mismo, por lo que si la persecución del delito supusiera una manifiesta autoacusación, el delito previsto en el art. 408 no podría ser imputado al funcionario que se autoinculpara³²².

2.4. Diferencias con el delito tipificado en el artículo 407 del CP

La diferencia con el delito previsto en el artículo 407 reside en que, el primero, requiere de un abandono de destino con la intención de no perseguir un delito, mientras que el art. 408 no exige tal abandono de destino, sino, únicamente, la dejación o abandono de funciones. De modo que si un funcionario competente para perseguir delitos infringe esta obligación abandonando su puesto de trabajo y con ello sus funciones, cometerá el delito más grave tipificado en el art. 407³²³.

319. STS (Sala de lo Criminal) de 23 de febrero de 1979, Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Huerta y Álvarez de Lara (RJ 1979\725).

320. STS núm. 17/2005 (Sala de lo Penal), de 3 de febrero, Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Antonio Ramos Gancedo (RJ 2005\6665).

321. F. MORALES PRATS y M. J. RODRÍGUEZ PUERTA, «Delitos contra la Administración pública», cit., p. 1793.

322. STS núm. 17/2005 (Sala de lo Penal), de 3 de febrero, Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Antonio Ramos Gancedo (RJ 2005\6665).

323. F. MORALES PRATS y M. J. RODRÍGUEZ PUERTA, «Delitos contra la Administración pública», cit., pp. 1793-1794.

3. Abandono colectivo

3.1. Tipificación en el Código Penal

Art. 409. *A las autoridades o funcionarios públicos que promovieren, dirigieren u organizaren el abandono colectivo y manifiestamente ilegal de un servicio público, se les castigará con la pena de multa de ocho a doce meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años.*

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

3.2. Significación del delito

Como señala Jeze³²⁴, «el régimen jurídico de los funcionarios públicos no se caracteriza únicamente por la inexistencia de un vínculo de carácter contractual sino que la noción de servicio público conlleva otras consecuencias necesarias. Entre ellas pueden destacarse las que prohíben a los agentes públicos, propiamente dichos, todas las acciones que pudiesen paralizar o trabar el funcionamiento regular, normal y continuo del servicio público»³²⁵. Este es el fundamento mismo del delito que analizamos.

La inclusión de este nuevo delito viene a cubrir el vacío provocado por la despenalización del abandono del servicio o de las funciones que ha quedado relegado a la categoría de infracción disciplinaria. El legislador ha pretendido restringir la relevancia penal del abandono del servicio o las funciones a aquellos supuestos en los que, conforme al principio de ofensividad, la conducta, además de contraria al deber, se revela lesiva del bien jurídico³²⁶. No obstante, debemos considerar que se ha quedado corto.

No se pena aquí el abandono de destino con carácter general (como en el antiguo art. 376.1), sino únicamente el abandono que pone en peligro el

324. G. JEZE, *Principios fundamentales del Derecho Administrativo*, t. II.1, Buenos Aires, 1949.

325. A. PALOMAR OLMEDA, *Derecho de la función pública: régimen jurídico de los funcionarios públicos*, cit.

326. F. MORALES PRATS y M. J. RODRÍGUEZ PUERTA, «Delitos contra la Administración pública», cit., p. 1794.

funcionamiento de los servicios a prestar. En un primer momento, cabe pensar en el enfrentamiento entre lo preceptuado en el art. 409 y el derecho constitucional a la huelga. El problema se salva merced a la exigencia de que el abandono sea manifiestamente ilegal³²⁷.

El delito resulta criticable por cuanto la conducta típica aparece difuminada y dotada de una fuerte vocación expansiva. Hubiese sido en tal sentido deseable que el legislador, en aras a la tipicidad de la conducta, marcara unos parámetros mínimos de peligro o perjuicio, tal y como hace en el párr. 2 de dicho art. 409 CP. De ahí que la doctrina abogue por una interpretación restrictiva de la disposición que evite una excesiva criminalización en una materia tan sensible como el derecho de huelga³²⁸.

3.3. *Sujetos activos del delito*

Autores del delito son los funcionarios o autoridades responsables de un servicio público³²⁹.

El debate sobre el papel de las Administraciones Públicas en nuestra sociedad es un debate antiguo. Jeze³³⁰, uno de los pioneros en la construcción del concepto de servicio público como, en general, toda la denominada Escuela de Burdeos, indica que en todos los países civilizados la Administración Pública tiene por misión satisfacer las necesidades de interés general: defensa nacional, policía, justicia, tránsito, etc... En esta misma línea, Garri-

327. E. ORTS BERENGUER, «Consideraciones sobre los delitos de abandono de destino y omisión del deber de perseguir delitos y de desobediencia y denegación de auxilio», cit.

328. C. BLANCO LOZANO, *Tratado de Derecho Penal Español*, t. 2, vol. 2, cit.

329. Ver L. M. MORAL SORIANO, «El encuentro del servicio público con los servicios de interés económico general», cit.; P. ESCRIBANO COLLADO, «El usuario ante los servicios públicos: precisiones acerca de su situación jurídica», cit., pp. 113 y ss.; E. RIVERO YSERN, «La protección del usuario de los servicios públicos», cit.; F. GARRIDO FALLA, «El concepto de servicio público en Derecho español», cit.; J. C. CASSAGNE, «El resurgimiento del servicio público y su adaptación en los sistemas de economía de mercado», cit.; E. MALARET I GARCÍA, «Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformación del concepto», cit.; T.-R. FERNÁNDEZ, «Del servicio público a la liberalización. Desde 1950 hasta hoy», cit.; L. MORELL OCAÑA, «La organización y las formas de gestión de los servicios en los últimos 50 años», cit.; o J. A. FUENTETAJA PASTOR, «Elementos autorizatorios y concesionales en los títulos habilitantes», cit.

330. G. JEZE, *Principios fundamentales del Derecho Administrativo*, t. II.1, Buenos Aires, 1949, pp. 3 y ss.

do Falla³³¹ entiende que el «interés público no sólo justifica la actuación administrativa por vía de coacción o de fomento, sino que puede exigir que la Administración aparezca como titular de una actividad fundamental consistente en proporcionar bienes y servicios a los administrados...»³³².

En todo caso, lo que sí es cierto es que la aparición en la historia del servicio público rompe con el esquema del estado gendarme, guardián del orden público, que dejaba la satisfacción de las necesidades públicas al libre juego de las fuerzas sociales. La línea de evolución ha llevado al Estado a asumir, primero, los servicios asistenciales y sociales con el fin de asegurar la conservación de la vida y la salud y el desarrollo de la propia personalidad. En un segundo momento histórico, se produce la gestión de servicios de carácter económico, diferenciados de los anteriores por la asunción de su explotación económica. El último hito histórico trata de superar la utilización de la técnica concesional como instrumento jurídico para la gestión normal de los servicios, técnica prototípica de la gestión de las épocas anteriores. De esta forma, se configura una Administración gestora directa de empresas con intereses económicos³³³.

No es el momento ni el lugar para desarrollar la teoría de la evolución de los servicios públicos. Simplemente cabe señalar que, en la evolución de este concepto, el art. 1.1 de la CE establece que España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

Así, nuestro texto constitucional define nuestro Estado como Estado social y democrático de Derecho, en el que determinadas misiones asistenciales están establecidas, por lo que es condición esencial del Estado el desarrollo de dichas prestaciones asistenciales o sociales, proclamando también el art. 9.2 de la CE que corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan

331. F. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, 9...ª ed., t. II, Madrid, 1985, p. 267.

332. A. PALOMAR OLMEDA, *Derecho de la función pública: régimen jurídico de los funcionarios públicos*, cit.

333. A. PALOMAR OLMEDA, *Derecho de la función pública: régimen jurídico de los funcionarios públicos*, cit.

o dificultan su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social ³³⁴.

El progreso técnico y económico de la sociedad y la colectiva concienciación de los ciudadanos sobre la posibilidad de mejorar la calidad y ampliar las expectativas de vida, impusieron al Estado moderno, como Estado Social de Derecho y Estado de bienestar, la exigencia de habilitar sistemas de protección pública, generalizada y completa acordes con las perspectivas generadas. La concepción de la salud como derecho fundamental de la persona, y no sólo como derecho esencial del ciudadano, con la idea de generalización de su garantía como servicio público esencial, han dado lugar a la universalización del derecho a la protección de la salud, plasmado hoy día en muchas de las normas constitucionales de los Estados ³³⁵.

De esta forma, el concepto de servicio público cede de forma excepcional.

Cabe afirmar sin temor a equivocación que en las normas de nuestro Derecho administrativo (y del Ordenamiento jurídico español en general) no se encuentra ninguna definición expresa de servicio público, aunque el concepto es utilizado por el legislador en contextos muy variados. Básicamente, se puede establecer una distinción entre aquellos casos en que la expresión se hace equivaler de manera genérica a toda la actividad administrativa o a los servicios administrativos en sentido orgánico, y aquellos otros en que se aplica a actividades de prestación de utilidades económicas o sociales cuya titularidad se transfiere a una Administración pública, con el fin de garantizar la erogación de esas utilidades a los individuos en condiciones de igualdad, continuidad y adaptación a las exigencias del interés general y del progreso tecnológico ³³⁶.

La CE sólo hace referencia expresa a los servicios públicos en el apartado segundo de su art. 106, que prevé que «los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento

334. J. J. GONZÁLEZ RIVAS, «Introducción al régimen jurídico general de los servicios públicos», en *Cuadernos de Derecho Judicial, Régimen Jurídico de los Servicios Públicos*, 1996, pp. 15-58.

335. J. M. YUSTE MORENO, «Prestaciones sanitarias, farmacéuticas y ortopédicas», en *Prontuario de las prestaciones de la Seguridad Social*, 2002, pp. 605-704.

336. L. M. MACHO, *Los servicios públicos y el régimen jurídico de los usuarios*, cit.

de los servicios públicos», dando así rango constitucional a lo que ya establecían el art. 121 de la Ley de expropiación forzosa de 1954 y el artículo 40 de la Ley de régimen jurídico de la Administración del Estado de 1957. Sin embargo, es evidente que la expresión 'servicios públicos' se usa aquí en el sentido amplísimo del que ya se ha hablado con anterioridad, que equivale a todo el ámbito de la actividad jurídica y material de las Administraciones públicas, con lo que no puede servir para la construcción de un concepto constitucional del servicio público entendido como una de las formas de esa actividad³³⁷.

El servicio público alude, en primer lugar, a una actividad asumida por la Administración pública. El sentido y significado de esta asunción es complejo y atañe a diversas cuestiones. De entre ellas merecen destacarse ahora, en primer lugar, el satisfacer una necesidad de garantía no sólo de la existencia del servicio, sino de su continuidad, para lo cual el ordenamiento jurídico, en unos casos, otorgará a la Administración amplias facultades para asumirlo y, en otros, le impondrá la obligación de prestarlo. En segundo lugar, ostentar un poder de disposición y control sobre el funcionamiento y régimen de la actividad asumida, que se caracteriza por un poder de supremacía³³⁸.

Asimismo, el servicio público alude a una actividad cuyas condiciones de ejercicio, régimen de funcionamiento, organización, etc., vienen fijados por la Administración titular. A ello aludíamos anteriormente al referirnos al poder de disposición y control sobre el servicio³³⁹.

En un sentido amplio, toda la actividad desplegada por las Administraciones Públicas puede ser englobada, respecto de ciertos efectos, en el concepto de servicio público (también las actuaciones de regulación o de fomento de las actividades de los particulares). No obstante, una parte importante de la doctrina reserva la expresión 'servicio público' en sentido técnico-jurídico, para referirse a las actuaciones administrativas que consisten en «prestaciones asistenciales que satisfacen necesidades colecti-

337. L. M. MACHO, *Los servicios públicos y el régimen jurídico de los usuarios*, cit.

Vid. E. MALARET I GARCÍA, «Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformación del concepto», cit., pp. 49 y ss.

338. P. ESCRIBANO COLLADO, «El usuario ante los servicios públicos: precisiones acerca de su situación jurídica», cit., p. 114.

339. P. ESCRIBANO COLLADO, «El usuario ante los servicios públicos: precisiones acerca de su situación jurídica», cit., p. 115.

vas y cuya titularidad, generalmente, es asumida por una Administración pública»³⁴⁰.

Dentro del grupo de las funciones públicas³⁴¹ se encuentran, entre otras, la actividad de creación del Derecho (aprobación de las normas jurídicas escritas: leyes, reglamentos); la tutela de los derechos a través de los Tribunales de Justicia, la actuación política exterior, la defensa del Estado, la seguridad interior, la Hacienda pública y algunas más. Tales funciones son propias del Estado, y en ellas encuentra como decimos su razón de ser, lo cual comporta, de modo negativo, que no puedan dejarse en ningún caso a la iniciativa privada (sin que ello signifique que no pueda darse una colaboración de los particulares en determinados casos, como ocurre por ejemplo en materia de seguridad interior con la existencia de empresas privadas de seguridad). En el segundo grupo (servicios públicos en sentido estricto) se encuentran actividades tales como la asistencia sanitaria, la educación, el suministro de productos energéticos a las ciudades, pueblos y particulares (electricidad, gas, petróleo...), la radio y la televisión, etcétera; actividades que, no requiriendo per se su realización por el Estado (porque atendiendo a su naturaleza pueden ser prestadas por la iniciativa privada), sin embargo muchos Estados las han ido asumiendo como propias debido a diversos motivos, unos más justificados que otros. Las actividades de este segundo grupo son las que reciben la denominación de servicios públicos en sentido técnico. Desde una perspectiva económica, las actividades calificadas como servicio público en sentido estricto son esenciales para el crecimiento y desarrollo económico de la nación. Estas actividades se caracterizan también por su importante peso específico en la economía, pues constituyen sectores importantes de creación de riqueza en términos de Producto Interior Bruto y de empleo, exigen grandes inversiones de capital, que debe ser ampliado constantemente, son importantes consumidores de materias primas, etc. Desde otra perspectiva, muchos de estos sectores tienen una muy fuerte tendencia al monopolio natural (ya se deba a factores inherentes al proceso industrial —una gran empresa con mecanismos de producción a gran escala puede prestar los servicios más baratos que las pequeñas—, ya responda a las limitaciones físicas existentes: centrales eléctricas, yacimientos de gas natural

340. F. J. DE AHUMADA RAMOS, *Materiales para el estudio del derecho Económico-Administrativo*, cit.

341. Cfr. E. MALARET I GARCÍA, «Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformación del concepto», cit., pp. 49 y ss.

o petróleo), o al monopolio artificial mediante la eliminación de los competidores más débiles. Desde el punto de vista social, existe una completa dependencia de las complejas sociedades modernas respecto de estos servicios, que adquieren así el carácter de servicios esenciales para la sociedad. Delimitado así el concepto de servicio público en sentido técnico, y vistas algunas de sus implicaciones económicas, se observa que su configuración jurídica ha venido siendo muy diferente en los Estados Unidos con respecto a los países europeos³⁴².

En principio, el control no prejuzga ni mucho menos el régimen jurídico a que va a quedar sometido el servicio público, pues, aunque en el mismo es siempre posible detectar un importante núcleo de disposiciones jurídico-públicas, precisamente las que hacen referencia a los poderes de disposición y control sobre el servicio, nada se opone a que el régimen de prestación o el de funcionamiento, e incluso determinados ámbitos de su organización, sean jurídico-privados. La doctrina clásica del servicio público y especialmente las formulaciones de la escuela realista encuentran en este punto importantes correcciones³⁴³.

Hay que destacar de inmediato el doble significado, desde un punto de vista jurídico, de la idea de servicio público: *a)* legitimación de la acción de la Administración; *b)* fundamento de los derechos de los ciudadanos. Esta dualidad se encuentra siempre presente, siendo lo cambiante con el transcurso del tiempo la importancia o el papel que se otorga a una u otra faceta y, sobre todo, el nivel de concreción de los derechos de los ciudadanos³⁴⁴.

Así las cosas, podemos acudir a la definición de servicio público de Garrido Falla, que lo considera como «servicio técnico prestado al público de una manera regular y constante mediante una organización de medios personales y materiales cuya titularidad pertenece a una Administración pública y bajo un régimen jurídico especial». Esta definición —que coincide con las que ofrecen la doctrina tradicional, tanto francesa como española— debe ser matizada en relación con sus distintas notas constitutivas³⁴⁵:

342. F. J. DE AHUMADA RAMOS, *Materiales para el estudio del derecho Económico-Administrativo*, cit.

343. P. ESCRIBANO COLLADO, «El usuario ante los servicios públicos: precisiones acerca de su situación jurídica», cit., p. 115.

344. E. MALARET I GARCÍA, «Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformación del concepto», cit., pp. 50-51.

345. F. GARRIDO FALLA, «El concepto de servicio público en Derecho español», cit., pp. 21-22.

a) Se trata de un servicio técnico; lo cual es una consecuencia de las diversas modalidades de la actividad administrativa. Lo que el administrado recibe no son actos administrativos (órdenes, licencias, autorizaciones o sanciones), sino prestaciones técnicas.

b) Se presta al público, es decir, a los ciudadanos en general, y con respeto al principio de igualdad ante la ley.

c) De una manera regular y continua. El origen y la razón de ser de muchos servicios públicos está cabalmente en el cumplimiento de esta exigencia, y esto explica que los Ordenamientos jurídicos europeos no admitiesen la huelga de los funcionarios públicos hasta la mitad del presente siglo.

d) La titularidad pública es nota inherente en la definición. No es incompatible con el muy frecuente hecho de que el servicio se preste en régimen de concesión administrativa: se trata en estos casos de un fenómeno de disociación entre titularidad y gestión. La Administración concede la explotación del servicio (especialmente en los de carácter económico), pero conserva la titularidad.

e) El sometimiento a un régimen jurídico especial es, en fin, una de las notas típicas tradicionales actualmente en crisis. Nos referimos al fenómeno de la descentralización de los servicios públicos, que la doctrina ha explicado como un claro intento de «huida del Derecho administrativo general», es decir, de huida —para conseguir una supuesta más ágil y moderna gestión— de las reglas tradicionalmente establecidas para «proteger al interés público de los propios administradores». Simultáneamente, un sometimiento progresivo al Derecho privado ha eliminado algunas de las cláusulas exorbitantes que tradicionalmente caracterizaban al servicio público. Ahora la huida es hacia el Derecho privado.

La calificación legal de una actividad como servicio público, como hemos visto, no ha supuesto nunca la aplicación de un régimen jurídico diferenciado, ni mucho menos. En el ámbito de la enseñanza, lo mismo que ocurre con los demás servicios llamados sociales, la declaración de servicio público sirve sólo para explicar y dar cobertura a la actividad prestacional directa de la Administración, pero nada más, porque esa declaración ha sido siempre compatible con el ejercicio por los particulares de idéntica actividad al amparo de una libertad que ni *de iure* ni *de facto* podían desconocer los gobernantes³⁴⁶.

346. T.-R. FERNÁNDEZ, «Del servicio público a la liberalización. Desde 1950 hasta hoy», cit., p. 60.

Ahora bien, el concepto tradicional sufre una grave quiebra en un doble sentido. En primer lugar, como consecuencia del nuevo intervencionismo, aparece el servicio público económico, respecto al cual, si en el comienzo da lugar a unos establecimientos industriales que coexisten con la noción tradicional (monopolio de tabacos, ferrocarriles, correos y telégrafos, aunque estos últimos sin personalidad), es después de la primera guerra mundial cuando comienzan a aparecer establecimientos que ostentan simultáneamente el carácter de servicios públicos y de empresas comerciales. En segundo lugar, el concepto quiebra porque dentro de él se van a intentar acomodar unas nuevas clases de personas jurídicas que tienen naturaleza asociativa³⁴⁷.

Posteriormente se produce una liberalización del concepto de servicio público, que tiende a buscar la participación máxima de los agentes privados en la prestación de servicios considerados como públicos, participación que es consecuencia de la incidencia directa de un mercado que determina la eficacia en función de los beneficios.

La liberalización de los servicios públicos —emprendida en Europa en los dos últimos decenios del siglo XX y cuya culminación no se producirá hasta bien entrado el siglo XXI— constituye un proceso que trasciende a la mera técnica de intervención administrativa en la economía para transformar o reformular el mismísimo concepto de Derecho Administrativo³⁴⁸.

A partir del proceso de transformación del Estado, en un marco ideológico que tiende a reducir la categoría del servicio público a los servicios esenciales o primordiales, se observa, de una parte, el repliegue del Estado, que se traduce en el abandono de la gestión directa, y, de otra, la aparición de la competencia como fundamento de la eficiencia con base en la ideología de la libertad de mercado, actuando los derechos fundamentales como límites naturales que acotan el alcance de la institución³⁴⁹.

Es en este sentido en el que debemos entender las privatizaciones³⁵⁰. Así, la evolución de nuestro sistema de servicios públicos ha supuesto la

347. F. GARRIDO FALLA, «El concepto de servicio público en Derecho español», cit., pp. 12-13.

348. J. A. FUENTETAJA PASTOR, «Elementos autorizatorios y concesionales en los títulos habilitantes», cit., p. 87.

349. J. C. CASSAGNE, «El resurgimiento del servicio público y su adaptación en los sistemas de economía de mercado», cit., p. 99.

350. Cfr. S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, «Reflexiones sobre las privatizaciones», en *Revista de Administración Pública*, núm. 144, septiembre-diciembre de 1997, pp. 7 y ss.; o, del mismo autor, «la ordenación jurídico-administrativa del sistema económico en los últi-

ampliación casi absoluta de los mismos, para luego abandonar el sistema social de cobertura de las necesidades para embarcarnos en un sistema neoliberalista.

Tomando como base lo anterior, propone Villar Ezcurra³⁵¹ la determinación del concepto servicio público, analizando para ello los elementos de tal concepto que cifra en los siguientes: Declaración expresa de servicio público; ejercicio de una cierta actividad empresarial; Carácter técnico de la empresa y carácter positivo de la prestación; Interés de los particulares; Continuidad en la prestación; Control y potestades de la Administración; Igualdad en la prestación del servicio. Cuando en una actividad de la Administración se dan estos requisitos y se desarrolla la actividad conforme a estos criterios, en ese supuesto, puede entenderse que existe un auténtico servicio público³⁵².

En nuestra sede, teniendo en cuenta la tendencia doctrinal de limitar la aplicabilidad del tipo penal en su justo término, para evitar el daño que se generaría al derecho de huelga, no podemos interpretar el concepto de servicio público de una forma tan amplia, por lo que sólo debería aplicarse a aquellos servicios públicos en sentido estricto que no sean prestados, además, de forma independiente por la iniciativa privada (policía, justicia...), o que, aun prestándolos dicha iniciativa, el ámbito de actuación no sea el mismo (sanidad...).

En este punto hay que indicar una cosa. En sede de abandono del servicio es imprescindible que el simple abandono colectivo afecte a un servicio público esencial, a diferencia de lo que sucede con la promoción, lo que limita de forma específica los posibles sujetos activos.

3.4. Conducta típica

Recordemos, en este momento, que en la concepción clásica de la teoría estatutaria huelga y servicio público son nociones antinómicas. La legislación internacional sobre la materia y la elaboración y aprobación de Textos Internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Económicos

mos 50 años», en *Revista de Administración Pública*, núm. 150, septiembre-diciembre de 1999, pp. 247 y ss.

351. J. L. VILLAR EZCURRA, *Servicio Público y Técnicas de Conexión*, Madrid, 1980, pp. 154 y ss.

352. A. PALOMAR OLMEDA, *Derecho de la función pública: régimen jurídico de los funcionarios públicos*, cit.

Sociales y Culturales, obra de la ONU, supuso la atribución a los funcionarios públicos del derecho subjetivo a la huelga, si bien se reconocen sus peculiaridades y la posibilidad de dictar normas que pudieran entenderse como una limitación al mismo, pero con la que se trata de asegurar el funcionamiento regular del servicio público. Este es, cabalmente, el planteamiento que subyace en el reconocimiento del derecho de huelga. Su conceptualización como instrumento de lucha de los trabajadores para conseguir sus reivindicaciones laborales es contraria desde una perspectiva histórica a la idea de servicio público general, continuo, de prestación regular y de satisfacción de intereses generales. Por ello, su prohibición se entiende no como negación teórica de un derecho, sino como una más de las condiciones a las que han de someterse quienes aceptan el estatuto³⁵³. Esta idea, que ha ido evolucionando hacia lugares más lógicos desde el punto de vista de los derechos de los funcionarios, supone, en esencia, el más antiguo fundamento del delito que analizamos, si bien barnizado por el nuevo contenido constitucional de ese derecho.

La conducta típica consiste bien en abandonar de forma colectiva o manifestamente ilegal el servicio público esencial, o bien en dirigir, promover u organizar un abandono colectivo de un servicio público (éste no necesita que tenga carácter esencial).

La norma, lejos de aclarar la situación, la convierte en un perfecto lío. Mientras que en el tipo de la promoción se exige afectar a un servicio público, sin la necesidad de que sea esencial, y se califica el abandono como colectivo y manifestamente ilegal, el tipo del simple abandono exige que el servicio público sea esencial, pero introduce una conjunción perturbadora del todo punto, al señalar que el delito es tomar parte en «el abandono colectivo o manifestamente ilegal», con lo que parece que se elimina la necesidad de que sean varios los que comentan el delito cuando el abandono es ilegal.

Por lo que respecta al abandono manifestamente ilegal, ¿en que está pensando el legislador? En aquellos cuerpos que su inactuación individual genera una incidencia concreta sobre el servicio público, tales como el Ministerio Fiscal o la Policía Nacional, que tienen restringidas este tipo de actividades. En estos casos sí que se consumaría el delito.

En este punto, debemos señalar que una actuación individual de abandono consecuencia de una situación de hecho justificable desde el punto de

353. A. PALOMAR OLMEDA, *Derecho de la función pública: régimen jurídico de los funcionarios públicos*, cit.

vista administrativo (enfermedad propia o grave de un familiar...) no supondría hecho típico del delito, pues estaríamos ante un abandono justificable.

El delito se consuma con el abandono del servicio, si bien no es imprescindible haber ejecutado materialmente el abandono. Cuando se trate de promotores, directores u organizadores, éstos podrán responder por haber dirigido el abandono del servicio cometido por otros funcionarios, aunque ellos no hayan realizado directamente la conducta. Asimismo, es posible la tentativa y todas las formas de participación que no consistan, obviamente, en el abandono del servicio ³⁵⁴.

354. G. QUINTERO OLIVARES, «Delitos contra la Administración pública. De la desobediencia y denegación de auxilio», en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, p. 1796.

Desobediencia ³⁵⁵ y denegación de auxilio

La desobediencia y la denegación de auxilio, separadas hasta el Código Penal de 1870, y que desde entonces se encierran en el mismo capítulo, quizá porque tienen de común un no hacer del funcionario que afecta a la eficacia de la Administración, figurando junto al deber de obediencia a las sentencias, decisiones y órdenes de la Autoridad superior, el deber de prestar auxilio y colaboración a la Administración de justicia, ya que estas colaboraciones, y muy especialmente la de los funcionarios de la Policía Judicial en su misión de Investigación del delito, descubrimiento y detención de sus autores y aseguramiento de los efectos, instrumentos y pruebas, hace posible el ejercicio de la potestad jurisdiccional ³⁵⁶.

La independencia de los poderes, la colisión entre poderes y su trascendencia en el Derecho penal. Los delitos de desobediencia y denegación de auxilio —especialmente este último— se construyen, naturalmente, partiendo de la organización interna de cada Poder y de sus relaciones con los demás Poderes del Estado. A estas dos infracciones han de añadirse las que contemplan eventuales intromisiones en los campos concernientes a los demás Poderes (usurpaciones de competencias judiciales, legislativas o administrativas). Estas dos últimas, claro está, no describen conflictos de jerarquía—obediencia o de falta de colaboración, sino violación de las parcelas privativas de un Poder por miembros de otro. Tales casos se apartan del problema

355. Cfr. F. J. ÁLVAREZ GARCÍA, *El delito de desobediencia de los funcionarios públicos*, Barcelona, 1987.

356. J. H. MOYNA MÉNGUEZ, «Penal (Sala 2.ª del TS)», en *Revista del Poder Judicial*, núm. 2, junio de 1986, pp. 201-207.

de la colaboración entre los distintos Poderes del Estado, pero, siquiera brevemente, indicaremos después sus aspectos más interesantes³⁵⁷.

1. Desobediencia abierta

1.1. Tipificación en el Código Penal

Art. 410. 1. *Las autoridades o funcionarios públicos que se negaren abiertamente a dar el debido cumplimiento a resoluciones judiciales, decisiones u órdenes de la autoridad superior, dictadas dentro del ámbito de su respectiva competencia y revestidas de las formalidades legales, incurrirán en la pena de multa de tres a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años.*

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

1.2. Obediencia debida y desobediencia en el derecho

En el Derecho Penal la obediencia debida, como causa de justificación, se encuentra estrechamente ligada a la relación jerárquica, y en concreto al mundo funcional, de tal manera que la causa de justificación de la obediencia debida concurre en aquellos casos en que un funcionario realiza el tipo del delito como consecuencia de la ejecución de la orden de un superior, de forma que cuando comete un acto que constituye falta o delito como consecuencia de la orden dada por un superior, la acción del inferior jerárquico es lícita. Esta cuestión no ofrece ningún problema cuando la orden del superior es lícita, pero por el contrario surgen diversos problemas en relación con el cumplimiento de los mandatos antijurídicos, ya que no constituyen una cuestión pacífica los efectos del cumplimiento de una orden antijurídica, es decir si constituye una verdadera causa de justificación de la antijuridicidad o configura una causa de exculpación. Aunque el debate doctrinal refleja diversas posturas, los argumentos que justifican su condición de causa de justificación me parecen suficientemente razonables

357. G. QUINTERO OLIVARES, «La colaboración entre poderes y la denegación de auxilio», en *Revista del Poder Judicial*, núm. Especial VIII: *Seguridad ciudadana*, 1989, pp. 23-37.

para adoptarlo como criterio de referencia en el examen de la situación en el orden sancionador³⁵⁸.

Los elementos esenciales de esta causa de justificación son el objetivo de la existencia real del derecho, oficio o cargo, y el subjetivo de que el sujeto actúe con el ánimo o voluntad de ejercitarlo legítimamente. Concurrirá la causa de justificación como incompleta en aquellos casos en los que haga acto de presencia un exceso en el ejercicio del derecho, oficio o cargo. En cualquier caso, la circunstancia eximente incompleta de obrar en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo tiene su fundamento en representar un menor contenido de injusto por presentar un menor desvalor de acción y un menor desvalor de resultado. Estaremos ante una eximente incompleta cuando el funcionario o autoridad, excediéndose en el celo en el cumplimiento de los deberes del cargo, comete un delito; sin embargo estaremos ante la circunstancia agravante de prevalimiento del carácter público que tenga el culpable cuando se actúa por consideraciones ajenas al mismo cargo y se usa éste al servicio del particular propósito delictivo. Si se revela en la actuación del agente un propósito diverso al cumplimiento del deber, como una finalidad particular a cuyo servicio se colocó el cargo público, no habrá lugar a la circunstancia eximente incompleta, sino en todo caso a la circunstancia agravante, y del mismo modo, aun no revelándose fin particular alguno en la actuación del agente, si el delito cometido resultó completamente innecesario en relación con los deberes del cargo se apreciará también la circunstancia agravante. En definitiva, pues, el ánimo de aprovechamiento de la ventaja que supone el elemento objetivo de superioridad consistente en la cualidad pública es lo que distingue esta circunstancia de agravación de la eximente incompleta de cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo³⁵⁹.

Asimismo, en el Derecho Penal español ha habido tradicionalmente un planteamiento respecto de la obediencia bastante oscuro, pues, por una parte, ha habido una cierta inclinación favorable hacia el principio de autoridad por encima del de legalidad, y, simultáneamente, se ha tendido a tener una cierta tolerancia con el funcionario que cumple órdenes a conciencia de su carácter injusto. Ante esto se producía un efecto perverso, ante una orden injusta, incluso delictiva, el funcionario que la recibía podía elegir

358. I. PEMÁN GAVÍN, *El sistema sancionador español (hacia una teoría general de las infracciones y sanciones administrativas)*, 1998.

359. M. J. ARIAS EIBE, *Responsabilidad criminal. Circunstancias modificativas y su fundamento en el Código Penal*, 2007, pp. 113-114.

entre desobedecer, haciendo uso de una facultad legal expresa, o cumplir, y en este caso podía invocar la cobertura de la eximente de obediencia debida, aunque esto supusiera otorgar al funcionario un beneficio cuando no se hallaba obligado jurídicamente a cumplir la orden ³⁶⁰. Esto, que fue paulatinamente denunciado por la doctrina, ha supuesto la modificación del planteamiento en el CP, poniendo siempre por encima el principio de legalidad penal y la tutela penal de ciertos bienes jurídicos cuya lesión o puesta en peligro no puede justificarse ³⁶¹.

En este sentido, Rodríguez Devesa ³⁶² entiende que esta cuestión debe resolverse desde el ordenamiento jurídico, y en el caso del ordenamiento español existe una obligación de obedecer mandatos antijurídicos por cuanto el CP tipifica como delito la desobediencia de un funcionario a su superior, por lo que «al obligar bajo pena al inferior a cumplir la orden antijurídica, la ley dice bien a las claras que el no obedecer es antijurídico y el obedecer el mandato es conforme a derecho. Por otra parte este mismo autor entiende que el grado de obligatoriedad de dichos mandatos viene determinado así mismo por el propio ordenamiento penal, ya que tipifica como delito la desobediencia a un superior jerárquico bajo dos condiciones: una de índole formal, es decir, que la orden sea dada por quien tiene com-

360. Valga como ejemplo STS (Sala de lo Penal) de 20 de noviembre de 1989, Ponente: Excmo. Sr. D. Joaquín Delgado García (RJ 1989\8683), donde se señala:

«Para la exención de responsabilidad penal por obediencia debida a que se refiere el n.º 12 del artículo 8.º del Código Penal ha de existir necesariamente, como requisito objetivo, una orden dada en el ámbito de una relación jerárquica que el subordinado debe obedecer porque, al menos en apariencia, es lícita, ya que se refiere a materia propia de la competencia del superior y cumple las formalidades habituales en esa clase de mandatos. Cuando el superior en el cometido de las funciones propias del cargo dicta una orden con las formalidades propias del caso, el inferior debe cumplirla, pues en caso contrario puede incurrir en el delito de desobediencia del artículo 369 de dicho Código. Sin embargo, dice el párrafo 11 de este último artículo, no existirá tal responsabilidad por desobediencia cuando el funcionario público subordinado no dé cumplimiento a un mandato que constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de ley. Normalmente, cuando la orden sea constitutiva de delito, existe esa infracción patente de la Ley, no habrá deber de obedecer y, por tanto, no podrá operar esta eximente. Pero puede ocurrir en ciertos delitos que no exista esa claridad en cuanto a la ilicitud del mandato. Puede suceder que al respecto la cuestión sea dudosa y que en ese caso el funcionario subordinado no tenga que examinar el posible contenido delictivo de la orden recibida precisamente por la relación de jerarquía existente».

361. G. QUINTERO OLIVARES, «Delitos contra la Administración pública. De la desobediencia y denegación de auxilio», cit., p. 1797-1798.

362. J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español. Parte General*, vol. I, Madrid, 1989.

petencia para ello y de acuerdo con el régimen jurídico y procedimental previsto; y la segunda de orden material, es decir, que cuando se trate de una orden antijurídica «la infracción de la ley no debe ser notoria». En consecuencia, si la orden vulnera de forma «manifiesta, clara y terminante un precepto de Ley», no debe ser objeto de obediencia por el inferior jerárquico³⁶³.

Tal medida está configurada como automática y obligatoria, una vez se den los requisitos para su adopción, citando, además, la jurisprudencia constitucional que alude a ello. Pero lo cierto es que se trata de una medida de eficacia muy relativa. Se han indicado, por un lado, las enormes dificultades técnicas para llevar a cabo con rapidez y, por tanto, con utilidad, la exigencia de responsabilidad penal de los funcionarios por desobediencia. Por otro lado, es cierto que recientemente se han llegado a dictar Sentencias condenatorias por este motivo, en concreto contra Alcaldes. Pero en algún caso, la dinámica de la justicia hace que cuando se dicte la sentencia firme el Alcalde no forme parte ya del consistorio, por haber sido renovado éste. Y en otros casos, necesario es advertir que bajo el recurso a la vía penal puede en realidad conducirse por un camino jurisdiccional, lo que debería ser una resolución sobre la responsabilidad política de un órgano elegido³⁶⁴.

Tanto la relación jerárquica como su desprecio tienen un planteamiento y unas consecuencias penales diferentes del que corresponde a las relaciones de colaboración. Indudablemente, la complejidad de situaciones planteables no puede ser abordada aquí en toda su extensión³⁶⁵.

En una primera aproximación al delito del art. 410, podría pensarse que el bien jurídico se cifra en el principio jerárquico de la organización administrativa. Pero un análisis más detenido permite afirmar que consiste en el ejercicio legítimo de la autoridad; esto es: conforme a los principios constitucionales (art. 103 de la Constitución), para servir los intereses generales, que son los que justifican la existencia de funcionarios y autoridades, pues sólo entonces merece la consideración de legítimo el ejercicio de la autoridad. También el Tribunal Supremo se ha pronunciado en parecidos térmi-

363. I. PEMÁN GAVÍN, *El sistema sancionador español (hacia una teoría general de las infracciones y sanciones administrativas)*, cit.

364. T. FONT I LLOVET, «Medidas para hacer efectiva la ejecución de las sentencias», en *Cuadernos de Derecho Judicial, Incidencia de la Constitución en los procesos contencioso-administrativos*, Madrid, 1992, pp. 371-389.

365. G. QUINTERO OLIVARES, «La colaboración entre poderes y la denegación de auxilio», cit.

nos: el bien jurídicamente protegido, ha dicho, es de buena marcha y el orden de la Administración en todas sus esferas, el servicio público que es obligación debida a la dignidad de todos los ciudadanos y, en definitiva, la legitimidad de toda la función administrativa (STS de 14 de marzo de 1994³⁶⁶).

366. STS núm. 538/1994 (Sala de lo Penal), de 14 de marzo, Recurso núm. 1526/1993. Ponente: Excmo. Sr. D. Justo Carrero Ramos (RJ 1994\2153). En dicha sentencia se señala:

«En el estado de derecho democrático que es constitucionalmente la nación española es esencial el mantenimiento del ordenamiento jurídico que corona su Ley Fundamental, garantía tanto de sus instituciones como de los ciudadanos. En tal sistema rige el imperio de la Ley, cimiento de la seguridad jurídica, a la que están sujetos todos y, en primer término, quienes, además de ciudadanos, son por su cargo personalización de la entidad pública que por su voluntad presiden, porque están doblemente sometidos a la legalidad y tienen vedada la arbitrariedad (artículo 9 de la Constitución). Son las leyes las que respaldan la titularidad de los derechos subjetivos y las que autorizan el ejercicio de los cargos públicos, delimitando su competencia y marcando sus deberes, hasta tal punto que la extralimitación desposee de protección el ejercicio de la autoridad. El ordenamiento jurídico está rodeado de garantías de cumplimiento y entre ellas la de la acción legal ante los Tribunales frente a las infracciones de aquél según los cauces de las leyes procesales correspondientes.

En el campo del Derecho Administrativo la acción se encauza ante los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. La debida ejecución de sus decisiones es pues esencial y al encomendarse a la autoridad o funcionario causante de la inexecución origina para el desobediente no sólo responsabilidad civil y administrativa sino también penal si el comportamiento está tipificado como ilícito en una norma legal de carácter penal. Por eso el artículo 109 de la Ley de dicha Jurisdicción dispone que dará lugar a responsabilidad criminal y civil por desobediencia punible la infracción de lo preceptuado sobre ejecución de las sentencias y el 110.3.º y 4.º prevé que de dilatarse el cumplimiento más de seis meses, aparte de las medidas ejecutivas necesarias se deducirá el tanto de culpa correspondiente a la comisión de delito de desobediencia. El mero sentido común está dictando que la eficacia del mandato judicial no puede quedar al arbitrio personal de un funcionario obstinado ni aun negligente. Todos los funcionarios y los revestidos de autoridad con mayor responsabilidad están obligados a colaborar al cumplimiento de lo ordenado por los Tribunales de Justicia. Si dolosamente, y el dolo se exterioriza en la conducta negativa clara y terminante (como se exteriorizó en las actas del municipio en el caso de autos reiterada y extensamente) es apreciable la infracción penal.

La efectividad de las resoluciones judiciales forma parte de la tutela judicial efectiva [Tribunal Constitucional Sentencia 207/1989, de 14 de diciembre (RTC 1989\207), entre otras] y obliga a cumplirlas pues de otra suerte se frustrarían los valores de certeza y seguridad jurídica y de igualdad ante la ley; son de invocar los artículos 24.2, 117.3, y 118 de la Constitución, cuyo mandato vincula a todos los órganos judiciales y administrativos.

Las decisiones judiciales han de cumplirse con los requisitos de identidad, integridad e indivisibilidad y sin dilaciones indebidas pues tal exigencia constitucional también tiene su aplicación en la fase procesal de ejecución.

Para finalizar este apartado resta sólo concretar que la desobediencia requiere un conflicto entre dos voluntades con predominio inicial de aquella contraria a lo legítimamente ordenado por quien tiene la atribución de decidir; conflicto que exige que la negativa que cumplir siquiera se plasme en actos concluyentes y una mínima recepción o noticia de esa negativa por quien emite el mandato legítimo, que pueda requerir al cumplimiento y verificar la abierta rebeldía a dicho mandato³⁶⁸.

1.3. Conducta típica

La desobediencia se define en el art. 410 del CP como un acto de las autoridades o funcionarios públicos que se negaren abiertamente³⁶⁹ 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 legales³⁷⁰.

Para que un comportamiento pueda ser considerado típico deben concurrir los siguientes elementos³⁷¹:

1. Que el funcionario o la autoridad se nieguen abiertamente a dar el debido cumplimiento a resoluciones judiciales u órdenes de la autoridad

El bien jurídico protegido penalmente en este tipo delictivo es la buena marcha y el orden de la Administración en todas sus esferas, el servicio público que es obligación debida a la dignidad de todos los ciudadanos y, en definitiva, la legitimidad de toda la función administrativa. Es indudable que el incumplimiento de las decisiones de los Tribunales constituye una vulneración de este bien jurídico y que en el presente caso no concurre ninguna causa que la justifique.

A la luz de esta exposición doctrinal, respaldada por la jurisprudencia de esta Sala [*ad exemplum* Sentencias de 6 de marzo de 1987 (RJ 1987\2020), 15 de febrero de 1990 (RJ 1990\1548), 14 de mayo de 1990, 5 de diciembre de 1990 (RJ 1990\9428) y, por todas, 14 de octubre de 1992 (RJ 1992\8193)], en el caso del presente recurso está claramente justificada la exigencia de responsabilidad penal».

367. E. ORTS BERENGUER, «Consideraciones sobre los delitos de abandono de destino y omisión del deber de perseguir delitos y de desobediencia y denegación de auxilio», cit.

368. Cfr. SAP Madrid núm. 10/2005 (Sección 5.ª), de 7 de marzo, Procedimiento abreviado núm. 60/2004. Ponente: Ilmo. Sr. D. Arturo Beltrán Núñez (JUR 2005\255241).

369. Cfr. A. SERRANO GÓMEZ y A. SERRANO MAÍLO, *Derecho Penal. Parte especial*, cit., pp. 792-793.

370. STS núm. 80/2006 (Sala de lo Penal), de 6 de febrero, Recurso de Casación núm. 557/2005. Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Martín Pallín (RJ 2006\367).

371. E. ORTS BERENGUER, «Consideraciones sobre los delitos de abandono de destino y omisión del deber de perseguir delitos y de desobediencia y denegación de auxilio», cit.

superior. La negativa tiene lugar tanto cuando se exterioriza verbalmente, por escrito o gestualmente la voluntad opuesta al acatamiento de aquellas decisiones, como cuando se produce una pasividad callada, la interposición de trabas, que demuestran la voluntad rebelde del agente.

2. Que exista una resolución judicial, una decisión o una orden (*vid.* las SSTs de 23 de septiembre de 1994³⁷² y 20 de junio de 1995)³⁷³.

3. Que el funcionario o la autoridad tengan el deber de darles el debido cumplimiento.

De esta forma, el delito previsto requiere que se produzca una orden legítima, emanada de autoridad competente, cumpliendo todos los requisitos y que vincule al que la recibe por caer dentro de los deberes de su cargo, ante lo cual, el sujeto activo niega su cumplimiento abiertamente, ya sea en forma activa u omisiva (SSTs de 5 diciembre 1990³⁷⁴ y 17 febrero 1992)³⁷⁵. Se trata en todo caso de un delito intencional, pues se requiere que el agente sea consciente de la legitimidad de la orden, de su vinculación y del deber ineludible de su cumplimiento y que, de igual forma consciente, se niegue a cumplirla; de ahí que la negligencia, el simple abandono o el error hagan inexistente el delito (SSTs de 17 de febrero de 1992³⁷⁶ y 15 de febrero de 1990)³⁷⁷.

Como vemos, excepto en los casos de resoluciones judiciales, entre quien dicta la orden y quien la recibe debe existir una relación de jerarquía establecida por el Derecho Administrativo³⁷⁸. La cuestión que debe resolverse es si a los efectos del delito aplicado basta con la condición de superior jerárquico o si, por el contrario, es necesaria una específica relación jerárquica de subordinación derivada del ejercicio de la autoridad.

372. STS núm. 1623/1994 (Sala de lo Penal), de 23 de septiembre, Recurso núm. 3685/1993. Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Román Puerta Luis (RJ 1994\7217).

373. STS núm. 815/1995 (Sala de lo Penal), de 20 de junio, Recurso núm. 3855/1994. Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel García Miguel (RJ 1995\4834).

374. STS (Sala de lo Penal) de 5 de diciembre de 1990, Ponente: Excmo. Sr. D. José Hermenegildo Moyna Méndez (RJ 1990\9428).

375. STS (Sala de lo Penal) de 17 de febrero de 1992, Recurso núm. 141/1990. Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Román Puerta Luis (RJ 1992\1189).

376. La ya citada STS (Sala de lo Penal) de 17 de febrero de 1992, Recurso núm. 141/1990. Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Román Puerta Luis (RJ 1992\1189).

377. STS (Sala de lo Penal) de 15 de febrero de 1990, Ponente: Excmo. Sr. D. Enrique Ruiz Vellido (RJ 1990\1548).

378. Cfr. STS núm. 80/2006 (Sala de lo Penal), de 6 de febrero, Recurso de Casación núm. 557/2005. Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Martín Pallín (RJ 2006\367).

Pues bien, la doctrina de la Sala de lo Militar del TS, respecto de personal militar, es concluyente al respecto al afirmar que «basta la relación jerárquica, ya que la relación jerárquica castrense es permanente y sitúa dentro de la misma a quienes sean superiores o inferiores en la esfera militar, constituyendo el engranaje preciso e indispensable para el buen funcionamiento de los Ejércitos», añadiéndose «que la posición de superior o inferior no puede transmutarse en una simple disputa de carácter privado, pues el interés individual del sujeto ha de ceder mientras permanezca en los Ejércitos, al superior valor colectivo de la disciplina, sin el cual aquellos no podrían existir». En tal sentido, conforme al art. 12 del CPM, es indudable que la cualidad de superior es inherente a la persona y no al desempeño de sus funciones, por lo que el ejercicio de la autoridad no se subordina a la circunstancia de que el superior actúe en acto de servicio³⁷⁹.

No obstante, en sede de función pública, la relación jerárquica sí debería ser directa, entendida como relación tanto de servicio como funcional en toda la extensión de la cadena de mando, porque otro tipo de orden no se encontraría dentro del tipo, bien por no tratarse de temas de competencia de la autoridad, bien por no tener la condición de superior jerárquico del funcionario.

Por lo que respecta a las resoluciones judiciales, el normal funcionamiento del Estado de Derecho exige un exquisito respeto por la autonomía de los distintos poderes del Estado y obliga a todos a procurar su normal funcionamiento. Cuando alguna persona o Corporación pública o privada decide no cumplir con resoluciones judiciales, cuyo contenido es claro y terminante sin dejar espacio para la duda interpretativa o la desorientación sobre los términos y alcance de la resolución, existen vías racionales que cualquiera alcanza a comprender, sin necesidad de tener profundos conocimientos del derecho. Si estimaban que la orden no era clara, debieron solicitar su aclaración, y si consideraban que la resolución era injusta o contraria a derecho sólo tenían la vía de los recursos para tratar de cambiar su sentido y convertirlo en favorable para sus intereses. La democracia se basa no sólo en la división de poderes, sino en la sumisión de todos al imperio de la Ley y al cumplimiento de las resoluciones judiciales, salvo en los casos en que por los cauces legales se establece que su cumplimiento resulta im-

379. STS (Sala de lo Militar, Sección 1.ª) de 6 de marzo de 2006, Recurso núm. 74/2005. Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Juanes Peces.

posible por ser contrario a los intereses generales o por resultar excesivamente gravoso para los afectados ³⁸⁰.

La orden debe provenir del superior jerárquico competente por razón de la materia y, en todo caso, de la clase de órgano y del territorio jurisdiccional, y ha de estar revestida de los correspondientes requisitos ajustados a la naturaleza de cada orden, lo que significa que no necesariamente ha de tratarse de órdenes transmitidas por escrito, aunque la expresión «formalidades legales» así puede inducir a creerlo. Además, la orden debe ir dirigida al funcionario concreto o concretable, lo que excluiría órdenes a colectivos de funcionarios. Con mayor motivo se excluirían las disposiciones reglamentarias o contenidas en órdenes o circulares, pues carecen del carácter de mandatos específicos y singulares ³⁸¹.

En cuanto a las órdenes judiciales ³⁸², se habla de resoluciones judiciales, por lo que se incluiría cualquier tipo de resolución, y no sólo las sentencias.

Los destinatarios han de ser autoridades o funcionarios públicos sometidos jerárquicamente y relacionados con su superior a través del Derecho Administrativo. Quintero Olivares ³⁸³ considera que este delito no podrá plantearse respecto del personal contratado o laboral que no sea sometible al Derecho disciplinario, pues no hay que olvidar que en las modalidades más leves de incumplimiento se tratará de infracciones disciplinarias.

1.4. Acción típica

El tipo básico de desobediencia funcional, en cuanto a la acción, consiste en negarse abiertamente a dar el debido cumplimiento a determinadas órdenes judiciales o administrativas (art. 410.1 CP), constituyendo un tipo de mera actividad (o inactividad) que no comporta la producción de un resultado material. Por ello no se anuda al mismo la realización de un acto concreto, positivo, sino que basta la omisión o pasividad propia de quien se

380. STS núm. 80/2006 (Sala de lo Penal), de 6 de febrero, Recurso de Casación núm. 557/2005. Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Martín Pallín (RJ 2006\367).

381. G. QUINTERO OLIVARES, «Delitos contra la Administración pública. De la desobediencia y denegación de auxilio», en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, p. 1799.

382. Sobre la incidencia práctica del citado delito, ver por ejemplo, M. C. ESCUDERO HERRERA, *Los obstáculos a la efectividad de las sentencias en lo contencioso-administrativo y sus soluciones*, Madrid, 2006.

383. G. QUINTERO OLIVARES, «Delitos contra la Administración pública. De la desobediencia y denegación de auxilio», cit., p. 1799.

niega a ejecutar una orden legítima dictada dentro del marco competencial de su autor. La Jurisprudencia de esta Sala, así, comprende dentro del tipo tanto la manifestación explícita y contundente contra la orden como la adopción de una actitud de reiterada y evidente pasividad a lo largo del tiempo sin dar cumplimiento a lo mandado, es decir, la de quien, sin oponerse o negar la misma, tampoco realiza la mínima actividad exigible para su cumplimiento (SSTS de 18 de abril de 1997³⁸⁴ o 11 de octubre de 1997)³⁸⁵, de forma que el adverbio ‘abiertamente’, aplicado a la negativa, puede predicarse tanto en un caso como en otro, en el primero directamente, en el segundo deducido con igual vigor de la actitud del sujeto activo. Basta la lectura del hecho probado [apartado c)] para concluir que el hoy recurrente lejos de acatar el mandato del Tribunal dilató su cumplimiento sistemáticamente, incluso en abierta oposición al mismo³⁸⁶.

La palabra «abiertamente» que emplea el precepto para calificar una negativa que debe ser obedecida ha de interpretarse, según constante jurisprudencia, no en el sentido literal de que la negativa haya de expresarse de manera contundente y explícita empleando frases o realizando actos que no ofrezcan dudas sobre la actitud desobediente, sino que también puede existir cuando se adopte una reiterada y evidente pasividad a lo largo del tiempo sin dar cumplimiento al mandato, es decir, cuando sin oponerse o negar el mismo tampoco realice la actividad mínima necesaria para llevarlo a cabo, máxime cuando la orden es reiterada por la autoridad competente para ello³⁸⁷, o lo que es igual, cuando la pertinaz postura de pasividad se traduzca necesariamente en una palpable y reiterada negativa a obedecer³⁸⁸.

La negativa a ejecutar las órdenes, siempre a través de una infracción eminentemente intencional, ha de ser manifiesta, clara y terminante, no

384. STS Sala 2.ª, S. de 18 de abril de 1997, núm. 545/1997, rec. 829/1996. Pte: Granados Pérez, Carlos (EDE 1997/3078).

385. STS Sala 2.ª, S. de 11 de octubre de 1997, núm. 1221/1997, rec. 1827/1995. Pte: Bacigalupo Zapater, Enrique (EDE 1997/6901).

386. STS Sala 2.ª, S. de 13 de junio de 2000, núm. 1037/2000, rec. 652/1999. Pte: Sampedra Ruiz, Juan (EDE 2000/20667).

387. Cfr. STS núm. 516/1997 (Sala de lo Penal), de 18 de abril, Recurso de Casación núm. 267/1996. Ponente: Excmo. Sr. D. Gregorio García Ancos (RJ 1997\2991); STS núm. 322/1997 (Sala de lo Penal), de 15 de marzo, Recurso de Casación núm. 1259/1996. Ponente: Excmo. Sr. D. Ramón Montero Fernández-Cid (RJ 1997\1728); o STS núm. 1493/1997 (Sala de lo Penal), de 28 de noviembre, Recurso de Casación núm. 651/1997. Ponente: Excmo. Sr. D. Carlos Granados Pérez (RJ 1997\8324).

388. STS Sala 2.ª, S. de 14 de junio de 2002, núm. 485/2002, rec. 1776/2000. Pte: García Ancos, Gregorio (EDE 2002/28371).

bastando la mala inteligencia, el abandono, el olvido o la negligencia. No obstante, y aunque la negativa tenga que ser abierta, patente y categórica, es igualmente punible la desobediencia que resulta de la pasividad reiterada o de la presentación de trabas y dificultades, reveladoras en suma de una auténtica voluntad rebelde. Quiere decirse con todo ello (SSTS de 13 de junio de 2000³⁸⁹, 25 de febrero de 1994³⁹⁰, 13 de diciembre³⁹¹ y 16 de

389. STS núm. 1037/2000 (Sala de lo Penal), de 13 de junio, Recurso de Casación núm. 652/1999. Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz (RJ 2000\6597). En dicha sentencia se señala:

«El artículo 18.2 LOPJ establece taxativamente que “las sentencias se ejecutarán en sus propios términos”, y evidentemente se refiere a la parte dispositiva o fallo de la misma que constituye el objeto de la ejecución. También debemos recordar la presencia en toda ejecución del principio de congruencia, de tal forma que la resolución de los incidentes de ejecución debe respetar en todo caso los propios términos del fallo y sólo cuando éste adolezca de ambigüedades u oscuridades puede ser interpretado a la luz de los fundamentos que le sirven de base e incluso de las pretensiones esgrimidas por las partes. La doctrina del Tribunal Constitucional afirma lo anterior, sosteniendo que el apartamiento del Tribunal sin causa justificada de lo previsto en el fallo de la sentencia que debe ejecutarse vulnera el artículo 24.1 CE. Así, la STC 110/1999, de 14 de junio (RTC 1999, 110), ratificando su doctrina anterior, reitera que es doctrina consolidada que la ejecución de las sentencias “en sus propios términos” forma parte del derecho fundamental a la tutela efectiva de Jueces y Tribunales, ya que en caso contrario las decisiones judiciales y los derechos que en las mismas se reconocen no serían otra cosa que meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad ninguna – SSTC 167/1987 (RTC 1987, 167) y 92/1988 (RTC 1988, 92) entre otras–, cuestión de esencial importancia para dar efectividad al establecimiento del estado social y democrático que implica, entre otras manifestaciones, la sujeción de los ciudadanos y de la Administración Pública al ordenamiento jurídico y a las decisiones que adopta la jurisdicción, no sólo juzgando, sino también ejecutando lo juzgado, según se desprende del artículo 117.3 CE».

(...)

El tipo básico de desobediencia funcional, en cuanto a la acción, consiste en negarse abiertamente a dar el debido cumplimiento a determinadas órdenes judiciales o administrativas (artículo 410.1 CP), constituyendo un tipo de mera actividad (o inactividad) que no comporta la producción de un resultado material. Por ello no se anuda al mismo la realización de un acto concreto, positivo, sino que basta la omisión o pasividad propia de quien se niega a ejecutar una orden legítima dictada dentro del marco competencial de su autor. La Jurisprudencia de esta Sala, así, comprende dentro del tipo tanto la manifestación explícita y contundente contra la orden como la adopción de una actitud de reiterada y evidente pasividad a lo largo del tiempo sin dar cumplimiento a lo mandado, es decir, la de quien sin oponerse o negar la misma, tampoco realiza la mínima actividad exigible para su cumplimiento (SSTS 18 de abril y 11 de octubre de 1997 [RJ 1997, 2991 y 7218]), de forma que el adverbio ‘abiertamente’ aplicado a la negativa puede predicarse tanto en un caso como en otro, en el primero directamente, en el segundo deducido con igual vigor de la actitud del sujeto activo. Basta la lectura del hecho probado [apartado c)] para concluir que el hoy recurrente lejos de acatar el mandato del Tribunal dilató su cumplimiento sistemáticamente, incluso en abierta oposición al mismo».

marzo de 1993³⁹², y 15 de febrero de 1990)³⁹³ que el delito se manifiesta, lejos de la posibilidad culposa, cuando concurren los elementos que lo integran, uno objetivo, constituido por la negativa al cumplimiento en relación con una orden dictada en el ámbito de la competencia del órgano que la imparte y revestidas de las formalidades legales, y otro subjetivo por la voluntariedad e intencionalidad de la conducta (STS de 18 de abril de 1997³⁹⁴, entre otras)³⁹⁵.

Así, este delito de desobediencia está integrado por un elemento objetivo cuya descripción consiste en la negativa por autoridades o funcionarios públicos «abiertamente» a dar el debido cumplimiento a resoluciones judiciales, decisiones u órdenes de la autoridad superior, dictadas dentro del ámbito de su respectiva competencia y revestidas de las formalidades legales, al que hay que añadir el requisito subjetivo de la intencionalidad o dolo por parte de las personas inculpadas. El tipo básico de desobediencia funcional constituye una infracción de mera actividad, y por ello no se anuda al mismo la realización de un acto concreto, positivo, sino que basta la mera omisión o pasividad propia de quien se niegue a ejecutar una orden legítima de forma reiterada en el tiempo. Es necesaria, en todo caso, una intencionalidad clara, patente o indudable, porque este delito no admite la versión imprudente o culposa³⁹⁶.

390. STS núm. 373/1994 (Sala de lo Penal), de 25 de febrero, Recurso núm. 1676/1993. Ponente: Excmo. Sr. D. Roberto Hernández Hernández (RJ 1994\1566).

391. STS núm. 2813/1993 (Sala de lo Penal), de 13 de diciembre, Recurso núm. 1174/1991. Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez (RJ 1993\9421).

392. STS núm. 578/1993 (Sala de lo Penal), de 16 de marzo, Recurso núm. 176/1991. Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Díaz Palos (RJ 1993\2311).

393. STS (Sala de lo Penal) de 15 de febrero de 1990, Ponente: Excmo. Sr. D. Enrique Ruiz Vellido (RJ 1990\1548).

394. STS núm. 516/1997 (Sala de lo Penal), de 18 de abril, Recurso de Casación núm. 267/1996. Ponente: Excmo. Sr. D. Gregorio García Ancos (RJ 1997\2991).

395. Cfr. ATSJ País Vasco núm. 42/2004 (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.ª), de 27 de diciembre, Diligencias previas núm. 5/2003. Ponente: Ilma. Sra. D.ª Nekane Bolado Zárraga (JUR 2005\74243).

396. STS Sala 2.ª, S. de 24 de febrero de 2001, núm. 263/2001, rec. 766/1999. Pte: Saavedra Ruiz, Juan (EDE 2001/3234).

1.5. Justificación específica y cumplimiento voluntario

Ya Tomás de Aquino se planteó la cuestión de si pecan el juez o el verdugo que matan a un inocente que creen culpable. La respuesta que daba este autor es que el juez «no peca al dictar sentencia según los datos que tiene, puesto que no mata él a un inocente, sino a aquel que según todas las pruebas parece culpable». En cuanto al verdugo, «si sabe que la sentencia del juez está basada en un error, no debe obedecer (...) Más si no es clara la injusticia, no peca al cumplir la sentencia, pues no toca a él el examinar la sentencia una vez dictada por su superior. En tal caso no es él quien mata a un inocente, sino el juez, de quien es sólo un ministro». En tan breve párrafo toca Tomás de Aquino, con evidente acierto, algunos de los problemas que todavía hoy se siguen discutiendo en la causa de justificación de cumplimiento de un deber en general y en la obediencia debida en particular. En cuanto al juez, opta por el criterio de la valoración *ex ante*, reconocido por los propios ordenamientos procesales. En cuanto al verdugo, distingue muy adecuadamente los casos de orden de contenido manifiestamente antijurídico (pese a que el juez ha incurrido en un error que excluye su pecado), en los que no hay deber de obediencia, y los casos de orden sólo posiblemente injusta, en los que no le corresponde al subordinado la indagación acerca de este hecho, lo que coincide plenamente con la regulación habitual del delito de desobediencia (así en el art. 410.2 CP)³⁹⁷.

Son tres los elementos esenciales de la causa de justificación de obrar en cumplimiento de un deber, a saber: la existencia real del deber jurídico, que el sujeto actúe con el ánimo o voluntad de cumplir con su deber y que la conducta no implique un grave atentado a la dignidad de la persona. Nos encontraremos con la causa de justificación incompleta, entre otros supuestos³⁹⁸:

- a) En los casos de exceso consciente en el cumplimiento de un deber.
- b) En los casos en los que el deber cumplido sea de rango inferior al de omitir la acción prohibida o de realizar la acción ordenada, en los delitos de omisión, siempre que la conducta no implique un grave atentado a la dignidad de la persona.

397. F. MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad y sistema del delito*, cit.

398. M. J. ARIAS EIBE, *Responsabilidad criminal. Circunstancias modificativas y su fundamento en el Código Penal*, 2007, pp. 110-114.

c) En los casos de exceso consciente en el cumplimiento del deber de obediencia.

d) En los casos en que el deber de obediencia es de rango inferior al de omitir la acción prohibida o realizar la acción ordenada, en los delitos de omisión.

En todos estos supuestos de causa de justificación incompleta, el menor contenido de injusto por la presencia de un menor desvalor de acción queda claro desde el momento en que la acción u omisión típica y antijurídica realizada por el sujeto tiene lugar bajo la presencia de los elementos esenciales de la causa de justificación³⁹⁹.

El CP regula como causa de atipicidad específica o como causa de justificación para las autoridades o funcionarios que no cumplen la orden que ésta constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de Ley o de cualquier otra disposición general. Con ello parece que se quiere abarcar tanto la infracción de la CE como de cualquier reglamento de aplicación en el supuesto de hecho.

Si, por cualquier circunstancia, el subordinado incurre en un error en cuanto a la apreciación del carácter antijurídico del mandato, deberíamos acudir a las reglas generales del error contenidas en el CP.

Para comprender el error debemos partir del concepto mismo de antijuridicidad. En primer lugar, la antijuridicidad surge como un concepto para expresar la ilicitud formal de un comportamiento por estar en contradicción con un orden jurídico dado (perspectiva formal del injusto como contrariedad a derecho); en segundo lugar, la antijuridicidad hace referencia a la lesividad material de la acción para bienes jurídicamente protegidos (perspectiva material del injusto como lesividad para bienes jurídicos); por último, la antijuridicidad es un concepto práctico que debe contribuir a la construcción de un sistema que sirva para resolver problemas de explicación y, principalmente, aplicación del derecho (perspectiva práctica del injusto como categoría sistemática)⁴⁰⁰.

Durante muchos años, la principal cortapisa legal a la aceptación del error sobre la antijuridicidad provino del antiguo art. 2 CC en su redacción anterior a 1974: «La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento». Invocado a menudo por la jurisprudencia, la doctrina no consideró que

399. M. J. ARIAS EIBE, *Responsabilidad criminal. Circunstancias modificativas y su fundamento en el Código Penal*, 2007, p. 114.

400. F. MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad y sistema del delito*, cit.

dicho artículo fuera un obstáculo decisivo. En efecto, se entendió que en el CC se estaba haciendo referencia a la falta de trascendencia de la *ignorantia legis* o desconocimiento del precepto legal concreto, sin que con ello se llegara a excluir una posible relevancia del *error iuris* o falta de conocimiento de la contradicción de la conducta con el Derecho en términos generales. En definitiva, en el CC se estaría haciendo referencia tan sólo a la vigencia general de las leyes con independencia de su conocimiento y no a la imposibilidad de alegar su desconocimiento como excusa. Por otro lado, a medida que se abandonaba la pura exégesis y se avanzaba en las construcciones dogmáticas, se fueron encontrando bases en el propio CP para considerar que la conciencia de la antijuricidad era un requisito legal de la responsabilidad penal y que las posibles restricciones provenientes del CC no regían en la legislación penal⁴⁰¹.

Partiendo de la existencia del error, debemos plantearnos los tipos de errores que podemos encontramos con incidencia práctica, esto es, debemos intentar diferenciar el error de tipo del error de prohibición.

A pesar de que nuestro legislador opera una separación taxativa en la regulación de los errores de tipo y de prohibición, lo cierto es que la delimitación de ambos supuestos no es cuestión sencilla, ni para el teórico ni para el práctico del Derecho. Consideramos que la solución al problema de la distinción entre error de tipo y error de prohibición debe partir, ante todo, de bases sencillas y claramente comprensibles para el intérprete y/u operador jurídico, ya que de lo contrario el trabajo delimitador carecería de toda fertilidad más allá de la mera elucubración. De ahí que deba optarse por una solución al problema planteado • ya de por sí ciertamente pantanoso • que trate de reconducirlo hacia los términos más claros, concisos y operativos posibles. Es por ello por lo que apostamos por la siguiente distinción⁴⁰²:

a) Hay error de tipo cuando el autor yerra en la contemplación de alguno de los elementos expresamente definidos en el tipo legal, ya sean elementos típicos de carácter objetivo o elementos típicos de carácter normativo.

401. D. FELIP I SABORIT, *Error iuris: El conocimiento de la antijuridicidad y el art. 14 del Código Penal*, cit.

402. C. BLANCO LOZANO, *Tratado de Derecho Penal Español*, t. I, vol. 2, 2004.

b) Hay error de prohibición⁴⁰³ cuando el autor yerra en la consideración de la antijuricidad de la conducta típica, al suponer que la misma se halla amparada por el Derecho, esto es, al creer que está actuando jurídicamente, conforme a Derecho.

El error de prohibición careció de regulación legal en España hasta 1983. Asimismo, y a diferencia de otros países del entorno, nuestro Derecho positivo tampoco reguló expresamente el error de hecho como causa de exclusión de la responsabilidad. Todo ello determinó una pausada evolución hacia el progresivo reconocimiento de la relevancia de esta clase de errores en un contexto menos encorsetado que en el caso alemán o el italiano, muy predeterminados, especialmente el último de ellos, por regulaciones parciales de la materia. Sin embargo, también es verdad que, por esas mismas razones, la discusión se limitó a las distintas posibilidades de articulación interpretativa del reconocimiento del error, sin que se profundizara en la cuestión de su contenido. La primera regulación específica del error en la legislación de nuestro país es bastante reciente. En 1983 se efectuó una profunda reforma del antiguo Código para adaptarlo a la nueva situación democrática, cosa que comportó el pleno reconocimiento del principio de responsabilidad subjetiva. En ese contexto vio la luz el art. 6 bis.a), que reguló las distintas modalidades de error y, concretamente en su párrafo tercero, el error de prohibición. Desde un punto de vista práctico, el efecto más positivo del nuevo precepto vino determinado por su propia existencia. En efecto, aunque ya se estaban produciendo cambios importantes en el panorama jurisprudencial español, la relevancia del error sobre la significación antijurídica del hecho no se había impuesto todavía con la rotundidad suficiente, por lo que el primer y principal objetivo que cubrir era la consecución del pleno reconocimiento de la relevancia del error de prohibición invencible. En aparente contrapartida, la introducción de un tratamiento global de dicho error, al estilo del nuevo art. 6 bis.a).III, comportaba la extensión de la punición por error de prohibición vencible a todos los delitos. Teóricamente, ello suponía un importante incremento de la punibilidad si se compara con las limitaciones resultantes de la aplicación de la teoría estricta del dolo a la situación legal anterior a 1983. Sin embargo, debe reconocerse que, en la práctica, la existencia de una cláusula de regu-

403. Cfr. H. H. LESCH, «Fundamentos dogmáticos para el tratamiento del error de prohibición», en *Revista del Poder Judicial*, núm. 45, primer trimestre de 1997, pp. 139-182.

lación expresa del error ha supuesto una mayor aplicación real de dicha institución⁴⁰⁴.

Partiendo de este esquema el art. 14 del CP desarrolla el error. El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente (art. 14.1 CP). El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante impedirá su apreciación (art. 14.2 CP). El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados (art. 14.3 CP).

Error sobre la ilicitud del hecho designaría a toda situación en la que un sujeto no es consciente del carácter antijurídico del hecho en el momento de perpetrarlo, por lo que, *sensu contrario*, el art. 14.3 CP estaría presuponiendo el conocimiento de la antijuricidad como requisito de la responsabilidad penal plena. La conciencia de la antijuricidad continuaría siendo el concepto central de un modelo legislativo que seguiría comportándose rígidamente respecto al dato del conocimiento⁴⁰⁵.

Para el TS el error de prohibición se encuentra en función del delito, su naturaleza y las condiciones culturales y personales del sujeto que lo sufre. Dentro de este último apartado deberán constar las condiciones psicológicas y cultura del agente, las posibilidades de recibir instrucción y asesoramiento o de acudir a medios que permitan conocer la trascendencia jurídica de su obrar. Por tal razón quedará excluido el error⁴⁰⁶:

a) Si el sujeto activo tiene normal conciencia de la antijuricidad de su conducta o al menos sospecha que su comportamiento es contrario a derecho. Bastaría la alta probabilidad de antijuricidad, no la seguridad absoluta de su actuar incorrecto.

b) No es permisible la invocación del error en aquellas infracciones cuya ilicitud es notoriamente evidente.

404. D. FELIP I SABORIT, *Error iuris: El conocimiento de la antijuricidad y el art. 14 del Código Penal*, cit.

405. D. FELIP I SABORIT, *Error iuris: El conocimiento de la antijuricidad y el art. 14 del Código Penal*, cit.

406. STS Sala 2.ª, S. de 18 de octubre de 2004, núm. 1074/2004, rec. 717/2002. Pte: Soriano Soriano, José Ramón (EDE 2004/59646).

En suma, si el autor del hecho ha tenido motivos para dudar sobre la antijuricidad de su acción, debe cerciorarse de la verdadera situación mediante la autorreflexión y la información en fuente jurídica confiable.

En otro orden de cosas, ya se considere contenida en el precepto una causa específica de justificación, ya se entienda que contempla una causa de exclusión de la tipicidad⁴⁰⁷, lo que resulta innegable es que nunca se puede hacer valer o plantear frente a resoluciones judiciales firmes. La STS de 13 de junio de 2000⁴⁰⁸ habla de imposible aplicación. Y la doctrina más autorizada señala que las resoluciones judiciales tienen un tratamiento jurídico-penal diferente al que corresponde a los mandatos de otra índole (el CP de 1870 al referirse de forma expresa, en el párrafo segundo de su art. 380, a los mandatos «administrativos», despejaba cualquier sombra de duda al respecto), por lo que en ningún caso cabe aplicar frente a ellas el número segundo del art. 410, lo cual, según se razona, resulta absolutamente lógico si se piensa que es a los órganos judiciales a los que el Estado encomienda, como su propio fin, declarar el Derecho⁴⁰⁹.

407. G. QUINTERO OLIVARES, «Delitos contra la Administración pública. De la desobediencia y denegación de auxilio», cit., p. 1799.

408. STS núm. 1037/2000 (Sala de lo Penal), de 13 de junio, Recurso de Casación núm. 652/1999. Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz (RJ 2000\6597).

409. Cfr. ATSJ País Vasco (Sala de lo Civil y Penal) de 22 de febrero de 2005, Recurso de Apelación núm. 1/2005. Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio García Martínez (ARP 2005\2), que señala:

«Carecería de sentido, en otro caso, que el artículo 118 de la Constitución Española (RCL 1978, 2836) estableciese la obligación de cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales. O que el artículo 17.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) proyectase sobre las Administraciones Públicas, las Autoridades y funcionarios, las Corporaciones y todas las entidades públicas y privadas, y los particulares, la obligación de respetar y, en su caso, cumplir las sentencias y las demás resoluciones judiciales que hayan ganado firmeza o sean ejecutables de acuerdo con las Leyes. O que el artículo 117.3, también de la Constitución Española, atribuyese en exclusiva la potestad jurisdiccional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, en todo tipo de procesos, a los Juzgados y Tribunales determinados por las Leyes, conforme a las reglas de competencia y procedimiento establecidas por las mismas. Siendo evidente, por lo demás, la flagrante violación que en otro caso se produciría de valores y principios constitucionales, así como de derechos fundamentales (igualdad y justicia –artículo 1.1 CE–, legalidad y seguridad jurídica –artículo 9.3 CE–, y tutela judicial efectiva –artículo 24 CE–, respectivamente) que, siendo la máxima expresión de un Estado Constitucional de Derecho, deben ser respetados por todos, y en todo caso».

2. Desobediencia cualificada. desobediencia post-remonstración

2.1. Tipificación en el Código Penal

Art. 411. *La autoridad o funcionario público que, habiendo suspendido, por cualquier motivo que no sea el expresado en el apartado segundo del artículo anterior, la ejecución de las órdenes de sus superiores, las desobedeciere después de que aquéllos hubieren desaprobado la suspensión, incurrirá en las penas de multa de doce a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años.*

2.2. Desobediencia post-remostración y la suspensión sin remostración

Coincide la doctrina en señalar que en este precepto se halla subyacente la idea de la llamada *remonstratio*, según la cual el subordinado puede dejar en suspenso la ejecución de una orden, al tiempo que explica al superior que la impartió posibles defectos o dificultades que su cumplimiento conllevaría y que, acaso, el superior no advirtió, dándole así la oportunidad de reconsiderar su decisión y modificarla⁴¹⁰. Una vez que el superior comprueba la legalidad y oportunidad de la orden y reitera su ejecución, el no acatamiento de la misma determina que el funcionario o autoridad incurran en delito. En efecto, se castiga en el art. 411 a la autoridad o funcionario que suspende la ejecución de una orden de su superior, no por infringir de manera manifiesta, clara y terminante un precepto de ley, sino por otra causa, una vez que aquél ha desaprobado la suspensión y, consiguientemente, ordenado el cumplimiento de la reiterada orden. Presupone, pues, este delito la existencia de una orden concreta dirigida por el superior al inferior. La mayor pena de este delito con respecto al del artículo anterior suele explicarse porque el funcionario en el delito del art. 411 incurre, por así decir, dos veces en desobediencia: cuando suspende la ejecución y cuando reitera su negativa a cumplir la orden confirmada por su superior. Claro que si la orden es manifiestamente ilegal concurrirá la causa de atipicidad prevista en el párrafo segundo del art. 410⁴¹¹.

El derecho a la «remonstración», es decir, a plantear al superior los inconvenientes o males que pudieran derivarse del acatamiento estricto de la orden,

410. Ver STC núm. 162/1996 (Pleno), de 17 de octubre, Recurso de Inconstitucionalidad núm. 580/1989. Ponente: D. José Gabaldón López (RTC 1996\162).

411. E. ORTS BERENGUER, «Consideraciones sobre los delitos de abandono de destino y omisión del deber de perseguir delitos y de desobediencia y denegación de auxilio», cit.

es en cierto modo diferente. Se inspira originariamente en la relación estrictamente funcionarial en el ámbito interno de la Administración. En los Códigos penales del siglo XIX se ofrece ese derecho a cualquier subordinado. Pero el fundamento de la remonstración no es necesariamente el que la orden pueda ser ilegal, sino que, *aun siendo ajustada a la ley, entrañe su cumplimiento perjuicios que tal vez el superior que la dictó no ha contemplado debidamente* y que supondrían males mayores que los beneficios derivados de su estricto cumplimiento. En la actual redacción del CP no se cuenta con una admisión expresa de la remonstración, que antaño permitía *retrasar* la apreciación de la desobediencia al momento aquel en que, una vez el inferior hubiera formulado las observaciones que estimara oportunas, recibiese la definitiva confirmación de la orden dada. Entendemos que esa pauta en la apreciación de la desobediencia contribuye indirectamente a dar virtualidad al principio de mínima intervención, pues en último término tiende a evitar la apreciación fulminante de una conducta típica. Y por eso sería bueno que el principio de remonstración —que con ciertos matices se reconoce ya a algunos funcionarios, como por ejemplo los Fiscales— se extendiera a la mayor cantidad posible de relaciones jerárquicas, pues no por eso se pone en cuestión el principio de autoridad, y además se fortalece la «autorresponsabilidad» del funcionario en las órdenes que ejecuta ⁴¹².

Se debe recordar, en este punto, que en las relaciones interadministrativas la remonstración es un principio aceptado, y muchos cuerpos funcionariales tienen incluso reglamentariamente prevista la posibilidad de que el inferior reclama que el superior confirme la orden, incluso formalmente, situación que se produce en los casos de discrepancia que, por supuesto, no lleguen al extremo de tener por delictiva la orden recibida. Confirmada la orden, ésta pasa a ser definitivamente vinculante. La suspensión del cumplimiento de la orden puede también producirse sin demostración alguna, lo que sucedería en los casos en que el subordinado, sin invocar graves ilegalidades, entiende que existen motivos para no cumplir la orden recibida, los exponga o no ante su superior. La situación es parecida, por lo que abre paso a la posible comisión del delito es el hecho de que el superior haya confirmado la orden dada ⁴¹³.

412. G. QUINTERO OLIVARES, «La colaboración entre poderes y la denegación de auxilio», cit.

413. G. QUINTERO OLIVARES, «Delitos contra la Administración pública. De la desobediencia y denegación de auxilio», cit., p. 1801.

Como en el supuesto del artículo anterior, se exige que entre la autoridad que dicta la orden y el funcionario que la suspende exista una relación jerárquica.

2.3. *Diferencia punitiva con la desobediencia abierta*

Como se puede comprobar, el CP establece unas penas superiores a la desobediencia pura del art. 410. Esto se produce porque en esta modalidad de desobediencia el autor incurre en una suerte de contumacia, puesto que ya ha desobedecido en una ocasión el cumplimiento de la orden, que se reitera, despejando cualquier duda que pudiese abrigar sobre su legalidad, corrección u oportunidad. Esa perseverancia en no cumplir es la razón del superior castigo⁴¹⁴.

2.4. *Condiciones de suspensión del previo incumplimiento de la orden*

La norma descansa en un presupuesto: que la orden ya ha sido incumplida previamente. Lo único que se advierte es que la razón de esa suspensión no puede ser la apreciación de que dicha orden es delictiva, pues en tal caso no podría ser relevante la confirmación de la misma por el superior, y se produciría un conflicto abierto que debería resolver el Derecho Penal, absolviendo o condenando al inferior⁴¹⁵.

3. Denegación de auxilio

3.1. *Tipificación en el Código Penal*

Art. 412. 1. *El funcionario público que, requerido por autoridad competente, no prestare el auxilio debido para la Administración de Justicia u otro servicio público, incurrirá en las penas de multa de tres a doce meses, y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años.*

2. *Si el requerido fuera autoridad, jefe o responsable de una fuerza pública o un agente de la autoridad, se impondrán las penas de multa de doce a*

414. G. QUINTERO OLIVARES, «Delitos contra la Administración pública. De la desobediencia y denegación de auxilio», cit., p. 1801.

415. G. QUINTERO OLIVARES, «Delitos contra la Administración pública. De la desobediencia y denegación de auxilio», cit., p. 1801.

dieciocho meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de dos a tres años.

3. *La autoridad o funcionario público que, requerido por un particular a prestar algún auxilio a que venga obligado por razón de su cargo para evitar un delito contra la vida de las personas, se abstuviera de prestarlo, será castigado con la pena de multa de dieciocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años.*

Si se tratase de un delito contra la integridad, libertad sexual, salud o libertad de las personas, será castigado con la pena de multa de doce a dieciocho meses y suspensión de empleo o cargo público de uno a tres años.

En el caso de que tal requerimiento lo fuera para evitar cualquier otro delito u otro mal, se castigará con la pena de multa de tres a doce meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años.

3.2. *Características esenciales. Diferencias con el delito de desobediencia. La colaboración entre poderes*

Hace ya más de dos siglos que viene considerándose el principio de división de poderes como clave de bóveda del Estado de Derecho, con independencia del fundamento filosófico que se le quiera dar a ese principio. La división de poderes implica inicialmente separación e independencia mutua, pero eso no llega al punto de alcanzar cada uno por sí mismo una porción de la «soberanía» misma del Estado, la cual, además de residir en el pueblo originariamente, no se ejerce ni pertenece privativa o parcialmente a ninguno de los «Poderes» tradicionales (ejecutivo, legislativo, judicial). Es, pues, punto de partida elemental admitir que la independencia de cada Poder no llega al punto de ocupar una parcela de soberanía intangible. Los «actos de soberanía» pertenecen sin duda al Estado, y éste se sitúa por encima de los Poderes concretos aunque necesite apoyarse en ellos. Por otra parte, la actuación de cada Poder confluye necesariamente tanto en su momento fundamental (el respaldo constitucional y la coherencia dentro de la Carta Magna) cuanto en sus objetivos (el interés de la ciudadanía y del Estado). En eso no hay diferencias de principio: todos persiguen siquiera sea de modo inmediato el mismo objetivo. Siendo así parece fácil deducir que no pueden plantearse conflictos entre poderes que encierran la admisión tácita de una divergencia de metas, pues solamente una diferencia de esa clase podría alumbrar un auténtico conflicto. El término 'conflicto', por lo tanto, en puridad quedará reducida a la discrepancia en torno a cómo prestar el mejor servicio a los ciudadanos y al Estado. En cambio, una discre-

pancia esencial sobre el objeto o misión de cada Poder sería fuente de peligrosas perturbaciones en la cosa pública ⁴¹⁶.

La identidad de metas se manifiesta como es lógico en que cada sector de actividad o, si se quiere, cada Poder del Estado necesita contar con los demás Poderes y órganos que lo integran. Quiere esto decir que no existen mundos estancos, sino ámbitos vinculados, sin perjuicio de la misión constitucional de cada uno. Esa vinculación se traduce en diferentes tipos de relación: *a)* Independencia sin relación posible (supuesto extremo, concretamente en la idea de respeto y no injerencia en la actividad de los otros poderes); *b)* Dependencia jerárquica entre sujetos pertenecientes a diferentes poderes «orgánicamente» pero funcionalmente vinculados (caso de la relación entre la Policía judicial y los órganos Jurisdiccionales), *c)* Relación de colaboración, necesaria y constitucionalmente asentada en la idea de unidad de fin. A partir de ello el sistema penal y procesal deben determinar, regular y, en su caso, reprimir el mal funcionamiento de la relación como consecuencia de la infracción de los deberes de subordinación-acatamiento o de colaboración. Por encima de ello, el Orden constitucional delimitará el ámbito de actuaciones necesariamente independientes y suministrará el criterio superior de interpretación de cualquier precepto penal o procesal ⁴¹⁷.

Dentro del delito de denegación de auxilio conviven conductas de muy diferentes significados. Obedece al deseo legal de prestar solidez y cobertura penal al deber de colaboración entre los diferentes sectores de la Administración pública y de ésta y los demás poderes entre sí ⁴¹⁸.

Los delitos de desobediencia y denegación de auxilio —especialmente este último— se construyen, naturalmente, partiendo de la organización interna de cada Poder y de sus relaciones con los demás Poderes del Estado. A estas dos infracciones han de añadirse las que contemplan eventuales intromisiones en los campos concernientes a los demás Poderes (usurpaciones de competencias judiciales, legislativas o administrativas). Estas dos últimas, claro está, no describen conflictos de jerarquía-obediencia o de falta de colaboración, sino violación de las parcelas privativas de un Poder por

416. G. QUINTERO OLIVARES, «La colaboración entre poderes y la denegación de auxilio», cit.

417. G. QUINTERO OLIVARES, «La colaboración entre poderes y la denegación de auxilio», cit.

418. G. QUINTERO OLIVARES, «Delitos contra la Administración pública. De la desobediencia y denegación de auxilio», cit., p. 1802.

miembros de otro. Tales casos se apartan del problema de la colaboración entre los distintos Poderes del Estado, pero, siquiera brevemente, indicaremos después sus aspectos más interesantes ⁴¹⁹.

El mentado precepto, ubicado dentro del título dedicado a los delitos contra la Administración Pública, sanciona la conducta de la autoridad o funcionario público que, requerido por autoridad competente, no prestare el auxilio debido a un servicio público; o cuando sea requerido por un particular para evitar un delito no prestare el auxilio solicitado. Puede convenirse que el tipo de injusto protege la adecuada realización por la Administración Pública de la constelación de funciones o actividades que el ordenamiento jurídico les confiere en aras a cumplir las finalidades prestacionales legalmente instituidas. La tutela inmediata se centra en el principio de coordinación administrativa; la tutela mediata se ciñe al respeto al principio de legalidad en el despliegue de la actividad pública.

El art. 412 del CP, dentro del título dedicado a los Delitos contra la Administración Pública, como constitutivo de un delito específico de denegación de auxilio, tipifica la conducta del funcionario público que, requerido por autoridad competente, no prestare el auxilio debido a un servicio público, agravando el desvalor del comportamiento cuando el requerido fuera una autoridad. El tipo de injusto, de carácter omisivo, trata de proteger la adecuada realización por la Administración del conjunto de funciones o actividades que el ordenamiento jurídico le confiere en aras de cumplir las finalidades prestacionales legalmente instituidas.

La denegación de auxilio es un delito de omisión pura que se satisface con sólo dejar de prestar la ayuda solicitada, con independencia de cuál sea la motivación del funcionario no coadyuvante. Su presupuesto radica en que la autoridad competente, judicial o no, dentro de la esfera de sus competencias y con las formalidades procedentes, dirija el oportuno requerimiento a un funcionario obligado por su cargo a colaborar en la ayuda pedida. La conducta, como en la desobediencia, puede consistir en una negativa explícita a atender la petición, o en el aparente acatamiento acompañado de la interposición tales dificultades que signifiquen la desatención de la solicitud ⁴²⁰.

419. G. QUINTERO OLIVARES, «La colaboración entre poderes y la denegación de auxilio», cit.

420. E. ORTS BERENGUER, «Consideraciones sobre los delitos de abandono de destino y omisión del deber de perseguir delitos y de desobediencia y denegación de auxilio», cit., pp. 337-360.

3.2.1. *Deber de colaboración. deber de auxilio*

En el delito de denegación de auxilio subyace el principio de colaboración entre los poderes del Estado y sus miembros. Ningún poder público puede actuar prescindiendo de los otros, ni tampoco puede estimar que los fines generales del interés público son de su exclusiva competencia. Esto supone la obligación de colaborar positivamente, por lo que, de no ser así, faltaría el sustrato normativo para la construcción de la antijuridicidad formal⁴²¹.

En el delito de denegación de auxilio, y como cuestión primordial, se parte de una relación jurídica *diferente de la de subordinación*. El que recibe la petición de ayuda o colaboración no está jerárquicamente subordinado a la otra persona, ni por razón de servicio ni por razón de función. Ello no obstante, la denegación de auxilio no se inspira, claro está, en la simple cortesía, sino que parte de otra especie de relación jurídicamente fundamentada y, por, tanto, generadora de deberes. En suma⁴²²:

- en la denegación de auxilio no hay jerarquía, porque si así fuera habría desobediencia;
- en la denegación de auxilio hay obligación, porque de lo contrario sería un delito inexplicable;
- ambos son delitos propios de la condición de funcionario, por lo tanto el auxilio recabado ha de ser prestado precisamente en razón de la función que se ejerce.

El citado delito se configura como figura de omisión y por tanto su comisión precisa de que se omita el auxilio que debería ser prestado por quien viniera obligado a ello por razón de su cargo.

Ahora bien, el delito que estamos tratando va más allá, pues además establece una garantía específica a los particulares, que obliga a la autoridad o funcionario que tenga establecida una competencia específica para evitar y perseguir delitos a actuar ante su requerimiento, colocando así la obligación administrativa y funcionarial dentro del amparo de la norma penal. De esta

421. G. QUINTERO OLIVARES, «Delitos contra la Administración pública. De la desobediencia y denegación de auxilio», cit., p. 1802.

422. G. QUINTERO OLIVARES, «La colaboración entre poderes y la denegación de auxilio», cit.

forma la autoridad o el funcionario se coloca en una clara posición de garante.

3.2.2. *Objeto de la colaboración. fundamento del deber*

El fundamento positivo del deber de colaborar, además de su base constitucional (art. 103 CE), está referenciado en otras leyes concretas ⁴²³. En este sentido, todas las personas y entidades públicas y privadas están obligadas a prestar, en la forma que la ley establezca, la colaboración requerida por los Jueces y Tribunales en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto, con las excepciones que establezcan la CE y las leyes, y sin perjuicio del resarcimiento de los gastos y del abono de las remuneraciones debidas que procedan conforme a la ley (art. 17.1 LOPJ). Asimismo, las Administraciones Públicas, las Autoridades y funcionarios, las Corporaciones y todas las entidades públicas y privadas, y los particulares, respetarán y, en su caso, cumplirán las sentencias y las demás resoluciones judiciales que hayan ganado firmeza o sean ejecutables de acuerdo con las leyes (art. 17.2 LOPJ).

Además, la garantía de la seguridad ciudadana se encomienda, junto con la protección del libre ejercicio de los derechos y libertades, a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad por el artículo 104 CE y, del mismo modo, por el artículo 11.1.e), f) y g) de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad ⁴²⁴. Por ello, es un principio básico de actuación de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad el de colaborar con la Administración de Justicia y auxiliarla en los términos establecidos en la Ley [art. 5.1.e) LO 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad].

La denegación de auxilio no requiere «especiales requisitos de forma en la demanda de colaboración», que se instrumentará en el modo jurídico-formal exigido por las leyes correspondientes.

3.2.3. *Jerarquía y auxilio*

En la denegación de auxilio no hay jerarquía, pues si así fuera habría desobediencia. En la denegación hay, lógicamente, obligación de actuar,

423. G. QUINTERO OLIVARES, «Delitos contra la Administración pública. De la desobediencia y denegación de auxilio», cit., p. 1803.

424. E. DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, «La policía judicial y la seguridad ciudadana», en *Revista del Poder Judicial*, núm. 31, septiembre de 1993, pp. 107-122.

pues de lo contrario estaríamos ante un delito inexplicable. Ambos son delitos de funcionarios, por lo que el auxilio recabado hubiera debido ser prestado precisamente en razón de la función que se ejerce⁴²⁵. Así pues, debemos considerar que en estos supuestos lo que existe es una relación jurídica de colaboración⁴²⁶.

3.3. *Exigibilidad del auxilio*

El que recibe la petición de colaboración no debe poner en duda la legalidad o procedencia de lo solicitado, aunque deberá constatar que la solicitud procede de quien tiene competencia para formularla. Pero puede también valorar la propia capacidad para atender la petición, ya sea por faltar plenamente a esa capacidad, ya por estar el requerido vinculado por una relación de jerarquía que no puede soslayar y que le impida sustraerse a la previa autorización para actuar. De ello se deriva que la demanda de auxilio y la ilícita denegación del mismo deben contar con un presupuesto lógico, que, en términos jurídico-penales, se escinden en dos: presupuesto para la conducta típica y exigibilidad de una conducta por parte del requerido. La posibilidad teórica de que las posiciones jurídicas del que demanda ayuda y del que recibe la solicitud sean parigualmente legítimas desaconseja que se puedan establecer, *a priori*, reglas fijadoras de prioridades absolutas⁴²⁷.

3.4. *Conducta típica*

Este delito exige para su comisión el previo requerimiento de la autoridad competente, que la cooperación pedida sea exigible y que el sujeto activo del delito deje de prestarla con conocimiento de la existencia de una obligación de respuesta enmarcada en su caso dentro de una buena fe mínimamente exigible, como establece la STS de 28 de junio de 1990⁴²⁸.

425. G. QUINTERO OLIVARES, «Delitos contra la Administración pública. De la desobediencia y denegación de auxilio», cit., p. 1803.

426. M. P. OTERO GONZÁLEZ, *Justicia y secreto profesional*, 2001.

427. G. QUINTERO OLIVARES, «Delitos contra la Administración pública. De la desobediencia y denegación de auxilio», cit., p. 1804.

428. STS (Sala de lo Penal) de 28 junio de 1990, Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Manzanares Samaniego (RJ 1990\5732).

El delito de denegación de auxilio exige en el plano objetivo una actuación omisiva, de clara y pertinaz resistencia al incumplimiento de las diligencias solicitadas, y en el plano subjetivo, una actitud dolosa directa integrada por el consciente y malicioso propósito de no prestar la cooperación jurisdiccional requerida. La ausencia de dolo directo determina que no quepa apreciar el delito de denegación de auxilios en supuestos en que la inejecución procede de error, olvido o nula inteligencia, y no responde a una falta de intencionalidad (STS de 6 de marzo de 1987⁴²⁹, 12 de marzo de 1989, 15 de febrero de 1990, y 5 de diciembre de 1990)⁴³⁰.

El tipo de denegación de auxilio no exige, ni lo ha exigido nunca, que la no prestación de la cooperación debida sea reiterada, ni siquiera que la negativa sea abierta, a diferencia del tipo de la desobediencia.

Este delito según la Jurisprudencia, en su tipificación con el anterior CP (no muy abundante, y menos desde que este tipo ha quedado solapado por los de omisión del deber de impedir determinados delitos y omisión del deber de socorro) es un delito eminentemente intencional (Sentencia de 22 de marzo de 1986)⁴³¹, carácter intencional o doloso reforzado por el CP (donde, según su artículo 12, «las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley», y el artículo 412 no tipifica expresamente ninguna conducta imprudente o negligente), quedando por ello excluidas las conductas que se deban a mera negligencia o al convencimiento de no tener obligación de cumplir lo requerido (Sentencia de 2 de enero de 1883).

Por ello, es preciso, para dotar de contenido a su tipo subjetivo, que el autor conozca la situación típica que genera el deber de actuar y, no obstante tal conocimiento, decida no realizar la acción exigida por el ordenamiento jurídico teniendo capacidad para realizarla. Ahora bien, el conocimiento puede responder a cualquiera de las modalidades cognitivas reconocidas en nuestra dogmática penal (dolo directo, dolo eventual) siempre que concurren las notas jurídicas que permitan sostener que el destinatario del mandato normativo tuvo el control funcional sobre el proceso de no realización de la conducta debida.

429. STS Sala 2.ª, S. de 6 de marzo de 1987. Pte: Barbero Santos, Marino (EDE 1987/1821).

430. STS Sala 2.ª, S. de 27 de marzo de 1998, núm. 1371/1997, rec. 808/1997. Pte: Marañón Chávarri, José Antonio (EDE 1998/2338).

431. STS (Sala de lo Penal) de 22 de marzo de 1986, Ponente: Excmo. Sr. D. José Hermenegildo Moyna Mengües (RJ 1986\1683).

3.5. *Requerimiento a autoridades, jefes o responsables de fuerzas de seguridad o agentes de las mismas*

El número 2 establece una calificación para aquellos supuestos en los que el requerido tenga la condición de autoridad o ejerza responsabilidades de mando sobre Fuerzas de Seguridad o sea agente de las mismas. El fundamento de la calificación parece ser, de una parte, la idea de que las autoridades tienen un deber especial de garantizar la colaboración entre poderes, misión que contribuyen a realizar sus subordinados, aunque no tengan públicamente ese deber. En cuanto a las Fuerzas de Seguridad y sus agentes, cabe suponer que la reclamación de su ayuda se producirá siempre y, dados los medios coercitivos de que disponen, en situaciones de especial gravedad o urgencia⁴³².

La denegación de auxilio debe responder al deber específico de colaboración concretado en la norma, y el órgano requerido no puede nunca cuestionar la legalidad o procedencia de lo solicitado, siempre que el órgano requirente sea competente para exigir la colaboración, y lo pedido se corresponda con las misiones legalmente atribuidas a uno y otro órganos, requirente y requerido, con independencia de las motivaciones de este segundo para omitir lo que debiera ejecutar.

3.6. *Requerimiento de auxilio hecho por particulares*

El fundamento de la tipificación de la conducta difiere claramente de la anterior. Existe una base constitucional para entender que existe un deber de servicio de la Administración hacia los ciudadanos y sobre ello no puede existir dudas. El problema es determinar los presupuestos que deben darse para que quepa apreciar una denegación de auxilio punible⁴³³.

El auxilio, como se desprende del tenor literal, debe estar dirigido a la evitación de un delito, diferenciándose las penas que se impongan según el tipo de delito susceptible de evitar, de esta forma podemos hablar de:

1. La autoridad o funcionario público que, requerido por un particular a prestar algún auxilio a que venga obligado por razón de su cargo para

432. G. QUINTERO OLIVARES, «Delitos contra la Administración pública. De la desobediencia y denegación de auxilio», cit., p. 1805.

433. G. QUINTERO OLIVARES, «Delitos contra la Administración pública. De la desobediencia y denegación de auxilio», cit., p. 1803.

evitar un delito contra la vida de las personas, se abstuviera de prestarlo, será castigado con la pena de multa de dieciocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años.

2. Si se tratase de un delito contra la integridad, libertad sexual, salud o libertad de las personas, será castigado con la pena de multa de doce a dieciocho meses y suspensión de empleo o cargo público de uno a tres años.

3. En el caso de que tal requerimiento lo fuera para evitar cualquier otro delito u otro mal, se castigará con la pena de multa de tres a doce meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años.

En este punto debemos preguntarnos hasta dónde puede llegar el tipo, dado que la última parte del precepto no sólo obliga a evitar un delito, sino cualquier «otro mal».

Infidelidad en la custodia de documentos. Violación de secretos

1. Planteamiento general

1.1. *La intimidad desde una perspectiva constitucional*

El art. 18 de la CE establece:

1. *Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.*
2. *El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.*
3. *Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.*
4. *La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.*

El art. 18 de la CE consagra una pluralidad de derechos cuya finalidad última es proteger la vida privada⁴³⁴. Actualmente, en el marco del Estado social y democrático de Derecho, el honor, la intimidad y la propia imagen son derechos que disponen de substantividad propia. No obstante, las más de las veces, la interrelación entre ellos exige a los diversos operadores jurí-

434. L. M. Díez-PICAZO, *Sistema de Derechos Fundamentales*, Madrid, 2003, p. 253.

dicos —en especial, los órganos jurisdiccionales— un análisis conjunto y unitario a fin de resolver satisfactoriamente los conflictos planteados. Por otra parte, los derechos de la personalidad son en esencia derechos fundamentales derivados de la dignidad humana. A pesar de algunas reticencias doctrinales de orden marginal, no hay duda de que hoy ya resulta del todo insuficiente abordar el planteamiento acerca de estos derechos únicamente desde la lógica iusprivatista. Su dimensión constitucional resulta evidente y es resultado de un proceso de institucionalización normativa de la intervención estatal con fines garantistas, en ámbitos de la actividad individual y la vida privada de la persona. Sobre este particular, el constitucionalismo más reciente ofrece ejemplos ilustrativos de los que se ha hecho eco el texto español. La dimensión constitucional de los derechos de la personalidad exige una doble garantía para la persona; concretamente, en su aspecto pasivo, esta garantía ha de ofrecer capacidad de reacción ante intromisiones ilegítimas sobre el ámbito de los derechos constitucionalmente protegidos, producidas como consecuencia de la acción de poderes públicos o de particulares; en su aspecto activo, el ordenamiento ha de prever también instrumentos específicos para, en la medida de lo posible, restaurar el pleno ejercicio de los derechos lesionados⁴³⁵.

El valor o bien jurídico protegido por el derecho a la intimidad es un «ámbito propio y reservado» de las personas, cuya efectiva existencia es necesaria para alcanzar una «calidad mínima de vida humana» (STC 231/1988)^{436, 437}. Ya Martín Mateo⁴³⁸ señaló que pocos términos son hoy tan frecuentemente manejados como el de la calidad de vida, que luce invariablemente en los discursos políticos y es también de corriente utilización en los medios de información e incluso en las expresiones coloquiales. Es improbable que sujeto alguno de los que actualmente componen la Humanidad estime que debe renunciar a estos gratificantes objetivos, que también se plantean quienes para sí o para todos, en aras de superiores ideales o místicas aspiraciones, renuncian a las satisfacciones hedonísticas corrientes, o simplemente abdican de consumos placenteros pero nocivos.

435. M. CARRILLO LÓPEZ, «El Derecho a la propia imagen del art. 18.1 de la CE», en *Cuadernos del Poder Judicial, Honor, intimidad y propia imagen*, 1993, pp. 53-90.

436. STC Sala 2.ª, sec. 4.ª, S. de 2 de diciembre de 1988, núm. 231/1988, rec. 1247/1986, BOE 307/1988, de 23 de diciembre de 1988. Pte: López Guerra, Luis (EDE 1988/547).

437. L. M. Díez-PICAZO, *Sistema de Derechos Fundamentales*, cit., p. 254.

438. R. MARTÍN MATEO, «La calidad de vida como valor jurídico», en *Revista de Administración Pública*, núm. 117, septiembre-diciembre de 1988, p. 51.

Debemos, pues, preguntarnos cuándo y por qué se ha difundido con tanto éxito esta dimensión vital que ha dejado de ser un posicionamiento individual, para integrarse en las políticas de todos los Gobiernos del mundo, aunque los juristas por cierto hayan dedicado hasta la fecha a este tema escasa atención.

Este ámbito de la intimidad, que ha de quedar oculto a la mirada de los demás, viene dado por las cuestiones de índole personal y familiar. Es en este sentido en el que cabe afirmar que el derecho a la intimidad encarna el aspecto central dentro de la protección constitucional de la vida privada; lo que significa, de alguna manera, que la intimidad es el derecho genérico en esta materia, mientras que los otros derechos mencionados en el art. 18 de la CE hacen referencia a aspectos específicos de la vida privada ⁴³⁹.

Pero la interpretación de la dignidad no puede hacerse a partir de criterios irreductibles, basados en la exclusiva y subjetiva apreciación de la parte interesada como si de un ámbito cerrado a cal y canto se tratase. El significado de los derechos de la personalidad no puede fundamentarse sólo en la particular y siempre legítima noción que de los mismos tengan —a veces en un breve espacio de tiempo— sus propios titulares. En este sentido, la dogmática iusprivatista configurada en el marco del Estado liberal representativo no es aceptable en la medida de que su planteamiento se ha fundamentado en reducir al titular propietario del derecho, el monopolio de la interpretación del contenido del mismo, independientemente del entorno social y de los derechos de otros sujetos, especialmente de la libertad de expresión y el derecho a la información en una sociedad democrática. Los derechos de la personalidad han sido concebidos en términos muy reductivos, como una forma más de propiedad privada inexpugnable e insensible a principios y valores de orden general ⁴⁴⁰.

Titulares del derecho a la intimidad son los seres humanos, incluidos los extranjeros. El derecho a la intimidad consiste, esencialmente, en la facultad de excluir del conocimiento ajeno cualesquiera hechos comprendidos dentro del ámbito propio y reservado de la persona. Aquí el problema es determinar cuál es el alcance exacto de la esfera privada y, por consiguiente, qué son intromisiones ilícitas en la intimidad ⁴⁴¹.

439. L. M. Díez-PICAZO, *Sistema de Derechos Fundamentales*, cit., p. 254.

440. M. CARRILLO LÓPEZ, «El Derecho a la propia imagen del art. 18.1 de la CE», cit., pp. 53-90.

441. L. M. Díez-PICAZO, *Sistema de Derechos Fundamentales*, cit., p. 254.

La Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen considera que tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por dicha Ley (art. 7):

1. El emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas.

2. La utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción.

3. La divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo.

4. La revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela.

5. La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el art. 8.2.

6. La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga.

7. La divulgación de expresiones o hechos concernientes a una persona cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena.

En cambio, no se reputará, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante (art. 8.1). En particular, el derecho a la propia imagen no impedirá (art. 8.2):

a) Su captación, reproducción o publicación por cualquier medio cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público.

b) La utilización de la caricatura de dichas personas, de acuerdo con el uso social.

c) La información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesoria.

Las excepciones contempladas en los párrafos a) y b) no serán de aplicación respecto de las autoridades o personas que desempeñen funciones que por su naturaleza necesiten el anonimato de la persona que las ejerza.

El problema es que dicha norma se refiere a relaciones civiles, por lo que no cabe afirmar su aplicación indiscriminada cuando la invasión de la esfera privada proviene de los poderes públicos⁴⁴². Así, a la hora de delimitar el alcance de la esfera privada, el legislador no ha sido, hasta la fecha, de gran utilidad⁴⁴³.

1.1.1. El derecho al honor⁴⁴⁴

El derecho al honor no aparece entre los derechos garantizados por el Convenio Europeo de Derechos Humanos⁴⁴⁵, sino que simplemente se recoge como mero límite a la libertad de expresión en el segundo párrafo del artículo 10 CEDH bajo la expresión 'reputación ajena'. Ha sido desde esa dimensión de límite a esta libertad desde la que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha ido elaborado una jurisprudencia sobre el derecho al honor que merece ser estudiada por su importancia⁴⁴⁶.

El honor es un término metajurídico, de difícil definición, variable según épocas y lugares. En la doctrina se habla de una concepción objetiva en la que el honor se identifica con la buena reputación y una concepción subjetiva de honor como pretensión individual de autoestima. De Cupis⁴⁴⁷, unificando ambas, define el honor como «el íntimo valor del hombre, la

442. Caso de la revelación de datos de carácter personal en el ámbito sanitario.

443. L. M. DÍEZ-PICAZO, *Sistema de Derechos Fundamentales*, cit., pp. 254-255.

444. C. ROGEL VIDE, «El Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y las libertades de expresión e información en la jurisprudencia del tribunal supremo y en la del Tribunal Constitucional», en *Revista del Poder Judicial*, núm. 22, junio de 1991, pp. 81-112.

445. En adelante, el CEDH.

446. A. H. CATALÀ I BAS, «El Derecho al honor en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en *Revista del Poder Judicial*, núm. 62, segundo trimestre de 2001, pp. 13-42.

447. A. DE CUPPIS, «Il diritto della personalità», vol. IV, *Tratatto di Diritto Civile e Commerciale*, 2.^a ed. Milán, 1992, pp. 32 y ss.

estima de los terceros o bien la consideración social, el buen nombre o buena fama, así como el sentimiento o consciencia de la propia dignidad»⁴⁴⁸.

Así, el TC se ha referido expresamente a la imposibilidad de encontrar una definición del mismo en el propio ordenamiento jurídico (STC 223/92)⁴⁴⁹. Se trata, sin duda, de un concepto dependiente de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento (STC 185/89)⁴⁵⁰, que encaja, por tanto, sin dificultad en la categoría jurídica conocida por la denominación de conceptos jurídicos indeterminados (STC 223/92⁴⁵¹)⁴⁵².

Por lo que respecta al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no existe una definición de honor en su jurisprudencia, hecho que no nos ha de extrañar pues el Tribunal de Estrasburgo no se ha preocupado especialmente de dar definiciones de los diferentes valores, derechos o límites recogidos en el CEDH. Se debe advertir, ello no obstante, que tanto CEDH como Tribunal Europeo de Derechos Humanos no hablan propiamente de honor, sino de reputación ajena, con lo que parece primar la dimensión objetiva o externa de sentimiento, consideración o estima que los demás tienen de una persona. De esta manera, en la reputación comercial y profesional, en varias ocasiones amparada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, prima esta dimensión objetiva en la medida que lo trascendente es la opinión que tenga el público del profesional o de la empresa⁴⁵³.

Más concretamente, y acudiendo al Diccionario de la Real Academia Española, el TC ha declarado que el honor es la buena reputación (con-

448. A. H. CATALÀ I BAS, «El Derecho al honor en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», cit., pp. 13-42.

449. STC Sala 1.ª, S. de 14 de diciembre de 1992, núm. 223/1992, rec. 653/1989, BOE 16/1993, de 19 de enero de 1993. Pte: Mendizábal Allende, Rafael de (EDE 1992/12332).

450. STC Sala 2.ª, S. de 13 de noviembre de 1989, núm. 185/1989, rec. 1422/1987, BOE 290/1989, de 4 de diciembre de 1989. Pte: Rodríguez Bereijo, Álvaro (EDE 1989/10112).

451. STC Sala 1.ª, S. de 14 de diciembre de 1992, núm. 223/1992, rec. 653/1989, BOE 16/1993, de 19 de enero de 1993. Pte: Mendizábal Allende, Rafael de (EDE 1992/12332).

452. C. CHINCHILLA MARÍN, «El Derecho al Honor en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *Cuadernos del Poder Judicial, Honor, intimidad y propia imagen*, 1993, pp. 105-148.

453. A. H. CATALÀ I BAS, «El Derecho al honor en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», cit., pp. 13-42.

cepto utilizado por el Tratado de Roma), la cual —como la fama y aun la honra— consiste en la opinión que las gentes tienen de una persona —buena o positiva— si no va acompañada de adjetivo alguno. Si éste es el anverso de la noción de honor —ha manifestado el Tribunal Constitucional— en el reverso están el deshonor, la deshonra o la difamación, lo difamante (STC 223/92)⁴⁵⁴. Con independencia de que el contenido del derecho al honor sea fluido y cambiante, esto es, dependiente de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento, puede decirse, con el Tribunal Constitucional, que el denominador común de todos los ataques o intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección de este derecho es el desmerecimiento en la consideración ajena (art. 7.7, LO 1/1982), como consecuencia de expresiones proferidas en descrédito o menosprecio de alguien, o que fueren tenidas en el concepto público por «afrentosas» (STC 223/92)⁴⁵⁵⁴⁵⁶.

El valor o bien jurídico protegido por el derecho al honor es el aprecio social, la buena fama, la reputación; en una palabra, el merecimiento a los ojos de los demás. El derecho al honor es, así, el derecho a que otro no condicione negativamente la opinión que los demás hayan de formarse de nosotros (STC 49/2001)⁴⁵⁷⁴⁵⁸.

Debe subrayarse cómo el TC ha llamado la atención sobre la doble perspectiva desde la que debe contemplarse correctamente el honor. Así, ha manifestado (SSTC 104/1986⁴⁵⁹, 85/1992⁴⁶⁰ y STC 336/1993)⁴⁶¹ que

454. STC Sala 1.ª, S. de 14 de diciembre de 1992, núm. 223/1992, rec. 653/1989, BOE 16/1993, de 19 de enero de 1993. Pte: Mendizábal Allende, Rafael de (EDE 1992/12332).

455. STC Sala 1.ª, S. de 14 de diciembre de 1992, núm. 223/1992, rec. 653/1989, BOE 16/1993, de 19 de enero de 1993. Pte: Mendizábal Allende, Rafael de (EDE 1992/12332).

456. C. CHINCHILLA MARÍN, «El Derecho al Honor en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», cit., pp. 105-148.

457. STC Sala 2.ª, S. de 26 de febrero de 2001, núm. 49/2001, rec. 881/1997, BOE 77/2001, de 30 de marzo de 2001. Pte: Jiménez Sánchez, Guillermo (EDE 2001/317).

458. L. M. Díez-PICAZO, *Sistema de Derechos Fundamentales*, cit., p. 264.

459. STC Sala 1.ª, S. de 17 de julio de 1986, núm. 104/1986, rec. 909/1985, BOE 193/1986, de 13 de agosto de 1986. Pte: Tomás y Valiente, Francisco (EDE 1986/104).

460. STC Sala 2.ª, S. de 8 de junio de 1992, núm. 85/1992, rec. 1105/1989, BOE 1816/1992, de 1 de julio de 1992. Pte: Díaz Eimil, Eugenio (EDE 1992/5974).

461. STC Sala 2.ª, S. de 15 de noviembre de 1993, núm. 336/1993, rec. 1500/1991, BOE 295/1993, de 10 de diciembre de 1993. Pte: González Campos, Julio Diego (EDE 1993/10281).

el derecho al honor no sólo es un límite a las libertades del art. 20.1.a) y d) CE, expresamente citado como tal en el apartado 4 del mismo artículo, sino que también es, en sí mismo considerado, un derecho fundamental⁴⁶².

Tradicionalmente se ha considerado que el derecho al honor, íntimamente ligado a la dignidad de la persona, era atribuible exclusivamente a las personas físicas. Ello no obstante, es de destacar la evolución de este concepto, que ha terminado siendo reconocido en favor de los colectivos y de las personas jurídicas⁴⁶³.

Con relación a las personas físicas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos distingue entre las privadas y las públicas. El Tribunal advierte que cualquier persona tiene derecho a la vida privada o a la reputación, si bien en la condición subjetiva de la persona, ser pública o privada, puede derivar un mayor grado de injerencia en sus derechos de la personalidad. En la STEDH Lingsens de 8 de julio de 1986 claramente señalará que los personajes públicos han de soportar una mayor injerencia en estos derechos que los meros particulares⁴⁶⁴:

«Los límites de la crítica permitida son más amplios con relación a un político considerado como tal que cuando se trata de un mero particular.

El primero, a diferencia del segundo, se expone, inevitable y deliberadamente, a una fiscalización atenta de sus actos y gestos, tanto por los periodistas como por la multitud de ciudadanos, y por ello tiene que mostrarse más tolerante. Ciertamente, el artículo 10.2 permite proteger la reputación ajena, es decir, la de todos. El político disfruta también de esta protección, incluso cuando no actúa en el marco de su vida privada, pero en este caso las exigencias de esta protección deben equilibrarse con los intereses de la libre discusión de las cuestiones políticas».

En este punto debemos concluir que el contenido del derecho al honor es problemático, porque la determinación, en concreto, de cuándo se lesiona el aprecio social, la buena fama o la reputación ha de hacerse necesariamente por remisión a «pautas sociales generalmente aceptadas» (STC

462. C. CHINCHILLA MARÍN, «El Derecho al Honor en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», cit., pp. 105-148.

463. A. H. CATALÀ I BAS, «El Derecho al honor en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», cit., pp. 13-42.

464. A. H. CATALÀ I BAS, «El Derecho al honor en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», cit., pp. 13-42.

185/1989)⁴⁶⁵ y, como es obvio, ello comporta un margen de apreciación subjetiva⁴⁶⁶.

1.1.2. El derecho a la intimidad personal y familiar⁴⁶⁷

El concepto convencional de «vida privada» (*vie privée* o *private life*) debe ser considerado equivalente o, incluso, indistinguible del concepto de intimidad personal utilizado por la CE en su art. 18, salvando, eso sí, las posibles diferencias interpretativas que pudieran resultar de la existencia de dos órganos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el TC encargados, en último término, de asegurar el respeto del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de la CE respectivamente. Tales diferencias interpretativas difícilmente podrían alcanzar proporciones importantes, ni tampoco subsistir durante largos periodos de tiempo por mor de la función integradora entre ambos órdenes jurídicos, convencional y constitucional, que realiza el art. 10.2 CE. Pues bien, etimológicamente, *intimus* no es sino el superlativo del término latino *interior*. Así, lo íntimo vendría a ser el ámbito más interno de la persona. La persona posee vida interior porque no puede comunicar todo su ser al mundo externo. Ese mundo interno personal, tan amplio como inabarcable en su multiplicidad, es la raíz originaria de la que nacen las exigencias de la intimidad. Si las exigencias de la dignidad humana se nos presentan como incondicionales, especialmente puede predicarse tal cualidad de las que provienen del ámbito íntimo. Sólo la persona es capaz de intimidad porque sólo ella es capaz de interioridad, y en tal sentido el ámbito íntimo es la representación más palpable del carácter personal del hombre⁴⁶⁸.

La reflexión sobre el concepto del derecho a la intimidad debe partir necesariamente de las elaboraciones que, en el marco del pensamiento político liberal, configuran la vida privada como una esfera que debe regirse por la

465. STC Sala 2.ª, S. de 13 de noviembre de 1989, núm. 185/1989, rec. 1422/1987, BOE 290/1989, de 4 de diciembre de 1989. Pte: Rodríguez Bereijo, Álvaro (EDE 1989/10112).

466. L. M. Díez-PICAZO, *Sistema de Derechos Fundamentales*, cit., p. 265.

467. C. ROGEL VIDE, «El Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y las libertades de expresión e información en la jurisprudencia del tribunal supremo y en la del Tribunal Constitucional», cit., pp. 81-112.

468. M. LEZERTUA RODRÍGUEZ, «El Derecho a la vida privada y familiar en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en *Cuadernos del Poder Judicial, Perfiles del Derecho constitucional a la vida privada y familiar*, 1996, pp. 49-98.

autonomía individual y en la que el Estado debe abstenerse de intervenir si no es para asegurar el respeto por parte de todos a ese ámbito de la personalidad. Es importante arrancar de esos presupuestos, pues, al margen de la existencia anterior de manifestaciones concretas de lo que, después, se va a conocer como intimidad, es a partir de los movimientos revolucionarios de los siglos XVII y XVIII ⁴⁶⁹ cuando va a adquirir un significado distinto, del mismo modo que cobrará un sesgo diferente la percepción que de la libertad se había venido manteniendo desde los orígenes en la antigüedad clásica ⁴⁷⁰.

La recepción constitucional del derecho a la intimidad es muy reciente. En Europa fue la Constitución portuguesa de 1976 la primera que se hizo eco de él en su art. 26.1. Después, la española de 1978, en su art. 18.1. Fuera de estos dos casos –y, al margen de diversas Constituciones americanas– solamente quedaban los documentos internacionales: la Declaración Universal de 1948 (art. 12), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (art. 17.1) y la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 (art. 8.1). Simultáneamente, en los demás ordenamientos la inexistencia de un reconocimiento constitucional expreso de este derecho se ha visto compensada por su incardinación en otros preceptos, como, por el ejemplo, el art. 2 de la Ley Fundamental de Bonn o el art. 2 de la Constitución italiana, y por su regulación legislativa y jurisprudencial. En nuestro país, como hemos visto, el art. 18 del texto constitucional reconoce el derecho a la intimidad personal y familiar en su apartado primero. Luego en el apartado cuarto encomienda a la ley la limitación del uso de la informática para garantizar, entre otras cosas, la intimidad personal y familiar. Además el art. 20.4 erige a la intimidad en límite de los derechos en él reconocidos. En fin, el art. 105.b), al demandar de la ley la regulación del acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, excluye del público conocimiento «lo que afecte a la intimidad de las personas». Por lo demás, la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones, tradicionales formas de proteger la vida privada, integran los otros dos apartados del art. 18 ⁴⁷¹.

469. Vid. L. PAREJO ALFONSO, «El Derecho fundamental a la intimidad y sus restricciones», en *Cuadernos del Poder Judicial, Perfiles del Derecho constitucional a la vida privada y familiar*, 1996, pp. 11-48.

470. P. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, «El Derecho a la intimidad», en *Cuadernos del Poder Judicial, Honor, intimidad y propia imagen*, 1993, pp. 9-61.

471. P. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, «El Derecho a la intimidad», cit., pp. 9-61.

El art. 18 de la CE aborda la intimidad —como luce en la utilización del verbo ‘garantizar’— desde la perspectiva negativa tradicional de las libertades públicas y para constituir un espacio libre de incidencia y, por tanto, resistente a la acción del poder público y de la misma sociedad (terceros); espacio referido, naturalmente, a la persona y configurado como derecho fundamental, con las consecuencias que de ello se derivan según el art. 53.1 y 2 CE ⁴⁷²:

1. Contenido directamente declarado por la norma fundamental, que, en calidad de «esencial», es intangible para los poderes públicos constituidos, incluso y especialmente para el legislador parlamentario.

2. Reserva de Ley en sentido formal; Ley, que ha de ser orgánica (art. 81.1 CE) cuando se trate de su regulación frontal en términos de «desarrollo» de la norma fundamental, pero que puede ser una Ley ordinaria cuando dicha regulación es simplemente tangencial o de «afección» (conforme a doctrina constitucional bien establecida por el Tribunal Constitucional).

3. Protección jurídica acorde con su posición preferente en el ordenamiento jurídico y que se traduce en su tutela judicial reforzada (amparo), tanto en sede de la dispensada por los jueces y tribunales integrantes del poder judicial, como en la específica constitucional.

Así luce claramente en el énfasis con el que en el art. 20.4 CE se destaca luego la intimidad como límite a los derechos fundamentales en este otro precepto reconocidos y lo entiende, en todo caso, la doctrina del TC (SSTC 170/1987 ⁴⁷³; 107/1988 ⁴⁷⁴; 231/1988 ⁴⁷⁵ y 214/1991) ⁴⁷⁶. Quiere decirse, pues, que en el art. 18 CE, como por lo demás en los que configuran libertades o derechos públicos fundamentales, se expresa una opción

472. L. PAREJO ALFONSO, «El Derecho fundamental a la intimidad y sus restricciones», cit., pp. 11-48.

473. STC Sala 2.ª, S. de 30 de octubre de 1987, núm. 170/1987, rec. 383/1986, BOE 279/1987, de 21 de noviembre de 1987. Pte: García-Mon y González-Reguer, Fernando (EDE 1987/170).

474. STC Sala 1.ª, S. de 8 de junio de 1988, núm. 107/1988, rec. 57/1987, BOE 152/1988, de 25 de junio de 1988. Pte: Díaz Eimil, Eugenio (EDE 1988/423).

475. STC Sala 2.ª, sec. 4.ª, S. de 2 de diciembre de 1988, núm. 231/1988, rec. 1247/1986, BOE 307/1988, de 23 de diciembre de 1988. Pte: López Guerra, Luis (EDE 1988/547).

476. STC Sala 1.ª, S. de 11 de noviembre de 1991, núm. 214/1991, BOE 301/1991, de 17 de diciembre de 1991. Pte: Gimeno Sendra, Vicente (EDE 1991/10668).

básica en la articulación de las esferas pública y privada, es decir, fundante del orden social y político en su conjunto, mediante la atribución al ciudadano, es decir, al individuo, a la persona, de un determinado y cualificado poder jurídico de disposición sobre el espacio acotado por el propio precepto. El contenido de éste forma parte indudablemente, pues, de los derechos inviolables que, conforme al art. 10.1 CE, son inherentes a la dignidad de la persona y, por ello, indispensables para el libre desarrollo de la personalidad de ésta, formando parte, en consecuencia, del fundamento del orden político y de la paz social. En consecuencia, lo esencial es que el entero contenido normativo del precepto constitucional es reductible a la intimidad como bien jurídico autónomo, siendo secundario si en su articulación jurídica subjetiva se traduce en un único derecho fundamental de contenido complejo o en varios derechos fundamentales (en concreto, además del relativo a la intimidad personal y familiar, cuando menos los derechos al honor y a la propia imagen). Pues en todo caso es claro que la totalidad del espacio reservado por el artículo 18 CE al poder jurídico de disposición exclusiva de cada persona puede hacerse operativa en la vida jurídica con el carácter y alcance de un derecho fundamental⁴⁷⁷.

El derecho a la intimidad personal y familiar se extiende no sólo a aspectos de la vida propia y personal, sino también a determinados aspectos de la vida de otras personas con las que se guarde una especial y estrecha vinculación, como es la familiar. No cabe dudar de que ciertos eventos, que pueden ocurrir a padres, cónyuges o hijos, tienen normalmente, y dentro de las pautas culturales de nuestra sociedad, tal trascendencia para el individuo que su indebida publicidad o difusión inciden directamente en la propia esfera de la personalidad, por lo que existe al respecto un derecho propio y no ajeno a la intimidad –STC 231/1988⁴⁷⁸⁻⁴⁷⁹.

De este modo, el propio cuerpo, la salud, la sexualidad, incluyendo la vida conyugal y la procreación, las relaciones paterno-filiales y, en general, familiares, los recuerdos personales y la propia muerte forman parte del núcleo de la intimidad. También puede considerarse que deberían inte-

477. L. PAREJO ALFONSO, «El Derecho fundamental a la intimidad y sus restricciones», cit., pp. 11-48.

478. STC Sala 2.ª, sec. 4.ª, S. de 2 de diciembre de 1988, núm. 231/1988, rec. 1247/1986, BOE 307/1988, de 23 de diciembre de 1988. Pte: López Guerra, Luis (EDE 1988/547).

479. C. ROGEL VIDE, «El Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y las libertades de expresión e información en la jurisprudencia del tribunal supremo y en la del Tribunal Constitucional», cit., pp. 81-112.

grarlo las convicciones religiosas y morales, pero ya son objeto de protección específica a través del derecho fundamental a la libertad de conciencia. Por esa razón no es necesario insistir más sobre ello ⁴⁸⁰.

Según la STC 231/1988 ⁴⁸¹, «una vez fallecido el titular (...) y extinguida su personalidad —según determina el art. 32 del CC— (...) lógicamente desaparece también el mismo objeto de protección constitucional, que está encaminada a garantizar (...) un ámbito vital reservado que con la muerte deviene inexistente»; aunque, diversamente, la STS de 7 de marzo de 1988 señala que «la memoria de una persona fallecida constituye una prolongación de su personalidad» ⁴⁸².

1.1.3. El derecho a la propia imagen ⁴⁸³

El reconocimiento por la CE de los derechos de la personalidad se inserta en la lógica del constitucionalismo más reciente, en el que confluyen la tradición liberal de los derechos de libertad junto a las aportaciones de la tradición socialista incorporada a través de los derechos de prestación. Ambas influencias aparecen hoy, en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho, como dos ámbitos que lejos de excluirse se complementan. Significa ello que, incluso, los derechos de la personalidad (derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y, por supuesto, el derecho a la propia imagen), aun siendo primariamente derechos pertenecientes al ámbito individual y de la vida privada de las personas, requieren en mayor o menor medida la intervención de los poderes públicos a fin de asegurar el efectivo ejercicio por sus legítimos titulares. Así, desde las primeras resoluciones tras su constitución, la jurisprudencia del TC ha puesto de relieve la doble naturaleza objetiva y subjetiva de los derechos fundamentales a fin de subrayar la nueva dimensión que ostentan en el modelo de Estado diseñado por la CE. Dimensión que demanda de los poderes públicos una actividad fun-

480. P. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, «El Derecho a la intimidad», cit., pp. 9-61.

481. STC Sala 2.ª, sec. 4.ª, S. de 2 de diciembre de 1988, núm. 231/1988, rec. 1247/1986, BOE 307/1988, de 23 de diciembre de 1988. Pte: López Guerra, Luis (EDE 1988/547).

482. C. ROGEL VIDE, «El Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y las libertades de expresión e información en la jurisprudencia del tribunal supremo y en la del Tribunal Constitucional», cit., pp. 81-112.

483. C. ROGEL VIDE, «El Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y las libertades de expresión e información en la jurisprudencia del tribunal supremo y en la del Tribunal Constitucional», cit., pp. 81-112.

cional mucho más beligerante en todo lo que concierne a la protección de los derechos del Título I. En este sentido, no hay que olvidar que los derechos de libertad no se expresan simplemente como derechos de reacción frente al Estado. Su efectiva garantía no se agota con el ejercicio de pretensiones por parte del individuo, sino que necesariamente exige la participación de los poderes públicos a través de todo el entramado funcional-material previsto en el ordenamiento jurídico. Es decir, que la tutela de los derechos y libertades no queda reducida al aseguramiento de la libertad autónoma de las partes; antes al contrario, en la medida que el libre juego de las libertades individuales puede llegar a ser, en ocasiones, sinónimo de desigualdad y, por tanto, de desprotección, procede activar procedimientos e iniciativas tendentes a neutralizar tales efectos ⁴⁸⁴.

La visión tradicional del derecho a la propia imagen, que se refleja en las STC 231/1988 ⁴⁸⁵, 99/1994 ⁴⁸⁶ y 117/1994 ⁴⁸⁷, tiende a configurarlo como una manifestación del derecho a la intimidad. El valor o bien jurídico protegido es identificado con el ámbito reservado de las personas, que aquí se refiere a su vertiente corporal ⁴⁸⁸.

El derecho a la propia imagen presenta un doble estatus, negativo y positivo. Mediante el primero el derecho opera como garantía de la persona contra toda intromisión o invasión indebida en el ámbito protegido por la CE (la reputación o crédito personal, en el caso del honor; el ámbito de lo privado inaccesible a los demás, en lo referente a la intimidad; y la reproducción en forma visible y reconocible de la figura humana, en el supuesto del derecho a la propia imagen). A través del segundo, los derechos de la personalidad integran también un derecho de control en favor de su titular acerca del flujo de informaciones que, de una u otra forma, se viertan sobre su persona. Con esta finalidad, el Estado ha de crear las condiciones institucionales precisas para que el sujeto afectado pueda utilizar toda la gama de recursos

484. M. CARRILLO LÓPEZ, «El Derecho a la propia imagen del art. 18.1 de la CE», cit., pp. 53-90.

485. STC Sala 2.ª, sec. 4.ª, S. de 2 de diciembre de 1988, núm. 231/1988, rec. 1247/1986, BOE 307/1988, de 23 de diciembre de 1988. Pte: López Guerra, Luis (EDE 1988/547).

486. STC Sala 2.ª, S. de 11 de abril de 1994, núm. 99/1994, rec. 797/1990, BOE 117/1994, de 17 de mayo de 1994. Pte: Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel (EDE 1994/3085).

487. STC Pleno, S. de 25 de abril de 1994, núm. 117/1994, rec. 2016/1990, BOE 129/1994, de 31 de mayo de 1994. Pte: Gabaldón López, José (EDE 1994/3627).

488. L. M. Díez-PICAZO, *Sistema de Derechos Fundamentales*, cit., p. 261.

factibles para la defensa de sus intereses ante un acto o disposición lesivos. Y es aquí cuando entra en juego toda la batería de procedimientos judiciales como las demandas civiles, las querellas criminales por injurias y calumnias, el derecho de rectificación, la legislación específica de protección de los derechos y libertades ante el uso abusivo de la informática, o frente la publicidad ilícita, etc. El derecho a la propia imagen, junto con el derecho a la intimidad, responden por naturaleza a un contexto social en el que el fenómeno de la comunicación y la difusión de sonido e imagen definen un modelo de sociedad y de relaciones sociales. El derecho al honor, entendido como la propia estimación que la persona tiene de sí misma y también como expresión de su reputación social, se inscribe en un ámbito histórico-social más alejado del impacto que sobre el individuo ha generado la sociedad industrializada. Por tanto, no hay dificultad en sostener que estamos ante derechos de la personalidad dotados de contenido diferente aunque, las más de las veces, vinculados por la complementariedad de los intereses tutelados. El art. 1.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, así como la jurisprudencia del TS, recogen la tradición dogmática clásica y atribuyen a los derechos de la personalidad las características de irrenunciabilidad, inalienabilidad e imprescriptibilidad, lo que pone de manifiesto una general indisponibilidad del sujeto titular sobre estos derechos. Todo lo cual no excluye que el propio sujeto pueda disponer sobre determinados aspectos del derecho reconocido, lo que la citada LO 1/1982 ha previsto. Partiendo de la Real Academia, de las definiciones posibles podemos extraer aquella según la cual imagen «es la figura, representación, semejanza y apariencia de una cosa». La idea de similitud con respecto a un objeto determinado exige desde el plano jurídico de los derechos de la personalidad, que aquél sea la persona titular del derecho. De esta forma, una de las clásicas aproximaciones de la doctrina civilista española delimita el concepto de imagen como la «...reproducción y representación de la figura humana en forma visible y reconocible y no por la figura en sí...». A partir de su reconocimiento como derecho fundamental en la CE, el derecho a la propia imagen se define determinado por la potestad atribuida a una persona para decidir acerca de su imagen, con el fin de controlar la representación, difusión, publicación o reproducción de la propia efigie, de tal manera que la misma no pueda ser utilizada, con o sin ánimo de lucro, sin su consentimiento ⁴⁸⁹.

489. M. CARRILLO LÓPEZ, «El Derecho a la propia imagen del art. 18.1 de la CE», cit., pp. 53-90.

La LO 1/1982 establece la protección de este derecho en los siguientes términos ⁴⁹⁰:

1. El art. 7.5 considera como una intromisión ilegítima en su ámbito de protección «la captación, reproducción o publicación, por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos salvo los casos previstos en el art. 8.2».

2. El art. 7.6 establece, por su parte, que constituye también una intromisión ilegítima «la utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga».

3.1. Imagen es la figura, representación, semejanza o apariencia de una cosa. En relación con la Ley Orgánica 1/1982, es la representación gráfica de la figura humana mediante un procedimiento mecánico o técnico de reproducción –SSTS de 11 de abril de 1987 y 29 de marzo de 1988– ⁴⁹¹.

3.2. Por derecho a la imagen hay que entender la facultad exclusiva del interesado de difundir o publicar su propia imagen y, por ende, su derecho a evitar su reproducción –STS de 9 de mayo de 1988– ⁴⁹².

El derecho a la propia imagen es un derecho público subjetivo de la personalidad que como tal es exigible *erga omnes* cuando la reproducción y/o difusión de la imagen ha sido realizada sin consentimiento de su titular. Hasta ahora hemos visto que la lógica de estos derechos de la personalidad gira alrededor de salvaguarda del patrimonio moral de las personas. En este sentido, el derecho a la propia imagen proporciona a su titular la potestad de autodeterminación sobre el flujo de información gráfica generado sobre sí mismo, a fin de controlar su reproducción y difusión. Con este planteamiento y en base a su consideración como derecho autónomo, el derecho a la propia imagen ha servido también como instrumento para proteger los otros derechos de la personalidad, y, naturalmente, hoy sirve y es activado para amparar los sentimientos heridos. Y es aquí donde reside la esencia de

490. M. CARRILLO LÓPEZ, «El Derecho a la propia imagen del art. 18.1 de la CE», cit., pp. 53-90.

491. *Vid.* C. ROGEL VIDE, «El Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y las libertades de expresión e información en la jurisprudencia del tribunal supremo y en la del Tribunal Constitucional», cit., pp. 81-112.

492. *Vid.* C. ROGEL VIDE, «El Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y las libertades de expresión e información en la jurisprudencia del tribunal supremo y en la del Tribunal Constitucional», cit., pp. 81-112.

la componente ético-moral del derecho a la propia imagen. Sin embargo, en una sociedad industrializada, donde, por poner un ejemplo entre muchos, el fenómeno de la publicidad ocupa importantes partidas en los presupuestos de las empresas, la imagen no sólo expresa valores morales sino que también —y en muchas ocasiones— es canal por el que circulan importantes intereses patrimoniales. A este respecto, la voluntad del Estado por regular las condiciones en las que el uso de la imagen se desarrolla en el tráfico jurídico obedece a la necesidad de arbitrar soluciones normativas tendentes a preservar los valores constitucionalmente reconocidos, en el marco de una concepción liberal democrática del derecho a la información y de la libre expresión. Y ello a pesar de un proceso acelerado de mercantilización de la información que se desarrolla en un supuesto mercado de las ideas, donde la noción de rentabilidad económica prevalece sobre consideraciones de otro orden ⁴⁹³.

El sujeto titular de este derecho es cualquier persona física. No así las personas jurídicas o sus símbolos representativos. En caso de reproducción lesiva de éstos, la protección jurídica de los bienes jurídicos vulnerados, se habrá de instrumentar a través de las previsiones establecidas en la legislación sobre patentes y marcas. Ciertamente, si la persona afectada pertenece al ámbito de aquéllas que gozan de proyección pública, parece obvio que en dichas circunstancias —definidas por el lugar, la función que ejerzan o el interés público de la información— carecerán de disponibilidad sobre su derecho a la propia imagen en base a intereses objetivos de superior rango. Igualmente, carecen de este derecho las personas fallecidas, en la medida que la personalidad se extingue con la muerte, por lo que las acciones de protección civil sobre el derecho a la propia imagen de la persona en vida, corresponderán, en su caso, a quien ella haya designado al efecto en testamento. Y en ausencia de ello, al cónyuge, descendientes, ascendientes y hermanos ⁴⁹⁴.

Al respecto, tanto el TC como el TS hacen dos tipos de afirmaciones ⁴⁹⁵:

493. M. CARRILLO LÓPEZ, «El Derecho a la propia imagen del art. 18.1 de la CE», cit., pp. 53-90.

494. M. CARRILLO LÓPEZ, «El Derecho a la propia imagen del art. 18.1 de la CE», cit., pp. 53-90.

495. C. ROGEL VIDE, «El Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y las libertades de expresión e información en la jurisprudencia del tribunal supremo y en la del Tribunal Constitucional», cit., pp. 81-112.

1. Se dice, por un lado, que tales derechos son fundamentales –STC 107/1988⁴⁹⁶, 231/1988⁴⁹⁷, SSTs de 9 de mayo de 1988 y 14 de octubre de 1988–.

2. Se dice por otro –y a veces en las mismas Sentencias– que son derechos de la personalidad, y ello de las siguientes maneras:

2.1. Los derechos contemplados en el artículo 18.1 CE son derechos subjetivos de la –STC 107/1988–⁴⁹⁸.

2.2. Los derechos a la intimidad personal y a la propia imagen forman parte de los bienes de la personalidad, que pertenecen al ámbito de la vida privada –STC 170/1987–⁴⁹⁹.

2.3. Los derechos a la intimidad y a la imagen son personalísimos y ligados a la misma existencia del individuo –STC 231/1988–⁵⁰⁰.

2.4. El derecho a la imagen es un derecho de la personalidad –STS de 9 de mayo de 1988–.

2.5. El derecho a la imagen, como derivado de la personalidad del individuo, tiene carácter innato, irrenunciable e inalienable –STS de 9 de mayo de 1988–.

2.6. En fin, y con propósito encomiable, la STS de 29 de marzo de 1988, en la intención de zanjar definitivamente la cuestión, dice: «Los derechos contemplados en la Ley Orgánica 1/1982 son derechos fundamentales de la personalidad».

Por ello Rogel Vide⁵⁰¹ estima:

496. STC Sala 1.ª, S. de 8 de junio de 1988, núm. 107/1988, rec. 57/1987, BOE 152/1988, de 25 de junio de 1988. Pte: Díaz Eimil, Eugenio (EDE 1988/423).

497. STC Sala 2.ª, sec. 4.ª, S. de 2 de diciembre de 1988, núm. 231/1988, rec. 1247/1986, BOE 307/1988, de 23 de diciembre de 1988. Pte: López Guerra, Luis (EDE 1988/547).

498. STC Sala 1.ª, S. de 8 de junio de 1988, núm. 107/1988, rec. 57/1987, BOE 152/1988, de 25 de junio de 1988. Pte: Díaz Eimil, Eugenio (EDE 1988/423).

499. STC Sala 2.ª, S. de 30 de octubre de 1987, núm. 170/1987, rec. 383/1986, BOE 279/1987, de 21 de noviembre de 1987. Pte: García-Mon y González-Regueral, Fernando (EDE 1987/170).

500. STC Sala 2.ª, sec. 4.ª, S. de 2 de diciembre de 1988, núm. 231/1988, rec. 1247/1986, BOE 307/1988, de 23 de diciembre de 1988. Pte: López Guerra, Luis (EDE 1988/547).

501. C. ROGEL VIDE, «El Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y las libertades de expresión e información en la jurisprudencia del tribunal supremo y en la del Tribunal Constitucional», cit., pp. 81-112.

1. La pretendida categoría de los «derechos fundamentales de la personalidad» me parece un híbrido difícil, por no decir imposible.

2. Por otra parte, e independientemente de las terminologías que quieran utilizarse, varias cosas me parecen ciertas en esta sede y vienen avaladas, incluso, por la propia jurisprudencia. Son las siguientes:

2.1. En el ámbito estrictamente civil de lesiones causadas por los particulares a los bienes de la personalidad de otros particulares, juega la Ley Orgánica 1/1982 y también –incluso– los arts. 1902 y siguientes del CC –SSTS de 11 de abril de 1987, 7 de marzo de 1988 y 14 de octubre de 1988–.

2.2. En el ámbito estrictamente civil, juega la Sección 3.^a de la Ley 62/1978 –STS de 24 de octubre de 1988–.

2.3. En el ámbito estrictamente civil, no procede el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Anticipando cuestiones que serán tratadas más adelante, diré que la STC 231/1988⁵⁰² tajantemente dice: «La vía del amparo –constitucional– procede únicamente frente a actuaciones de los poderes públicos».

1.1.4. Última ratio penal

A la vista de todo lo anterior, no ofrece muchas dudas que los derechos consagrados por el art. 18 de la CE vinculan a todos, esto es, tanto a los poderes públicos como a los demás particulares. Véase el elocuente desarrollo de la limitación del uso de la informática, actuado mediante la Ley Orgánica 5/1992. Esta eficacia entre particulares de dichos derechos fundamentales, por lo demás, puede operar a través de vías diferenciadas como, por ejemplo, la probable existencia de un deber constitucional de que el legislador tipifique como delito ciertas conductas (revelación de secretos, allanamiento de morada, escuchas ilegales, etc.)⁵⁰³.

Ante todo, la tutela penal, que, desde luego, forma parte del derecho fundamental mismo, pone ante nuestra vista un arsenal de instrumentos defensivos que, de diversas maneras, protegen la intimidad: allanamiento de morada; entrada ilegal de funcionario en un domicilio sin autorización;

502. STC Sala 2.^a, sec. 4.^a, S. de 2 de diciembre de 1988, núm. 231/1988, rec. 1247/1986, BOE 307/1988, de 23 de diciembre de 1988. Pte: López Guerra, Luis (EDE 1988/547).

503. L. M. Díez-PICAZO GIMÉNEZ, «Publicidad y secreto en la Constitución», en *Cuadernos de Derecho Judicial, Acceso judicial a la obtención de datos*, Madrid, 1997, pp. 43–63.

violación de la correspondencia; infidelidad en la custodia de documentos; revelación de secretos; escuchas clandestinas⁵⁰⁴.

El CP rotula el Título X de su Libro II del siguiente modo: «Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad de domicilio», dedicando su Capítulo primero al «Descubrimiento y revelación de secretos» que, en atención a que el segundo y último capítulo se refiere al allanamiento de morada y comportamientos afines, parece ser este primer capítulo el que en sus arts. 197 a 201 protege la intimidad, sin trazar frontera alguna entre tal bien jurídico y la «propia imagen», concepto este que, estando incluido en el rótulo del Título como se ha visto, no merece mención específica en ningún enunciado de los capítulos del mismo, constando sólo dos expresas referencias a tal derecho en el art. 197. Por otro lado, en el Título XIX, «De los delitos contra la Administración pública», Capítulo IV, «De la infidelidad en la custodia de documentos y de la violación de secretos» (arts. 415 y siguientes), y Capítulo IX, «De las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función» (art. 442), se castigan también conductas de quebrantamiento de secretos; y en el Título XX, de los «Delitos contra la Administración de Justicia» (art. 466.2.) se hace expresa remisión, agravando la pena, al art. 417⁵⁰⁵.

Así, la protección a la intimidad, combinada con la protección del buen funcionamiento de la Administración, también se realiza en el Capítulo IV del Título XIX del CP. Es en esta sede donde vamos a desarrollar nuestro análisis. Concretamente en infidelidad en la custodia de documentos; revelación de secretos, que son las actuaciones básicas que persigue el capítulo que analizamos.

Este es el objeto formal de los delitos estudiados, la intimidad personal, pero únicamente por lo que hace a la revelación de secretos de un particular. Claramente se aprecia que la intimidad no puede ser el bien jurídico amparado cuando de la revelación de secretos o de informaciones oficiales se trata. Y en el artículo se sanciona ésta de manera especial, pues si explícitamente en su párrafo último se tipifica la revelación de secretos de un particular, es porque en el primero, los secretos y la información aludidos han de ser de carácter oficial. Innecesario es decir que el derecho a la inti-

504. P. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, «El Derecho a la intimidad», cit.

505. L. RODRÍGUEZ RAMOS, «Descubrimiento y revelación de secretos en el nuevo Código Penal (Libro II, Título X, Capítulo I, art. 197 a 201)», en *Cuadernos de Derecho Judicial, Derecho al Honor, a la Intimidad y a la Propia Imagen II*, Madrid, 1997, pp. 225-244.

midad no se predica de los organismos públicos, por lo que habrá de buscarse otro valor en el que cifrar el bien tutelado, para lo cual será necesario señalar con anterioridad el significado de secretos e informaciones oficiales⁵⁰⁶.

1.2. Planteamiento general del capítulo

Conforme a lo dispuesto en la legislación general de función pública, sobre los funcionarios pesan dos deberes: el de sigilo y el de secreto. El primero les impone guardar riguroso sigilo respecto de los asuntos que conozcan por razón de su cargo (art. 80 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964, cuyo pretendido desarrollo reglamentario acabó convirtiéndose en la Ley de Secretos Oficiales), traduciéndose su infracción en la comisión de una falta grave cuando origine perjuicio a la Administración o se quebrante el deber de sigilo en provecho propio. Es un deber genérico, aquejado de una cierta indeterminación, que se refiere a todo lo que el funcionario pueda conocer con ocasión del desempeño de su trabajo y que impone una reserva o discreción, aunque, se ha dicho, la obligación de no hablar ni comentar nada sobre el trabajo al que dedican los funcionarios una importante parte de su vida es de cumplimiento imposible. El deber de secreto, en cambio, es más específico y conecta directamente con el régimen de los secretos oficiales, pues es a éstos y no a otra cosa a lo que se refiere. Es falta muy grave, dice el art. 31.1.e) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, «la utilización o publicación indebida de secretos oficiales, así declarados por Ley o clasificados como tales». La Ley reguladora de los secretos oficiales de 5 de abril de 1968, modificada por Ley de 7 de octubre de 1978, constituye, así, el marco de referencia del deber de secreto, que versará, en primer lugar, sobre las materias clasificadas, esto es, dice el art. 2 de la Ley, sobre «los asuntos, actos, documentos, informaciones, datos y objetos cuyo conocimiento por personas no autorizadas pueda dañar o poner en riesgo la seguridad y defensa del Estado», cuya clasificación corresponde al Consejo de Ministros y a la Junta de Jefes de Estado Mayor. Y, en segundo lugar, sobre las materias declaradas secretas por Ley, de las que existen ejemplos en la legislación electoral, sanitaria, de

506. E. ORTOS BERENGUER, «Revelación y uso indebido de secretos e informaciones», en *Cuadernos de Derecho Judicial, Delitos de los funcionarios públicos*, Madrid, 1994, pp. 211-236.

incompatibilidades, de tratamiento automatizado de datos de carácter personal, etc.⁵⁰⁷

El CP ha unificado en un solo capítulo un elenco de figuras delictivas que en el anterior CP aparecían recogidas en el Título VII en dos capítulos distintos, relativos a la infidelidad de documentos y a la revelación de secretos. Junto a esta modificación, debe significarse, de forma particular, la nueva ubicación de una de las modalidades delictivas, el uso de secretos o informaciones privilegiadas por funcionario público, que ha pasado a formar parte del último capítulo del Título XIX, concerniente a los delitos de abuso en el ejercicio de la función pública⁵⁰⁸.

Las características propias del delito de infidelidad en la custodia de documentos exige que tengamos en cuenta dos conceptos, el de autoridad o funcionario y el de documento. Tratados los conceptos de autoridad o funcionario más arriba, debemos pasar directamente a analizar el concepto mismo de documento. Así, a los efectos del CP se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica (art. 26 CP).

La definición de documento introducida por el art. 26 CP de 1995 no ha sido totalmente acertada. En él se hace referencia a la eficacia probatoria del documento, pero también a «cualquier otro tipo de relevancia jurídica». Esta amplitud del texto puede generar la idea errónea de que el art. 26 CP contiene la definición del objeto de la acción de los delitos de falsedad documental. Sin embargo debemos aclarar que el art. 26 CP no contiene únicamente una definición del objeto de la acción de los delitos de falsedad documental, sino una definición del documento en sentido más amplio, con la finalidad de que sea adecuada a cualquiera de los tipos penales que tienen alguna relación con documentos (p. ej. en el caso del art. 413 CP, infidelidad en la custodia de documentos, que no requiere que se trate de un objeto con los caracteres del documento objeto de la acción de los delitos de falsedad documental; piénsese en las llamadas *evidencias sensibles*:

507. J. BARCELONA LLOP, «El secreto policial. Acceso a archivos y registros de la policía, los ficheros automatizados de las fuerzas y cuerpos de seguridad», en *Cuadernos de Derecho Judicial, Acceso judicial a la obtención de datos*, Madrid, 1997, pp. 157-222.

508. F. MORALES PRATS y M. J. RODRÍGUEZ PUERTA, «Delitos contra la Administración pública. De la infidelidad en la custodia de documentos y de la violación de secretos», en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, p. 1808.

rastros de sangre o huellas digitales recogidas para una investigación policial). Si el art. 26 tuviera la función de definir exclusivamente el objeto de la acción de los delitos de falsedad documental, su posición sistemática sería evidentemente otra: estaría situado entre las disposiciones que estructuran esos tipos penales. Esta amplitud convierte al art. 26 CP en una disposición carente de verdadera utilidad dogmática, dado que el concepto de documento se debe precisar luego, en cada delito en particular, es decir, casi de la misma manera que si esta definición no existiera. Dicho con otras palabras: el concepto de documento sigue padeciendo en nuestro Derecho penal el déficit de seguridad ⁵⁰⁹.

González Navarro ⁵¹⁰, uno de los pocos autores que prestan atención a este tema, nos da una definición sintética según la cual «el documento administrativo es todo objeto material, fundamentalmente escrito, que obra en poder de la Administración y que sea elemento o medio de conocimiento de la actividad administrativa» ⁵¹¹.

Los documentos públicos y oficiales, en terminología y contenido análogo, implican una especial identificación o peculiaridad tanto en su origen como en su destino, lo que no quiere decir se admita la tesis de la naturaleza pública y oficial por su destino, teoría que ya se abandonó por la doctrina del TS, desde la sentencia de 1 de octubre de 1990 ⁵¹², estableciendo la nueva corriente doctrinal (S. de 23 de julio de 1991) ⁵¹³ que el carácter de documento oficial no dependía de su finalidad sino de la naturaleza del mismo en el momento de la ejecución de la acción de falsificación.

El concepto de documento público u oficial lo facilitan los arts. 1216 del CC y 596 de la LECr. Y aunque no se da una definición de documento oficial, ha de entenderse como tales, tal y como expresa la STS de 20 de

509. E. BACIGALUPO ZAPATER, «Documentos electrónicos y delitos de falsedad documental», en *Cuadernos de Derecho Judicial, Delincuencia informática, problemas de responsabilidad*, Madrid, 2002, pp. 281-304.

510. F. GONZÁLEZ NAVARRO, *Apuntes de Procedimiento Administrativo*, 1970, p. 44.

511. M. ÁLVAREZ RICO y I. ÁLVAREZ RICO, «Derecho de acceso a los archivos y registros administrativos en la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común», en *Revista de Administración Pública*, núm. 135, septiembre-diciembre de 1994, p. 484.

512. STS (Sala de lo Penal) de 1 de octubre de 1990, Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Vivas Marzal (RJ 1990\7615).

513. STS (Sala de lo Penal) de 23 de julio de 1991, Recurso núm. 5621/1987. Ponente: Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater (RJ 1991\6014).

marzo de 1992⁵¹⁴, «aquellos que provienen de las entidades públicas en el desempeño de sus funciones o fines, aunque no todo funcionario sea apto o idóneo para la perpetración del delito (...) en el inicio, el documento viene de la Administración pública, de la entidad pública y oficial más o menos autónoma, y en su fin, busca dar cumplimiento, ejecución y paso a lo que constituye el objeto y contenido de su función o actividad (...) y que la determinación de documento no puede ceñirse a papeles o impresos receptores por escrito de una declaración, manifestación o contenido concreto, pues las nuevas técnicas han multiplicado los soportes capaces de acoger y perpetuar un pensamiento, una declaración de voluntad una certificación, un acreditamiento, una titulación, un derecho, una obligación». En el mismo sentido, la STS de 9 de junio de 1995⁵¹⁵: «Son documentos oficiales en cuanto confeccionados por la propia Administración para el determinado fin a que se destinaban».

Respecto al deber de secreto, se ha postulado una construcción unitaria del secreto profesional conforme a la cual todas sus manifestaciones acaban reconduciéndose a la defensa de la intimidad y a la confianza que asiste a quien deposita el secreto en manos de un profesional en que lo transmitido no va a ser revelado. La estructura dinámica interna de la institución *secreto profesional* es, se ha dicho, un derecho fundamental a la intimidad que se prolonga en derecho al secreto de lo necesariamente confiado a un profesional y un deber del profesional de guardar ese secreto tanto por respeto al cliente como por interés público en el correcto ejercicio de su profesión e interés personal en su futuro desenvolvimiento⁵¹⁶.

2. Infidelidad en la conservación de los documentos

2.1. Tipificación en el Código Penal

Art. 413. *La autoridad o funcionario público que, a sabiendas, sustraere, destruyere, inutilizare u ocultare, total o parcialmente, documentos cuya*

514. STS (Sala de lo Penal) de 20 de marzo de 1992, Recurso núm. 1236/1990. Ponente: Excmo. Sr. D. José Augusto de Vega Ruiz (RJ 1992\2373).

515. STS núm. 51/1995 (Sala de lo Penal), de 9 de junio, Recurso núm. 2123/1994. Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Cotta Márquez de Prado (RJ 1995\4554).

516. J. BARCELONA LLOP, «El secreto policial. Acceso a archivos y registros de la policía. los ficheros automatizados de las fuerzas y cuerpos de seguridad», cit.

custodia le esté encomendada por razón de su cargo, incurrirá en las penas de prisión de uno a cuatro años, multa de siete a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años.

2.2. Significado del delito

Siendo el bien jurídico protegido el buen funcionamiento de la Administración Pública⁵¹⁷, el delito de infidelidad en la custodia de documentos es un delito contra la Administración Pública con un objeto de protección consistente en el propio contenido documental y los derechos que del mismo pueden extraerse. Se trata de proteger el documento frente agresiones materiales con distintas dinámicas comisivas, la sustracción, destrucción, inutilización u ocultación, total o parcial del documento objeto de custodia por el funcionario, sujeto activo del delito. De las modalidades típicas expuestas, la que podría ajustarse al hecho probado sería la de ocultación. En su comprensión ha de incluirse los supuestos de «paralización del trámite obligado (...) no entregar o incluso dilatar indefinida y sensiblemente la presencia del documento», de manera que requiera la realización de una actuación administrativa de búsqueda y localización que perturbe el funcionamiento de la administración. En este sentido, como delito de resultado, debe exigirse que el documento haya sido ocultado impidiendo que surta los efectos que resulten del mismo⁵¹⁸. Se trata de exigir a los funcionarios públicos un comportamiento digno de la función que desempeñan.

Por ello, examinado el tipo invocado, no podemos afirmar que nos hallemos ni ante un delito de riesgo, ni de mera actividad, pues la descripción legal del art. 413 requiere la ejecución de una conducta que no supone una mera generación de un peligro para el bien jurídico protegido, sino efectiva lesión de éste, que integra, a su vez, el concreto resultado de la acción; otra cosa será, ajena ya al presente tipo penal, y no requerida por este, la obtención por el autor de algún lucro o beneficio, para él o para un tercero, ya que el mero perjuicio para la causa pública implícita en la sustracción, destrucción u ocultación de los documentos constituye una verdadera lesión del bien objeto de protección. Lo trascendente a estos efectos será, en con-

517. A. SERRANO GÓMEZ y A. SERRANO MAÍLLO, *Derecho Penal. Parte especial*, cit., p. 798.

518. STS Sala 2.ª, S. de 21 de enero de 2004, núm. 44/2004, rec. 2563/2002. Pte: Martínez Arrieta, Andrés (EDE 2004/8272).

secuencia, determinar el verdadero alcance de los términos descriptivos de las distintas conductas constitutivas del ilícito y, esencialmente, establecer cuándo éstas llegan a suponer verdadero quebranto para el bien protegido por la norma⁵¹⁹.

2.3. Elementos típicos

Es necesario, para que exista una conducta típica, que el sujeto activo tenga confiados los papeles o documentos por razón de su cargo, esto es, al menos, la custodia funcional de aquellos, y que su ocultación requiera operaciones de búsqueda que conllevaran una perturbación del servicio público⁵²⁰. Debemos tener presente:

1. El sujeto activo es la autoridad o funcionario público que tenía encomendada su custodia en virtud de precepto legal o reglamentario.
2. El objeto material son los documentos oficiales de titularidad administrativa que fueron confiados a los funcionarios públicos. La definición concreta ha de ser extraída del art. 26 del CP.
3. La acción típica consiste en ocultar los documentos públicos cuya custodia tenía encomendada.

La condición de delito especial propio impide su apreciación cuando la conducta típica haya sido cometida por un funcionario público que ocasionalmente ha accedido a los documentos, sin estar éstos ni específica ni genéricamente a su cargo⁵²¹.

La jurisprudencia de nuestro TS ha tenido múltiples oportunidades de pronunciarse con respecto a los elementos integrantes de dicho ilícito penal realizando un estudio comparativo de los mismos en la regulación anterior y posterior a la entrada en vigor del CP de 1995. Así, en sentencia de 9 de

519. STS núm. 663/2005 (Sala de lo Penal), de 23 de mayo, Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre (RJ 2005\7339).

520. STS (Sala de lo Penal) de 9 de octubre de 1991, Recurso núm. 4134/1988. Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Mónier Muñoz (RJ 1991\7587); o STS (Sala de lo Penal) de 29 de junio de 1990, Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Huerta y Álvarez de Lara (RJ 1990\5744).

521. F. MORALES PRATS y M. J. RODRÍGUEZ PUERTA, «Delitos contra la Administración pública. De la infidelidad en la custodia de documentos y de la violación de secretos», cit., p. 1811.

junio de 1993⁵²² establece que «el delito de infidelidad en la custodia de documentos, tipificado en el artículo 364.2 del CP (413 del actual CP), exige como esenciales requisitos para su comisión: 1.º) El sujeto activo ha de tratarse de un funcionario público que específicamente tenga encomendada la custodia de los documentos, discutiéndose únicamente si esta especificidad ha de ser directa o indirecta, o lo que es lo mismo, si puede cometerse sólo por dolo concreto del encargado, o cabe también por culpa (cfr. Tribunal Supremo Sentencia 24 de octubre de 1990), aun cuando la doctrina mayoritaria sólo lo acepta como acción dolosa; 2.º) los objetos sobre los que ha de recaer la acción han de ser “documentos o papeles”, vocablos que por su propio carácter disyuntivo con que se emplea en la dicción legal, dan un concepto muy amplio de este requisito, no limitado por tanto a los documentos en sentido técnico; 3.º) la acción típica consiste en sustraer, destruir u ocultar esos papeles o documentos y 4.º) finalmente ha de producirse algún “tipo de daño” a terceros o a la causa pública, variando la pena según la gravedad de dicho daño, no siendo necesaria, sobre todo en el daño leve, que pueda ser evaluado económicamente el documento de manera más o menos exacta en su valor intrínseco, bastando con que el perjuicio se produzca con la desaparición del bien custodiado y su falta de efectividad para el fin con que fue elaborado (cfr. TS Sentencia de 9 de diciembre de 1992)».

Los requisitos citados se mantienen en el CP y en la redacción del art. 413 actual con las variaciones que señala el TS, entre otras en sentencia de 18 de enero de 2001⁵²³, al establecer que «las variaciones que se observan en la actual descripción del tipo del art. 413 en relación con su equivalente del artículo 364 del anterior Código son tres y ninguna en el sentido que sostiene el recurrente. En efecto: a) se han ampliado las conductas típicas al añadir a las ya existentes de sustraer, destruir u ocultar, la de inutilizar así como la posibilidad que todas ellas puedan ser cometidas de forma parcial o total. b) Se ha eliminado el término ‘papeles’, lo que no supone ninguna restricción a la vista del mantenimiento del término ‘documentos’ y de su definición en clave penal prevista en el art. 26 del Código. c) Ha desaparecido el criterio de la determinación de la pena en función del resultado producido –mayor o menor daño–, fijándose en todo caso la pena

522. STS núm. 1380/1993 (Sala de lo Penal), de 9 de junio, Recurso núm. 131/1992. Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Móner Muñoz (RJ 1993\4861).

523. STS núm. 72/2001 (Sala de lo Penal), de 18 de enero, Recurso de Casación núm. 1452/1999. Ponente: Excmo. Sr. D. Joaquín Giménez García (RJ 2001\176).

sin referencia a ese resultado, sin perjuicio de que judicialmente pudiera ser tenido ese dato como elemento para la individualización de la pena. Ello supone en nuestra opinión intensificar la naturaleza del delito como delito de riesgo. Por lo demás, el sujeto activo debe ser funcionario o autoridad que tenga encomendada por razón de su cargo la custodia de documentos, lo que le convierte en delito especial propio, siendo de comisión esencialmente dolosa».

Debemos tener presente, en este punto, que la STS 311/2003, de 5 de marzo⁵²⁴, con cita en la STS de 18 de enero de 2001⁵²⁵, recuerda que la infidelidad en la custodia de documentos «ni ha sido ni es un delito de resultado», por lo que la consumación se produciría, tan sólo, por la realización de alguna de las acciones que contempla el tipo legal, en este caso la de «ocultar» el documento, sin necesidad de ninguna consecuencia ulterior, lucrativa, perjudicial, etc., de esa conducta⁵²⁶. Ahora bien, su ocultación requiera operaciones de búsqueda que conllevaran una perturbación a un servicio público (Sentencia, entre otras, de 9 de octubre de 1991)⁵²⁷, o a un particular⁵²⁸.

La S. de 12 de junio de 1995⁵²⁹ proclamaba: «Por último, los elementos objetivos del tipo se cierran con la realización de alguno de los verbos incluidos por el legislador en la descripción del precepto. Para la integración del tipo basta con la realización de alguna de las conductas previstas que no

524. STS núm. 311/2003 (Sala de lo Penal), de 5 de marzo, Recurso de Casación núm. 3282/2001. Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín (RJ 2003\2737).

525. STS núm. 72/2001 (Sala de lo Penal), de 18 de enero, Recurso de Casación núm. 1452/1999. Ponente: Excmo. Sr. D. Joaquín Giménez García (RJ 2001\176).

526. STS núm. 663/2005 (Sala de lo Penal), de 23 de mayo, Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre (RJ 2005\7339). Esta sentencia señala, además, lo siguiente:

«Es decir, lo que el nuevo art. 413 ha buscado con la supresión, respecto al anterior art. 464 CP de 1973, de la necesidad de causación de daño, grave o no de tercero o de la causa pública, no es tanto el castigo de cualquier conducta, aun cuando no suponga verdadera lesión del bien jurídico protegido por el precepto, sino, tan sólo incorporar la evidencia, sin alterar la previa naturaleza de la infracción, de que con cualquiera de las actividades descritas, llevadas a cabo por el funcionario en relación con efectos sometidos a su custodia, el perjuicio de la causa pública ha de considerarse implícito y relevado de prueba expresa».

527. STS Sala 2.ª, S. de 9 de octubre de 1991, rec. 4134/1988. Pte: Moner Muñoz, Eduardo (EDE 1991/9504).

528. STS Sala 2.ª, S. de 22 de noviembre de 1994, núm. 2036/1994, rec. 1318/1994. Pte: Cotta Márquez de Prado, Fernando (EDE 1994/8826).

529. STS núm. 754/1995 (Sala de lo Penal), de 12 de junio, Recurso de Casación núm. 3524/1994. Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Martín Pallín (RJ 1995\4516).

son otras que las de sustraer, destruir u ocultar. La Sala sentenciadora estima, con acierto, que la conducta desarrollada por el agente fue la de ocultar los papeles o documentos escondiéndolos en un lugar en donde difícilmente podían ser hallados. En algunos casos la ocultación puede ser el paso previo para consumir después el apoderamiento o para llevar a cabo la destrucción de los documentos, pero resulta indiferente cuál fuera el propósito último y definitivo del autor ya que, como hemos dicho, basta con tomar los papeles y documentos para realizar y consumir las previsiones del tipo. En definitiva con cualquiera de las actuaciones típicas se consigue apartar los papeles y documentos de los canales normales de circulación impidiendo que lleguen a su destino». En similar dirección la STS 1060/1999, de 24 de junio⁵³⁰, considera este delito como especial propio, que no puede ser cometido por un particular al menos como autoría directa y suficiente para su comisión con que el funcionario que «ocultó» los documentos, en el significado antes dicho, tenga la posibilidad de hecho de interferir en su curso, en su registro, en su notificación, etc. por encontrarse éstos bajo la custodia del organismo a que pertenece, aun cuando no les estén específicamente encomendadas estas tareas (SSTS de 2 de marzo de 1995⁵³¹ y 22 de septiembre de 1993^{532, 533}).

530. STS núm. 1060/1999 (Sala de lo Penal), de 24 de junio, Recurso de Casación núm. 3371/1998. Ponente: Excmo. Sr. D. José Augusto de Vega Ruiz (RJ 1999\5978).

531. STS núm. 290/1995 (Sala de lo Penal), de 2 de marzo, Recurso núm. 3211/1993. Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Cotta Márquez de Prado (RJ 1995\1790). En dicha sentencia se señala:

«Para que exista el delito de falsedad que prevé y castiga el artículo 302 del Código Penal se requiere la concurrencia de tres requisitos esenciales, el primero la mutación de la verdad en cualquiera de las formas enumeradas en el mismo, el segundo que esa alteración sea hecha por funcionario público y el tercero que recaiga en documento público u oficial, y aplicando esta doctrina al hecho que es objeto del presente recurso se advierte, con entera claridad, de los que como probados declara la sentencia impugnada, que el recurrente realizó una serie de anotaciones en el libro de conocimiento del Juzgado de instrucción número 2 de Ceuta, libro que tiene la consideración de oficial conforme a las determinaciones del número 15 del artículo 83 del Decreto 1019/1968, de 2 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios de la Administración de Justicia, consistentes en señalar cuál era la situación en que se encontraban los procedimientos penales y demás actuaciones de carácter criminal que la resolución recurrida detalla, y como quiera que a él, como auxiliar que era de dicho Juzgado encargado de la tramitación de tales asuntos, le constaba lo contrario, por tenerlos en su poder y no ser cierta la anotación que hacía, es evidente que en tal hecho concurren los elementos integrantes de la figura punible a que se hizo referencia, sin que pueda desvirtuarlos las alegaciones del acusado al fundamentar su recurso en cuanto que, el delito cometido, ni requiere beneficio propio, ni perjuicio de tercero ni ánimo de

El precepto en su actual redacción exige un dolo ⁵³⁴ genérico pero sólo directo, exigible para integrar la infracción objeto de condena ⁵³⁵.

2.4. Conductas omisivas y responsabilidad del particular

En principio, todos los delitos de infracción de deber pueden cometerse en autoría a través de un instrumento humano o —por usar la terminología al uso— en autoría mediata. Así, el funcionario que deja que un particular inutilice unos documentos cuya custodia le ha sido encomendada por razón de su cargo comete el delito de infidelidad en la custodia de documentos del art. 413 del CP en autoría mediata. Como funcionario siempre tiene posición de garante respecto de los documentos que le hayan sido encomendados y, por ello, infringe su deber tanto si él mismo los destruye (denominada autoría inmediata), como si no impide que sea un tercero quien los destruya (llamada autoría mediata), o si la destrucción se produce por causas naturales, *v.gr.* por una inundación (de nuevo, autoría inmediata) ⁵³⁶.

La jurisprudencia entiende que no cabría hablar de comisión por omisión, sino de comisión directa y positiva, que es la característica general que define al delito de infidelidad en la custodia de documentos cuando el precepto que lo tipificaba (art. 364 del CP) empleaba los verbos ‘sustraer’, ‘destruir’, ‘ocultar’, que requieren, lógicamente y en pura semántica, una actividad del sujeto que lleva a cabo la sustracción, la destrucción o la ocultación. No quiere decir, sin embargo, que en ciertos supuestos pueda come-

causárselo, bastando la conciencia y voluntad de faltar a la verdad en extremos esenciales —en este caso, en poder de quién y desde cuándo se encuentra un proceso o diligencia penal, que es para lo que sirve tal libro—, puesto que lo que la ley sanciona es la falta de probidad del funcionario y el quebranto del interés público y de las garantías de seguridad y protección que ofrecen los servicios oficiales, por lo que este primer motivo del recurso debe rechazarse en toda su integridad».

532. STS núm. 2100/1993 (Sala de lo Penal), de 22 de septiembre, Recurso núm. 2322/1992. Ponente: Excmo. Sr. D. Enrique Ruiz Vadillo (RJ 1993\6853).

533. STS núm. 663/2005 (Sala de lo Penal), de 23 de mayo, Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre (RJ 2005\7339).

534. Cfr. J. CÓRDOBA RODA, «Los delitos culposos», en *Cuadernos de Derecho Judicial, La imprudencia*, Madrid, 1993, pp. 195-220.

Cfr. STS Sala 2.ª, S. de 28 de enero de 1997, núm. 79/1996, rec. 1163/1996. Pte: García Ancos, Gregorio (EDE 1997/505).

535. STS Sala 2.ª, S. de 5 de marzo de 2003, núm. 311/2003, rec. 3282/2001. Pte: Maza Martín, José Manuel (EDE 2003/6586).

536. J. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TÉLLEZ, *El denominado delito de propia mano*, cit.

terse el delito por simple omisión, pero esto lo entendemos más dificultoso y siempre afín o cercano al delito por imprudencia, figura, por cierto, desaparecida en el vigente Código Penal, según se infiere de su artículo 413, único dedicado a este delito de infidelidad en la custodia documental⁵³⁷.

Desde la perspectiva del particular, falta una condición exigida en el tipo penal interesado por el recurrente, esto es, la posición de garante de la guarda y custodia material y física del documento, y así la condición de sujeto activo, se restringe, «a quien le esté encomendada la custodia de documentos, por razón de su cargo (nuevo art. 413 y el derogado 364). En definitiva faltaría un requisito del tipo, pues la responsabilidad de los particulares está condicionada a la existencia de una previa comisión o encargo fáctico para la custodia o despacho de documentos (art. 416 CP y art. 366.2 CP 1973).

2.5. Delimitación típica. Concursos

La acción típica consiste en sustraer, destruir, inutilizar u ocultar, total o parcialmente, documentos, entendiendo por ocultar (como hemos visto) tanto «esconder» el documento como guardarlo o retirarlo de forma que se impida que surta el efecto que legalmente le corresponde⁵³⁸.

La primera de las modalidades de acción, sustraer, debe interpretarse en el sentido de privar a la Administración del documento, de excluir su eficacia, y no como un mero acto de apoderamiento o uso. De este modo, no integra la conducta típica la sustracción de un documento del que la Administración guarda copia, o el simple apoderamiento de una copia, siempre que con esas conductas no se excluya la eficacia del documento o se impida que cumpla las funciones que le son propias. Las conductas de destruir o inutilizar guardan una estrecha relación, en la medida en que ambas suponen la desaparición definitiva o la extinción del documento. Si bien la destrucción conlleva la extinción material del mismo, la inutilización significa la pérdida de su eficacia⁵³⁹.

537. STS Sala 2.ª, S. de 28 de enero de 1997, núm. 79/1996, rec. 1163/1996. Pte: García Ancos, Gregorio (EDE 1997/505).

538. STS Sala 2.ª, S. de 7 de mayo de 1997, núm. 678/1997, rec. 1407/1996. Pte: Moner Muñoz, Eduardo (EDE 1997/5175).

539. F. MORALES PRATS y M. J. RODRÍGUEZ PUERTA, «Delitos contra la Administración pública. De la infidelidad en la custodia de documentos y de la violación de secretos», cit., pp. 1811-1812.

En cuanto a ocultar, las SSTS de 10 de junio de 1987⁵⁴⁰ y 24 de octubre de 1990⁵⁴¹ han definido lo que debe entenderse por ocultación afirmando que ésta será de apreciar cuando desaparecen los documentos, y la situación de los mismos sea desconocida por quienes tengan legítimo acceso a los mismos y su descubrimiento requiere operaciones de búsqueda que por el tiempo y despliegue de esfuerzos que conllevan implicaren por sí mismos una perturbación del servicio público⁵⁴². Habiendo entendido la jurisprudencia que existe ocultación de documentos por funcionario público cuando se produce la paralización del trámite obligado a que responda un documento, cuando se guarda o no se entrega el documento impidiendo que surta los fines a que corresponda su contenido y destino⁵⁴³.

Ya hemos visto que la STS 311/2003, de 5 de marzo⁵⁴⁴, con cita en la STS de 18 de enero de 2001⁵⁴⁵, recuerda que la infidelidad en la custodia de documentos «ni ha sido ni es un delito de resultado». Ahora bien, semejantes argumentos no pueden justificar, por sí solos, la exclusión de las formas imperfectas de ejecución en esta figura delictiva, pues⁵⁴⁶:

a) en primer lugar, lo que con el cambio legislativo se ha buscado no es tanto el castigo de cualquier conducta, aun cuando no suponga verdadera lesión del bien jurídico protegido por el precepto, sino, tan sólo, incorporar la evidencia, sin alteración de la previa naturaleza de la infracción, de que

540. STS (Sala de lo Penal) de 10 de junio de 1987, Ponente: Excmo. Sr. D. José Hermenegildo Moyna Mengües (RJ 1987\4723).

541. STS (Sala de lo Penal) de 24 de octubre de 1990, Ponente: Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater (RJ 1990\8229).

542. STS (Sala de lo Penal) de 9 de octubre de 1991, Recurso núm. 4134/1988. Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Móner Muñoz (RJ 1991\7587); o STS núm. 663/2005 (Sala de lo Penal), de 23 de mayo, Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre (RJ 2005\7339).

543. STS (Sala de lo Penal) de 10 de junio de 1987, Ponente: Excmo. Sr. D. José Hermenegildo Moyna Mengües (RJ 1987\4723); STS (Sala de lo Penal) de 24 de octubre de 1990, Ponente: Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater (RJ 1990\8229); STS (Sala de lo Penal) de 9 de octubre de 1991, Recurso núm. 4134/1988. Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Móner Muñoz (RJ 1991\7587); o STS Sala 2.ª, S. de 24 de junio de 1999, núm. 1060/1999, rec. 3371/1998. Pte: Vega Ruiz, José Augusto de (EDE 1999/14512).

544. STS núm. 311/2003 (Sala de lo Penal), de 5 de marzo, Recurso de Casación núm. 3282/2001. Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín (RJ 2003\2737).

545. STS núm. 72/2001 (Sala de lo Penal), de 18 de enero, Recurso de Casación núm. 1452/1999. Ponente: Excmo. Sr. D. Joaquín Giménez García (RJ 2001\176).

546. STS Sala 2.ª, S. de 5 de marzo de 2003, núm. 311/2003, rec. 3282/2001. Pte: Maza Martín, José Manuel.

con cualquiera de las actividades descritas, llevadas a cabo por el funcionario en relación con efectos sometidos a su custodia, el perjuicio de la causa pública ha de considerarse implícito y relevado de prueba expresa;

b) siendo esto así, tampoco debe confundirse la categoría del denominado «delito de riesgo», que, ontológicamente opuesta a la del «delito de lesión», alude al adelanto de la barrera de protección del bien jurídico protegido a una fase previa a la propia y efectiva lesión de éste, sancionando su mera puesta en peligro, con el binomio «delito de resultado»-«delito de mera actividad», relativo a la forma de consumación de la figura delictiva y que puede llevar a la exclusión de las hipótesis de formas imperfectas de ejecución;

c) por otro lado, examinando el tipo invocado, no podemos afirmar que nos hallemos ni ante un «delito de riesgo» ni de «mera actividad», pues la descripción legal del artículo 413 requiere la ejecución de una conducta que no supone mera generación de un peligro para el bien jurídico protegido, sino efectiva lesión de éste, que integra, a su vez, el concreto resultado de la acción;

d) otra cosa será, ajena ya al presente tipo penal y no requerida por éste, la obtención por el autor de algún lucro o beneficio, para él o para un tercero, ya que el mero perjuicio para la causa pública implícito en la sustracción, destrucción, inutilización u ocultación de los documentos constituye la verdadera lesión del bien objeto de protección;

e) por tanto, no puede excluirse apriorística y generalizadamente, por la propia naturaleza de la figura, la posibilidad de formas imperfectas en su ejecución, ya que los resultados en ella previstos y, en este concreto caso, la «ocultación» del documento, son susceptibles de ser intentados sin éxito;

y f) lo trascendente a estos efectos será, en consecuencia, determinar el verdadero alcance de tales términos, descriptivos de las distintas conductas constitutivas del ilícito, y, esencialmente, establecer cuándo éstas llegan a suponer verdadero quebranto para el bien protegido por la norma, de modo que, propiamente, pueda hablarse de consumación.

En cuanto a los concursos con otros tipos, entre los arts. 198 y 536 del CP y el art. 413 del mismo texto legal puede plantearse un concurso aparente de leyes, que deberá resolverse a través del principio de especialidad, siempre que el documento sustraído, destruido o inutilizado verse sobre informaciones relativas a los particulares que afecten a su intimidad, y el funcionario actúe con ánimo de destruir el secreto o vulnerar la intimidad del particular. La calificación del caso variaría si la correspondencia sustraída

no contuviera información relativa a los particulares, sino una cantidad de dinero, un billete de lotería o un talón. En estos supuestos el funcionario cometería el delito tipificado en el art. 413 en concurso ideal o real con un delito de hurto o malversación, dependiendo de cuál fuera la naturaleza de lo sustraído. También puede entrar en concurso con el delito de cohecho si, aceptada la dádiva o su promesa, el funcionario sustrajera, destruyera o inutilizara un documento cuya custodia le estaba encomendada, o bien realizara cualquier acto ejecutivo directamente encaminado a la perpetración del delito de infidelidad en la custodia de documentos. No obstante, en este último caso, el concurso medial se produciría entre el delito de cohecho y una tentativa del delito del art. 413. Finalmente, pueden imaginarse hipótesis en las que tras la ocultación o sustracción del documento, el funcionario altere alguno de los elementos o requisitos esenciales del mismo; en tales casos, el delito tipificado en el art. 413 del CP podrá quedar desplazado por el delito de falsedad cometido por funcionario (art. 390 CP), o bien podrá apreciarse un concurso entre ambos delitos, si, por ejemplo, el empleado público oculta el documento para alterarlo, y una vez modificado lo reintegra⁵⁴⁷.

3. Infidelidad en la conservación de los medios para proteger el acceso en los documentos

3.1. Tipificación en el Código Penal

Art. 414. 1. *A la autoridad o funcionario público que, por razón de su cargo, tenga encomendada la custodia de documentos respecto de los que la autoridad competente haya restringido el acceso, y que a sabiendas destruya o inutilice los medios puestos para impedir ese acceso o consienta su destrucción o inutilización, incurrirá en la pena de prisión de seis meses a un año o multa de seis a veinticuatro meses y, en cualquier caso, inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años.*

2. *El particular que destruyere o inutilizare los medios a que se refiere el apartado anterior, será castigado con la pena de multa de seis a dieciocho meses.*

547. F. MORALES PRATS y M. J. RODRÍGUEZ PUERTA, «Delitos contra la Administración pública. De la infidelidad en la custodia de documentos y de la violación de secretos», cit., pp. 1814-1815.

3.2. Significado del delito

El delito tipificado en el art. 414 del CP pretende evitar el menoscabo de las barreras de protección de determinados documentos. La destrucción o inutilización de medios puestos por la autoridad para restringir el acceso a un documento adquiere relevancia penal desde su consideración como medio idóneo para facilitar el acceso ilícito al documento. El último término, la instauración de barreras de protección persigue evitar que el contenido del documento sea conocido por aquellos sujetos que no están autorizados para ello ⁵⁴⁸.

El círculo de posibles autores queda restringido, en el tipo del art. 414.1 del CP, a los funcionarios o autoridades que detenten la custodia de documentos a los que la autoridad administrativa haya limitado el acceso ⁵⁴⁹. La acción típica consiste en destruir o inutilizar, tal como ya hemos visto anteriormente, los medios puestos por la autoridad competente para impedir o restringir el acceso ⁵⁵⁰.

Del propio texto se desprende que debe existir una actuación previa, la restricción en el acceso efectuada por la autoridad competente.

El del artículo 414 del CP, que incrimina la destrucción de los medios para la protección de documentos, hace mención expresa de las modalidades omisivas: se castiga al funcionario que tenga encomendada la custodia de documentos y destruya los medios puestos para impedir el acceso a ellos o consienta su destrucción, sin especificar —correctamente— si ésta se produce por el efecto de causas naturales o por la acción de un tercero —con o sin dolo— ⁵⁵¹.

El apartado 2 del art. 414 contiene una conducta típica que no debe realizarse por un funcionario, sino por un particular. Con la inclusión de esta modalidad delictiva se solventan los problemas que plantea la directa participación de un extraño en un delito especial propio, pues, de no existir

548. F. MORALES PRATS y M. J. RODRÍGUEZ PUERTA, «Delitos contra la Administración pública. De la infidelidad en la custodia de documentos y de la violación de secretos», cit., pp. 1815-1816.

549. Ver A. SERRANO GÓMEZ y A. SERRANO MAÍLLO, *Derecho Penal. Parte especial*, cit., p. 800.

550. F. MORALES PRATS y M. J. RODRÍGUEZ PUERTA, «Delitos contra la Administración pública. De la infidelidad en la custodia de documentos y de la violación de secretos», cit., p. 1816.

551. J. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TÉLLEZ, *El denominado delito de propia mano*, cit.

la referencia, la conducta del particular sería atípica o, a lo sumo, integraría el delito de daños ⁵⁵².

4. Infidelidad en el acceso a los documentos. Acceso ilícito en documentos secretos

4.1. Tipificación en el Código Penal

Art. 415. *La autoridad o funcionario público no comprendido en el artículo anterior que, a sabiendas y sin la debida autorización, accediere o permitiere acceder a documentos secretos cuya custodia le esté confiada por razón de su cargo, incurrirá en la pena de multa de seis a doce meses, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años.*

4.2. Significación del delito

Este precepto se dirige a la tutela de la correcta preservación y utilización de los medios (documentos e informaciones) esenciales para el cumplimiento de los fines propios de la Administración. Tiene como bien jurídico común a los delitos de este capítulo, y, de forma particular, a la evitación del ilícito acceso al conocimiento de secretos con trascendencia para la Administración o los particulares. El correcto funcionamiento de la Administración se puede ver perturbado no sólo cuando se priva a la Administración de la disponibilidad de un documento, sino también cuando, sin privarla de él, se reduce su eficacia, al ser conocido su contenido por sujetos no legitimados para ello, pues su calificación como secreto responde precisamente a la necesidad de que éste no trascienda más allá de lo estrictamente necesario para el desempeño de las funciones públicas ⁵⁵³.

Como se puede desprender del tipo, el presente delito es un *delito especial propio*, porque sólo puede ser cometido por un círculo determinado de sujetos —el de las autoridades o funcionarios competentes—. Si nos fijamos,

552. F. MORALES PRATS y M. J. RODRÍGUEZ PUERTA, «Delitos contra la Administración pública. De la infidelidad en la custodia de documentos y de la violación de secretos», cit., pp. 1817-1818.

553. F. MORALES PRATS y M. J. RODRÍGUEZ PUERTA, «Delitos contra la Administración pública. De la infidelidad en la custodia de documentos y de la violación de secretos», cit., pp. 1819-1820.

el tipo específico exige que tengan la custodia de documentos por razón de su cargo, por lo que aquellos que no tengan confiada la custodia no incurrirían en el delito.

La conducta típica consiste en acceder o dejar acceder a los documentos secretos. El legislador ha equiparado en este caso las conductas activas y las omisivas.

Como hemos visto más arriba, se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica (art. 26 CP). Ahora bien, es imprescindible determinar qué se puede considerar documento secreto.

La tendencia al secretismo de las grandes organizaciones, y más concretamente de la Administración Pública, suele considerarse como una de las señales de identidad de las organizaciones de escala. Las razones que se aducen son múltiples: mantenimiento de un sistema de privilegios, deseo de situarse al abrigo de incómodos controles o de exigencias de responsabilidad, etc. Tampoco puede olvidarse el fenómeno, suficientemente destacado, de que el que tiene información o, de otra forma, el que conoce más secretos, está en condiciones inmejorables de ejercer un mayor poder. La información es, se dice, poder y, a veces, el núcleo del mismo. Ésta es la razón por la que los grupos de elite se proponen como uno de sus objetivos monopolizar la información, situándose en los puntos estratégicos de la organización, atrincherándose tras ellos como muros blindados de silencio⁵⁵⁴.

En este punto debemos tener en cuenta que el art. 35.a) de la Ley 30/1992 establece que los ciudadanos, en sus relaciones con las Administraciones Públicas, tienen entre otros, el derecho a conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados, y obtener copias de documentos contenidos en ellos.

Además, los ciudadanos tienen derecho a acceder a los registros y a los documentos que, formando parte de un expediente, obren en los archivos administrativos, cualquiera que sea la forma de expresión, gráfica, sonora o en imagen o el tipo de soporte material en que figuren, siempre que tales

554. M. ÁLVAREZ RICO y I. ÁLVAREZ RICO, «Derecho de acceso a los archivos y registros administrativos en la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común», cit., p. 475.

expedientes correspondan a procedimientos terminados en la fecha de la solicitud (art. 37.1 LRJAPPAC).

El objeto del derecho de acceso es, en realidad, como hemos dicho anteriormente, la información contenida en las oficinas públicas en forma que resulte clara e inteligible, en tanto que los archivos, registros y documentos son los medios instrumentales que posibilitan el ejercicio de tal derecho. No obstante, se trata de una expresión aceptada generalmente que pone de relieve, en todo caso, la importancia de los instrumentos de información en este caso⁵⁵⁵.

Este apartado está redactado de forma bastante confusa y constituye una interpretación sumamente rígida del art. 105, apartado b), de la CE, imponiendo restricciones que no figuran en el precepto constitucional. En primer término se exige que el documento forme parte de un expediente y que el expediente corresponda a procedimientos terminados en la fecha de la solicitud. No se entiende que si el principio general es la transparencia de la Administración se limite y restrinja sólo a los documentos que forman parte de un expediente y a procedimientos terminados en la fecha de la solicitud. El término 'expediente' tendrá que ser interpretado de forma amplísima y en cuanto a que los procedimientos estén terminados en la fecha de la solicitud deberá manejarse un concepto flexible que comprenda no sólo los terminados por resolución expresa, sino también por caducidad e incluso por silencio⁵⁵⁶.

La documentación, concebida tanto en su perspectiva clásica como documentación propiamente dicha compuesta de todos los productos acabados elaborados (libros, informes, notas, etc.), así como de los elementos analíticos de información que no han sido concebidos para figurar en las cadenas de tratamiento integrado, como en su perspectiva moderna de información integrada que se desarrolla de manera considerable con el empleo de las técnicas informáticas y la utilización de los ordenadores en los procesos administrativos, constituye sin duda alguna un elemento esencial de la acción administrativa teniendo en cuenta el importante papel que desempeña en el proceso de toma de decisión. No hay que olvidar que, en

555. M. ÁLVAREZ RICO y I. ÁLVAREZ RICO, «Derecho de acceso a los archivos y registros administrativos en la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común», cit., p. 484.

556. A. PEDREIRA ANDRADE, «El acceso a los registros y archivos administrativos», en *Cuadernos de Derecho Judicial, Estudio de la LRJ de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (I)*, 1994, pp. 101-129.

su mayor parte, las decisiones administrativas se adoptan sobre la base de procedimientos o expedientes formalizados o documentados que proporcionan al órgano administrativo que ha de resolver los datos necesarios para fundamentar su decisión ⁵⁵⁷.

La transparencia administrativa constituye hoy en día un elemento sustancial de los sistemas democráticos modernos. Lejos queda ya, recuerda Bermejo Vera ⁵⁵⁸, los tiempos del predominio de la razón de Estado y de los *arcana regni*, absolutamente incompatibles con las exigencias que presenta una sociedad democrática moderna que precisa de un electorado informado que pueda hacer efectivo su derecho a participar en los asuntos públicos y, ciertamente, esa «cultura democrática» viene en buena medida determinada por la cantidad y la calidad de la información que se facilite al ciudadano. Constituye, en este sentido, una relevante tarea de interés público el presentar de una forma clara y fácilmente accesible los diferentes temas de información al conjunto de la colectividad para de esta manera reforzar el control democrático de la actuación administrativa ⁵⁵⁹.

No obstante, el acceso a los documentos que contengan datos referentes a la intimidad de las personas estará reservado a éstas, que, en el supuesto de observar que tales datos figuran incompletos o inexactos, podrán exigir que sean rectificadas o completadas, salvo que figuren en expedientes caducados por el transcurso del tiempo, conforme a los plazos máximos que determinen los diferentes procedimientos, de los que no pueda derivarse efecto sustantivo alguno (art. 37.2 LRJAPPAC).

El derecho de acceso a los archivos y registros administrativos, como todos los derechos, no tiene un valor absoluto. Por ello, no debe sorprendernos que la Ley establezca una serie de límites a tal derecho, como lo hace ya la propia Constitución en el artículo 105.i) , pero no cabe duda que tales límites deben ser establecidos con carácter excepcional para evitar el vaciamiento del derecho. Sentado lo anterior, que por evidente apenas necesita ser recordado, nos encontramos ante la necesidad de pronunciarnos sobre si

557. J. A. DOMÍNGUEZ LUIS, «El derecho de información administrativa: información documentada y transparencia administrativa», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 88, octubre-diciembre de 1995, pp. 537 y ss.

558. J. BERMEJO VERA, «El secreto en las Administraciones públicas. Principios básicos y regulaciones específicas del Ordenamiento jurídico español», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 57, 1988, p. 17.

559. J. A. DOMÍNGUEZ LUIS, «El derecho de información administrativa: información documentada y transparencia administrativa», cit., pp. 537 y ss.

la regulación que la LAP realiza de este derecho ha traspasado o no estos linderos⁵⁶⁰.

El precepto alude al concepto jurídico indeterminado de intimidad, que en la práctica origina numerosas dudas interpretativas. El conflicto entre libre acceso e intimidad es permanente. La norma establece una exclusión categórica de los terceros, *reservando* a favor de las personas afectadas en su intimidad el derecho de rectificar los datos inexactos o de completar los incompletos. La exclusión de los expedientes caducados por el transcurso del tiempo es discutible, ya que en el párrafo primero se exigían que los procedimientos estuvieran terminados. Puede existir un expediente caducado en su última fase y no se alcanza a comprender por qué razón no puede ejercitarse el derecho de rectificar o completar datos incompletos o inexactos. La exigencia de que no pueda derivarse efecto sustantivo alguno es también excesiva. Algún efecto sustantivo tiene que producir en favor del solicitante. Si lo que se pretende es que el efecto no perjudique a la Administración Pública debió manifestarse así. La exclusión de efecto sustantivo alguno llevada a sus últimas consecuencias excluiría la posible aplicabilidad de este precepto. Es evidente que la rectificación o el hecho de completar datos inexactos siempre producirá algún efecto en favor del solicitante, que no tiene por qué perjudicar los intereses públicos administrativos⁵⁶¹.

El concepto convencional de «vida privada» (*vie privée* o *private life*) debe ser considerado equivalente o, incluso, indistinguible del concepto de intimidad personal utilizado por la CE en su art. 18, salvando, eso sí, las posibles diferencias interpretativas que pudieran resultar de la existencia de dos órganos, el TEDH y el TC encargados, en último término, de asegurar el respeto del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de la CE respectivamente. Tales diferencias interpretativas difícilmente podrían alcanzar proporciones importantes, ni tampoco subsistir durante largos periodos de tiempo por mor de la función integradora entre ambos órdenes jurídicos, convencional y constitucional, que realiza el art. 10.2 CE. La persona posee vida interior porque no puede comunicar todo su ser al mundo externo. Ese mundo interno personal, tan amplio como inabarcable en su multiplicidad, es la raíz originaria de la que nacen las exigencias de la intimidad. Si las

560. M. ÁLVAREZ RICO y I. ÁLVAREZ RICO, «Derecho de acceso a los archivos y registros administrativos en la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común», cit., p. 486.

561. A PEDREIRA ANDRADE, «El acceso a los registros y archivos administrativos», cit., pp. 101-129.

exigencias de la dignidad humana se nos presentan como incondicionales, especialmente puede predicarse tal cualidad de las que provienen del ámbito íntimo. Sólo la persona es capaz de intimidad porque sólo ella es capaz de interioridad, y en tal sentido el ámbito íntimo es la representación más palpable del carácter personal del hombre⁵⁶².

La reflexión sobre el concepto del derecho a la intimidad debe partir necesariamente de las elaboraciones que, en el marco del pensamiento político liberal, configuran la vida privada como una esfera que debe regirse por la autonomía individual y en la que el Estado debe abstenerse de intervenir si no es para asegurar el respeto por parte de todos a ese ámbito de la personalidad. Es importante arrancar de esos presupuestos, pues, al margen de la existencia anterior de manifestaciones concretas de lo que, después, se va a conocer como intimidad, es a partir de los movimientos revolucionarios de los siglos XVII y XVIII⁵⁶³ cuando va a adquirir un significado distinto, del mismo modo que cobrará un sesgo diferente la percepción que de la libertad se había venido manteniendo desde los orígenes en la antigüedad clásica⁵⁶⁴.

La recepción constitucional del derecho a la intimidad es reciente. En Europa fue la Constitución portuguesa de 1976 la primera que se hizo eco de él en su art. 26.1. Después, la española de 1978, en su art. 18.1. Fuera de estos dos casos —y, al margen de diversas Constituciones americanas— solamente quedaban los documentos internacionales: la Declaración Universal de 1948 (art. 12), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (art. 17.1) y la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 (art. 8.1). Simultáneamente, en los demás ordenamientos la inexistencia de un reconocimiento constitucional expreso de este derecho se ha visto compensada por su incardinación en otros preceptos, como, por el ejemplo, el art. 2 de la Ley Fundamental de Bonn o el art. 2 de la Constitución italiana y por su regulación legislativa y jurisprudencial. En nuestro país el art. 18 del texto constitucional reconoce el derecho a la intimidad personal y familiar en su apartado primero. Luego en el apartado cuarto encomienda a la ley la limitación del uso de la informática para garantizar, entre otras cosas,

562. M. LEZERTUA RODRÍGUEZ, «El Derecho a la vida privada y familiar en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», cit.

563. *Vid.* L. PAREJO ALFONSO, «El Derecho fundamental a la intimidad y sus restricciones», cit.

564. P. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, «El Derecho a la intimidad», cit.

la intimidad personal y familiar. Además el art. 20.4 erige a la intimidad en límite de los derechos en él reconocidos. En fin, el art. 105.b), al demandar de la ley la regulación del acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, excluye del público conocimiento «lo que afecte a la intimidad de las personas». Por lo demás, la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones, tradicionales formas de proteger la vida privada, integran los otros dos apartados del art. 18⁵⁶⁵.

La primera cuestión se suscita no sólo por el tenor literal del art. 18.1: «Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen». Además, surge por la identidad material del objeto que cada uno de estos términos expresan. En otras palabras, por ser formas diferentes de proteger a la propia persona, en sí misma considerada. En último extremo, su dignidad e individualidad irrepetible. Además, la Ley Orgánica 1/1982 habla, en su art. 1.º, de «un» derecho fundamental, al tiempo que sus posteriores disposiciones enuncian reglas aplicables a los tres objetos de tutela sin efectuar salvedades específicas para alguno de ellos. Estos datos, sin duda el recuerdo de la tradición doctrinal del derecho general de la personalidad y la tendencia jurisprudencial a aplicar las mismas reglas a los casos de honor y a los de intimidad, explican la tesis unitaria. Por otra parte, tendría la ventaja añadida de facilitar la concepción de ese derecho como una cláusula general susceptible de múltiples y variadas aplicaciones y, en consecuencia, más adecuada para afrontar las incesantes y cambiantes demandas sociales. La verdad es que tales argumentos, al menos los derivados de la interpretación literal y sistemática de la CE, no tienen por qué ser definitivos. En efecto, semejante al enunciado lingüístico del art. 18.1 es el del art. 24.2, que habla de diversas garantías susceptibles de considerarse derechos autónomos, los cuales, además, coinciden en el objeto último que persiguen. Sin embargo, no es lo mismo la asistencia letrada que la presunción de inocencia. Por otra parte, la interpretación que se apoya en el art. 1.º de la Ley Orgánica de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen no es sostenible: la ley debe interpretarse a partir de la Constitución y no al revés. Además, su propia Exposición de Motivos excluye la tesis unitaria, pues reiteradamente habla de «los derechos fundamentales al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen» como tres figuras independientes. Y, en lo que toca a la remisión a los usos sociales para delimitar indistintamente el

565. P. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, «El Derecho a la intimidad», cit.

ámbito de los tres conceptos, hay que decir que tampoco lleva a conclusiones rotundas, pues también los tendrá en cuenta cualquier operador jurídico con sentido común a la hora de establecer, por ejemplo, si contraría o no el orden público protegido por la ley una determinada práctica religiosa⁵⁶⁶.

El art. 18 de la CE, que tiene un contenido normativo complejo, aborda la intimidad —como luce en la utilización del verbo «garantizar»— desde la perspectiva negativa tradicional de las libertades públicas y para constituir un espacio libre de incidencia y, por tanto, resistente a la acción del poder público y de la misma sociedad (terceros); espacio referido, naturalmente, a la persona y configurado como derecho fundamental, con las consecuencias que de ello se derivan según el art. 53.1 y 2 CE⁵⁶⁷:

1. Contenido directamente declarado por la norma fundamental, que, en calidad de «esencial», es intangible para los poderes públicos constituidos, incluso y especialmente para el legislador parlamentario.

2. Reserva de Ley en sentido formal; Ley que ha de ser orgánica (art. 81.1 CE) cuando se trate de su regulación frontal en términos de «desarrollo» de la norma fundamental, pero que puede ser una Ley ordinaria cuando dicha regulación es simplemente tangencial o de «afección» (conforme a doctrina constitucional bien establecida por el Tribunal Constitucional).

3. Protección jurídica acorde con su posición preferente en el ordenamiento jurídico y que se traduce en su tutela judicial reforzada (amparo), tanto en sede de la dispensada por los jueces y tribunales integrantes del poder judicial como en la específica constitucional.

La STC 171/1990, de 5 de noviembre⁵⁶⁸, hace prevalecer la información sobre el derecho a la intimidad y al honor, como regla general siempre que la información transmitida sea veraz y esté referida a asuntos públicos que son de interés general por las materias a que se refiere y por las personas que en ellos intervienen, contribuyendo, en consecuencia, a la formación

566. P. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, «El Derecho a la intimidad», cit.

567. L. PAREJO ALFONSO, «El Derecho fundamental a la intimidad y sus restricciones», cit.

568. Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 171/1990 (Sala Segunda), de 12 de noviembre, Recurso de Amparo núm. 784/1988, Ponente: D. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (RTC 1990\171).

de la opinión pública. La STC 172/1990, de 5 de noviembre⁵⁶⁹, resalta cómo mientras la veracidad funciona, en principio, como causa legitimadora de las intromisiones en el honor, si se trata del derecho a la intimidad actúa, en principio, en sentido inverso. El criterio para determinar la legitimidad o ilegitimidad de las intromisiones en la intimidad de las personas no es el de la veracidad, sino exclusivamente el de la relevancia pública del hecho divulgado, es decir, que su comunicación a la opinión pública, aun siendo verdadera, resulte ser necesaria en función del interés público del asunto sobre el que se informa⁵⁷⁰.

Además, el acceso a los documentos de carácter nominativo que sin incluir otros datos pertenecientes a la intimidad de las personas figuren en los procedimientos de aplicación del Derecho, salvo los de carácter sancionador o disciplinario, y que, en consideración a su contenido, puedan hacerse valer para el ejercicio de los derechos de los ciudadanos, podrá ser ejercido, además de por sus titulares, por terceros que acrediten un interés legítimo y directo (art. 37.3 LRJAPPAC)⁵⁷¹.

Este precepto es sumamente confuso, incluyendo dos conceptos de difícil comprensión: el de documentos de carácter nominativo y el de procedimientos de aplicación del derecho. La exclusión categórica de los expedientes de carácter sancionador o disciplinario también resulta excesiva, sobre todo si el tercero acredita un interés legítimo y directo. Un expediente de carácter sancionador o disciplinario no afecta forzosamente a la intimidad en todo caso, ya que puede ser absolutorio o puede configurar unos hechos probados y acreditados que favorecen a un tercero con interés legítimo y directo. En ausencia de ejemplos ilustrativos, que el legislador no se ha molestado en poner, es imposible averiguar *a priori* a qué quiere aludirse con expresiones como 'documentos de carácter nominativo' (de los que no se sabe si se refiere a los que tienen un destinatario específico y determinado, p. ej., una multa, ni tampoco si se quiere excluir a las comunicaciones internas entre órganos administrativos), 'procedimientos de aplicación de derecho' (puesto que en todos los procedimientos administrativos se lleva a cabo, en mayor o menor grado, la aplicación de normas jurídicas)

569. Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 172/1990 (Sala Segunda), de 12 de noviembre, Recurso de Amparo núm. 803/1988, Ponente: D. Eugenio Díaz Eimil (RTC 1990\172).

570. A PEDREIRA ANDRADE, «El acceso a los registros y archivos administrativos», cit.

571. Cfr. STS Sala 3.ª, sec. 7.ª, S. de 6 de junio de 2005, rec. 68/2002. Pte: Lucas Murrillo de la Cueva, Pablo (EDE 2005/113928).

y documentos que ‘puedan hacerse valer para el ejercicio de los derechos de los ciudadanos’ (expresión que sólo tiene algún sentido como equivalente a la de derechos constitucionales; pero no hay derecho constitucional que requiera de algún tipo de documento para su ejercicio)⁵⁷².

El ejercicio de los derechos que establecen los apartados anteriores podrá ser denegado cuando prevalezcan razones de interés público, por intereses de terceros más dignos de protección o cuando así lo disponga una ley, debiendo, en estos casos, el órgano competente dictar resolución motivada (art. 37.4 LRJAPPAC).

De los tres motivos que permiten a la Administración denegar el derecho de acceso en casos concretos, solamente el último, cuando lo disponga una ley, no ofrece reparos desde el punto de vista constitucional. Puede afirmarse que, aplicado este precepto restrictivamente, como es previsible dadas las tendencias innatas de la burocracia al secretismo, a lo que ya nos hemos referido al principio, pueden convertir las solemnes afirmaciones de transparencia en «papel mojado», si le añadimos otro inconveniente nada desdeñable desde el punto de vista práctico; la exigencia de que la consulta se formule de manera individualizada, sin que quepa la solicitud genérica sobre una materia o parte de ella⁵⁷³.

El derecho de acceso no podrá ser ejercido respecto a los siguientes expedientes (art. 37.5 LRJAPPAC):

a) Los que contengan información sobre las actuaciones del Gobierno del Estado o de las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias constitucionales no sujetas a Derecho administrativo⁵⁷⁴.

b) Los que contengan información sobre la Defensa Nacional o la Seguridad del Estado.

c) Los tramitados para la investigación de los delitos cuando pudiera ponerse en peligro la protección de los derechos y libertades de terceros o las necesidades de las investigaciones que se estén realizando.

d) Los relativos a las materias protegidas por el secreto comercial o industrial.

572. A. PEDREIRA ANDRADE, «El acceso a los registros y archivos administrativos», cit.

573. M. ÁLVAREZ RICO y I. ÁLVAREZ RICO, «Derecho de acceso a los archivos y registros administrativos en la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común», cit., p. 488.

574. Cfr. E. COBREROS MENDAZONA, «Actos políticos y jurisdicción contencioso-administrativa», en *Cuadernos de Derecho Judicial, El acto y el procedimiento*, 1992, pp. 51-85.

e) Los relativos a actuaciones administrativas derivadas de la política monetaria.

Nos encontramos ante supuestos de exclusión absoluta. El legislador en este punto ha ido bastante más allá que la CE. En la CE los límites eran la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas. La exclusión del apartado a) parece pretender potenciar el secretismo en relación con los actos políticos de Gobierno del Estado y de las Comunidades Autónomas. Aunque en un principio se aludía sólo a las actuaciones del Gobierno del Estado, en la redacción inicial, con posterioridad se admitió la relativa a las Comunidades Autónomas. Ambas exclusiones son discutibles y desde luego no son aplicables a los Entes Locales, debido a que el ordenamiento jurídico local configura con mucha más amplitud el derecho de acceso ⁵⁷⁵.

Se regirán por sus disposiciones específicas (art. 37.6 LRJAPPAC):

- a) El acceso a los archivos sometidos a la normativa sobre materias clasificadas.
- b) El acceso a documentos y expedientes que contengan datos sanitarios personales de los pacientes.
- c) Los archivos regulados por la legislación del régimen electoral.
- d) Los archivos que sirvan a fines exclusivamente estadísticos dentro del ámbito de la función estadística pública.
- e) El Registro Civil y el Registro Central de Penados y Rebeldes y los registros de carácter público cuyo uso esté regulado por una ley.
- f) El acceso a los documentos obrantes en los archivos de las Administraciones Públicas por parte de las personas que ostenten la condición de Diputado de las Cortes Generales, Senador, miembro de una Asamblea legislativa de Comunidad Autónoma o de una Corporación local.
- g) La consulta de fondos documentales existentes en los Archivos Históricos.

Este precepto contiene teóricamente una norma de remisión. Sin embargo, en algunas de las letras no se hace una mera remisión a regímenes especiales, sino que se contienen auténticas exclusiones encubiertas del derecho de acceso; de forma concreta, los regímenes previstos en las letras

575. A. PEDREIRA ANDRADE, «El acceso a los registros y archivos administrativos», cit.

a), b) y d) son auténticas exclusiones por la sencilla razón de que la legislación específica a que remiten prohíbe de manera general cualquier tipo de difusión de las informaciones respectivas: así lo hace, respecto de las materias clasificadas, el art. 8.a), de la Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre secretos oficiales; respecto de los documentos que contengan datos sanitarios personales de los pacientes, la Ley 41/2002, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente, y respecto de los datos estadísticos, los arts. 13 y siguientes de la Ley 12/1989, de 9 de mayo, de la función estadística pública. El resto de las remisiones a regímenes especiales está justificada. Sin embargo, se omite al Defensor del Pueblo, que, de acuerdo con el artículo 22 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, podrá solicitar de los poderes públicos todos los documentos que consideren necesarios para el desarrollo de su función, incluidos los clasificados de carácter secreto⁵⁷⁶.

Este es el verdadero límite que determina, en las relaciones con la Administración Pública, el contenido de documentos secretos. Concretamente, el 37.5 determina con claridad los documentos que podemos estimar comprendidos, siempre, en el secreto específico que estamos analizando.

En este punto es especialmente interesante tener en cuenta los secretos oficiales como objeto principal de protección. En estos casos la Administración pública entiende que tiene el deber de callar y, porque así lo entiende, cubre la situación con una declaración de secreto⁵⁷⁷. Es importante comprender que en el caso de los secretos oficiales lo que el legislador ha querido decir es que el llamado principio —que hoy es más bien regla— de la transparencia implica, cuando se le examina por su haz, el deber de informar, y visto por su envés, implica un doble deber: un deber genérico de callar, que es lo que se llama sigilo (o discreción), y un deber específico de secreto⁵⁷⁸.

El delito de violación de secretos, cuando afectan a la defensa nacional, queda desplazado a favor de los arts. 598 a 603 del CP, en aplicación del principio de especialidad. Asimismo, este delito queda desplazado cuando la información a la que se accede versa sobre información que afecta a la intimidad de los particulares (arts. 197 y 198 ó 535 si media una investigación por delito) siempre que concurra el elemento subjetivo de injusto requerido

576. A. PEDREIRA ANDRADE, «El acceso a los registros y archivos administrativos», cit.

577. *Vid.* STS Sala 3.ª, sec. 6.ª, S. de 11 de abril de 2005, rec. 4280/2001. Pte: González Navarro, Francisco (EDE 2005/149513).

578. STS Sala 3.ª, sec. 6.ª, S. de 29 de noviembre de 2004, rec. 893/2001. Pte: González Navarro, Francisco (EDE 2004/192538).

para estos delitos. Finalmente, es posible apreciar un concurso de delitos entre los arts. 415 y 413, cuando el funcionario sustrae un documento secreto que se encuentra bajo su custodia, pero no le está permitido el acceso al mismo, con finalidad, por ejemplo, de conocer su contenido⁵⁷⁹.

5. Infidelidad de particulares encargados accidentalmente de los documentos

5.1. Tipificación en el Código Penal

Art. 416. *Serán castigados con las penas de prisión o multa inmediatamente inferiores a las respectivamente señaladas en los tres artículos anteriores los particulares encargados accidentalmente del despacho o custodia de documentos, por comisión del Gobierno o de las autoridades o funcionarios públicos a quienes hayan sido confiados por razón de su cargo, que incurran en las conductas descritas en los mismos.*

5.2. Significación del delito

De forma semejante al anterior CP, el art. 416 extiende la responsabilidad también a los particulares que están encargados accidentalmente del despacho y custodia de documentos, tanto si esta labor la realiza de manera autónoma como si se trata de una concesión de la Administración. La responsabilidad de estos particulares está condicionada a la existencia de una previa comisión o encargo fáctico para la custodia o despacho de documentos. De esta forma el particular se sitúa en una posición muy próxima a la del funcionario a cuya custodia está encomendado el documento⁵⁸⁰.

Estamos ante una situación especial que ha sido estudiada por la doctrina administrativa. Influido por la terminología francesa, Sainz de Andino⁵⁸¹ utilizó el concepto de 'oficial público' para designar a aquellos profesionales

579. F. MORALES PRATS y M. J. RODRÍGUEZ PUERTA, «Delitos contra la Administración pública. De la infidelidad en la custodia de documentos y de la violación de secretos», cit., pp. 1822-1823.

580. F. MORALES PRATS y M. J. RODRÍGUEZ PUERTA, «Delitos contra la Administración pública. De la infidelidad en la custodia de documentos y de la violación de secretos», cit., p. 1823.

581. P. SAINZ DE ANDINO, *Ensayo critico sobre la contratación de la Bolsa de Comercio*, Madrid, 1845, p. 144, núm. 231.

que sin perder su condición de tales ejercían alguna función pública. El concepto, sin embargo, no logró arraigar en España, siendo desplazado por otro más descriptivo, «ejerciente privado de funciones públicas», empleado con frecuencia en el Derecho europeo. Los supuestos incluidos bajo esa expresión son muchos y muy variados en su contenido, lo que ha hecho dudar incluso de la utilidad de tal categoría jurídica. Sin embargo, el hecho es que ésta sigue siendo utilizada como una noción necesaria del Derecho público para aplicarse, al menos, a dos clases de supuestos: de un lado, a algunas actividades, que por haber adquirido un significado público especial, el Estado las asume como funciones públicas y las integra en el conjunto de servicios, de los que se hace responsable, aunque manteniendo en gran parte el carácter profesional privado de quienes las ejercen; de otro, al ejercicio de algunas profesiones que por las condiciones en que se realizan exige la utilización de potestades administrativas. Lo que caracteriza estos supuestos consiste en que el ejercicio de una función pública, bien sea como objeto principal de una profesión, bien sea como complemento más o menos indispensable de la misma, no transforma al profesional en funcionario público, pero le somete a una reglamentación legal y a una intervención administrativa⁵⁸².

A la hora de seleccionar algunos supuestos «típicos» hay que tener en cuenta que la noción de 'ejerciente privado de funciones públicas' se aplica con frecuencia creciente a los casos más variados; ha desbordado su ámbito originario (el que media entre la profesión libre y la función pública) para ser aplicada a realidades de naturaleza muy distinta, tales como «sindicatos», «partidos políticos», «asociaciones y federaciones deportivas», «juntas de compensación» e, incluso, «grupos parlamentarios». Tal extensión de su objeto ha hecho que pierda consistencia y utilidad jurídica. Ninguna consecuencia se obtiene al calificar del mismo modo al comandante de una aeronave y a un sindicato. Para que la noción de 'ejerciente privado de una función pública' tenga valor jurídico, es necesario mantenerla en sus límites tradicionales, esto es, dentro del ámbito del ejercicio privado de profesiones a las que, en todo o en parte, se les atribuye legalmente la cualidad de ejercer funciones públicas. Partiendo, pues, de esta idea se han seleccionado aquellos supuestos que la doctrina española y extranjera suele incluir generalmente en esta categoría⁵⁸³:

582. F. SAINZ MORENO, «Ejercicio privado de funciones públicas», en *Revista de Administración Pública*, núm. 100-1002, enero-diciembre de 1983, pp. 1700-1701.

583. F. SAINZ MORENO, «Ejercicio privado de funciones públicas», cit., pp. 1701-1702.

1. Capitán de buque,
2. Comandante de aeronave,
3. Práctico de puerto,
4. Profesionales de algunos servicios de seguridad,
5. Árbitro de Derecho privado,
6. Notario,
7. Agente de Cambio y Bolsa.
8. Corredor colegiado de Comercio.

En cuanto a la penalidad, el CP establece una pena inferior respecto a los particulares, puesto que el reproche jurídico no puede ser el mismo.

6. Revelación de secretos

6.1. Tipificación en el Código Penal

Art. 417. 1. *La autoridad o funcionario público que revelare secretos o informaciones de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo y que no deban ser divulgados, incurrirá en la pena de multa de doce a dieciocho meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años.*

Si de la revelación a que se refiere el párrafo anterior resultara grave daño para la causa pública o para tercero, la pena será de prisión de uno a tres años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a cinco años.

2. *Si se tratara de secretos de un particular, las penas serán las de prisión de dos a cuatro años, multa de doce a dieciocho meses, y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años.*

6.2. Significación del delito ⁵⁸⁴

Siguiendo el argumento de la introducción de este apartado, el secreto específico en el seno de la Administración no conecta sólo con la salvaguardia de la intimidad, sino que guarda una estrecha relación con otros bienes jurídicos que el legislador considera dignos de protección. El secreto admi-

584. Vid. F. MORALES GARCÍA, «Fondos reservados, revelación de secretos y denegación de auxilio», en *Actualidad Penal*, núm. 16, 1996.

nistrativo, y con él el deber de guardar secreto que sujeta a los funcionarios, puede explicarse, así, en la necesidad de imponer la reserva sobre ciertas materias por motivos diversos, por lo que puede decirse que el bien jurídico protegido por el deber de secreto de los funcionarios es plural y no siempre coincidente. Ahora bien, parece oportuno considerar que cuando se trata de un bien jurídico ajeno a la intimidad personal, el secreto sólo puede justificarse en razones de interés general susceptibles de contrarrestar y vencer el principio general de publicidad. Éste, ciertamente, no puede ser absoluto ni incondicionado, pero si se considera que los principios de publicidad y transparencia son inherentes al funcionamiento del Estado democrático, el secreto debe estar justificado en concretas razones de interés general lo suficientemente poderosas como para excepcionar a aquellos. En definitiva, como dice uno de los siete principios de las Instituciones Públicas que se enumeran en el conocido *Informe Nolan sobre normas de conducta en las Instituciones Públicas*, de mayo de 1995, «los que desempeñan un cargo público deberían mostrar la mayor transparencia posible en las decisiones y medidas adoptadas. Deberían explicar las razones de sus decisiones y restringir la información sólo cuando el interés de la mayoría lo exija claramente»⁵⁸⁵.

Como declara la STS 1191/99, de 13 de julio⁵⁸⁶, el bien jurídico protegido es el buen funcionamiento de las Administraciones Públicas y, en definitiva, el bien común como prioritario objetivo a que va dirigido el desempeño de la actividad de los funcionarios que las integran, en tanto que la revelación de los secretos e informaciones no divulgables irrogan un perjuicio de mayor o menor relevancia al servicio que la Administración presta a los ciudadanos⁵⁸⁷. Añade la STS 584/1998, de 14 de mayo⁵⁸⁸, que la ley protege el deber de sigilo de los funcionarios, incluyendo las informaciones que por su propia naturaleza son reservadas,

585. J. BARCELONA LLOP, «El secreto policial. acceso a archivos y registros de la policía. los ficheros automatizados de las fuerzas y cuerpos de seguridad», en *Cuadernos de Derecho Judicial, Acceso judicial a la obtención de datos*, Madrid, 1997, pp. 157-222.

586. STS núm. 1191/1999 (Sala de lo Penal), de 13 de julio, Recurso de Casación núm. 3845/1998. Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Antonio Ramos Gancedo (RJ 1999\5698).

587. Cfr. STS Sala 2.ª, S. de 30 de septiembre de 2003, núm. 1249/2003, rec. 749/2002. Pte: Granados Pérez, Carlos (EDE 2003/130328).

588. STS núm. 584/1998 (Sala de lo Penal), de 14 de mayo, Recurso de Casación núm. 1871/1997. Ponente: Excmo. Sr. D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar (RJ 1998\4877).

sin necesidad de calificación formal de secretos. No obstante, debe matizarse, conforme a la primera de las sentencias citadas, que nos encontramos con un tipo penal abierto por imperativo de la realidad, toda vez que no resulta posible establecer casuísticamente en la norma los secretos e informaciones concretas cuya revelación integre la conducta típica. Por ello, debemos atender a la relevancia del hecho, porque cuando el quebrantamiento del deber de sigilo y discreción ocasione un perjuicio de menor entidad a la causa pública, la conducta permanecerá en el ámbito de la infracción administrativa, pero cuando el daño generado al servicio público —o a un tercero— adquiera una cierta relevancia, la conducta del funcionario desbordará el marco de la ilicitud administrativa para integrar un ilícito penal.

Vistas las características más relevantes del delito se puede concretar el bien jurídico protegido en la tutela de la confidencialidad de determinadas informaciones o secretos que al ser conocidos por terceros no legitimados perjudica el correcto funcionamiento de la administración, impidiendo en el caso concreto el cumplimiento de los fines específicos que tiene legalmente asignados, o como afirma la STS que tratamos se protege la correcta utilización de los medios que posee la administración para cumplir sus fines, en el aspecto concreto de la estricta confidencialidad de las informaciones que posee la Administración⁵⁸⁹.

Por secreto suele entenderse aquello cuyo conocimiento se guarda entre un reducido número de personas con cuidado de que no trascienda a las demás; mientras que en la doctrina penal suele operarse a partir del concepto de Frank, con unos u otros matices. El citado autor definía el secreto como hecho sabido solamente en un círculo limitado de personas, respecto del cual el afectado no quiere, conforme a un interés, que sea conocido de otros. Definición generalmente aceptada y que viene a conjugar las dos posiciones tradicionalmente enfrentadas a la hora de calificar algo como secreto: la que lo hacía en atención a la voluntad del sujeto o sujetos que compartían su conocimiento y deseaban mantenerlo reservado; y la que se fijaba en la existencia de un interés objetivo en conservarlo así. A partir de las opiniones sintetizadas, con las que, en buena medida, se concuerda,

589. J. MUÑOZ CUESTA, «Revelación de información confidencial por policía relativa a intervención de la Brigada de Extranjeros en los llamados “Clubes de alterne” donde trabajan extranjeras en situación ilegal en España. Comentario a la STS, Sala 2.ª, de 19 de junio de 2003 (RJ 2003, 6012)», en *Repertorio de Jurisprudencia*, núm. 22, 2003.

parece oportuno realizar algunas consideraciones, comenzando por las más obvias⁵⁹⁰:

a) Es de todo punto evidente que no puede denominarse secreto lo que es conocido o puede serlo sin dificultad por la generalidad de las personas o por un buen número de ellas. Por tanto, primer rasgo individualizador del secreto: su natural restringido. Ha de ser conocido por una sola o por un círculo reducido de personas.

b) Quienes lo conocen han de querer conocerlo de manera exclusiva y excluyente. Ahora bien, puede haber conocedores legítimos del secreto y también ilegítimos, incluyendo en este segundo grupo a los que se han enterado del mismo accidental o torticeramente. Estos últimos pueden desear, conforme a su conveniencia, la prolongación del sigilo, sin que su deseo venga a sumarse al de los genuinos conocedores ni les convierta en sus «copartícipes». Sobre su responsabilidad criminal volveremos más adelante.

c) El conocimiento exclusivo de algo puede denominarse secreto en el lenguaje usual, pero eso, por sí sólo, no lo dota de protección penal, por más que quieran quienes lo comparten mantenerlo lo más recóndito posible. Absurdo sería que el ordenamiento punitivo descendiera a tutelar minucias o extravagancias, en flagrante contradicción con su carácter fragmentario.

d) El interés en apartar a la generalidad de las personas del conocimiento de algo puede proceder de particulares o de instancias oficiales, cambiando de un caso a otro el bien jurídico protegido, lógicamente. Y así, el Tribunal Supremo ha manifestado que «el elemento descriptivo del 'secreto' puede derivar tanto de una transmisión de información que participa por propia naturaleza de tal condición como por una regulación específica» (STS de 22 de noviembre de 1991)⁵⁹¹.

e) Si el ordenamiento jurídico dispensa protección al secreto —de forma asistemática e incompleta, por descontado—, ello ha de obedecer al propósito de tutelar un valor distinto, pues poco juicioso sería que se tutelara el secreto por el secreto mismo.

590. E. ORTS BERENGUER, «Revelación y uso indebido de secretos e informaciones», en *Cuadernos de Derecho Judicial, Delitos de los funcionarios públicos*, Madrid, 1994, pp. 211-236.

591. STS (Sala de lo Penal) de 22 de noviembre de 1991, Recurso núm. 3871/1990. Ponente: Excmo. Sr. D. Ramón Montero Fernández-Cid (RJ 1991\8446).

Secreto, en el ámbito oficial, no puede ser algo radicalmente distinto del secreto de un particular más que en lo material, de modo que habrá de reunir iguales requisitos en cuanto al corto número de sus conocedores y a la voluntad de tenerlo a buen recaudo y, por supuesto, precisará algo más, junto a su trascendencia, habrá de recaer sobre cuestiones relevantes y de interés público, merecedoras de estar bajo el abrigo penal. Ha de evitarse a toda costa en este punto un concepto extremadamente dilatado de secreto, favorecedor del oscurantismo en la Administración, en la que, antes al contrario, debe prevalecer la transparencia, la diaphanidad, y el sigilo sólo está indicado cuando convenga a los intereses generales. Y es en estos supuestos, únicamente en éstos, cuando el Derecho penal despliega su eficacia protectora⁵⁹².

En nuestro análisis debemos tener en cuenta que existe un tipo delictivo que puede generar confusión con el que estamos tratando. Establece el art. 197 del CP⁵⁹³:

«1. El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales o intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

2. Las mismas penas se impondrán al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero.

592. E. ORTS BERENGUER, «Revelación y uso indebido de secretos e informaciones», en *Cuadernos de Derecho Judicial, Delitos de los funcionarios públicos*, Madrid, 1994, pp. 211-236.

593. Cfr. J. MIQUEL PRATS, «Descubrimiento y revelación de secretos en el nuevo Código Penal», en *Cuadernos de Derecho Judicial, Delitos contra la libertad y la seguridad*, Madrid, 1996, pp. 241-268; o A. JORGE BARREIRO, «El delito de revelación de secretos (profesionales y laborales)», en *Estudios de Derecho Judicial, Estudios sobre el Código Penal de 1995 (Parte especial)*, Madrid, 1996, pp. 311-350.

3. Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años si se difunden, revelan o ceden a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores.

Será castigado con las penas de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses, el que, con conocimiento de su origen ilícito y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realizare la conducta descrita en el párrafo anterior.

4. Si los hechos descritos en los apartados 1 y 2 de este artículo se realizan por las personas encargadas o responsables de los ficheros, soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, archivos o registros, se impondrá la pena de prisión de tres a cinco años, y si se difunden, ceden o revelan los datos reservados, se impondrá la pena en su mitad superior.

5. Igualmente, cuando los hechos descritos en los apartados anteriores afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuere un menor de edad o un incapaz, se impondrán las penas previstas en su mitad superior.

6. Si los hechos se realizan con fines lucrativos, se impondrán las penas respectivamente previstas en los apartados 1 al 4 de este artículo en su mitad superior. Si además afectan a datos de los mencionados en el apartado 5, la pena a imponer será la de prisión de cuatro a siete años».

Asimismo, señala el art. 198 del mismo texto legal⁵⁹⁴:

«La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la Ley, sin mediar causa legal por delito, y prevaliéndose de su cargo, realizare cualquiera de las conductas descritas en el artículo anterior, será castigado con las penas respectivamente previstas en el mismo, en su mitad superior y, además, con la de inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años».

En el ámbito de los *delitos contra la intimidad*, el delito de descubrimiento y revelación de secretos (arts. 197 y siguientes) se libera de las limitaciones

594. Cfr. J. MIQUEL PRATS, «Descubrimiento y revelación de secretos en el nuevo Código Penal», en *Cuadernos de Derecho Judicial, Delitos contra la libertad y la seguridad*, Madrid, 1996, pp. 241-268; o A. JORGE BARREIRO, «El delito de revelación de secretos (profesionales y laborales)», en *Estudios de Derecho Judicial, Estudios sobre el Código Penal de 1995 (Parte especial)*, Madrid, 1996, pp. 311-350.

con que estaba tipificado actualmente para prever expresamente la invasión ilícita de la intimidad en todo caso⁵⁹⁵.

Debe diferenciarse entre los aspectos de descubrimiento y revelación de secreto de la vulneración de datos sometidos a confidencialidad; al margen de la problemática de frontera que en algunos casos puede establecerse, cabe señalar que el NCP deslinda claramente ambos aspectos en el plano normativo, y así la vulneración de secretos *strictu sensu* se sanciona en el mentado art. 197, mientras que la vulneración de los deberes de sigilo que nacen, tanto de relaciones laborales como profesionales, están recogidas en el art. 199. Pudiendo destacarse como elemento diferencial la propia estructura típica de ambos; así, mientras que el art. 197 es, como hemos señalado, un delito mutilado de dos actos, que sanciona el apoderamiento con ánimo de descubrir (art. 197.1) y tipifica de forma autónoma la difusión, revelación o cesión del secreto a terceros (art. 197.3), en la violación de los deberes de sigilo laboral o profesional estamos frente a un delito de resultado, toda vez que el conocimiento del secreto es lícito fruto de la actividad del sujeto, sancionándose únicamente la revelación o divulgación (art. 199). El secreto, en el sentido del art. 197, supone un ámbito de exclusión absoluta de terceros; sin embargo, la definición del ámbito de exclusión no queda confiada al particular, sino que el mismo debe de ponderarse en relación con otros elementos y factores concurrentes⁵⁹⁶.

La relación existente entre estos dos tipos penales surge del texto de ambos. El art. 417.1 se refiere en principio a secretos e informaciones que no necesitan ser de carácter personal. Por lo tanto, la cuestión sólo se puede plantear entre el art. 197.2 y el 417.2 CP, dado que este último hace referencia a «secretos de un particular». Sin embargo, mientras en el caso del art. 197.2 CP se trata de un acceso indebido a la fuente de los datos, pues la ley dice «sin estar autorizado», en el caso del art. 417.2 CP el autor tiene un conocimiento propio de su cargo y obtenido por una necesidad del procedimiento administrativo. En ambos casos se vulnera un deber funcional de secreto, pero en el supuesto del art. 197.2/198 CP, el funcionario, además, infringe otro deber, dado que él se «apodera» ilegalmente, abusando de

595. P. SALA SÁNCHEZ, «Rasgos generales del nuevo Código Penal», en *Estudios de Derecho Judicial, Estudios sobre el Código Penal de 1995 (Parte especial)*, Madrid, 1996, pp. 13-36.

596. J. MIQUEL PRATS, «Descubrimiento y revelación de secretos en el nuevo Código Penal», en *Cuadernos de Derecho Judicial, Delitos contra la libertad y la seguridad*, Madrid, 1996, pp. 241-268.

su posición funcional, de datos que no debería conocer por su cargo. Esta doble infracción de deberes explica y justifica la diferencia de las penas previstas para ambos delitos⁵⁹⁷.

Por todo ello, la esfera de incriminación típica del delito que comentamos queda implícitamente recortada por el contenido del art. 198 del CP, precepto especial (principio de especialidad *ex art. 8 CP*) que conmina a penas más graves (principio de integra desvaloración del hecho) en atención al alto rango del bien jurídico tutelado, la intimidad de los particulares. En consecuencia, la relación entre ambos artículos es de concurso aparente de normas que solventar por medio del desplazamiento de los tipos previstos en el capítulo IV a favor del tipo previsto en el art. 198 del CP⁵⁹⁸.

6.3. Sujetos activos

Este delito requiere la actuación de una Autoridad o funcionario público como sujeto activo del delito, al resultar preciso que sea la Autoridad o el funcionario público el que revele el secreto que conoce.

El tipo requiere que el funcionario ostente la custodia «intelectual» o «ideal» del secreto a la información⁵⁹⁹, situación que genera un deber de sigilo o discreción⁶⁰⁰. Así, el CP ha restringido el círculo de posibles autores a aquellos funcionarios que conocen los secretos o informaciones por razón del cargo, esto es, que han accedido lícitamente a la información que revelan⁶⁰¹.

597. STS Sala 2.ª, S. de 11 de junio de 2004, núm. 725/2004, rec. 471/2003. Pte: Balcigalupo Zapater, Enrique (EDE 2004/82679).

598. F. MORALES PRATS y M. J. RODRÍGUEZ PUERTA, «Delitos contra la Administración pública. De la infidelidad en la custodia de documentos y de la violación de secretos», en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, p. 1809.

599. Cfr. M. P. OTERO GONZÁLEZ, *Justicia y secreto profesional*, 2001.

600. Vid. J. MUÑOZ CUESTA, «Revelación de información confidencial por policía relativa a intervención de la Brigada de Extranjeros en los llamados “Clubes de alterne” donde trabajan extranjeras en situación ilegal en España. Comentario a la STS, Sala 2.ª, de 19 junio 2003 (RJ 2003, 6012)», en *Repertorio de Jurisprudencia*, núm. 22, 2003.

601. F. MORALES PRATS y M. J. RODRÍGUEZ PUERTA, «Delitos contra la Administración pública. De la infidelidad en la custodia de documentos y de la violación de secretos», en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, p. 1825.

6.4. *Revelación de secretos o informaciones públicas u oficiales. Revelación de secretos de un particular*

La conducta típica consiste en revelar, poner en conocimiento de un tercero no legitimado, un secreto o información. El art. 417 CP habla de «secretos o informaciones» oficiales o administrativos, y de «secretos de un particular»⁶⁰².

Morales Prats y Rodríguez Puerta⁶⁰³ estiman que lo esencial es que se verifique la comunicación a un tercero (cesión de información) de forma oral, escrita o de cualquier modo, siendo intrascendente la fuente de la noticia o el secreto siempre que el funcionario haya tomado conocimiento de él por razón de su oficio. En suma, son posibles tanto las formas activas como las omisivas. Además consideran que la comisión por omisión sólo será factible cuando el secreto o la información tengan constancia documental. En mi opinión, la posibilidad omisiva también se produce en informaciones o secretos que tengan otro soporte, puesto que nada impide, por ejemplo, que un funcionario tenga la puerta abierta de su despacho para que otra persona pueda acceder al secreto.

El objeto de la revelación debe ser un secreto o una información que no deban ser divulgados. En este sentido nos debemos remitir a lo señalado en el comentario del art. 415, donde hemos dado cumplida cuenta del tema.

No obstante, vamos a dedicar un momento al concepto de información. Inicialmente, puede afirmarse que información ha de interpretarse por oposición a secreto. Una y otro suponen el conocimiento de datos o noticias, pero mientras el secreto ha de venir normativamente etiquetado, la información no. El legislador ha creído conveniente, más aún, necesario, cubrir un espectro más amplio de materias frente a revelaciones inoportunas. Los funcionarios públicos, por razón de su cargo o de su oficio, quedan instruidos, junto de los secretos *stricto sensu*, de datos o noticias desprovistos de la consideración de secretos, no obstante lo cual no deben ser divulgados. Pues bien, la inclusión del término 'información' en el art. 367 ACP permite alcanzar dicho objetivo. Claro que con lo dicho se ha contestado a

602. Cfr. STS Sala 2.ª, S. de 18 de julio de 2005, núm. 941/2005, rec. 513/2004. Pte: Andrés Ibáñez, Perfecto (EDE 2005/119232).

603. F. MORALES PRATS y M. J. RODRÍGUEZ PUERTA, «Delitos contra la Administración pública. De la infidelidad en la custodia de documentos y de la violación de secretos», en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, p. 1825-1826.

medias a la cuestión planteada, pues resta por especificarse cuándo la revelación de una información tiene cabida en el referido artículo, y, por ende, qué información ha de permanecer en el hermetismo, así como distinguir cuándo la divulgación de lo sabido por razón del cargo constituye una vulneración del deber de sigilo (art. 80 de la de funcionarios civiles del Estado) y cuándo el delito del art. 367 del ACP, en su segunda variante revelación de información. Empezando por el final, se puede contestar a la interrogante abierta que la diferencia ha de extraerse de la importancia o trascendencia de los asuntos conocidos. Incurrirá en el delito, el funcionario que desvele aquellos que revistan importancia bastante como para ser equiparados a los merecedores de la calificación de secretos. Y ello por dos razones: porque, por el carácter fragmentario del Derecho Penal, sólo debe ser acreedor de pena el desvelamiento de informaciones relativas a materias importantes; y porque, al estar ubicadas en el mismo plano la revelación de secretos y la de informaciones al castigarse por igual, estas últimas han de ser portadoras de indicaciones de análogo alcance a las que determinan la consideración de secreto para específicos conocimientos; ello sin contar el despropósito que supondría castigar la comunicación de algo no sujeto a una limitación en cuanto a su conocimiento y que, por lo mismo, estuviera a disposición de cualquiera. Por consiguiente, debieran quedar relegadas a la condición de meros ilícitos administrativos sin que esta afirmación encubra el más ligero desdén para con éstos ni desconozca su, a menudo, superior eficacia, cuando no dureza los quebrantamientos del sigilo que afecten a cuestiones de entidad y significado menores. Es un criterio no del todo aquilitado que, a la postre, supone dejar en manos del juez la decisión de si se está ante un ilícito administrativo o ante un ilícito penal, pero no se encuentra otro mejor ni parece sencillo encontrarlo ⁶⁰⁴.

El delito se consuma ⁶⁰⁵ cuando la información revelada llega a conocimiento del tercero no autorizado. La propia estructura de este precepto hace necesaria la intervención de más de un sujeto, el que revela la información y el receptor de la misma. Ambos llevan a cabo conductas distintas pero tendentes a la obtención de una misma finalidad. Esta clase de tipos se denominan de participación necesaria, en la medida en que para la consu-

604. E. ORTS BERENGUER, «Revelación y uso indebido de secretos e informaciones», en *Cuadernos de Derecho Judicial, Delitos de los funcionarios públicos*, Madrid, 1994, pp. 211-236.

605. Cfr. E. ORTS BERENGUER, «Revelación y uso indebido de secretos e informaciones», en *Cuadernos de Derecho Judicial, Delitos de los funcionarios públicos*, Madrid, 1994, pp. 211-236.

mación del delito resulta imprescindible la intervención de, al menos, dos sujetos. No obstante, mientras que la conducta de uno de ellos es merecedora de una sanción penal (la conducta del funcionario) la del otro (el receptor) no merece la misma consideración. Tan sólo, excepcionalmente, porque así lo prevé el art. 418, la conducta del particular receptor resultará inculpada, si además de acceder al secreto o información se aprovecha de ella⁶⁰⁶.

En este punto debemos tener en cuenta que en este delito se pueden dar todos los tipos de participación posible respecto de otros funcionarios.

En orden a la culpabilidad se ha admitido por algún autor la comisión culposa, si media una indiscreción no disculpable. Sin embargo, más bien parece que la revelación de secretos o informaciones se aviene sólo con la comisión dolosa. Pues, aunque un secreto o una información pueden trascender por negligencia del obligado a preservarlos, no parece que ello sea punible, porque, conceptualmente, revelar un secreto requiere algo más que un comportamiento descuidado⁶⁰⁷.

En el segundo párrafo del apartado primero del precepto analizado se prevé una modalidad agravada de revelación de secretos oficiales o públicos. La pena con que resulta conminado el funcionario que revela una información o secreto, a consecuencia de lo cual resulta un grave daño para la causa pública o terceros, es significativamente más elevada que la que corresponde al tipo básico. Las circunstancias que van a permitir su aplicación necesitarían que el funcionario conozca o haya podido conocer que con la revelación se producirá un plus de daños para la causa pública o para terceros⁶⁰⁸.

Hay que entender que en la revelación de secretos de particulares éstos han de ser conocidos por la autoridad o funcionarios públicos por razón de su oficio o cargo y, además, les esté prohibida la divulgación. Deberá referirse a secretos que puedan ocasionar perjuicios de cierta entidad a los parti-

606. F. MORALES PRATS y M. J. RODRÍGUEZ PUERTA, «Delitos contra la Administración pública. De la infidelidad en la custodia de documentos y de la violación de secretos», en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, p. 1827.

607. E. ORTS BERENGUER, «Revelación y uso indebido de secretos e informaciones», en *Cuadernos de Derecho Judicial, Delitos de los funcionarios públicos*, Madrid, 1994, pp. 211-236.

608. F. MORALES PRATS y M. J. RODRÍGUEZ PUERTA, «Delitos contra la Administración pública. De la infidelidad en la custodia de documentos y de la violación de secretos», en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, p. 1827.

culares. Cuando se trate de secretos prácticamente sin relevancia para el particular se debería acudir a las sanciones administrativas⁶⁰⁹.

6.5. *Delimitación típica. Concursos*

Debemos coincidir con la AP de Lugo⁶¹⁰ cuando señala que no hay «secreto» para aquél a quien la comunicación se dirige ni implica contravención de lo dispuesto en el art. 18.3 CE la retención por cualquier medio del contenido del mensaje. Quien entrega a otro la carta recibida o quien emplea durante su conversación telefónica un aparato amplificador de la voz que permite captar aquella conversación a otras personas presentes o permite oír a través del teléfono lo que se esté diciendo no está violando el secreto de las comunicaciones, sin perjuicio de que esa misma conducta, en el caso de lo que así transmitido a otro o a otros entren en la esfera «íntima» del interlocutor, pudiese constituir un atentado al derecho garantizado en el art. 18.1 CE.

El delito del art. 466 es especial, en el sentido de que solamente es punible la conducta cometida por determinadas personas, como abogados, procuradores, jueces, representantes del Ministerio Fiscal, secretarios judiciales, funcionarios de Justicia, o cualquier otro particular que intervenga en el proceso. El acusado no se encuentra en ninguno de tales supuestos, ni se puede decir que interviniera en el proceso, por cuanto no tenía conocimiento de las actuaciones judiciales y su participación se limitó a llevar a cabo ciertas indagaciones, que le fueron encargadas por sus compañeros de Policía Judicial. En cambio, el art. 417.1 del CP castiga a «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».

Entre los delitos relativos a la defensa nacional y el art. 417.1 media una relación de especialidad a solventar a favor de los primeros. Las relaciones que pueden surgir entre el delito de revelación de secretos del art. 417 y el resto de los delitos del Capítulo IV es de concurso de delitos y no de leyes. Así, las acciones de infidelidad material o de acceso ilícito al documento presentan una divergencia estructural radical con la conducta de revelación

609. A. SERRANO GÓMEZ y A. SERRANO MAÍLLO, *Derecho Penal. Parte especial*, 10.^a edición, Madrid, 2005, p. 803.

610. SAP Lugo, sec. 1.ª, S. de 18 de febrero de 2005, núm. 50/2005, rec. 18/2004. Pte: Pedrosa López, José Rafael (EDE 2005/14092).

ilícita prevista en el art. 417 del CP. No obstante, no cabe relación de concurso entre el art. 415 y el 417, por cuanto en el primero el funcionario no detenta el conocimiento lícito de la información. Igual conclusión cabe establecer para las modalidades típicas del 414.1 cuando el funcionario no es custodio del contenido ideal de los documentos, y para todos los supuestos abarcados por el art. 414.2⁶¹¹.

7. Utilización de los secretos por los particulares. Aprovechamientos de secretos o información privilegiada

7.1. Tipificación en el Código Penal

Art. 418. El particular que aprovechar para sí o para un tercero el secreto o la información privilegiada que obtuviere de un funcionario público o autoridad, será castigado con multa del tanto al triplo del beneficio obtenido o facilitado. Si resultara grave daño para la causa pública o para tercero, la pena será de prisión de uno a seis años.

7.2. Significación del delito

El CP extiende la responsabilidad en casos de revelación de secretos también a los particulares, si bien es necesario que estos obtengan un provecho para sí o para tercero del secreto o la información privilegiada.

El texto legal hace referencia a que la información se obtenga de un funcionario público o autoridad, sin indicar expresamente que la autoridad o funcionario público tuviera conocimiento de tales secretos o información privilegiada por razón de su oficio o cargo. Puede ocurrir que los secretos los conozcan a su vez otros funcionarios, por lo que Serrano Gómez y Serrano Maíllo⁶¹² entienden que estos casos han de quedar excluidos del art. 418, comprendiendo solamente el secreto o información que se obtiene por la autoridad o funcionario que la conoce por razón de su cargo.

611. F. MORALES PRATS y M. J. RODRÍGUEZ PUERTA, «Delitos contra la Administración pública. De la infidelidad en la custodia de documentos y de la violación de secretos», en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, pp. 1828-1829.

612. A. SERRANO GÓMEZ y A. SERRANO MAÍLLO, *Derecho Penal. Parte especial*, 10.^a edición, Madrid 2005, p. 804.

Cuando un particular se aprovecha de la revelación de un secreto por parte de un funcionario, también atenta contra la correcta preservación y utilización de los medios esenciales para el cumplimiento de los fines propios de la Administración, y más concretamente contra la confidencialidad de determinadas informaciones o secretos cuyo conocimiento por terceros perjudica a la Administración ⁶¹³.

7.3. *Elementos típicos*

Para Morales Prats y Rodríguez Puerta ⁶¹⁴ los sujetos activos de este delito podrán serlo tanto el funcionario como el particular. Así, si un funcionario obtiene de otro informaciones o secretos de los que se aprovecha para obtener un beneficio, cometerá el delito tipificado en el art. 418 CP, y no el del art. 442, pues el uso de secretos o informaciones privilegiadas con ánimo de obtener un beneficio económico, incriminado en este precepto, requiere que el funcionario haya conocido la información o secreto de forma lícita. De haber accedido a ella ilícitamente, el funcionario que reveló el secreto o la información responderá por el delito del art. 417 y el que la usó por el delito del art. 418 CP.

Es preciso que el conocimiento del secreto o de la información privilegiada que se pretenda aprovechar hayan sido obtenidos de un funcionario público o Autoridad que tuvieran conocimiento de ellos por razón de su cargo u oficio; siendo la conducta típica el aprovechamiento de dicha información.

Sobre el aprovechamiento, desde un punto de vista penal parece lógico considerar que no basta la simple recepción de la información para cometer el tipo, sino que debe producirse un beneficio, una ventaja, para un tercero o para el propio receptor de la información.

Finalmente, debemos tener en cuenta que el autor debe actuar dolosamente, a sabiendas de que usa un secreto o información de origen ilícito ⁶¹⁵.

613. F. MORALES PRATS y M. J. RODRÍGUEZ PUERTA, «Delitos contra la Administración pública. De la infidelidad en la custodia de documentos y de la violación de secretos», en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, p. 1830.

614. F. MORALES PRATS y M. J. RODRÍGUEZ PUERTA, «Delitos contra la Administración pública. De la infidelidad en la custodia de documentos y de la violación de secretos», en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, p. 1830.

615. F. MORALES PRATS y M. J. RODRÍGUEZ PUERTA, «Delitos contra la Administración pública. De la infidelidad en la custodia de documentos y de la violación de secretos»,

7.4. Delimitación típica

En este delito el particular consigue un efecto similar al del delito de revelación de secretos cometido por funcionario público o autoridad y previsto en el artículo 417, hasta tal punto que ha sido calificado por la doctrina como el reverso del tipo penal del funcionario que actúa en el ámbito del artículo 418. Realmente la conducta solamente sería impune si el particular se limita a recibir u obtener la información para sí mismo sin hacer uso de ella. En todos los demás casos el daño para el bien jurídico protegido es evidente y la norma prioritaria es la del artículo 417 del CP ⁶¹⁶.

La *distinción* más relevante con el delito de maquinaciones, aparte de la *pena* abstracta, se halla en el *sujeto* —sólo particular—, en el *instrumento* —también el secreto, y en el origen de la información— y en la desorbitada *cualificación por el resultado*. No hay diferencia en el verbo rector, dada la sinonimia entre ‘utilizar’ y ‘aprovechar para sí’ ⁶¹⁷.

Morales Prats y Rodríguez Puerta ⁶¹⁸ estiman que si la información privilegiada o secreto versara sobre cuestiones atinentes a la intimidad de los particulares y el sujeto hiciera uso de ellas obteniendo un beneficio económico, el delito analizado quedaría desplazado por el art. 197.2 apartado 2 del CP, en el que se incrimina la conducta de aquel que difunde, revela o cede a terceros datos o informaciones relativas a la intimidad conociendo su origen ilícito, pero sin haber tomado parte en su descubrimiento. Si el uso no consistiera en alguna de las conductas indicadas en el precepto citado, vendría en aplicación el delito del art. 418. Asimismo señalan que no debe confundirse esta modalidad delictiva con el delito de cohecho activo, como tampoco debe confundirse con el cohecho pasivo con la conducta típica del art. 442 del CP.

en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, p. 1832.

616. STS Sala 2.ª, S. de 7 de diciembre de 2004, núm. 1194/2004, rec. 692/2003. Pte: Martín Pallín, José Antonio (EDE 2004/225055).

617. J. ALEMANY EGUIDAZU, *La manipulación de los mercados de valores*, Madrid, 2001.

618. F. MORALES PRATS y M. J. RODRÍGUEZ PUERTA, «Delitos contra la Administración pública. De la infidelidad en la custodia de documentos y de la violación de secretos», en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, p. 1832.

1. Cuestiones generales

El cohecho es un delito que tiene enorme incidencia en todos los ámbitos públicos, por lo que preocupa enormemente a los poderes del Estado.

La ONU ha retomado sus iniciativas contra la corrupción con dos resoluciones de la Asamblea General en el año 1996 y con ello se ha adherido nuevamente a la declaración de la ONU contra la corrupción y el cohecho en el marco del comercio internacional mediante la cual se incitó a los Estados miembros a, de acuerdo a lo establecido en sus Constituciones y principios jurídicos fundamentales, combatir y eliminar la corrupción en el ámbito comercial. En 1998, 1999 y 2000 hubo nuevas resoluciones mediante las cuales la ONU apoyó las iniciativas internacionales y apeló a los Estados miembros para que ejecutaran la esa declaración e implementasen los instrumentos internacionales, además de formular más exigencias respecto del apoyo de los Estados miembros en la aplicación de los instrumentos y respecto de la información sobre las medidas tomadas. Por último, la convención de la ONU contra el crimen organizado a escala internacio-

619. Cfr. J. VIZUETA FERNÁNDEZ, *Delitos contra la administración pública: estudio crítico del delito de cohecho*, Granada, 2003; M. J. RODRÍGUEZ PUERTA, *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, Pamplona, 1999; I. OLIAZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, Valencia, 1999; I. VALEIJE ÁLVAREZ, *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, Madrid, 1996; J. CÓRDOBA RODA, «El cohecho de funcionarios públicos», en *Estudios jurídicos en honor al profesor D. Pérez Vitoria*, Barcelona, 1983.

nal del 13 de noviembre del 2000 incluyó algunas pautas en los arts. 8 y 9 para criminalizar la corrupción⁶²⁰.

Asimismo, el problema de la corrupción internacional afecta en especial a los intereses financieros de la Unión Europea, que, mediante grandes fraudes, se ve constantemente lesionada. En este sentido, el soborno de funcionarios de la UE desempeña un rol importante. Ya en 1997 propuso la comisión en una comunicación⁶ al Consejo y al Parlamento una estrategia coherente para luchar contra la corrupción. Esta estrategia fue introducida en las directrices de los órganos internacionales (Consejo de Europa, OECD, G7, ONU y Organización Mundial del Comercio) y abarca diversos ámbitos, a saber: comercio internacional, competencias, ayuda financiera a terceros países, medios propios de la comunidad, política de desarrollo y preparación para la adhesión de nuevos socios. Se encontraron lagunas respecto de la persecución del cohecho fuera del ámbito estatal interno, así como en torno a funcionarios extranjeros y en el nivel del comercio privado. Tampoco el manejo de los impuestos con dinero producto de sobornos a funcionarios extranjeros satisfizo —como en los casos de Japón y los EE.UU. por ejemplo, donde la reducción de impuestos está prohibida— las solicitudes de prohibición de la ONU, del Consejo de Europa, de la OCD y del Parlamento Europeo. El blanqueo de dinero producto del cohecho debiera ser un hecho punible en todos los países miembros. Medidas paralelas, como el registro de empresas enjuiciadas en listas negras, la introducción de un sistema de información y/o de sanción y la protección de informantes que hayan dado a conocer un caso de corrupción, eran otros puntos de la estrategia anti-corrupción. Respecto de países terceros, éstos deben ser vinculados a este sistema mediante el apoyo de la comunidad y la recepción de ayudas para que puedan introducir las normas antes señaladas, así como transparencia en los mercados públicos y sostener los servicios socio-económicos. Los programas especiales —en particular los que se ocupan del centro y este de Europa (*Octopus-Programm*, *EU y consejo*, *Europeo de Sigma-Programm*, *OECD+EU*) y deben apoyar estas medidas en cada país. Las normativas para la lucha contra la corrupción deben contener todos los convenios que prevén ayuda financiera de la UE, del Banco Mundial, de la OECD o de cualquier otro patrocinador financiero. Con estos fines fueron completados los convenios sobre la protección de los intereses financieros de la CE mediante un protocolo que conjuntamente regulaba el cohecho

620. B. HUBER, *Cuestiones del Derecho Penal europeo*, Madrid, 2006.

de funcionarios de la CE y el peligro de los intereses financieros de la CE. Por primera vez la corrupción transnacional fue objeto de medidas internacionales europeas ⁶²¹.

En el delito de cohecho se castiga al funcionario que, en el ejercicio de sus funciones, se vende, se corrompe o acepta algo que no tiene derecho. Igualmente se castiga al particular que compre o corrompa al funcionario o pretenda hacerlo. Se trata de proteger la integridad del funcionario y su lealtad con respecto al Estado ⁶²².

La descripción típica del cohecho activo y pasivo de los arts. 2 y 3 de la Convención del Consejo de Europa no contiene observación alguna en torno a que deba verificarse una lesión del deber del funcionario, es decir, excederse en las obligaciones. El redactor no considera estas adiciones como necesarias, pues no se trata de una ejecución arbitraria de las obligaciones del funcionario, sino de si éste ha ofrecido, entregado o prometido algo que el cohechador obtiene de aquél. Se pretende con ello garantizar la confianza de los ciudadanos en la correcta administración pública que estaría en peligro incluso si el funcionario hubiese actuado de la misma manera, aun sin haber recibido obsequio alguno. De otro lado, la Convención del Consejo de Europa buscó evitar los problemas probatorios mediante el concepto de «infracción de un deber» ⁶²³.

El propio TS ⁶²⁴ ha señalado que «las cuestiones suscitadas ponen de relieve la incompleta, anticuada y burocrática regulación de los delitos cometidos por autoridades o funcionarios públicos que se lucran ilícitamente en el ejercicio de su cargo. No se comprende cómo en la redacción del Código Penal de 1995 y en las modificaciones posteriores, no se ha corregido este arcaísmo y se valora adecuadamente el peligro que suponer para el funcionamiento de la causa pública, las conductas de corrupción que afectan a los funcionarios, tanto si se trata de un acto espontáneo de éstos como si el funcionario, quebrantando su deber de cumplir fielmente con la sociedad y la administración, decide acceder a las ofertas, casi siempre económicas y en elevada cuantía que realiza el particular, que antaño era normalmente una persona física y que ahora, frecuentemente, es una persona

621. B. HUBER, *Cuestiones del Derecho Penal europeo*, Madrid, 2006.

622. C. GRANADOS PÉREZ, «El instrumento en el delito de cohecho», en *Cuadernos de Derecho Judicial, Delitos de los funcionarios públicos*, 1994, pp. 129-152.

623. B. HUBER, *Cuestiones del Derecho Penal europeo*, Madrid, 2006.

624. STS Sala 2.ª, S. de 7 de diciembre de 2004, núm. 1194/2004, rec. 692/2003. Pte: Martín Pallín, José Antonio (EDE 2004/225055).

jurídica que actúa por medio de su representantes. Las penas resultan absolutamente simbólicas y alejadas de las preocupaciones que rigen en este momento en el seno de la Unión Europea respecto de los fraudes o gestiones indebidas de los fondos y sobre todo de la utilización de la corrupción como instrumento para obtener unos privilegios ilegales en el mercado y, al mismo tiempo, de enriquecerse en cantidades importantes. No comprendemos cómo el legislador ha sido sensible a las indicaciones para castigar las actuaciones dirigidas a corromper a funcionarios extranjeros y no ha reaccionado, en la misma medida, cuando se trata de actuaciones que afectan directamente a los intereses nacionales».

En el plano jurisprudencial, tiene declarado esta Sala que cohecho «es la corrupción de un funcionario público realizada mediante precio y con el fin de ejecutar un hecho opuesto al cumplimiento de los deberes oficiales inherentes al ejercicio de su cargo» (S. de 29 de abril de 1947); y que la única nota compartida por todos los tipos de cohecho no es otra que la idea de corrupción, pues fuera de ella los demás rasgos que pudieran significarse no concurren en todas las figuras de cohecho (S. de 12 de junio de 1940). Las figuras típicas del cohecho, en último término, persiguen la protección del normal funcionamiento de los servicios públicos que los órganos e instituciones del Estado vienen obligados a ofrecer a los miembros de la comunidad, con arreglo a los principios y criterios marcados por la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico (art. 103 de la CE).

De esta forma, el TS en su sentencia de fecha 5 de febrero de 1996⁶²⁵ enseña que cohecho es la corrupción de un funcionario público realizada mediante precio y con el fin de ejecutar un hecho opuesto al cumplimiento de los deberes oficiales inherentes al ejercicio de su cargo; la única nota compartida por todos los tipos de cohecho no es otra que la idea de corrupción, pues fuera de ella los demás rasgos que pudieran significarse no concurren en todas las figuras de cohecho.

La posible heterogeneidad de las diversas figuras de cohecho es más aparente que real en cuanto que el bien jurídico protegido que tratan de proteger sus diferentes modalidades delictivas es perfectamente unificable. Una moderna corriente doctrinal pone el acento en la necesidad de perseguir, con instrumentos penales, la corrupción de los funcionarios públicos,

625. STS Sala 2.ª, S. de 5 de febrero de 1996, núm. 84/1996, rec. 1366/1995. Pte: Puerta Luis, Luis Román (EDE 1996/346).

que ponen en peligro la credibilidad del sistema democrático del estado de derecho (STS de 16 de diciembre de 1998)⁶²⁶.

Otra de fecha 5 de diciembre de 1997⁶²⁷, en un caso referido a un acusado funcionario de la SS –Jefe de Unidad de Recaudación Ejecutiva de zona–, que tenía como función propia impulsar la recaudación de cantidades adeudadas a aquella, mantuvo una conversación con el apoderado de una compañía deudora solicitándose una dádiva de 1 000 000 pesetas, no estimándose acreditada la contraprestación concreta a que se comprometía el funcionario acusado a cambio del dinero solicitado; no es factible la condena por el tipo delictivo sancionado en el art. 419 CP 1995 –soborno para realizar una acción u omisión delictiva–, como se interesaba inicialmente por las acusaciones; tampoco es posible la aplicación del art. 420 CP, que exige ejecutar un acto injusto relativo al ejercicio del cargo que no constituya delito, pues no consta que el acusado realizase efectivamente acción alguna como contraprestación de la dádiva; por contra, lo acreditado sí es suficiente para determinar la aplicación del art. 421 como la más favorable para el reo de las tres alternativas de contraprestación –acción u omisión constitutiva de delito; acto injusto no constitutivo de delito o mera abstención de un acto que debiera practicarse en el ejercicio del cargo–.

Suele distinguirse dentro del cohecho el cohecho propio del impropio. El cohecho propio es aquel que tiene por objeto la obtención de un acto propio del cargo, contrario al ordenamiento jurídico, mientras que el cohecho impropio es aquel cuyo objetivo es un acto propio del cargo, conforme al ordenamiento jurídico. La distinción entre estas dos formas de cohecho radicaría, en opinión de Morales Prats y Rodríguez Puerta⁶²⁸, en el carácter pluriofensivo del cohecho cuando se dirige a la obtención de un acto contrario al ordenamiento jurídico, ya que en esos supuestos, además de conculcarse el principio de imparcialidad, se pone en peligro el principio de legalidad a que está sometida la actividad pública.

Finalmente, debemos tener en cuenta que este tipo de delitos, que no afectan directamente al patrimonio, al verse oscurecido el bien jurídico

626. STS Sala 2.ª, S. de 16 de diciembre de 1998, núm. 1417/1998, rec. 2885/1997. Pte: Martín Pallín, José Antonio (EDE 1998/25691).

627. STS Sala 2.ª, S. de 5 de diciembre de 1997, núm. 1250/1997, rec. 43/1997. Pte: Conde-Pumpido Tourón, Cándido (EDE 1997/9368).

628. F. MORALES PRATS y M. J. RODRÍGUEZ PUERTA, «Delitos contra la Administración pública. Del cohecho», en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona 1996, p. 1838.

protegido por otro de mayor valor como el cohecho o la malversación de caudales públicos, sí puede originar una ganancia o beneficio ilícito. E incluso podrían ser tenidos en cuenta delitos absolutamente ajenos al patrimonio en su configuración típica, pero en los que aparecen consideraciones económicas en el agotamiento. En el caso concreto, la percepción de dádivas a cambio de un acto injusto (cohecho), por un lado, y la no declaración a la Hacienda Pública de las dádivas (infracción administrativa o penal de carácter fiscal)⁶²⁹.

2. Cohecho propio. Cohecho para realizar en el ejercicio del cargo una acción u omisión constitutivas de delito⁶³⁰

2.1. Tipificación en el Código Penal

Art. 419. *La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, solicitare o recibiere, por sí o por persona interpuesta, dádiva o presente o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo una acción u omisión constitutivas de delito, incurrirá en la pena de prisión de dos a seis años, multa del tanto al triplo del valor de la dádiva e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a doce años, sin perjuicio de la pena correspondiente al delito cometido en razón de la dádiva o promesa.*

2.2. Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

El proyecto presentado al Congreso tenía la siguiente redacción:

La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, recibiere o solicitare, por sí o por persona interpuesta, dádiva, favor o retribución de cualquier clase o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo un acto contrario a los deberes inherentes al mismo, incurrirá en la pena de prisión de tres a seis años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial

629. E. RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, «Ganancias de origen (ilícito) delictivo y fraude fiscal», en *Revista de Derecho Financiero*, núm. 265, septiembre de 2002.

630. Cfr. N. J. DE LA MATA BARRANCO, «El delito de cohecho activo», en *Revista de derecho y proceso penal*, núm. 12, 2004, pp. 29-76.

para empleo o cargo público por tiempo de siete a doce años, sin perjuicio de la pena correspondiente al acto realizado en razón de la retribución o promesa si fuera constitutivo de delito.

Esto suponía la aplicación del tipo, pues se amplía el tipo de acciones desde aquellas que sean constitutivas de delito hasta aquellas que son contrarias a los deberes inherentes al cargo, lo que supone ampliar el delito base, si bien resulta bastante erróneo introducir un concepto tan indefinido como ‘acto contrario a los deberes inherentes al cargo’, puesto que, incluso podría darse el caso de tener un funcionario con competencia respecto a hechos que podrían ser constitutivos de delitos siendo, incluso, un acto no contrario a los deberes inherentes del cargo. Asimismo, supondría una ampliación que impediría determinar con claridad el ámbito de responsabilidad penal del funcionario o la autoridad en este delito. Sería importante, para variaciones futuras, evitar conceptos tan indeterminados, identificando el acto de una forma objetiva, como dictar actos nulos de pleno derecho.

2.3. *Significado del delito*

Como en el resto de los delitos cometidos por los funcionarios públicos, el delito de cohecho —desde el punto de vista del «bien jurídico» protegido— es un típico delito pluriofensivo, hasta el punto de que, como resulta obvio, el acento de la tutela penal no es el mismo en el cohecho activo que en el pasivo. Es característica común de ambas modalidades, sin embargo, que las dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas en que se materializa la acción típica no son debidas. El funcionario carece, en todo caso, del derecho para su exigencia o percepción.

Con el delito de cohecho se protege el prestigio y eficacia de la Administración Pública, garantizando la probidad e imparcialidad de sus funcionarios y la eficacia del servicio público encomendado (STS de 29 de abril de 1995)⁶³¹. El bien jurídico protegido es la protección debida al correcto funcionamiento de los órganos de la Administración, así como la imagen misma del Estado de Derecho, en el sentido de preservar la confianza de los ciudadanos en que los servidores públicos —funcionarios públicos— ejerzan sus funciones sometidos al imperio de la ley, imagen que se ve seriamente afectada si tales funciones son retribuidas al margen —y además— de los pre-

631. STS Sala 2.ª, S. de 29 de abril de 1995, núm. 593/1995, rec. 2597/1994. Pte: Carrero Ramos, Justo (EDE 1995/1843).

supuestos públicos, directamente por los particulares que se sirven de ella por ejecutar el funcionario un acto relativo a su cargo que sea injusto o que constituya delito, pues con ello se cuestiona de forma grave en la sociedad la seriedad y probidad del ejercicio de la función pública.

Lo injusto del delito de cohecho, desde la perspectiva del bien jurídico protegido —principio de imparcialidad en el ejercicio de la actividad pública consustancial a la actividad democrática e incluso del de legalidad al que pone en peligro—, se agota con el intento de acuerdo o con su obtención, siendo irrelevante que con posterioridad se dé cumplimiento a lo acordado. El TS, en sentencia de 5 de febrero de 1996⁶³², señala que cohecho es la corrupción de un funcionario público realizada mediante precio y con el fin de ejecutar un hecho opuesto al cumplimiento de los deberes oficiales inherentes al ejercicio del cargo.

El bien jurídico tutelado por este delito es el debido respeto al principio de imparcialidad en el ejercicio de la actividad pública, consustancial a una administración democrática. Como recuerda la STS de fecha 16 de diciembre de 1998⁶³³, lo que se busca es perseguir, con instrumentos penales, todas las actividades que revelan la corrupción de los funcionarios públicos y ponen en peligro la credibilidad democrática del sistema administrativo del estado.

La circunstancia de que, además de contrario al ordenamiento jurídico, el acto o decisión del funcionario tenga carácter delictivo no añade un plus de desvalor al hecho enjuiciado, pues la valoración de la conducta desde la perspectiva del correcto funcionamiento de la Administración no varía sustancialmente en uno u otro caso. En primer lugar porque el núcleo del injusto se agota en el mero acuerdo o su intento, sin que la ejecución o no del mismo añadan nada nuevo a lo ya realizado. En segundo lugar, porque únicamente exige que el autor se manifieste de acuerdo con llevarlo a cabo, situación que no es suficiente para poner en peligro un bien jurídico distinto. No obstante, el legislador ha optado por mantener esta perturbadora previsión legal⁶³⁴.

632. STS Sala 2.ª, S. de 5 de febrero de 1996, núm. 84/1996, rec. 1366/1995. Pte: Puerta Luis, Luis Román (EDE 1996/346).

633. STS Sala 2.ª, S. de 16 de diciembre de 1998, núm. 1417/1998, rec. 2885/1997. Pte: Martín Pallín, José Antonio (EDE 1998/25691).

634. F. MORALES PRATS y M. J. RODRÍGUEZ PUERTA, «Delitos contra la Administración pública. Del cohecho», en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, p. 1839.

2.4. Elementos típicos

El sujeto activo debe de ser el funcionario público, considerándose como tal, dice el art. 24 del CP, a todo el que, por disposición inmediata de la ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente, participa en el ejercicio de actividades públicas, no existiendo duda de que los concejales son funcionarios públicos en la medida en que por elección participan en el ejercicio de funciones públicas.

La conducta típica consiste en solicitar o recibir, por sí o por persona intermedia, dádiva o presente, o aceptar ofrecimiento o promesa por ejecutar un acto injusto relativo al ejercicio de su cargo, constitutivo de delito. Debe tenerse en cuenta que las modalidades de cohecho se caracterizan porque no requieren la efectiva realización del acto acordado como contraprestación de las dádivas o presentes, pues únicamente se precisa que el funcionario manifieste su intención de actuar «parcialmente», de mediar una remuneración.

2.4.1. Acciones típicas

El delito de cohecho en nuestra legislación es un delito de carácter bilateral que exige el convenio o cooperación entre las dos personas que necesariamente han de intervenir en él, y el conocimiento por parte de ellas del acto punible, justo o injusto, de donde se infiere que tal especie delictiva no puede tener existencia real si faltan o no concurren esos actos conjuntos, voluntarios y maliciosos que suponen la dádiva o promesa, solicitada u ofrecida, de ejecutar o abstenerse de cumplir o practicar un funcionario público los cometidos concernientes al ejercicio de su cargo.

Esta figura, basada en la idea de corrupción a través del soborno, consta de los siguientes elementos⁶³⁵:

- a) Que el funcionario, o la persona que desempeña la función pública, solicite o reciba, por sí o por persona intermedia, dádiva o presente, o acepte ofrecimientos o promesas;
- b) Que el acto ejecutado o que haya de ejecutar el funcionario sea relativo al ejercicio de su cargo;

635. G. GARCÍA PLANAS, «El nuevo delito de tráfico de influencias», en *Revista del Poder Judicial*, núm. 29, marzo de 1993, pp. 21-33.

- c) Que dicho acto constituya delito siendo indiferente que éste llegue o no a consumarse, y
- d) Existencia de dolo, constituido por la conciencia en el funcionario de la antijuridicidad de su conducta.

Como la conducta típica consiste en solicitar o recibir de una persona dádiva por realizar un acto constitutivo de delito, el elemento nuclear del delito reside, por lo tanto, en el acuerdo o intento de acuerdo entre funcionario o particular dirigido a que el funcionario, a quien corresponde resolver u omitir un acto propio del cargo, tome en consideración en su proceso de decisión intereses ajenos o contrarios a los públicos, de forma que la lesión o puesta en peligro del bien jurídico se produce en el momento en que se obtiene el acuerdo o se manifiesta la voluntad de alcanzarlo. Se dice por ello que el delito de cohecho es de un tipo mutilado e imperfecto en dos actos, de forma que su consumación se produce cuando la declaración de voluntad del autor llega a conocimiento de la otra parte, sin perjuicio de que la calificación como una u otra modalidad de cohecho dependa de que el acto sea delito o simplemente sea injusto, y en este último caso que la penalidad dependa de que se ejecute o no. Posteriormente y dada la magnitud del presente procedimiento veremos particularizado en cada acusado la posible aplicación de cada tipo en concreto ⁶³⁶.

La acción de solicitar consiste en emitir una declaración de voluntad dirigida a un tercero, por la que se manifiesta la disposición a recibir una dádiva o presente a cambio de la realización de un acto propio del cargo. Esta petición unilateral puede realizarse tanto de forma expresa como tácita o encubierta. Lo esencial es que sea determinada y clara, capaz de ser comprendida por la persona a la que va dirigida. La realización de esta acción no supone la lesión del bien jurídico tutelado, sino una mera puesta en peligro, pues no se requiere que entre el funcionario y el particular se alcance acuerdo. Asimismo el CP se refiere a recibir, lo que consiste en la efectiva admisión de la dádiva o presente. Finalmente el CP se refiere a la aceptación de ofrecimiento o promesa; conducta que significa la aprobación de una promesa futura de dádiva o presente ⁶³⁷.

636. Cfr. SAP Málaga, sec. 7.ª, S. de 28 de junio de 2005, núm. 48/2005, rec. 48/2004. Pte: Giner Gutiérrez, Diego (EDE 2005/116475).

637. F. MORALES PRATS y M. J. RODRÍGUEZ PUERTA, «Delitos contra la Administración pública. Del cohecho», en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, p. 1839.

El art. 419 no se refiere a las funciones estrictas del funcionario si no al ejercicio del cargo de funcionario⁶³⁸. No es exigible en el delito de cohecho que el funcionario que solicita o recibe la dádiva sea el funcionario encargado del acto sobre el que actúa el cohecho, bastando con que el mismo se vea facilitado por la acción del funcionario receptor o que solicita el cohecho, interpretación pacífica que resulta del propio tenor legal del tipo penal que refiere la recepción para la realización de un acto en el ejercicio de su cargo. Como señaló la STS de 11 de julio de 2002⁶³⁹, el delito de cohecho se consuma cuando se solicita o se acepta una dádiva que le fuera ofrecida en consideración a la función que como funcionario realiza⁶⁴⁰.

Es importante destacar que, según el propio CP, la acción no tiene por qué ser directa, ni la ventaja para el propio funcionario, al admitirse como típica, además de la acción propia, la actuación por medio de terceras personas (el texto legal habla de «por sí o por persona intermedia»). En el mismo sentido, la dádiva o la promesa tampoco tiene por qué ser para el propio funcionario. La doctrina admite que el delito se comete aunque la dádiva o presente entregado o prometido no estén destinados al funcionario, sino a alguien de su familia o incluso a un tercero, extendiendo en este sentido el alcance de la «persona interpuesta», siempre que el funcionario obtenga de algún modo un goce o beneficio de ello.

El TS ha señalado en la STS de 7 de noviembre de 2001⁶⁴¹, que, cualquiera que sea la posición doctrinal que pueda adoptarse en el ámbito teórico sobre la condición unilateral o bilateral que debiera adoptar el delito de cohecho, es lo cierto que en nuestro ordenamiento penal positivo el delito de cohecho es, al menos en determinados casos, un delito unilateral que se consuma por la mera «solicitud» u «ofrecimiento» de la dádiva. Así se deduce expresamente del texto legal (art. 385 y concordantes del CP de 1973 y art. 419 y concordantes del CP de 1995) y ha declarado reiteradamente la

638. STS Sala 2.ª, S. de 26 de julio de 2004, núm. 965/2004, rec. 2035/2003. Pte: Martín Pallín, José Antonio (EDE 2004/159679).

639. Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1319/2002 (Sala de lo Penal), de 11 de julio, Recurso de Casación núm. 4008/2000, Ponente: Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater (RJ 2002\7652).

640. STS Sala 2.ª, S. de 2 de abril de 2003, núm. 504/2003, rec. 2343/2001. Pte: Martínez Arrieta, Andrés (EDE 2003/25339).

641. Sentencia del Tribunal Supremo núm. 2052/2001 (Sala de lo Penal), de 7 de noviembre, Recurso de Casación núm. 3782/1999, Ponente: Excmo. Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Tourón (RJ 2001\9684).

doctrina jurisprudencial, sin que sea necesario para su sanción ni la aceptación de la solicitud, ni el abono de la dádiva ni la realización del acto injusto o delictivo ofrecido como contraprestación, ni tampoco, evidentemente, la condena del que recibe el ofrecimiento⁶⁴².

2.4.2. Medios para obtener la resolución del funcionario

Lo primero que se hace preciso desentrañar es si los distintos términos que se utilizan para identificar al instrumento del delito de cohecho responden a un mismo significado o difieren en su contenido y alcance. No es ocioso consignar el significado que respecto cada uno de ellos se contiene en el Diccionario de la Lengua Española. Examinémoslos⁶⁴³:

Dádiva: «Cosa que se da graciosamente».

Presente: «Obsequio, regalo que una persona da a otra en señal de reconocimiento o de afecto».

Ofrecimiento: «Acción y efecto de ofrecer». *Ofrecer*: «Presentar y dar voluntariamente una cosa».

Promesa: «Expresión de la voluntad de dar a uno o hacer por él una cosa».

Regalo: «Dádiva que se hace voluntariamente o por costumbre».

Soborno: «Dádiva con que se soborna. Cualquier cosa que mueve, impele o excita el ánimo para inclinarlo a complacer a otro».

Rodríguez Devesa⁶⁴⁴ entiende que «no debe inducir a confusión la diversidad de términos que emplea el Código. En realidad el instrumento del delito es siempre una dádiva o presente que, si no se entrega en el acto, recibe el nombre de ofrecimiento o promesa. Dádiva es cosa que se da graciosamente; presente es un don, alhaja o regalo que una persona da a otra en señal de reconocimiento o afecto. El legislador ha materializado, por así decir, el cohecho y expresamente pide que el objeto se concrete en una dádiva o presente». Muñoz Conde⁶⁴⁵ coincide en señalar que el ofre-

642. STS Sala 2.ª, S. de 12 de junio de 2002, núm. 114/2002, rec. 863/2001. Pte: Colmenero Menéndez de Lúcar, Miguel (EDE 2002/26724).

643. C. GRANADOS PÉREZ, «El instrumento en el delito de cohecho», en *Cuadernos de Derecho Judicial, Delitos de los funcionarios públicos*, 1994, pp. 129-152.

644. J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español. Parte Especial*, Madrid, 1992, p. 1175.

645. F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 6.ª edición, Sevilla, 1985, p. 715.

cimiento o promesa están en referencia a dádiva o presente. Orts Berenguer⁶⁴⁶, en la misma línea, afirma que «dádiva y las restantes formas de gratificación que se expresan son, en el fondo, una misma cosa, con la sola diferencia de su distinta materialización temporal». Queralt⁶⁴⁷ pormenoriza tales términos y expresa que «el objeto con el que se corrompe al funcionario es una dádiva (dinero en efectivo, o símbolo que lo represente: cheques, valores...), un presente, es decir, un regalo de un objeto (un coche, una casa...)»⁶⁴⁸.

No es unánime el criterio sostenido en la doctrina acerca de si la dádiva ha de tener un contenido económico o si, por el contrario, puede extenderse a otras utilidades o beneficios en los que no predomine el significado económico. Ciertamente, el bien jurídico protegido por el delito de cohecho —integridad y lealtad del funcionario al Estado así como cumplimiento de los deberes que al mismo le vienen impuestos por razón del ejercicio del cargo— puede verse quebrantado no sólo cuando el medio para la corrupción tiene un contenido material o exclusivamente económico, sino cuanto se extiende a bienes, utilidades o provechos de otra naturaleza. El texto de los artículos del CP no impide esta consideración ni tampoco puede ser criterio decisor el que se cuantifique las multas en razón del monto de la dádiva o que se ordene que éstas sean decomisadas. La voluntad del funcionario puede verse impulsada a incumplir sus deberes oficiales no sólo por dinero o cosas, sino también por la obtención de servicios, provechos o ventajas de distinta naturaleza, incluidas mejoras profesionales y personales. Por otra parte, no puede desconocerse que es difícil pensar en prestaciones en principio inmateriales que no encierren beneficios o provechos evaluables económicamente. Nada impide, pues, que todos estos supuestos puedan tener cabida en el término 'dádiva' que aparece como el instrumento propio del delito de cohecho⁶⁴⁹.

Se debe recordar, en este punto, que las dádivas o presentes no tienen por qué ir dirigidas al funcionario, pues también las dirigidas a un tercero suponen la comisión del delito que estamos analizando.

646. E. ORTS BERENGUER, *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, 1990, p. 479.

647. J. J. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal Español. Parte Especial*, vol. 2, Barcelona, 1987, p. 605.

648. C. GRANADOS PÉREZ, «El instrumento en el delito de cohecho», en *Cuadernos de Derecho Judicial, Delitos de los funcionarios públicos*, 1994, pp. 129-152.

649. C. GRANADOS PÉREZ, «El instrumento en el delito de cohecho», en *Cuadernos de Derecho Judicial, Delitos de los funcionarios públicos*, 1994, pp. 129-152.

2.4.3. Objeto de la acción

Partiendo de que el delito de cohecho atenta contra el correcto servicio que la Administración debe prestar a los ciudadanos, conforme a los criterios de legalidad, imparcialidad y objetividad, es necesario, para que se perturbe dicho bien jurídico, que el funcionario, al realizar un acto propio del ejercicio de su cargo, mezcle intereses públicos y particulares, privando a la función pública de la imparcialidad y objetividad que debe tener⁶⁵⁰.

Las dádivas o presentes deben ser solicitadas, recibidas o prometidas a cambio de la realización por parte del funcionario de un acto, en el ejercicio de su cargo, constitutivo de delito. Así, la jurisprudencia del TS, refiriéndose al delito cometido por funcionarios públicos, entre otras muchas en sentencia de 5 de febrero de 1996⁶⁵¹, ha venido a señalar que en el ámbito doctrinal constituye la esencia del delito de cohecho la consecución de un provecho abusando de las funciones desempeñadas, con el consiguiente ataque a la integridad en la gestión administrativa. Suele decirse que existe delito de cohecho cuando un funcionario público recibe por sí o por persona interpuesta dádivas o promesas por realizar un hecho delictivo, relacionado con el ejercicio de su cargo.

La modalidad de cohecho del art. 419 se caracteriza por que el acuerdo entre el funcionario y el particular se dirige a la obtención de un acto propio del cargo o una omisión, constitutivos ambos de delito⁶⁵². El TS, por su parte, define el acto relativo al ejercicio del cargo como aquel que versa sobre la función del sujeto⁶⁵³.

Además de encontrarse entre las atribuciones del funcionario el acto contraprestación de la dádiva, es imprescindible que el objeto del cohecho sea constitutivo de delito. En relación a esta cuestión, cabe indicar que la

650. I. OLAIZOLA NOGALES, «Cohecho y amenazas: la relación entre ambos delitos (a propósito de la STS de 17 de marzo de 1992)», en *Revista del Poder Judicial*, núm. 40, octubre-diciembre de 1995, pp. 425-471.

651. STS Sala 2.ª, S. de 5 de febrero de 1996, núm. 84/1996, rec. 1366/1995. Pte: Puerta Luis, Luis Román (EDE 1996/346).

652. F. MORALES PRATS y M. J. RODRÍGUEZ PUERTA, «Delitos contra la Administración pública. Del cohecho», en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, p. 1845.

653. I. OLAIZOLA NOGALES, «Cohecho y amenazas: la relación entre ambos delitos (a propósito de la STS de 17 de marzo de 1992)», en *Revista del Poder Judicial*, núm. 40, octubre-diciembre de 1995, pp. 425-471.

única limitación típica viene impuesta por la necesidad de que el acto o resolución al que se comprometió el funcionario guarden relación con sus funciones⁶⁵⁴.

La mayor parte de las modalidades de cohecho se caracterizan por que no requieren la efectiva realización del acto acordado como contraprestación por las dádivas presentes. Únicamente se precisa que el funcionario manifieste su intención de actuar parcialmente de mediar una remuneración. Se trata, en suma, de un tipo mutilado o imperfecto de dos actos. En consecuencia, la consumación del delito se producirá con independencia de la efectiva práctica del acto objeto de cohecho, incluso cuando ni siquiera se ha dado inicio a la acción u omisión constitutiva de delito. Esta circunstancia va a condicionar en numerosas ocasiones la aplicación de esta modalidad de cohecho a la posibilidad de determinar cuál era la actividad pública que acordó cometer el funcionario a cambio de la dádiva. De este modo, de no poderse probar el carácter delictivo del acto propio del cargo al que se comprometió el funcionario, el hecho debería subsumirse en otras modalidades de cohecho menos grave⁶⁵⁵.

2.4.4. Elemento subjetivo

El funcionario o autoridad que solicita, recibe o acepta la promesa u ofrecimiento de dádiva o presentes a cambio de la realización, en el ejercicio de sus funciones, de una acción u omisión delictiva debe, para responder por el delito de cohecho, actuar dolosamente. Es decir, el funcionario ha de conocer que solicita o acepta una dádiva que no le es debida y, además, que condiciona su recepción a la práctica de una acción u omisión constitutiva de delito. Son también posibles las formas doloso-eventuales; así, por ejemplo, cuando el funcionario acepta la dádiva y, conociendo la alta probabilidad del carácter delictivo del acto propio del cargo, al que se ha comprometido, asume tal responsabilidad. El error sobre el carácter delictivo de la acción u omisión, objeto del acuerdo, debe ser tratado como

654. F. MORALES PRATS y M. J. RODRÍGUEZ PUERTA, «Delitos contra la Administración pública. Del cohecho», en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, p. 1845.

655. F. MORALES PRATS y M. J. RODRÍGUEZ PUERTA, «Delitos contra la Administración pública. Del cohecho», en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, p. 1846.

un error sobre un elemento que cualifica la infracción delictiva (art. 14.2 CP). De verificarse el referido error, vendría en aplicación el delito del art. 420 ó 421 CP ⁶⁵⁶.

2.5. Consumación

El momento consumativo del cohecho (art. 385 CP 1973; art. 419 CP) depende, como en todos los delitos, del momento en el que tiene lugar la completa realización del tipo. Ello, a su vez, será consecuencia del instante en el tenga lugar la lesión jurídica cuya ejecución se quiere prevenir. En el delito de cohecho el legislador ha querido proteger la legalidad del Estado y la imparcialidad en el ejercicio de la función pública, así como la dignidad de la misma. Es evidente, por lo tanto, que la lesión de este bien jurídico se perfecciona cuando el funcionario requiere o recibe una dádiva o la promesa de la misma a cambio de una determinada acción de su competencia funcional. La magnitud de la ilicitud de la acción que el funcionario promete es una cuestión ajena al tipo penal, pues de ella no depende la lesión del bien jurídico, sino la gravedad de la culpabilidad del autor, en tanto se refiere a la mayor reprochabilidad de la motivación de éste y a la mayor intensidad de la deslealtad a la función estatal que le ha sido confiada. En este sentido, las distintas disposiciones en las que se estructura el cohecho, tanto en el CP 1973 como en el vigente, se basan en un tipo penal común, que se perfecciona cuando el funcionario solicita, acepta o recibe una dádiva a cambio de una acción que es propia de su competencia o acepta una dádiva que le fuera ofrecida en consideración a su función. La gravedad de la pena, por el contrario, dependerá de la importancia de la infracción del deber funcional valorada desde la perspectiva del orden jurídico ⁶⁵⁷.

En este momento debemos recordar que hay tentativa ⁶⁵⁸ cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exterior-

656. F. MORALES PRATS y M. J. RODRÍGUEZ PUERTA, «Delitos contra la Administración pública. Del cohecho», en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, p. 1846-1847.

657. STS Sala 2.ª, S. de 11 de julio de 2002, núm. 1319/2002, rec. 4008/2000. Pte: Bacigalupo Zapater, Enrique (EDE 2002/28397).

Cfr. STS Sala 2.ª, S. de 1 de febrero de 2002, núm. 95/2002, rec. 777/2000. Pte: Conde-Pumpido Tourón, Cándido (EDE 2002/766).

658. Cfr. J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, «La tentativa inidónea en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Revista del Poder Judicial*, núm. 59, tercer trimestre de 2000, p. 147-

res, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor (art. 16.1 CP)⁶⁵⁹.

Partiendo de esta base, en cuanto a las formas imperfectas de ejecución, cabe indicar que, en principio, técnicamente son posibles. No obstante, la expresa equiparación normativa entre comportamientos que, desde la perspectiva del bien jurídico protegido, integran una puesta en peligro con aquellos otros que suponen una lesión efectiva o conculcación del mismo, impiden que en la mayor parte de los casos pueda apreciarse la tentativa. Así, la expresa tipificación de la solicitud de una dádiva (tentativa de obtener el acuerdo) sitúa la frontera entre la consumación y la tentativa en estadios muy lejanos de la lesión del bien jurídico. En consecuencia, la solicitud de dádivas, emitida por un funcionario, que no llega a ser recibida ni conocida por su destinatario, podría integrar un supuesto de tentativa de cohecho; no obstante, su incriminación se presenta, cuando menos, dudosa. En esta dirección la doctrina viene excluyendo la posibilidad de apreciar la tentativa cuando se trata de tipos de emprendimiento⁶⁶⁰.

2.6. Formas de participación

Autor de esta modalidad de cohecho podrá serlo el funcionario o el particular, dependiendo de cuál sea su posición en el hecho delictivo. No obstante, la pena que corresponde a cada uno de ellos por la comisión del delito se encuentra determinada en preceptos distintos. Así, vendrá en aplicación la pena prevista en el art. 419 CP cuando la posición ocupada por el sujeto sea la de receptor de las dádivas, esto es, cuando su contribución al acuerdo ilícito constituye en la realización de un acto propio del cargo como contraprestación. Mientras que, por en contrario, vendrán en

167; o R. ALCÁ CER GUIRAO, «Coautoría, dominio del hecho y tentativa. Comentario a la STS de 7 de mayo de 2001», en *Revista del Poder Judicial*, núm. 67, tercer trimestre 2002, pp. 129-153.

659. Cfr. R. ALCÁ CER GUIRAO, «Comienzo de la tentativa en la comisión por omisión», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 73, enero de 2002; o J. C. GONZÁ LEZ MATEOS, «La penalidad de la tentativa», en *Revista del Poder Judicial*, núm. 61, primer trimestre 2001, pp. 165-215.

660. F. MORALES PRATS y M. J. RODRÍ GUEZ PUERTA, «Delitos contra la Administración pública. Del cohecho», en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, p. 1848.

aplicación las penas previstas en el art. 423 CP cuando la contribución del sujeto al acuerdo ilícito consista en la entrega o promesa de una dádiva como contrapartida por un acto del funcionario. Además, son posibles, respecto a este delito, todas las formas de participación. No obstante, las conductas de entregar o prometer la dádiva, necesarias para la consumación de determinadas modalidades de cohecho, no integran formas de participación sino de autoría (art. 423 CP). Sobre la posibilidad de coautoría, esto es, de que sean varios conjuntamente los funcionarios que solicitan o reciben dádiva por la adopción de un acto delictivo, deben efectuarse algunas puntualizaciones; por ejemplo, de tratarse de un órgano colegiado al que corresponde resolver sobre un asunto, únicamente responderán aquel o aquellos funcionarios que solicitaron o recibieron las dádivas por votar a favor o en contra. En estos supuestos la concreta modalidad de cohecho por la que responderán dependerá de cuál fue el sentido del pacto acordado, al objeto de que con posterioridad se adoptara una resolución ⁶⁶¹.

2.7. Delimitación típica. Concursos

El inciso final del art. 419 señala: «Sin perjuicio de la pena correspondiente al delito cometido en razón de la dádiva o promesa». Cabe un concurso real o ideal con otros delitos. En este punto debemos recordar que el art. 22 del CP prevé de forma específica la agravante de ejecutar el hecho mediante precio, recompensa o promesa. Para Serrano Gómez y Serrano Maíllo ⁶⁶² no cabe aplicar este tipo de agravante al cohecho que estamos analizando.

Se sostiene que la estimación de dicha agravante en el inductor vulnera el principio *non bis in idem*, pues un mismo ingrediente fáctico se ha tenido en cuenta doblemente para la calificación, primero para la inducción y después para agravar la conducta del sujeto mediante la aplicación de la agravante ordinaria citada. El precio no es desde luego inherente a la autoría por inducción, pues el influjo psíquico en que ésta se resuelve puede basarse, como ya hemos señalado, en otras circunstancias o ele-

661. F. MORALES PRATS y M. J. RODRÍGUEZ PUERTA, «Delitos contra la Administración pública. Del cohecho», en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, p. 1848-1849.

662. A. SERRANO GÓMEZ y A. SERRANO MAÍLLO, *Derecho Penal. Parte especial*, 10.^a edición, Madrid, 2005, p. 808.

mentos (el ascendiente moral que se tenga sobre el autor material, por ejemplo), sirviendo en estos casos la promesa de una recompensa de refuerzo de lo anterior. Ahora bien, cuando lo que ha movido a los autores materiales es exclusivamente el pago de un precio por la ejecución del hecho, como resulta del *factum*, y el influjo psíquico se obtiene exclusivamente mediante dicho acicate económico, es cierto que dicho ingrediente fáctico es valorado doblemente en el sentido señalado más arriba, pues si prescindimos del mismo la inducción no habría pasado de ser una mera proposición para cometer el hecho punible, en este caso *ex art.* 168 CP, aunque evidentemente absorbida por la ejecución que se lleva a cabo, precisamente porque el inductor ha satisfecho un precio a los ejecutores⁶⁶³.

Esta es la línea de la jurisprudencia del TS. Así, en un caso desestima el carácter bilateral de la agravación de precio, exponiendo que, si hay inducción porque mediando precio se creó el dolo en el ejecutor, no cabe apreciar la agravante de precio si ya ha sido tomada en consideración para conformar conceptualmente la inducción, añadiendo que, apoyándonos en una reiterada jurisprudencia, la aplicación de la agravante de precio requiere que éste sea el resorte para la realización del hecho, de lo que resulta que el precio se convierte en instrumento de la inducción, esto es, el precio se integra en la inducción por lo que no cabe una doble valoración jurídica, como inductor partícipe, equiparado al autor en su penalidad, y como presupuesto de la agravación específica⁶⁶⁴.

Asimismo, debemos tener en cuenta que como ahora el texto legal habla no ya de *cometer el delito*, sino, como mayor restricción, de *ejecutar el hecho*, las dudas han de quedar disipadas por cuanto sólo *ejecuta el hecho el autor material* de la infracción penal, pero no así el que lo induce a través del precio, recompensa o promesa⁶⁶⁵.

663. STS Sala 2.ª, S. de 10 de abril de 2003, núm. 421/2003, rec. 921/2001. Pte: Saavedra Ruiz, Juan (EDE 2003/25261); STS Sala 2.ª, S. de 11 de marzo de 2003, núm. 2190/2002, rec. 2613/2001. Pte: Marañón Chávarri, José Antonio (EDE 2003/6626); o STS Sala 2.ª, S. de 31 de octubre de 2002, núm. 1813/2002, rec. 939/2001. Pte: Martínez Arrieta, Andrés (EDE 2002/51351).

664. STS Sala 2.ª, S. de 10 de abril de 2003, núm. 421/2003, rec. 921/2001. Pte: Saavedra Ruiz, Juan (EDE 2003/25261).

665. C. BLANCO LOZANO, *Tratado de Derecho Penal Español*, t. I, vol. 2, cit.

La modalidad más grave de cohecho podrá entrar en concurso de delitos con el delito objeto del soborno, siempre que, alcanzado el acuerdo entre el funcionario y el particular, se ejecute la acción u omisión por parte del funcionario⁶⁶⁶. Asimismo se puede entrar en concurso con el delito de prevaricación⁶⁶⁷.

También se puede dar un delito continuado de cohecho del art. 419 CP en relación con el art. 74 CP, en concurso ideal del art. 77 CP, con un delito continuado de revelación de secretos del art. 197.1, 2 y 3 CP en relación con el art. 74 CP.

De mediar dádiva o presente, promesa u ofrecimiento, el cohecho concurriría respecto del funcionario con malversación y en el particular, cometería cohecho y fraude de subvención, apreciándose en ambos un concurso ideal⁶⁶⁸.

Como concurso real de delitos debe calificarse, por último, la relación existente entre el delito de cohecho y el delito cometido para el que se hubiese solicitado o recibido dádiva o presente, o aceptado ofrecimiento o promesa. A esta relación se refiere el último inciso del art. 419, según el cual las penas se impondrán «sin perjuicio de la pena correspondiente al delito cometido en razón de la dádiva o promesa». En la medida en que nos encontramos aquí ante una pluralidad de hechos, la alternativa es concurso real de delitos/acto copenado, debiendo decantarnos por el primero, tanto por haberse inclinado por él el propio legislador como por faltar entre el cohecho y el delito al que el mismo conduce la necesaria relación inherente a la categoría del acto copenado⁶⁶⁹.

666. F. MORALES PRATS y M. J. RODRÍGUEZ PUERTA, «Delitos contra la Administración pública. Del cohecho», en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, p. 1849-1850.

667. Cfr. N. J. DE LA MATA BARRANCO, «Relación concursal entre los delitos de cohecho y prevaricación», en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: «in memoriam»*, coord. por I. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y L. A. ARROYO ZAPATERO, vol. 2, 2001, pp. 313-352.

668. M. A. GARRIDO LORENZO, «El fraude de subvenciones en el ámbito del derecho penal económico», en *Estudios Jurídicos. Delitos de naturaleza económica*, Madrid, 2004, p. 997.

669. J. M. PALMA HERRERA, *Los actos copenados*, Madrid, 2004.

3. Cohecho propio. Promesa de acto injusto no constitutivo de delito⁶⁷⁰

3.1. Tipificación en el Código Penal

Art. 420. *La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, solicite o reciba, por sí o por persona interpuesta, dádiva o promesa por ejecutar acto injusto relativo al ejercicio de su cargo que no constituya delito, y lo ejecute, incurrirá en la pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a nueve años y de prisión de uno a dos años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años, si no llegara a ejecutarlo. En ambos casos se impondrá, además, la multa del tanto al triplo del valor de la dádiva.*

3.2. Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

El proyecto presentado al Congreso tenía la siguiente redacción:

La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, recibiere o solicitare, por sí o por persona interpuesta, dádiva, favor o retribución de cualquier clase o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar un acto propio de su cargo o para no realizar o retrasar injustificadamente el que debiera practicar, incurrirá en la pena de prisión de dos a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a siete años, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder, en su caso, si la abstención del acto o su retraso fuere constitutivo de delito.

3.3. Significación del delito

En este punto debemos señalar que las modalidades previstas en este artículo no difieren de forma sustancial con las analizadas en el anterior art. 419 CP. Simplemente se fundamenta en la realización de un acto injusto en vez de un acto constitutivo de delito, siendo esta la única diferencia.

670. Cfr. N. J. DE LA MATA BARRANCO, «El delito de cohecho activo», en *Revista de derecho y proceso penal*, núm. 12, 2004, pp. 29-76.

Como en el supuesto anterior, sujeto activo del delito son los funcionarios públicos o autoridades que han de realizar el acto injusto dentro de las competencias que les atribuye el ejercicio de su cargo ⁶⁷¹.

Por acto injusto debe entenderse todo aquel que es contrario a lo que es debido (SSTS de 9 de marzo de 1994 ⁶⁷², 24 de septiembre de 2001 ⁶⁷³ y 16 de mayo de 2002 ⁶⁷⁴, entre otras). Como señalan las SSTS de 21 de diciembre de 1999 ⁶⁷⁵, de 19 de diciembre de 2000 ⁶⁷⁶, de 28 de marzo de 2001 ⁶⁷⁷ y de 7 de noviembre de 2001 ⁶⁷⁸, la «injusticia» del acto en el art. 386 del CP de 1973 y en el art. 420 del CP de 1995, consiste en una contradicción material y relevante con el Ordenamiento jurídico y no en la mera ilegalidad formal o administrativa ⁶⁷⁹.

3.4. Elementos típicos

Como hemos visto antes, el sujeto activo debe ser el funcionario público, considerándose como tal, dice el art. 24 del CP, a todos los que por

671. A. SERRANO GÓMEZ y A. SERRANO MAÍLLO, *Derecho Penal. Parte especial*, 10.ª edición, Madrid, 2005, p. 809.

672. Sentencia del Tribunal Supremo núm. 512/1994 (Sala de lo Penal), de 9 de marzo, Recurso núm. 501/1993, Ponente: Excmo. Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Ferreiro (RJ 1994\1832).

673. Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1701/2001 (Sala de lo Penal), de 24 de septiembre, Recurso de Casación núm. 4715/1999, Ponente: Excmo. Sr. D. Carlos Granados Pérez (RJ 2001\8509).

674. Sentencia del Tribunal Supremo núm. 893/2002 (Sala de lo Penal), de 16 de mayo, Recurso de Casación núm. 2501/2000, Ponente: Excmo. Sr. D. Enrique Abad Fernández (RJ 2002\5133).

675. Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1493/1999 (Sala de lo Penal), de 21 de diciembre, Recurso de Casación núm. 1174/1998-P, Ponente: Excmo. Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Tourón (RJ 1999\9436).

676. Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1952/2000 (Sala de lo Penal), de 19 de diciembre, Recurso de Casación núm. 2103/2000, Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Martín Pallín (RJ 2000\10190).

677. Sentencia del Tribunal Supremo núm. 20/2001 (Sala de lo Penal), de 28 de marzo, Recurso de Casación núm. 4234/1998, Ponente: Excmo. Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Tourón (RJ 2001\751).

678. Sentencia del Tribunal Supremo núm. 2052/2001 (Sala de lo Penal), de 7 de noviembre, Recurso de Casación núm. 3782/1999, Ponente: Excmo. Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Tourón (RJ 2001\9684).

679. STS Sala 2.ª, S. de 6 de noviembre de 2002, núm. 1817/2002, rec. 114/2001. Pte: Conde-Pumpido Tourón, Cándido (EDE 2002/49724).

disposición inmediata de la ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participan en el ejercicio de actividades públicas.

Como señala la STS de 7 de noviembre de 2001⁶⁸⁰, la «injusticia» del acto en el art. 420 del CP consiste en una contradicción material y relevante con el Ordenamiento jurídico y no en una mera ilegalidad formal o administrativa (también en sentencias de 21 de diciembre de 1999⁶⁸¹, de 19 de diciembre de 2000⁶⁸² y 28 de marzo de 2001)⁶⁸³. Lo realmente sustancial en el ofrecimiento realizado por el funcionario público es el contenido del mismo y esa alteración de la deuda tributaria, que es lo ofrecido, supone ciertamente un acto objetivamente injusto en cuanto está determinada por la entrega de la dádiva, en íntima relación causal con ésta. Lo anterior supone que, desconociéndose el procedimiento que debe seguirse para esa alteración que bien pudiera ir desde una falsedad documental en la plasmación de los datos contables del inspeccionado hasta una mera interpretación de la norma aplicable, no cabe sino simplemente atribuir el carácter de injusto al acto de alteración de la liquidación tributaria motivada por la entrega de una dádiva. La citada sentencia de 28 de marzo de 2001 significó que lo relevante en la injusticia del acto es el propio hecho de que la decisión no se adopte sobre la base de los principios de imparcialidad y objetividad que deben presidir la función pública, sino que, influida y predeterminada por el aliciente económico, determina la injusticia del acto.

Por ello, tiene declarado el TS⁶⁸⁴ que por acto injusto ha de entenderse todo acto contrario a lo que es debido y que la injusticia del acto no consiste en una ilegalidad formal o administrativa sino en una contradicción material y relevante con el ordenamiento jurídico (v. SSTs de 28 de marzo de 2001⁶⁸⁵ y de 16 de mayo de 2002)⁶⁸⁶.

680. STS Sala 2.ª, S. de 7 de noviembre de 2001, núm. 2052/2001, rec. 3782/1999. Pte: Conde-Pumpido Tourón, Cándido (EDE 2001/38689).

681. STS Sala 2.ª, S. de 21 de diciembre de 1999, núm. 1493/1999. Pte: Conde-Pumpido Tourón, Cándido (EDE 1999/35876).

682. STS Sala 1.ª, S. de 30 de diciembre de 2000, núm. 1241/2000, rec. 3578/1995. Pte: Villagómez Rodil, Alfonso (EDE 2000/44287).

683. STS Sala 2.ª, S. de 28 de marzo de 2001, núm. 20/2001, rec. 4234/1998. Pte: Conde-Pumpido Tourón, Cándido (EDE 2001/1439).

684. STS Sala 2.ª, S. de 10 de junio de 2005, núm. 782/2005, rec. 2535/2003. Pte: Puerta Luis, Luis Román (EDE 2005/113572).

685. STS Sala 2.ª, S. de 28 de marzo de 2001, núm. 20/2001, rec. 4234/1998. Pte: Conde-Pumpido Tourón, Cándido (EDE 2001/1439).

686. STS Sala 2.ª, S. de 16 de mayo de 2002, núm. 893/2002, rec. 2501/2000. Pte: Abad Fernández, Enrique (EDE 2002/15109).

En este punto debemos insistir en que lo injusto del delito de cohecho, desde la perspectiva del bien jurídico protegido, se agota en el intento de acuerdo o con su obtención, siendo irrelevante que, con posterioridad, se dé cumplimiento a lo acordado. No obstante, el objeto del acuerdo tiene trascendencia para la calificación jurídico-penal de la conducta, pues determina la aplicación del art. 419 si el acto es constitutivo de delito⁶⁸⁷. Desde esta perspectiva no parece adecuada ni justificada la atenuación de la pena para aquellos supuestos en que el acto injusto no llegó a ejecutarse.

3.5. Elemento subjetivo y consumación

El delito se consume con la solicitud del funcionario, sin que sea necesaria la aceptación de la propuesta por el particular, o con la obtención del acuerdo, tal como ya hemos señalado en el anterior precepto. En cuanto al tipo subjetivo, se requiere dolo, cuando menos dolo eventual, respecto a todas las circunstancias del tipo. El dolo del autor debe abarcar los siguientes elementos: que actúe como funcionario, que la acción esté dentro de sus competencias genéricas y que la acción prometida sea injusta. También aquí es posible la concurrencia de un error respecto al carácter injusto del acto objeto de soborno⁶⁸⁸.

Conforme a lo dispuesto en el art. 420 del CP, el autor del cohecho puede recibir la dádiva «por sí o por persona interpuesta». Pues bien, dicha persona interpuesta, cuando actúa con pleno conocimiento y voluntad de cooperar en dicha acción delictiva, como sucede en el caso actual, es partícipe en el delito de cohecho. Aclarado que la conducta enjuiciada constituye un supuesto de participación y que ésta es legalmente punible para los particulares que colaboran en un delito de cohecho, procede determinar cuál es la modalidad de participación cometida, debiendo concluir que se trata de una cooperación necesaria. Como señala la sentencia núm. 1493/1999, de 21 de diciembre⁶⁸⁹, constituye cooperación necesaria la colaboración de quien interviene en el proceso de ejecución del delito con

687. F. MORALES PRATS y M. J. RODRÍGUEZ PUERTA, «Delitos contra la Administración pública. Del cohecho», en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, p. 1.855.

688. F. MORALES PRATS y M. J. RODRÍGUEZ PUERTA, «Delitos contra la Administración pública. Del cohecho», en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, pp. 1849-1850.

689. STS Sala 2.ª, S. de 21 de diciembre de 1999, núm. 1493/1999. Pte: Conde-Pumpido Tourón, Cándido (EDE 1999/35876).

una aportación operativamente indispensable, conforme a la dinámica objetiva del hecho delictivo⁶⁹⁰.

4. Cohecho propio. Abstención del acto

4.1. Tipificación en el Código Penal

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

4.2. Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

El proyecto presentado al Congreso tenía la siguiente redacción:

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

4.3. Significado del delito

La figura típica del art. 421 del CP exige la abstención por la autoridad o el funcionario público de realizar un acto que debiera practicar en el ejercicio de su cargo.

El CP de 1995 ha mantenido la perturbadora distinción entre los supuestos en los que la dádiva solicitada o acordada persigue la abstención de un acto injusto e incluso delictivo, según se requiera para ello una conducta «activa» para realización de un acto injusto delictivo o sólo injusto (arts. 419 y 420 CP) o pasiva (art. 421 CP) del funcionario. A la vista de ello la distinta penalidad resulta inconcebible. La estructura típica de esta modalidad privilegiada de cohecho es idéntica a la de los artículos 419 y 420, requi-

690. STS Sala 2.ª, S. de 28 de marzo de 2001, núm. 20/2001, rec. 4234/1998. Pte: Conde-Pumpido Tourón, Cándido (EDE 2001/1439).

riéndose igualmente que el funcionario lleve a cabo una conducta activa que puede consistir en la petición de precio o promesa pero con la única salvedad de que lo que ofrece a cambio es abstenerse de realizar el acto que debiera practicarse en el ejercicio de su cargo. El problema surge cuando, con relación al contenido del art. 419 del CP, se trate de la abstención de un acto concretado a una acción u omisión del funcionario constitutiva de delito. Téngase en cuenta que la abstención del funcionario puede consistir en un delito por omisión, ya que en este caso habría de aplicarse el art. 419 del CP a no ser que se estime que todo tipo de omisiones, incluso la delictiva, son típicas del art. 421 antes citado. Lo criticable es la falta de equiparación punitiva. Nos encontramos ante una primera figura (art. 419 CP) que castiga el cohecho del funcionario y particular por la realización por aquél de una conducta activa consistente en un acto injusto y además delictivo; la segunda (art. 420 CP) tiene igual contenido pero está referida a un acto positivo injusto pero no delictivo; y una tercera (art. 421 CP) que hace relación a que el acto del funcionario sea no activo sino pasivo de abstención pero comprensiva esta última tanto de un acto delictivo como de uno injusto. El funcionario se abstiene de realizar un acto delictivo o injusto. Todo ello teniendo en cuenta que el art. 423 CP siguiente prevé el cohecho activo del particular con relación al funcionario y que comprende tanto la figura del art. 419 como la del art. 420 e incluso la del 421 todos del CP⁶⁹¹.

Del texto se desprende que la conducta omisiva de la autoridad o funcionario público no persigue la comisión de un delito, ni siquiera de un acto injusto. De todas formas, el funcionario está dentro de la corrupción, pues como en los supuestos anteriores se solicita una dádiva, se recibe o hay una promesa. Con la conducta omisiva se persigue beneficiar a alguien, aunque el texto no lo recoja de forma expresa, ni sea necesario que se produzca el beneficio⁶⁹².

4.4. Elementos típicos

Como hemos visto antes, el sujeto activo debe ser el funcionario público considerándose como tal —dice el art. 24 del CP— a todo el que por

691. Cfr. SAP Cádiz, sec. 7.ª, S. de 12 de noviembre de 2001, rec. 48/2001. Pte: Pérez de Vargas Gil, Juan Ignacio (EDE 2001/69184).

692. A. SERRANO GÓMEZ y A. SERRANO MAÍLLO, *Derecho Penal. Parte especial*, 10.ª edición, Madrid, 2005, p. 810.

disposición inmediata de la ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participa en el ejercicio de actividades públicas.

Son tres los elementos que integran el delito de que se trata:

- a) Solicitar dádivas.
- b) Abstenerse de un acto propio de su servicio, función o atribución.
- c) Que el acto del que se abstiene lo debiera realizar en el ejercicio del servicio, función o atribución.

El art. 421 del CP exige la vulneración por el sujeto activo de un deber a ejecutar en el ejercicio del cargo. La inclusión del adverbio 'cuando', con el que se inicia la descripción de la conducta típica en el art. 421, pone de manifiesto la necesaria relación entre este precepto y el precepto que le antecede, por lo que respecta a las distintas formas que puede adoptar la conducta típica⁶⁹³.

En este tipo de cohecho la injusticia no se predica de un acto sino de la propia omisión en tanto es producto de la corrupción de la autoridad o funcionario, de suerte que el acto del que este promete abstenerse es totalmente lícito, puesto que forma parte de todos aquellos que su cargo le obliga a ejecutar. Esta pluralidad de los actos posibles cuya omisión da lugar al tipo podría explicar que, alguna vez, no fuese tan concreto el acto injustamente omitido como el que realiza —o se promete realizar— en el tipo de cohecho previsto en el art. 420 CP⁶⁹⁴.

En este punto, no parece comprensible la menor penalidad que se establece en el art. 421 respecto de los anteriores delitos, pues el fundamento y el bien jurídico protegido es el mismo, no teniendo justificación alguna una actitud tan proteccionista respecto del funcionario.

693. F. MORALES PRATS y M. J. RODRÍGUEZ PUERTA, «Delitos contra la Administración pública. Del cohecho», en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, pp. 1849-1850.

694. STS Sala 2.ª, S. de 21 de junio de 2002, núm. 1172/2002, rec. 2319/2000. Pte: Jiménez Villarejo, José (EDE 2002/26798).

5. Cohecho de personas que desempeñan ocasionalmente funciones públicas

5.1. Tipificación en el Código Penal

Art. 422. *Lo dispuesto en los artículos precedentes será también aplicable a los jurados, árbitros, peritos, o cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la función pública.*

5.2. Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

El proyecto presentado al Congreso tenía la siguiente redacción:

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

5.3. Significado del precepto

Consciente el legislador del peligro que encierra la nueva regulación en cuanto a la objetividad, se exige al perito que, al emitir su dictamen, manifieste expresamente que conoce las sanciones penales en las que podría incurrir si incumpliese dicho deber, a saber, las penas por delito de falso testimonio que, en el caso de faltar a la verdad maliciosamente en su dictamen, pueden comportar hasta tres años de prisión e inhabilitación especial para profesión u oficio, empleo o cargo público, por tiempo de seis a doce años (art. 459 CP) y, para el caso de alterar la verdad, pero sin faltar sustancialmente a la misma, con reticencias, inexactitudes o silenciado hechos o datos relevantes que le sean conocidos, puede suponer una pena de multa de seis a doce meses y la suspensión de empleo o cargo público, profesión u oficio, de seis meses a tres años (art. 460 CP). De igual modo, alcanza también al perito el delito de cohecho (art. 422 CP)⁶⁹⁵.

Todas las personas que se especifican en este artículo tienen la misma consideración a efectos penales que las autoridades o funcionarios públicos.

695. A. I. LUACES GUTIÉRREZ, *La prueba pericial en el proceso administrativo*, 2006.

Pueden cometer los mismos delitos que éstos de los comprendidos en los arts. 419 a 421, y se les aplica, en su caso, las mismas penas. Es necesario que participen en el ejercicio de sus funciones públicas⁶⁹⁶.

El perito incurrirá en delito de cohecho cuando en provecho propio o de un tercero solicite o reciba, por sí o por persona interpuesta, dádiva o presente o acepte ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo una acto injusto, una acción u omisión constitutivas de delito, o por abstenerse de realizar el acto que debiera practicar (art. 422 CP en relación con los arts. 419, 420 y 421 del mismo Texto Legal). De la literalidad del CP, el delito de cohecho sólo podrá cometerlo el perito judicialmente designado, esto es, aquel que formalmente es llamado por la autoridad judicial y acepta el cargo de perito⁶⁹⁷.

6. Cohecho cometido por un particular⁶⁹⁸

6.1. Tipificación en el Código Penal

Art. 423. 1. *Los que con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas corrompieren o intentaren corromper a las autoridades o funcionarios públicos serán castigados con las mismas penas de prisión y multa que éstos.*

2. *Los que atendieren las solicitudes de las autoridades o funcionarios públicos, serán castigados con la pena inferior en grado a la prevista en el apartado anterior.*

6.2. Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

El proyecto presentado al Congreso tenía la siguiente redacción:

696. A. SERRANO GÓMEZ y A. SERRANO MÁILLO, *Derecho Penal. Parte especial*, 10.^a edición, Madrid, 2005, p. 810.

697. J. PICÓ I JUNOY, *La prueba pericial en el derecho civil español: Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, 2003.

698. M. J. RODRÍGUEZ PUERTA, «La responsabilidad del particular en el delito de cohecho: Comentarios de la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1998», en *Revista de derecho y proceso penal*, núm. 1, 1999, pp. 183-210.

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

6.3. Significado del precepto

El art. 423 supone el reverso de los arts. 419 a 421 del CP, pues se fundamenta en la conducta cometida por el particular que ofrece o entrega dádiva o presente al funcionario. Como recuerda la STS de fecha 16 de diciembre de 1998⁶⁹⁹, lo que se busca es perseguir, con instrumentos penales, todas las actividades que revelan la corrupción de los funcionarios públicos y ponen en peligro la credibilidad democrática del sistema administrativo del estado.

El delito de cohecho relativo a autoridad o funcionario público consiste, fundamentalmente, en solicitar o recibir aquél dádiva o presente o aceptar ofrecimiento o promesa por realizar en el ejercicio de su cargo una acción u omisión constitutiva de delito (artículo 419 del Código Penal) o que no constituya delito (art. 420), extendiéndose la figura a los que con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas corrompieran o intentaren corromper a las autoridades o funcionarios (art. 423).

Morales Prats y Rodríguez Puerta⁷⁰⁰ señalan que el cohecho precisa de la intervención de dos sujetos, cuyas conductas son distintas pero tendentes a la obtención de una misma finalidad. Estas especiales condiciones fácticas para la lesión del bien jurídico protegido pueden, como acontece en el delito de cohecho, conducir al legislador a crear tipos de participación necesarios o pluripersonales, cuyo fundamento reside ciertamente en la necesaria intervención de más de un sujeto. Así, cuando el delito adopta la forma de tipo de participación necesaria o pluripersonal, pese a intervenir dos sujetos, se comete un solo delito, pues se lesiona una sola vez el bien jurídico tutelado. Tal menester se produce en el art. 423 del CP en relación con los arts. 419 a 421.

Ha de quedar claro de un lado que, habida cuenta del bien jurídicamente protegido, basta la declaración de voluntad de corromper o de co-

699. STS Sala 2.ª, S. de 16 de diciembre de 1998, núm. 1417/1998, rec. 2885/1997. Pte: Martín Pallín, José Antonio (EDE 1998/25691).

700. F. MORALES PRATS y M. J. RODRÍGUEZ PUERTA, «Delitos contra la Administración pública. Del cohecho», en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, p. 1860.

romperse, aun cuando la dádiva, el presente, el ofrecimiento o la promesa no se hubiesen aceptado o logrado. De otro que el delito no es necesariamente bipolar, aun a pesar de lo señalado, ya que, aun siendo aspectos distintos de un mismo problema, no necesariamente han de subsistir los dos, activa y pasivamente, en tanto que la solicitud o el ofrecimiento puede no ser aceptado por la otra parte. Más específicamente la jurisprudencia del TS⁷⁰¹, en relación al delito de cohecho cometido por particulares, ha dicho:

«En lo que hace a la negociación de su condición de autora de un delito del art. 391, la recurrente desconoce el carácter unilateral que el cohecho tiene en la regulación de nuestro CP que contempla dos figuras distintas de cohecho —uno el activo y otro el pasivo— ambas de carácter unisubjetivo, de modo que de un lado los funcionarios públicos o los a ellos asimilados por el art. 388, que soliciten o reciban una dádiva son autores de los tipos previstos en los arts. 385 a 390, tanto parta de ellos la iniciativa solicitando la dádiva a un particular, como se limiten a aceptar la oferta o propuesta que el particular les haga; como a su vez los particulares son autores de la conducta tipificada en el art. 391 CP, tanto intenten corromper a los funcionarios con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas, esto es, aunque la propuesta no sea aceptada; como cuando los corrompan efectivamente con aquel mecanismo de recompensas, e incluso, también, cuando se limiten a aceptar la solicitud de un funcionario, supuesto que está expresamente contemplado en la hipótesis típica del art. 391.

Por lo que la responsabilidad de cada orden de autores por los delitos por ellos específicamente cometidos no excluye ni absorbe la responsabilidad del otro por el delito de cohecho que les es propio, esto es, cada grupo responde de su propio delito —el cohecho activo o el pasivo— sin que le sea aplicable las reglas de la co-participación criminal, ya que para la consumación de los respectivos tipos basta la unilateral iniciativa o proposición-solicitud, sin que sea exigible un *pactum scaeleris* o convenio corruptor».

6.4. Elementos típicos

Sujeto activo de este delito puede serlo tanto un particular como un funcionario que no tenga facultades para realizar el acto objeto de las dádivas. Por consiguiente, podrá ser autor de este delito también el funcionario que ofrece o acepta la solicitud de otro funcionario, al objeto de que éste

701. STS Sala 2.ª, S. de 9 de marzo de 1994, núm. 512/1994, rec. 501/1993. Pte: Conde-Pumpido Ferreiro, Cándido (EDE 1994/2150).

realice, en el ejercicio de su cargo, un acto injusto, una abstención o un acto delictivo⁷⁰².

Es cierto que el TS ha admitido (SSTS de 21 de diciembre de 1999, caso Roldán⁷⁰³, de 28 de marzo de 2001, núm. 20/2001, caso Urralburu)⁷⁰⁴ que cuando un particular, *extraneus*, participa en el delito especial propio cometido por un funcionario, *intraneus*, dicho particular habrá de responder por su participación delictiva conforme al principio de accesoriedad en relación con el delito realmente ejecutado, pero moderando la penalidad en aplicación de una atenuante por analogía derivada de la ausencia de la condición especial de funcionario. Pero también lo es que el delito de cohecho activo del art. 391 y 423 del CP no es un delito especial propio de funcionarios, sino un delito cuyos sujetos activos son precisamente los particulares que corrompen, por lo que en estos casos no procede atenuación de responsabilidad alguna por una inexistente condición de *extraneus*⁷⁰⁵.

Se prevén dos supuestos de cohecho cometido por particulares: el ofrecimiento por un particular o funcionario público y la aceptación por los particulares de los funcionarios o autoridades.

En este orden de ideas ha de significarse en primer término que el cohecho prevenido en el ilícito del ordinal 1 del art. 423 de la Ley Penal exhibe como centro neurálgico de la conducta típica ora el resultado de corrupción logrado en el funcionario público a consecuencia de las dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas de cualesquiera naturaleza ofertadas al servidor público para la realización de la actividad ilícita, ora el mero conato enderezado al susodicho fin sin contar con la aquiescencia del funcionario.

El delito implica:

Primero. Un sujeto activo no necesariamente funcionario.

Segundo. La existencia de la dádiva antes dicha, promesa u ofrecimiento.

702. F. MORALES PRATS y M. J. RODRÍGUEZ PUERTA, «Delitos contra la Administración pública. Del cohecho», en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, p. 1862.

703. STS Sala 2.ª, S. de 21 de diciembre de 1999, núm. 1493/1999. Pte: Conde-Pumpido Tourón, Cándido (EDE 1999/35876).

704. STS Sala 2.ª, S. de 28 de marzo de 2001, núm. 20/2001, rec. 4234/1998. Pte: Conde-Pumpido Tourón, Cándido (EDE 2001/1439).

705. STS Sala 2.ª, S. de 7 de noviembre de 2001, núm. 2052/2001, rec. 3782/1999. Pte: Conde-Pumpido Tourón, Cándido (EDE 2001/38689).

Tercero. El dolo esencial de corromper o tratar de corromper al funcionario. No obstante esta forma de cohecho permite una especial modalidad cuando el sujeto activo de la infracción se limita a aceptar la solicitud que el funcionario, desde la otra perspectiva del acto, le hace.

Sólo es punible la conducta dolosa, pues así se desprende del texto en el que se persigue corromper o intentar corromper a las autoridades o funcionarios públicos ⁷⁰⁶.

El otro elemento necesario que varía en cada uno de los tipos consiste precisamente en ese comportamiento ilícito, que en vez de comisivo es omisivo, inducir o intentar corromper al funcionario ofreciéndole dadas o presentes, persiguiendo obtener un acto constitutivo de delito o en su caso tan solo un acto injusto. Respecto al grado de ejecución del delito, es evidente que el mismo ha sido consumado, ya que, dada su naturaleza formal, de consumación anticipada, no exige que los funcionarios aceptaran el ofrecimiento, pues el mero hecho de la propuesta o la simple solicitud consuman el delito, que no requiere ningún tipo de resultado.

La pena que corresponde al particular que realiza cualquiera de las acciones indicadas dependerá del objetivo perseguido con ellas. Así, si se ofrece, entrega o promete la dádiva para obtener un acto constitutivo de delito, vendrán en aplicación las penas previstas en el art. 419. Si, por el contrario, lo que se persigue es la obtención de un acto objetivamente injusto, en los términos que se han expuesto ya con ocasión del art. 420, se aplicarán las penas indicadas en este último precepto. Por último, si lo que se pretendía era que el funcionario se abstuviera de practicar un acto debido, serán aplicables las penas dispuestas en el art. 421 CP ⁷⁰⁷. Además, por lo que respecta a la penalidad, si bien se les impondrá la pena establecida en cada uno de los artículos precedentes para las autoridades o funcionarios, no se impondrá la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público, que queda sólo para las autoridades o funcionarios públicos ⁷⁰⁸.

706. A. SERRANO GÓMEZ y A. SERRANO MAÍLLO, *Derecho Penal. Parte especial*, 10.^a edición, Madrid, 2005, p. 811.

707. F. MORALES PRATS y M. J. RODRÍGUEZ PUERTA, «Delitos contra la Administración pública. Del cohecho», en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, p. 1863.

708. A. SERRANO GÓMEZ y A. SERRANO MAÍLLO, *Derecho Penal. Parte especial*, 10.^a edición, Madrid, 2005, p. 811.

Los supuestos en los que el particular ofrece, entrega o promete dar dádiva para obtener un acto objetivamente conforme a los deberes del cargo, como luego se verá, no serán punibles⁷⁰⁹.

6.5. La atención de solicitudes

El número 2 del art. 423 señala expresamente que «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». Para la consumación de esta forma delictiva es preciso que el particular acepte la petición del funcionario o la autoridad⁷¹⁰.

Esta atenuación de la responsabilidad del particular no guarda relación *stricto sensu* con el menor desvalor de su conducta. No obstante, puede apreciarse en estos casos una mayor responsabilidad del funcionario que toma la iniciativa y propone, directa o indirectamente, la posibilidad de actuar parcialmente de mediar una remuneración. En todo caso, no cabe duda de que esta rebaja de la pena va a favorecer la colaboración del particular en el esclarecimiento de los hechos delictivos⁷¹¹.

6.6. Concursos

Cuando el delito de cohecho tiene por objeto un acto delictivo en el ejercicio del cargo, que es perpetrado efectivamente por el funcionario, se plantea la problemática de si el particular que prometió o entregó la dádiva debe responder como inductor.

En este sentido, el art. 28 CP establece:

«Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento.

También serán considerados autores:

a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo.

709. F. MORALES PRATS y M. J. RODRÍGUEZ PUERTA, «Delitos contra la Administración pública. Del cohecho», en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, p. 1863.

710. A. SERRANO GÓMEZ y A. SERRANO MAÍLLO, *Derecho Penal. Parte especial*, 10.^a edición, Madrid, 2005, p. 811.

711. F. MORALES PRATS y M. J. RODRÍGUEZ PUERTA, «Delitos contra la Administración pública. Del cohecho», en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, p. 1863.

b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado».

Como ya hemos señalado más arriba, cuando nos hallamos ante un delito especial, la jurisprudencia más reciente del TS viene entendiendo que, como quiera que el tipo delictivo exige una condición del sujeto activo (funcionario público o autoridad) o una circunstancia (custodia y disponibilidad de los bienes públicos), el tercero en quien no concurren estas circunstancias no podrá cometer el hecho conforme al núm. 1 del art. 28 CP pero sí puede hacerlo, según el núm. 2 de ese artículo, en concepto de inductor o cooperador necesario. El tercero que coopera al hecho, aunque no fuera funcionario o no tuviera la disposición de los caudales públicos, es consciente y colabora a que estos caudales, cuya naturaleza conoce, sean dilapidados por la persona (o en colaboración con la persona) encargada de su custodia, lo que hace más reprochable su conducta que si cometiera el correlativo delito común, en los casos de delitos especiales impropios⁷¹².

Morales Prats y Rodríguez Puerta⁷¹³ señalan que debe tomarse en consideración una serie de datos:

1. Hipótesis de que la iniciativa corruptora partió del funcionario. En estos casos, difícilmente podrá responder el particular, como inductor del delito cometido, cuando ya existía en el funcionario la intención criminal. No obstante, podrá responder como cooperador necesario, cómplice, o cuanto menos por encubrimiento.

2. Hipótesis de que la iniciativa partió del particular. En estos supuestos, para que pueda responder como inductor del delito cometido por el funcionario, será necesario que el particular conociera el carácter delictivo de la conducta por la que ofreció o entregó la dádiva⁷¹⁴.

712. STS Sala 2.ª, S. de 18 de octubre de 2004, núm. 1074/2004, rec. 717/2002. Pte: Soriano Soriano, José Ramón (EDE 2004/59646).

713. F. MORALES PRATS y M. J. RODRÍGUEZ PUERTA, «Delitos contra la Administración pública. Del cohecho», en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, p. 1864.

714. Vid. I. VALEJE ÁLVAREZ, «Aspectos problemáticos del delito de consunción (diferencias con el cohecho)», en *Revista General del Derecho*, 1994.

7. La pena atenuada consecuencia de relación de afectividad

7.1. Tipificación en el Código Penal

Art. 424. *Cuando el soborno mediere en causa criminal en favor del reo por parte de su cónyuge u otra persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, o de algún ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza, por adopción o afines en los mismos grados, se impondrá al sobornador la pena de multa de tres a seis meses».*

7.2. Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

El proyecto presentado al Congreso tenía la siguiente redacción:

1. *El particular que ofreciere o entregare dádiva o retribución de cualquier otra clase a una autoridad, funcionario público o persona que participe en el ejercicio de la función pública para que realice un acto contrario a los deberes inherentes a su cargo, o un acto propio de su cargo o para que no realice o retrase el que debiera practicar, será castigado, en sus respectivos casos, con las mismas penas de prisión y multa que la autoridad, funcionario o persona corrompida, sin perjuicio de la pena que, en su caso, le pudiera corresponder como inductor al delito eventualmente cometido por éstos.*

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

3. *Si la actuación conseguida o pretendida de la autoridad o funcionario tuviere relación con un concurso o subasta convocados por las Administraciones o entes públicos, se impondrá al particular y, en su caso, a la sociedad, asociación u organización a que representare la pena de inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con las Administraciones y entes públicos y para gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social por un tiempo de dos a cinco años.*

7.3. Significado del precepto

Este artículo es concordante con la excusa absolutoria recogida en el art. 454. La pena reducida obedece a lógicos criterios de menor exigibilidad

y reprochabilidad cuando se trata de un familiar o persona ligada por relaciones de afectividad⁷¹⁵. La aplicación de la pena atenuada del art. 424 requiere la concurrencia de los siguientes elementos⁷¹⁶:

1. La dádiva o presente debe ir dirigida a un Juez o Magistrado, competente para la resolución del procedimiento penal a que está sometido el pariente de la persona que ofreció o entregó la recompensa.

2. El objeto perseguido debe dictarse en la obtención de una resolución judicial que favorezca al reo, esto es, conseguir la absolución, el sobreseimiento, el auto de libertad, el archivo de la causa o, simplemente, la imposición de una pena inferior a la que legalmente le correspondía. En conclusión, el objeto del cohecho debe ser un acto injusto relativo a la actividad jurisdiccional.

3. Debe existir una relación de parentesco entre el que ofrece o entrega la dádiva y el posible beneficiario de la resolución de la causa criminal.

En este punto no debemos olvidar que es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente (art. 23 CP).

En primer lugar existen supuestos en que las relaciones familiares no deben influir ni para agravar ni atenuar el delito. En efecto, si en atención a las relaciones que recoge el art. 23 del CP se puede agravar o atenuar la pena, con mayor motivo se podrá no tener en cuenta en ninguno de estos sentidos. Precisamente en el caso de que aquellos vínculos familiares se hayan roto o enfriado, en la circunstancia de parentesco, no basta el dato objetivo del vínculo familiar, sino que es necesario el cumplimiento de una ulterior exigencia de índole subjetiva que se identifica con el sentimiento de vinculación afectiva derivado de la conciencia de pertenecer a un grupo de comunes intereses. Así, ha sido una constante considerar que

715. A. SERRANO GÓMEZ y A. SERRANO MAÍLLO, *Derecho Penal. Parte especial*, 10.^a edición, Madrid, 2005, p. 812.

716. F. MORALES PRATS y M. J. RODRÍGUEZ PUERTA, «Delitos contra la Administración pública. Del cohecho», en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, p. 1864.

el parentesco agrava la responsabilidad en los delitos con una naturaleza personal y la atenúa en el caso de los delitos patrimoniales⁷¹⁷, siendo este el motivo de entenderse como atenuación de la pena el parentesco en los delitos que estamos analizando, porque no inciden de forma directa en la persona.

8. Cohecho impropio. Solicitud de la propia autoridad o funcionario

8.1. Tipificación en el Código Penal

Art. 425. 1. *La autoridad o funcionario público que solicitare dádiva o presente o admitiere ofrecimiento o promesa para realizar un acto propio de su cargo o como recompensa del ya realizado, incurrirá en la pena de multa del tanto al triplo del valor de la dádiva y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a tres años.*

2. *En el caso de recompensa por el acto ya realizado, si éste fuera constitutivo de delito se impondrá, además, la pena de prisión de uno a tres años, multa de seis a diez meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de diez a quince años.*

8.2. Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

El proyecto presentado al Congreso tenía la siguiente redacción:

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

717. M. RECIO JUÁREZ, «La aplicación de la circunstancia mixta de parentesco», en *Noticias Jurídicas*, febrero de 2003.

8.3. Significado del delito ⁷¹⁸

Los art. 425 y 426 han venido a sustituir al polémico art. 390 del ACP. No obstante, la delimitación obliga a distinguir aquellos actos propios del cargo (art. 425) de los actos no prohibidos legalmente, si bien el criterio establecido por la norma en este caso es insuficiente. Morales Prats y Rodríguez Puerta ⁷¹⁹ consideran que si el acto es discrecional quedará conculcado el principio de imparcialidad siempre que medie una recompensa o dádiva, con independencia de que resulte objetivamente conforme o, por el contrario, contrario al ordenamiento jurídico. En cambio, si el acuerdo se dirige a la obtención de un acto reglado conforme a la legalidad, el citado principio no se verá comprometido; sin perjuicio de que este último tipo de comportamiento merezca un reproche penal, pero por motivos distintos: la instrumentalización del cargo o las funciones para la obtención de un beneficio económico.

Señalan también Morales Prats y Rodríguez Puerta ⁷²⁰ que la primera modalidad del este tipo de cohecho consiste en la solicitud, recepción o aceptación de ofrecimiento o promesa de una dádiva o presente por parte del funcionario, como contrapartida a la realización de un acto propio de su cargo. Debe interpretarse que este precepto comprende aquellos supuestos en los que el acto es un acto objetivamente conforme al ordenamiento jurídico. Es decir, el art. 425 se articula como un tipo de recogida de conductas respecto a los arts. 419, 420 y 421 del CP, aplicable cuando no puede probarse que el acto ejecutado o comprometido resulta contrario objetivamente a las normas legales. Estos autores hacen una corrección a este criterio: sólo serán subsumibles en el precepto aquellos supuestos en los que el funcionario desconocía —error— el carácter injusto del acto objeto del cohecho, y los actos de naturaleza discrecional ajustados a Derecho. En estos supuestos, el funcionario titular de la potestad discrecional goza de un margen más amplio de actuación, de modo que, *prima facie*, son varias las

718. Cfr. M. P. BATISTA GONZÁLEZ, «Algunas reflexiones sobre la intervención del *extraneus* en el delito de cohecho de los artículos 425.1 y 426 del Código Penal», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Univ. Complutense*, núm. 95, 2000, pp. 27-36.

719. F. MORALES PRATS y M. J. RODRÍGUEZ PUERTA, «Delitos contra la Administración pública. Del cohecho», en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona 1996, pp. 1865-1867.

720. F. MORALES PRATS y M. J. RODRÍGUEZ PUERTA, «Delitos contra la Administración pública. Del cohecho», en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona 1996, p. 1867.

posibles opciones que puede adoptar sin contrariar por ello la legalidad. De la estimación subjetiva del funcionario va a depender, en buena medida, la concreta decisión; de este modo resulta posible que sobre ella incidan intereses ajenos a los públicos. Sin embargo, de no probarse que se infringieron elementos legalmente determinados o que no se utilizaron correctamente los poderes discrecionales, no podríamos calificar de injusta la decisión. Precisamente en estos casos debería aplicarse el art. 425, mientras que cuando se trate de actos reglados o vinculados vendría en aplicación el art. 426 CP.

En otro orden de cosas, el CP incorpora, por primera vez, el cohecho subsiguiente, cuando señala que «en el caso de recompensa por el acto ya realizado, si éste fuera constitutivo de delito se impondrá, además, la pena de prisión de uno a tres años, multa de seis a diez meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de diez a quince años».

En estos supuestos se sanciona desde el punto de vista penal la remuneración posterior de un acto injusto, penal o administrativo, con el fin de dar una cobertura mayor al bien jurídico protegido en este tipo de delitos, evitando que una actuación de un particular suponga un enriquecimiento del funcionario o la autoridad que, *motu proprio*, dicta una resolución injusta. Por ello, este tipo será de aplicación cuando no se ha conseguido acreditar que la recompensa o promesa se ha ofrecido con anterioridad a la comisión del delito o al dictado de la resolución injusta.

9. Cohecho impropio. Admisión de la dádiva por la autoridad o funcionario

9.1. Tipificación en el Código Penal

Art. 426. *La autoridad o funcionario público que admitiere dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su función o para la consecución de un acto no prohibido legalmente, incurrirá en la pena de multa de tres a seis meses.*

9.2. Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

El proyecto presentado al Congreso tenía la siguiente redacción:

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

9.3. Significado del delito ⁷²¹

El art. 426 incrimina dos tipos de comportamientos; en primer lugar, se contempla la aceptación de dádivas o regalos en consideración de su función; en segundo lugar se habla de la aceptación de dádivas o regalos para la consecución de un acto no prohibido. En este punto debemos coincidir con Morales Prats y Rodríguez Puerta ⁷²² en que ninguno de estos dos supuestos integran auténticas modalidades de cohecho.

Como en todos los casos que venimos analizando, el fin perseguido por el precepto es proteger el principio de imparcialidad en el ejercicio de las funciones públicas. En este punto debemos tener en cuenta que, aunque la dádiva sea prometida o entregada por una actividad debida, la incidencia sobre la propia función pública es demasiado grande para no actuar en consecuencia, porque afecta, de forma directa, a la propia formación de la voluntad administrativa y a la instrucción de cualquier procedimiento.

Para Morales Prats y Rodríguez Puerta ⁷²³, si bien el CP sanciona una conducta éticamente reprobable, el acto tipificado no revestiría una lesividad merecedora de relevancia penal.

En cuanto a la segunda parte del precepto, respecto al concepto de acto no prohibido legalmente, es un concepto demasiado confuso, encajando en el mismo todos los actos que no tuvieran una tipificación mayor por razón de la injusticia, siendo un precepto de cierre del sistema.

721. Cfr. M. P. BATISTA GONZÁLEZ, «Algunas reflexiones sobre la intervención del *extraneus* en el delito de cohecho de los artículos 425.1 y 426 del Código Penal», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 95, 2000, pp. 27-36.

722. F. MORALES PRATS y M. J. RODRÍGUEZ PUERTA, «Delitos contra la Administración pública. Del cohecho», en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, p. 1.870.

723. F. MORALES PRATS y M. J. RODRÍGUEZ PUERTA, «Delitos contra la Administración pública. Del cohecho», en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona 1996, p. 1.870.

9.4. Elementos típicos del delito de aceptación de regalos

Sujeto activo del delito únicamente puede serlo el funcionario o autoridad que tenga atribuida las competencias para adoptar decisiones con incidencia en la órbita del particular que entrega la dádiva.

Morales Prats y Rodríguez Puerta⁷²⁴ estiman que, al tratarse de un delito de peligro, deberá constatarse que el funcionario tiene pendiente de resolución asuntos que puedan afectar al particular que le ofreció la dádiva. No bastaría con probar que el funcionario podría llegar a resolver sobre esa clase de asuntos, sino que es necesario probar que deberá, en el futuro, pronunciarse específicamente sobre ellos.

Como se desprende del precepto, la acción típica es admitir la dádiva. En este sentido, el delito no se comete por la mera solicitud de dádiva, ya que exige para su consumación, aunque ello produzca cierta perplejidad, la admisión efectiva de la dádiva o regalo [SSTS de 3 julio 1991⁷²⁵ y 17 marzo 1992⁷²⁶]. De esta forma, el delito se consumaría con la aceptación de la dádiva.

Existe doctrina y jurisprudencia que consideran que en los supuestos del art. 426 CP la conducta del donante no sería punible (así, STS 692/1997, de 7 de noviembre)⁷²⁷, y en tales casos la entrega de la dádiva no tiene en sentido propio el concepto de remuneración, puesto que se recibe por el funcionario «en consideración a su función o para la consecución de un acto no prohibido legalmente»⁷²⁸.

724. F. MORALES PRATS y M. J. RODRÍGUEZ PUERTA, «Delitos contra la Administración pública. Del cohecho», en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, p. 1.872.

725. STS (Sala de lo Penal) de 3 de julio de 1991, Recurso núm. 1606/1989. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Huet García (RJ 1991\5510).

726. STS (Sala de lo Penal) de 17 de marzo de 1992, Recurso núm. 4595/1990. Ponente: Excmo. Sr. D. Joaquín Delgado García (RJ 1992\2359).

727. STS Sala 2.ª, S. de 7 de noviembre de 1997, núm. 692/1997, rec. 2596/1995. Pte: Soto Nieto, Francisco (EDE 1997/7871).

728. STS Sala 2.ª, S. de 4 de febrero de 2003, núm. 152/2003, rec. 3002/2001. Pte: Andrés Ibáñez, Perfecto (EDE 2003/1577).

Cfr. STS Sala 2.ª, S. de 13 de enero de 1999, núm. 545/1998, rec. 217/1997. Pte: Marañón Chávarri, José Antonio (EDE 1999/5).

9.5. *Aceptación de dádivas o regalos por la consecución de un acto no prohibido*

Para Morales Prats y Rodríguez Puerta⁷²⁹, la constelación de supuestos que podrían quedar incluidos en esta modalidad delictiva son muy variados. La única condición que, en todo caso, deberá concurrir es que la dádiva admitida sea contrapartida por la realización de un acto conforme a Derecho.

En este supuesto también es necesario, para la consumación del delito, la aceptación de la dádiva o regalo, no siendo suficiente su ofrecimiento⁷³⁰.

Los supuestos que plantean mayores problemas son aquellos en los que el funcionario amenaza con llevar a cabo un acto injusto. En estos casos el particular paga por evitar un acto injusto, lo que equivale a conseguir una decisión justa. En estos supuestos parece que se ha optado por acudir al anterior tipo del 390, actual 426, para actuar contra dicha situación, proponiéndose, a veces, apreciar dicho delito en concurso con un delito de amenazas⁷³¹.

10. **Cláusula de exención de responsabilidad**

10.1. *Tipificación en el Código Penal*

Art. 427. *Quedará exento de pena por el delito de cohecho el particular que haya accedido ocasionalmente a la solicitud de dádiva o presente realizada por autoridad o funcionario público y denunciare el hecho a la autoridad que tenga el deber de proceder a su averiguación, antes de la apertura del correspondiente procedimiento, siempre que no hayan transcurrido más de diez días desde la fecha de los hechos.*

729. F. MORALES PRATS y M. J. RODRÍGUEZ PUERTA, «Delitos contra la Administración pública. Del cohecho», en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, p. 1.873.

730. A. SERRANO GÓMEZ y A. SERRANO MAÍLLO, *Derecho Penal. Parte especial*, 10.^a edición, Madrid, 2005, p. 813.

731. F. MORALES PRATS y M. J. RODRÍGUEZ PUERTA, «Delitos contra la Administración pública. Del cohecho», en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, p. 1.873.

10.2. *Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*

El proyecto presentado al Congreso tenía la siguiente redacción:

Lo dispuesto en los artículos precedentes será también aplicable cuando los hechos sean imputados o afecten a los funcionarios comunitarios o a los funcionarios nacionales de otro Estado miembro de la Unión.

A estos efectos se entenderá que es funcionario comunitario:

1.º *Toda persona que tenga la condición de funcionario o de agente contratado en el sentido del Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas o del Régimen aplicable a otros agentes de las Comunidades Europeas;*

2.º *Toda persona puesta a disposición de las Comunidades Europeas por los Estados miembros o por cualquier organismo público o privado, que ejerza en ellas funciones equivalentes a las que ejercen los funcionarios u otros agentes de las Comunidades Europeas.*

3.º *Los miembros de organismos creados de conformidad con los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, así como el personal de dichos organismos, en la medida en que el Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas o el Régimen aplicable a otros agentes de las Comunidades Europeas no les sea aplicable.*

Asimismo, se entenderá por funcionario nacional de otro Estado miembro de la Unión el que tenga esta condición a los fines de la aplicación del Derecho penal de dicho Estado miembro.

10.3. *Significación del precepto*

En la Parte Especial del Derecho Penal, de modo específico, se pueden encontrar puntuales referencias «premiales» en relación a figuras delictivas concretas, conformando parte de lo que, con una exclusiva función expositiva, podría denominarse «derecho penal premial» en un sentido muy amplio, que incorporaría toda conducta del culpable posterior a la ejecución del delito que tiene incidencia favorable al mismo en la determinación de la pena. Así por ejemplo, la rebaja de pena en un grado correspondiente al reo de detención ilegal o secuestro que, sin haber conseguido su propósito, deja en libertad al detenido en el plazo de tres días (art. 163.2 2 y último inciso del 164, ambos del CP), o la figura de la retractación de una declaración falsa vertida en juicio constitutiva del delito de falso testimonio (art. 462 del CP). En esta línea, incluso podría considerarse premial la exención 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 correspondiente procedimiento, siempre que no hayan transcurrido más de diez días desde la fecha de los hechos» (art. 427 del CP) ⁷³².

No obstante, para Noreña Salto ⁷³³ es discutiblemente una excusa absolutoria, pues parece estar implícita una auténtica falta de voluntad real de acceder al cohecho, manifestada por la denuncia en el breve plazo previsto por el código, y en la exigencia de que se haya accedido «ocasionalmente», pero, dado que el Código no distingue, si la actuación del sujeto fue plenamente voluntaria, no «inducida» o «coaccionada» en algún sentido, debe considerarse una excusa absolutoria, porque, a diferencia de los supuestos de arrepentimiento, no supone una atenuación de la pena, sino la exención de la misma.

En este punto, debemos apuntar que se trata, simplemente, de una medida de política criminal nuevamente para mejorar la prosperabilidad de la persecución delictual ⁷³⁴. El legislador ha considerado que para atajar la corrupción era conveniente introducir una excusa absolutoria en relación con el delito de cohecho. Así, el artículo 427 señala que «quedará exento de pena por el delito de cohecho el particular que haya accedido ocasionalmente a la solicitud de dádiva o presente realizada por autoridad o funcionario público y denunciare el hecho a la autoridad que tenga el deber de proceder a su averiguación, antes de la apertura del correspondiente procedimiento, siempre que no hayan transcurrido más de diez días desde la fecha de los hechos». Ciertamente que no establecer un plazo para la denuncia podría ser muy perjudicial para el funcionario o autoridad, pero admitir la excusa sólo si la denuncia se ha presentado en el escaso plazo de diez días puede dificultar e, incluso, hacer inoperante el precepto frustrándose la finalidad última que se perseguía ⁷³⁵.

732. I. F. BENÍTEZ ORTÚZAR, *El colaborador con la justicia*, Madrid, 2004.

733. J. R. NOREÑA SALTO, «Medidas sustitutivas de la pena», en *Estudios Jurídicos. Soluciones alternativas al proceso*, Madrid, 2004, p. 3480.

734. J. C. ORTIZ ÚRCULO, «El principio de oportunidad: naturaleza, ámbito de aplicación y límites», en *Estudios Jurídicos. Soluciones alternativas al proceso*, Madrid, 2004, p. 3409.

735. J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, «El moderno Derecho Penal para una sociedad de riesgos», en *Revista del Poder Judicial*, núm. 48, cuarto trimestre de 1997, pp. 289-321.

Se exige para apreciar esta excusa ⁷³⁶:

1. Que la actuación del particular sea ocasional.
2. Que la denuncia se presente ante la autoridad que tenga el deber de averiguar estos delitos.
3. Que se denuncia con anterioridad a la apertura del procedimiento judicial.
4. Que no hayan transcurrido más de diez días desde la ejecución de los hechos.

La utilización de la expresión 'procedimiento' suscita la duda de si es posible la operatividad del art. 427 cuando se ha decretado la incoación de diligencias preliminares o informativas por parte del Ministerio Fiscal. Una interpretación amplia del término 'procedimiento' llevaría a la exclusión de esta excusa absolutoria *ex post factum*, por cuanto no podría inferirse, ya que la denuncia era voluntaria. La interpretación restrictiva conduciría a lo contrario. No obstante, debe tenerse en cuenta que el particular, en muchos casos, sólo puede tener conocimiento formal de la constancia de diligencia de investigación, impulsada por el Ministerio Público, cuando es citado a declarar ante el propio Fiscal o ante la Policía Judicial. Por consiguiente, la constancia objetiva pero no conocida formalmente de las referidas diligencias preliminares o informativas del Ministerio Fiscal no debería excluir la operatividad de la causa de exención analizada ⁷³⁷.

La Fiscalía General del Estado ⁷³⁸ ha señalado que su aplicación retroactiva en la medida en que sin duda puede ser favorable suscita problemas dado el plazo de diez días establecido para la denuncia, presupuesto del perdón legal. No puede negarse por ese dato su eficacia retroactiva. Habrá que considerar en consecuencia que esa excusa absolutoria podrá amparar, siempre que se den los presupuestos que contempla el precepto, a todos cuantos hayan llevado a cabo esa denuncia determi-

736. Vid. A. SERRANO GÓMEZ y A. SERRANO MAÍLLO, *Derecho Penal. Parte especial*, 10.ª edición, Madrid, 2005, p. 813.

737. F. MORALES PRATS y M. J. RODRÍGUEZ PUERTA, «Delitos contra la Administración pública. Del cohecho», en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, p. 1875.

738. Circular 2/1996, de 22 de mayo, sobre el régimen transitorio del nuevo Código Penal: incidencia en el enjuiciamiento de hechos anteriores.

nante del descubrimiento de los hechos bien antes de la vigencia del nuevo Código Penal bien en los diez días siguientes a su entrada en vigor (hasta el 4 de junio).

No se considera confesión la denuncia sin autoinculpación (STS de 5 de diciembre de 1990)⁷³⁹ ni la sola inculpación de otros, si el acusado no confiesa su hecho (STS de 5 de noviembre de 1996)⁷⁴⁰.

Doctrinalmente⁷⁴¹ se entiende que esta excusa absolutoria no es aplicable a quien conscientemente participó en la comisión del hecho delictivo. Deberá quedar para aquellos casos en los que el sujeto actuó de forma poco reflexiva y en parte ante la necesidad de realizar alguna actividad legal que no hubiera sido posible llevar a cabo sin acceder a las pretensiones del funcionario o de la autoridad. La referencia que se hace a 'ocasionalmente' hay que entenderla como una primera participación, no siendo posible que el sujeto se beneficie por conductas reiteradas.

11. La resolución injusta

Un mismo defecto del acto administrativo, por ejemplo obtener la resolución como consecuencia de una infracción penal consistente en cohecho, violencia o cualquier otra maquinación fraudulenta, podrá dar lugar a la impugnación del acto: *a)* por estimarse nula de pleno derecho, en el procedimiento de revisión de oficio (que puede iniciarse a solicitud de interesado o de los otros modos ya aludidos) o en recurso administrativo extraordinario de revisión; o a través del consiguiente recurso contencioso-administrativo; o *b)* mediante el ejercicio por el Ministerio Fiscal de la acción de nulidad tal como prevé el art. 25.2 del CC⁷⁴². Asimismo se podrá acudir al recurso de revisión.

739. STS Sala 2.ª, S. de 5 de diciembre de 1990. Pte: Moyna Ménguez, José Herme-negildo (EDE 1990/11135).

740. STS Sala 2.ª, S. de 5 de noviembre de 1996, núm. 817/1996, rec. 1743/1995. Pte: Bacigalupo Zapater, Enrique (EDE 1996/8242).

741. A. SERRANO GÓMEZ y A. SERRANO MAÍLLO, *Derecho Penal. Parte especial*, 10.ª edición, Madrid, 2005, p. 813.

742. M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, «Comentario al artículo 25 del CC», en M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. I, vol. III, 2.ª edición, 1993.

Además, el cohecho, por ejemplo del perito, posibilitará la revisión del proceso, siempre que el dictamen pericial haya sido determinante de la sentencia firme recaída en el proceso. La importancia de la función pericial determinará normalmente la revisión del proceso por esta causa, salvo que la sentencia pueda mantenerse al margen del dictamen pericial⁷⁴³.

743. M. SERRA DOMÍNGUEZ, «Comentario al artículo 1243 del CC», en M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. XVI, vol. II, 2.^a edición, 1991.

Cfr. J. VALLET DE GOYTISOLO, «Comentario al artículo 1059 del CC», en M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. XIV, vol. II, 1989.

Tráfico de influencias

1. Consideraciones generales

Hasta tal punto el hacer uso de influencias ha sido práctica habitual en nuestro país que determinados cargos, por lo menos, notoriamente no se conseguían sino a través de «influencias»; tratándose con una cierta conmisericordia a quienes carecían de ellas. Pocas han sido, en la sociedad española, las personas que en un determinado momento, en la Administración, en la política, etc., no han hecho uso de aquellas influencias a su alcance para conseguir una plaza, cargo, etc.; es más, entre determinados sectores sociales, se contaba como favor importante el «recomendar» a una persona, no ya sólo por el beneficio que le acarreaba, sino por el desgaste de esa influencia de la que, tal vez por haber hecho uso de ella, no se podría beneficiar en el futuro⁷⁴⁴.

Hay algo de específico, que reclama un discurso aparte, y es el aspecto delictivo que se puede ocultar entre poder político y otros órganos de la economía pública que se puede ver en el problema del tráfico de influencias. El punto central está en la función subordinada que los órganos de economía pública han asumido respecto de la exigencias de los poderes del partido o partidos del gobierno. Aquí surgen, sobre todo, las exigencias de orden financiero, satisfechas en las formas del financiamiento oculto. Los financiamientos, simplemente ocultos a cargo de las empresas públicas o mediante técnicas más elaboradas con interposición de intermediarios entre la misma y el mercado, pueden planificarse para largos períodos y sobre

744. G. GARCÍA PLANAS, «El nuevo delito de tráfico de influencias», en *Revista del Poder Judicial*, núm. 29, marzo de 1993, pp. 21-33.

vastos mercados internacionales. Las dificultades de investigación y procesales sobre estos supuestos delictivos se ponen de relevancia, fatalmente, cuando el alto funcionario tiende a considerar benévolamente negocios que se guardaría bien de concluir si estuvieran encaminados exclusivamente a su enriquecimiento en actividades privadas; y esta actitud puede impulsarle a un sistemático atentado a la integridad económica de la empresa, hasta provocar verdaderos fenómenos de desvalorización del capital público, de destrucción de la riqueza productiva⁷⁴⁵.

Nos encontramos ante unos tipos penales que tienen estrecha relación con el delito de cohecho, aunque hay una diferencia notable, pues en el cohecho es necesario que se solicite o reciba dádiva o presente o se aceptare ofrecimiento o promesa, lo que no se exige en el tráfico de influencias de los arts. 428 y 429; aunque sí aparece en el art. 430, pero el delito aquí es cometido por un particular que solicita la dádiva o presente a otro particular. De otra parte, la autoridad o funcionario que actúe bajo la influencia y dictare una resolución injusta puede cometer un delito de prevaricación⁷⁴⁶.

Lo cierto es que, tradicionalmente, estos delitos han sido objeto de una preocupación relativamente escasa por parte de la doctrina y el legislador. El mal funcionamiento de la Administración se consideraba popularmente como un mal endémico y los casos de corrupción o bien no llegaban a la opinión pública —sobre todo durante el régimen anterior— o se solucionaban, mejor o peor, con los mecanismos existentes en el CP. La idea de enriquecimiento personal a costa de o en el entorno de la Administración Pública está en el centro de la preocupación que motiva la reforma que ahora comentamos. De hecho, hasta 1991 los únicos delitos de funcionarios presididos por la existencia de lucro personal eran los clásicos tipos de cohecho y malversación de caudales públicos, a los que habría que añadir las negociaciones prohibidas a los funcionarios que, en realidad, recogen supuestos de incompatibilidad entre el ejercicio de la función pública y los negocios privados relacionados con el ámbito de actuación del funcionario, con una redacción de auténtica antigualla con referencias a los negocios de «tráfico, agio y granjería»⁷⁴⁷.

745. J. M. PAZ RUBIO, «El tráfico de influencias y la información privilegiada», en *Cuadernos de Derecho Judicial. La nueva delincuencia II*, Madrid, 1993.

746. A. SERRANO GÓMEZ y A. SERRANO MAÍLLO, *Derecho Penal. Parte especial*, 10.ª edición, Madrid, 2005, p. 814.

747. J. M. PAZ RUBIO, «El tráfico de influencias y la información privilegiada», en *Cuadernos de Derecho Judicial. La nueva delincuencia II*, Madrid, 1993.

El bien jurídico protegido es la Administración Pública y concretamente su imparcialidad y su prestigio; en consecuencia el contenido de injusto será su descrédito⁷⁴⁸.

2. Tráfico de influencias por prevalencia del cargo

2.1. Tipificación en el código penal

Art. 428. *El funcionario público o autoridad que influyere en otro funcionario público o autoridad prevaleándose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero, incurrirá en las penas de prisión de seis meses a un año, multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años. Si obtuviere el beneficio perseguido se impondrán las penas en su mitad superior.*

2.2. Significado del precepto

Como hemos visto, el bien jurídico protegido es el buen funcionamiento de la Administración Pública. En la primera modalidad de tráfico de influencias se incrimina la conducta del funcionario que influye sobre otro funcionario, prevaleándose de sus funciones u otra clase de relaciones, para obtener una resolución que le reporte un beneficio económico directo o indirecto. La nueva estructura del delito dificulta su distinción con los comportamientos típicos que integran una mera inducción o la comisión de una prevaricación⁷⁴⁹.

Estamos ante un delito de peligro, pues, en principio, para la consumación no es necesario que se ejecute ningún hecho en concreto por la persona sobre la que se influye. El texto legal dice: «influyere (...) para

748. G. GARCÍA PLANAS, «El nuevo delito de tráfico de influencias», en *Revista del Poder Judicial*, núm. 29, marzo de 1993, pp. 21-33.

749. F. MORALES PRATS y M. J. RODRÍGUEZ PUERTA, «Delitos contra la Administración pública. Del tráfico de influencias», en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, p. 1880.

conseguir una resolución»; por tanto, es suficiente para la perfección del delito que con la influencia se pretenda conseguir una resolución que pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para tercero ⁷⁵⁰.

2.3. Elementos típicos

Los elementos de este delito pueden pues sintetizarse del siguiente tenor ⁷⁵¹:

- a) Que el autor sea autoridad o funcionario público.
- b) Que el autor actúe con el propósito de conseguir directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero.
- c) Que para lograrlo influya en otra autoridad o funcionario público prevaleciendo del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad.

El sujeto activo, ha de serlo un funcionario público o autoridad. Estamos por tanto ante un delito especial ⁷⁵².

La influencia, es decir «el ejercicio del predominio o fuerza moral en el ánimo de otro», es el primer elemento común. En ambos supuestos el otro debe ser «funcionario público» o «autoridad», pero en ningún caso ha pretendido el legislador la criminalización de la mera influencia, que podría llevar a dotar de relevancia penal a comportamientos como la simple recomendación. La primera limitación que el legislador formula respecto a la influencia es que ésta se deba a una relación de prevalimiento. En el primer caso del funcionario o la autoridad sobre otro funcionario, y en el segundo de un particular sobre el funcionario ⁷⁵³.

750. A. SERRANO GÓMEZ y A. SERRANO MAÍLLO, *Derecho Penal. Parte especial*, 10.ª edición, Madrid, 2005, p. 816.

751. C. BLANCO LOZANO, *Tratado de Derecho Penal Español*, t. 2, vol. 2, cit.

Cfr. I. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, «Anotaciones sobre el delito de tráfico de influencias», en *Cuadernos de Derecho Judicial. Delitos de los funcionarios Públicos*, Madrid, 1994.

752. J. M. PAZ RUBIO, «El tráfico de influencias y la información privilegiada», en *Cuadernos de Derecho Judicial. La nueva delincuencia II*, Madrid, 1993.

753. I. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, «Anotaciones sobre el delito de tráfico de influencias», en *Cuadernos de Derecho Judicial. Delitos de los funcionarios Públicos*, Madrid, 1994.

El término 'influir'⁷⁵⁴ —ejercer predominio o fuerza moral— resulta excesivamente amplio, por lo que se ha completado con el de «prevalerse», en el que el legislador incluye el ejercicio de las facultades del cargo y las relaciones personales y jerárquicas. Señala la doctrina que, si bien en principio parece puede tomarse en consideración cualquier relación familiar, afectiva o amistosa, dado que el «prevalimiento» es empleado como elemento diferenciador de la simple influencia atípica, debe darse al mismo una interpretación restrictiva, en cuanto supone un verdadero ataque a la libertad del funcionario o de la autoridad que tiene que adoptar una decisión en el ejercicio de su cargo. Citándose como casos concretos de ello el chantaje moral, las relaciones amorosas serias o las perspectivas futuras en la carrera profesional o política, como puede ser en los cargos de elección pública el temor a ser eliminado de las listas electorales en próximas convocatorias⁷⁵⁵.

La influencia desarrollada debe llevar a obtener una resolución⁷⁵⁶. Como podemos ver, la redacción actual se separa decisivamente de la normativa anterior al Código de 1995, normativa que configuraba el injusto como un delito de resultado («...y consiguiera una resolución...», decía el precepto). El injusto hoy se presenta como un delito de actividad y de resultado cortado. Un delito de actividad en la medida en que acción y resultado se presentan simultáneamente y de resultado cortado porque el legislador ha adelantado la línea de reprobación a un momento anterior al resultado que se pretende evitar. De ahí que algún sector doctrinal haya visto el bien jurídico objeto de protección no tanto en la objetividad y la imparcialidad de la función pública cuanto en la quiebra de la confianza o peligro de la imparcialidad de esa función. Lo cierto es que su aplicación precisa de una exacta contemplación de sus elementos. El primero de los elementos del delito se centra en el término 'influencia'. El funcionario o autoridad debe influir en otro funcionario o autoridad. La influencia actúa tanto como autoridad moral como predominio en el ánimo, según el Diccionario de la Lengua. Supone una presión moral determinante en la acción o decisión de otra persona. Algo así como el influjo psíquico que conforma la inducción, pero

754. Cfr. G. GARCÍA PLANAS, «El nuevo delito de tráfico de influencias», en *Revista del Poder Judicial*, núm. 29, marzo de 1993, pp. 21-33.

755. STS Sala 2.ª, S. de 5 de abril de 2002, núm. 537/2002, rec. 494/2001. Pte: Abad Fernández, Enrique (EDE 2002/6946).

756. Cfr. I. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, «Anotaciones sobre el delito de tráfico de influencias», en *Cuadernos de Derecho Judicial. Delitos de los funcionarios Públicos*, Madrid, 1994.

esta vez integrado por la posición o *status* del influyente. Como ha dicho nuestro TS en sentencia de 24 de junio de 1994⁷⁵⁷, «el tipo objetivo en aquél, consiste en “influir”, esto es, el verbo rector único del delito de tráfico de influencias es precisamente, como queda dicho, ‘influir’, es decir, la sugestión, inclinación, invitación o instigación que una persona lleva a cabo sobre otra para alterar el proceso motivador de ésta, que ha de ser una autoridad o funcionario, respecto de una decisión a tomar en un asunto relativo a su cargo abusando de una situación de superioridad, lo que un sector de la doctrina científica ha llamado ataque a la libertad del funcionario o autoridad que tiene que adoptar, en el ejercicio del cargo, una decisión, introduciendo en su motivación elementos ajenos a los intereses públicos, que debieran ser los únicos ingredientes de su análisis, previo a la decisión». La doctrina ha hecho ver, respecto de este elemento, la necesidad de relegar extramuros de la previsión penal los supuestos de la llamada influencia adecuada socialmente, en los casos en que comúnmente no queda reprobada la conducta por su inmersión social, y de la llamada influencia no causal u omnímodo *facturus*, por la prerresolución tomada ya por el funcionario. Sólo así, se dice, será respetado el principio de intervención mínima y no se convertirá el delito en una norma puramente moralizante de la vida administrativa y social. Pero, en cualquier caso, la influencia aún no decisiva puede ser elemento integrador del injusto. En tal sentido resulta ilustradora la sentencia de 20 de octubre de 2001 cuando analiza el caso concreto y expresa que la acción típica consiste en influir en un funcionario público o autoridad, y acto de influir debe ser considerado el hecho de convencer a los miembros de la Junta Vecinal de una Entidad Local de las ventajas de dar a los fondos de que la misma dispone una determinada inversión. Pero, como puede observarse en el tipo legal, no basta con la mera influencia; es preciso prevalecerse de algunas situaciones sobre la finalidad de influir en el funcionario que ha de tomar la decisión. El prevalimiento es, pues, el segundo de los elementos esenciales del delito. Prevalimiento en una de las tres modalidades que el Código contempla: bien por el ejercicio de las facultades del cargo, lo que llama a un ejercicio abusivo y fuera de las normales competencias administrativas de la autoridad o funcionario que se dirige al que ha de decidir; bien por una situación derivada de una relación personal (de amistad, de parentesco, de afinidad política, amorosa, etc.), que pueda mover el ánimo del funcionario afectado, por humana presión, más

757. STS Sala 2.ª, S. de 24 de junio de 1994, núm. 1312/1994, rec. 3031/1993. Pte: Ruiz Vellido, Enrique (EDE 1994/5613).

análoga a las previstas en el artículo siguiente; bien por una situación derivada de relación jerárquica, con mayor carga coactiva todavía que la primera, en cuanto depende de la decisión cualquier ventaja o expectativa profesional del influido. Las acciones típicas deben ir dirigidas —teleológicamente orientadas— a conseguir una resolución beneficiosa. Este elemento, como hemos dicho al principio, distingue la normativa actual de la anterior. La resolución beneficiosa aparece ahora como el ánimo tendencial, no como resultado tipificado. La norma no requiere ni la emisión de la resolución ni la efectiva obtención del beneficio económico. Deberá no obstante probarse que la influencia iba encaminada a la obtención de ambos, porque este ánimo tendencial constituye el elemento subjetivo del injusto. Quedan, pues, fuera del ámbito prohibitivo penal aquellas influencias que no se dirijan a la obtención de una verdadera resolución, sino, por ejemplo, a la aceleración o ralentización de expedientes, conocimiento de datos, etc., etc. Dicha resolución, además, debe suponer —directa o indirectamente— un beneficio económico, bien sea para el sujeto activo del delito, bien para un tercero. Como ha dicho el Supremo (sentencia de 29 de enero de 1997)⁷⁵⁸, «el Código circunscribe, pues, la influencia a la obtención final de un beneficio económico, lo cual ha de ser interpretado en un sentido amplio comprendiendo tanto el beneficio directo como el indirecto, tanto el beneficio en el sentido de ganancia como en el sentido de ausencia de pérdidas». Pero es necesario repetir que la obtención de este beneficio no es hoy elemento típico del delito (como sucedía en el Código anterior), sino elemento de su exacerbación penológica, por mor de la previsión contenida en el último inciso del art. 428. Así pues, la voluntad del legislador, como se ha dicho, es la de castigar la mera interferencia de situaciones derivadas de relaciones personales, profesionales o de jerarquía en el proceso de decisión, como conducta que pone en riesgo la objetividad e imparcialidad de la función pública. También respecto a la bondad o corrección de la resolución, algún sector doctrinal ha venido sosteniendo que la imputación objetiva del resultado reclama que la resolución dictada por el funcionario influido ha de ser injusta, pues caso de no serlo no se crea un riesgo típicamente relevante al no afectar al bien jurídico protegido. No parece, sin embargo, que sea ésta la voluntad del legislador. El legislador no ha adjetivado la resolución como así ha hecho cuando ha querido (prevaricación, cohecho, etc.). Parece que su intención ha sido castigar en todo caso la resolución cuando ven-

758. STS Sala 2.ª, S. de 29 de enero de 1997, núm. 31/1997, rec. 3115/1995. Pte: Montero Fernández-Cid, Ramón (EDE 1997/632).

ga dictada por las influencias recibidas (al modo como lo hace el art. 178 del Código penal francés). Y lo anterior no vulneraría el principio de ofensividad penal si se atiende a la ya reseñada finalidad del precepto: la extraña e ilícita interferencia en el proceso de decisión que enturbia la confianza en la objetividad e imparcialidad de la función al aparecer públicamente como beneficiadora de un interés parcial ⁷⁵⁹.

En términos generales, la Jurisprudencia del TS ha visto la ratio del prevalimiento en la mayor facilidad lograda por el agente en el momento de ejecutar un hecho delictivo. La STS de 29 de octubre de 1956 (RJ 1956\8329) describe una actuación delictiva perpetrada «con las máximas garantías posibles de éxito», al haberse eliminado o salvado «los obstáculos» que se oponían al buen término del plan delictivo. La S. de 5 de diciembre de 1973 (RJ 1973\4911) define el prevalimiento como un «abuso» o «pro-vecho» de la función «para llevar a mejor término los propósitos» delictivos del funcionario. Las SSTS de 6 de julio de 1990 ⁷⁶⁰ y de 23 de noviembre de 1994 ⁷⁶¹ califican de «decisivo para el desarrollo del plan delictivo» y de «casi insustituible aportación», respectivamente, el abuso de la condición y medios oficiales protagonizado por el autor. En la STS de 2 de febrero de 1995 ⁷⁶² puede leerse que, de no haberse prevalido, el autor «difícilmente hubiera logrado su propósito», y en la STS de 17 de octubre de 1998 ⁷⁶³ que el prevalimiento coloca al funcionario en una posición «de seguridad» para delinquir, teniendo en cuenta las «facilidades de impunidad» que le concede su condición pública ⁷⁶⁴.

El tercer requisito también aparece vinculado al contenido de la resolución, al exteriorizar los intereses privados que lesionan el acto administrati-

759. Cfr. STSJ Cataluña, S. de 27 de marzo de 2003, núm. 9/2003, rec. 1/2002. Pte: Vidal I Andreu, Guillermo (EDE 2003/9003).

Resuelto el recurso interpuesto en su contra por la STS Sala 2.ª, S. de 28 de junio de 2004, núm. 806/2004, rec. 1091/2003. Pte: Delgado García, Joaquín (EDE 2004/82694).

760. STS (Sala de lo Penal) de 6 de julio de 1990, Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Soto Nieto (RJ 1990\6254).

761. STS núm. 2038/1994 (Sala de lo Penal), de 23 de noviembre, Recurso núm. 185/1994. Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Martín Pallín (RJ 1994\10308).

762. STS núm. 110/1995 (Sala de lo Penal), de 2 de febrero, Recurso núm. 1839/1994. Ponente: Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater (RJ 1995\825).

763. STS núm. 1077/1998 (Sala de lo Penal), de 17 de octubre, Recurso de Casación núm. 1932/1997. Ponente: Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater (RJ 1998\6875).

764. F. VÁZQUEZ PORTOMEÑE SEJAS, «La circunstancia agravante de prevalimiento del carácter público del culpable (art. 22.7.ª CP) en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Repertorio de jurisprudencia Aranzadi*, núm. 9, 2001.

vo. Las opciones que el legislador maneja subrayan aún más el carácter simbólico y la pretensión de agotar todas las opciones que la compleja realidad de la corrupción puede exteriorizar. Dogmáticamente estamos ante un delito en el que el resultado es doble, resolución y beneficio económico, con lo que la ausencia de resolución o la presencia de resolución sin beneficio económico nos llevaría a las formas imperfectas de ejecución. Evidentemente dichas formas imperfectas pueden aparecer vinculadas a que no se pudo probar la presencia del resultado⁷⁶⁵.

La STS de 10 de marzo de 1998⁷⁶⁶ lo que exige es solamente que la decisión sea parcial o no del todo imparcial; lo que resulta conforme con la postura que estima que, si la resolución fuera delictiva o injusta, estaríamos además ante un delito de prevaricación o, en su caso, de cohecho, que sancionar como concurso de delitos en relación de medio a fin (ver sentencia 1312/1994, de 24 de junio)⁷⁶⁷. Lo que claramente exige el Código Penal es que la resolución genere un beneficio económico para el sujeto activo o para un tercero⁷⁶⁸.

Se trata de una figura únicamente sancionable en la forma de comisión dolosa⁷⁶⁹, que exige conocimiento y voluntad de realización de los elementos objetivos.

La deficiente técnica de tipificación dificulta su lógica articulación con el resto de los delitos del Título XIX. Las razones que impiden una interpretación satisfactoria del precepto pueden cifrarse⁷⁷⁰:

1. En la falta de incriminación de la conducta del funcionario que se deja influir y adopta una resolución imparcial a consecuencia de la concurrencia de relaciones jerárquicas o de amistad.

765. I. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, «Anotaciones sobre el delito de tráfico de influencias», en *Cuadernos de Derecho Judicial. Delitos de los funcionarios Públicos*, Madrid, 1994.

766. STS Sala 2.ª, S. de 10 de marzo de 1998, núm. 1534/1997, rec. 305/1997. Pte: García Ancos, Gregorio (EDE 1998/1556).

767. STS Sala 2.ª, S. de 24 de junio de 1994, núm. 1312/1994, rec. 3031/1993. Pte: Ruiz Vadillo, Enrique (EDE 1994/5613).

768. STS Sala 2.ª, S. de 5 de abril de 2002, núm. 537/2002, rec. 494/2001. Pte: Abad Fernández, Enrique (EDE 2002/6946).

769. Cfr. G. GARCÍA PLANAS, «El nuevo delito de tráfico de influencias», en *Revista del Poder Judicial*, núm. 29, marzo de 1993, pp. 21-33.

770. F. MORALES PRATS y M. J. RODRÍGUEZ PUERTA, «Delitos contra la Administración pública. Del tráfico de influencias», en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, p. 1882-1883.

2. En la improcedente equiparación de las distintas situaciones cuyo prevalimiento puede dar lugar a la influencia. Así, el art. 428 CP equipara la influencia en el abuso de funciones o de relación jerárquica con la consistente en un prevalimiento de relaciones personales, siendo así que unas y otras presentan una significación diversa desde la óptica del bien jurídico tutelado.

En este sentido, las conductas de los funcionarios que dictan resoluciones injustas como consecuencia del tráfico de influencias quedaría contemplada en el delito de prevaricación, ya analizado.

3. Tráfico de influencias por prevalencia del particular

3.1. Tipificación en el Código Penal

Art. 429. *El particular que influyere en un funcionario público o autoridad prevaleándose de cualquier situación derivada de su relación personal con éste o con otro funcionario público o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar, directa o indirectamente, un beneficio económico para sí o para un tercero, será castigado con las penas de prisión de seis meses a un año, y multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido. Si obtuviere el beneficio perseguido se impondrán las penas en su mitad superior.*

3.2. Significado del precepto

En primer término, Paz Rubio ⁷⁷¹ consideraba respecto de la anterior legislación que la concreción el bien jurídico no se presenta como empresa sencilla. El sujeto activo no es su funcionario o autoridad, sino cualquier persona, por consiguiente alguien no vinculado a los poderes públicos que, por tanto, no los compromete con su comportamiento. A ello se suma que el delito se consuma tan pronto como se hace el ofrecimiento de usar de influencia cerca de funcionarios o autoridades, aunque no lleguen a usarse y aunque aquel no sea aceptado. Con lo que los servicios que han de rendir los poderes públicos no se ven afectados, ni la actuación de éstos empeñada en su imparcialidad, y, en consecuencia, no pueden ser consignados como

771. J. M. PAZ RUBIO, «El tráfico de influencias y la información privilegiada», en *Cuadernos de Derecho Judicial. La nueva delincuencia II*, Madrid, 1993.

el objeto formal. Así las cosas, a lo sumo, cabe pensar que la conducta castigada representa un peligro y un peligro remoto por cierto, para el bien jurídico genéricamente protegido en el título que analizamos, como si de una conspiración o proposición o de una preparación de la ejecución de un cohecho o de una prevaricación se tratara.

Esta norma no exige que sea objetivamente decisiva o determinante la acción de influir⁷⁷².

El tipo penal a que nos referimos está integrado por cinco elementos de diversa naturaleza⁷⁷³:

- 1.º Su autor debe ser un particular y el recurrido en efecto lo es.
- 2.º La acción típica consiste en influir en un funcionario público o autoridad.
- 3.º Es preciso que el autor se prevalega de cualquier situación derivada de su relación personal con la autoridad o funcionario sobre que se ejerce la influencia o con otro distinto.
- 4.º El autor debe conseguir, mediante la influencia ejercida aunque la misma pueda ser reforzada por otros factores, una determinada resolución.
- 5.º Es finalmente necesario que con la resolución alcanzada gracias a la influencia obtenga el que la haya ejercido un beneficio económico, directo o indirecto, para sí o para un tercero.

De esta forma, coincide la doctrina en estimar que se dan tres notas en el delito de «Tráfico de influencias»; la conducta típica consiste en influir; se precisa un especial ánimo de obtener un beneficio económico; y además se protege la libre formación de la voluntad del funcionario. El verbo principal del tipo es 'influir' y, si se influye sobre el funcionario para obtener el dictado de una decisión o resolución arbitraria con el fin de obtener para sí o un tercero un beneficio económico (no decimos ilícito), se estaría en presencia de una acción de influencia propia del delito de tráfico, pero materializada como inducción para el delito de prevaricación, y en consecuencia se cometerían ambos ilícitos, pero debiendo estimarse en concurso medial (art. 77), o en concurso de normas, que por razón del principio de especialidad, habría de resolverse a favor del tráfico de influencias, posición esta

772. STS Sala 2.ª, S. de 29 de octubre de 2001, núm. 2025/2001, rec. 4302/1999. Pte: Jiménez Villarejo, José (EDE 2001/40450).

773. STS Sala 2.ª, S. de 29 de octubre de 2001, núm. 2025/2001, rec. 4302/1999. Pte: Jiménez Villarejo, José (EDE 2001/40450).

que es más acogida por la doctrina que viene avalada por dos razones: de una parte el tráfico de influencias contempla todo el desvalor del hecho, y de otra parte atribuye una mayor penalidad. Redundando en el requisito del beneficio económico, la STS de 29 de enero de 1997⁷⁷⁴ afirma:

«...El código circunscribe, pues la influencia en la obtención final de un beneficio económico, lo cual ha de ser interpretado en un sentido amplio comprendiendo tanto el beneficio directo como el indirecto, tanto el beneficio en el sentido de ganancia como en el sentido de ausencia de pérdidas...».

En relación con la culpabilidad, de nuevo nos encontramos con un delito de exclusiva comisión dolosa, como fácilmente se desprende de las exigencias típicas⁷⁷⁵.

En relación al *iter criminis*, ya se ha adelantado que es delito de consumación unilateral, que se verifica tan pronto como el ofrecimiento se hace, con independencia de que sea bien recibido o no, o de que se perciba la remuneración de que se lleve a la práctica lo prometido. Por tanto, no tienen cabida las formas de ejecución imperfectas⁷⁷⁶.

4. Tráfico de influencias en la esfera privada

4.1. Tipificación en el Código Penal

Art. 430. *Los que, ofreciéndose a realizar las conductas descritas en los artículos anteriores, solicitaren de terceros dádivas, presentes o cualquier otra remuneración, o aceptaren ofrecimiento o promesa, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año.*

En cualquiera de los supuestos a que se refiere este artículo, la autoridad judicial podrá imponer también la suspensión de las actividades de la socie-

774. STS núm. 31/1997 (Sala de lo Penal), de 29 de enero, Recurso de Casación núm. 3115/1995. Ponente: Excmo. Sr. D. Ramón Montero Fernández-Cid (RJ 1997\390).

775. J. M. PAZ RUBIO, «El tráfico de influencias y la información privilegiada», en *Cuadernos de Derecho Judicial. La nueva delincuencia II*, Madrid, 1993.

776. J. M. PAZ RUBIO, «El tráfico de influencias y la información privilegiada», en *Cuadernos de Derecho Judicial. La nueva delincuencia II*, Madrid, 1993.

dad, empresa, organización o despacho y la clausura de sus dependencias abiertas al público por tiempo de seis meses a tres años.

4.2. *Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*

El proyecto presentado al Congreso tenía la siguiente redacción:

En cualquiera de los supuestos a que se refiere este artículo y los anteriores, si los hechos se hubieren realizado en el marco o con ocasión de las actividades de una persona jurídica y procediere la declaración de su responsabilidad penal de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código, se le impondrá la pena de suspensión de las actividades sociales por un plazo de dos a cinco años y clausura de sus locales y establecimientos durante el mismo período de tiempo.

4.3. *Significación del precepto*

La última de las modalidades de tráfico de influencias no guarda relación alguna con el bien jurídico protegido en los restantes delitos contemplados en el Título XIX. Como señalan Morales Prats y Rodríguez Puerta⁷⁷⁷, la conducta típica analizada se proyecta a la esfera de la actividad privada. La única relación que guarda con la función pública es la oferta de realizar tráfico de influencias como contraprestación potencial a la solicitud de dádiva, presentes o cualquier otra remuneración, efectuada a un tercero.

Referida infracción delictiva del art. 430 del CP, conceptuada por algún sector doctrinal como de «ofrecimiento de influencias» a diferencia de los dos preceptos anteriores que se refieren al tráfico de influencias «propio» (art. 428 del CP) o «impropio» (art. 430 del CP), se puede considerar como un «acto preparatorio» elevado a la categoría de delito independiente respecto a figuras afines u homogéneas, tales como el cohecho impropio o el tráfico de influencias estrictamente considerado. No obstante lo anterior, otros autores consideran que lo preceptuado en los arts. 428 y 429 del CP sanciona el «ejercicio de influencias» en tanto el 430 se refiere al verdadero «tráfico de influencias».

777. F. MORALES PRATS y M. J. RODRÍGUEZ PUERTA, «Delitos contra la Administración pública. Del tráfico de influencias», en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, pp. 1882-1885.

4.4. Delimitación típica

El sujeto activo de este delito lo podrá ser tanto el particular como el funcionario que no actúa en el ejercicio de su cargo.

La primera conducta típica se articula sobre la solicitud de dádiva o presente como contraprestación al ofrecimiento de un potencial y presunto tráfico de influencias sobre las autoridades o funcionarios. Del tenor del art. 430 CP se infiere que no es necesaria ni la aceptación de la solicitud ni el efectivo uso de las influencias, ni tan siquiera que éstas sean potencialmente reales. Por tanto, el delito se consuma con la mera solicitud de recompensas, una vez que se ha efectuada el referido ofrecimiento. La segunda modalidad delictiva alude a la aceptación del ofrecimiento de dádivas o promesas. En esta última hipótesis se haya implícita una potencial contraprestación consistente en un hipotético tráfico de influencias⁷⁷⁸.

Estamos ante un tipo de conductas mixtas alternativas, en el que se contemplan las diferentes fases por las que puede atravesar el acuerdo o intento de acuerdo entre los dos particulares. Asimismo, el precepto comentado demanda la concurrencia de un elemento subjetivo de injusto, la finalidad de realizar cualquiera de las conductas tipificadas en los artículos anteriores, esto es, que la dádiva o presente solicitado o recibido constituyan una contraprestación a un potencial tráfico de influencias⁷⁷⁹.

Se trata de un delito de «mera actividad», cuyo bien jurídico protegido, para algún sector, es el «buen nombre» de la Administración y que despliega su acción en el ámbito privado al tratarse, tanto el sujeto activo como el pasivo, de «particulares»; que se consuma tan pronto tiene lugar el «ofrecimiento» activo de hacer uso de «su» influencia cerca de Autoridad o Funcionario Público y ello al margen que el «ofrecimiento» encuentre, o no, positiva acogida por parte de su receptor, esto es que se reciba, o no, el beneficio perseguido, entendiéndose por él todo provecho económico directo o indirecto, esto es, tanto la ganancia como la ausencia de pérdida o que se materialice lo ofrecido.

778. F. MORALES PRATS y M. J. RODRÍGUEZ PUERTA, «Delitos contra la Administración pública. Del tráfico de influencias», en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, p. 1886.

779. F. MORALES PRATS y M. J. RODRÍGUEZ PUERTA, «Delitos contra la Administración pública. Del tráfico de influencias», en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, p. 1886.

Más concreta y claramente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2001⁷⁸⁰, en su Fundamento de Derecho 27.º, y refiriéndose al art. 430 del CP, establece: «...se trata de un delito de mera actividad que se consuma con la ejecución de la actividad típica que describe (incluso por remisión) el precepto sin necesidad de resultado alguno, ni siquiera que la actitud del oferente sea aceptada por aquel a quien se dirige la oferta y sin que sea preciso que la «influencia», real o ficticia, sea efectivamente ejercitada en tanto el fin perseguido por el Legislador es, al igual que en el cohecho, evitar la interferencia de intereses ajenos o contrarios a los Públicos, tutelando un bien jurídico tan esencial como la objetividad e imparcialidad de las decisiones de las Autoridades y de los Funcionarios Públicos...».

5. Decomiso de dádivas

5.1. Tipificación del Código Penal

Art. 431. *En todos los casos previstos en este capítulo y en el anterior, las dádivas, presentes o regalos caerán en decomiso.*

780. STS Sala 2.ª, S. de 19 de julio de 2001, núm. 1335/2001, rec. 1052/2000. Pte: Ramos Gancedo, Diego Antonio (EDE 2001/16219).

Sentencia anulada por la STC Pleno, S. de 23 de octubre de 2003, núm. 184/2003, rec. 4857/2001, BOE 272/2003, de 13 de noviembre de 2003. Pte: Casas Baamonde, María Emilia (EDE 2003/108862). No obstante, en el recurso de amparo el TC sólo analiza la legitimidad de las medidas de intervención de que fueron objeto los recurrentes, destinatarios de las llamadas telefónicas de aquellos cuyas líneas estaban intervenidas, y cuyas conversaciones sirvieron de prueba para sustentar su condena. El TC estima parcialmente el recurso de amparo reconociéndoles la lesión de sus derechos al secreto de las comunicaciones y a un proceso con todas las garantías. La Sala, acogiendo la doctrina del TEDH y a la luz de las exigencias del art. 18.3 CE y 8 CEDH, afirma que el art. 579 LECr, en virtud del cual se autorizó tal medida, adolece de vaguedad e indeterminación por cuanto no satisface los requisitos necesarios para proteger el derecho de secreto, pues habilita para afectar el de aquellas personas sobre las que existen indicios de responsabilidad criminal pero no el de terceros con quienes éstos se comunican, que no son ni titulares ni usuarios habituales de las líneas telefónicas intervenidas. Asimismo, afirma la falta de exteriorización de datos que sustenten la sospecha de comisión del hecho delictivo y de la implicación del afectado en ellos, lo que conduce a entender que el juez no valoró la concurrencia del presupuesto legal habilitante para la restricción del derecho al secreto como *prius* lógico de ponderación del carácter necesario, adecuado y proporcionado de la intervención. Formulan votos particulares los Magistrados D. Roberto García-Calvo y Montiel y D. Vicente Conde Martín de Hijas.

5.2. El comiso

La regulación general del comiso se encuentra en los arts. 127 y 128 CP, si bien, aparte de estos preceptos, encontramos en el Libro II algunos artículos que incorporan una regulación específica del comiso. Así, en el art. 374 CP se contempla una regulación específica del comiso para los delitos de tráfico de drogas; en el art. 385 CP se aclara que el vehículo a motor o el ciclomotor se considera instrumento del delito en el relación con el denominado delito de «conducción suicida» (art. 384) y, finalmente, en el art. 431 CP se prevé el decomiso de las dádivas, presentes o regalos entregados por el particular, en todos los supuestos de tráfico de influencias y de cohecho⁷⁸¹, que son los que estamos analizando y que luego desarrollaremos.

El comiso, en tanto que pérdida definitiva de la propiedad o derecho sobre las cosas o bienes relacionados con una infracción penal, significa una variante matizada de la sanción o medida de confiscación, emparentada con la sanción pecuniaria, o al menos patrimonial, con la «multa de cosas» y con la «confiscación por equivalencia» del derecho penal franco-belga⁷⁸².

El fundamento de la existencia del comiso se halla por una parte en que la pérdida de los efectos del delito: si son de carácter ilegal, es algo necesario, ya que no tiene sentido que el resultante de la infracción criminal quede en manos del responsable teniendo esa naturaleza ilícita. Por otra parte también tiene su razón de ser el comiso en cubrir las responsabilidades civiles nacidas de la infracción, reforzándose así las posibilidades de que el perjudicado por el delito sea satisfecho en los daños y perjuicios que les causó el agente, protegiéndose de esta forma a las personas que han sufrido el ataque a sus bienes jurídicos, compensándoles así de los padecimientos que la infracción les produjo. Pero en realidad pensamos que el comiso no es más que una medida de justicia, no podría sustentarse con un mínimo de razón que el culpable de la infracción hiciese suyo aquello que es efecto del delito, ni las ganancias del mismo y menos aún que siguiera poseyendo los medios o instrumentos de los que se valió para la perpetración de la infrac-

781. T. AGUADO CORREA, *El comiso*, 2006.

782. J. M. MENA ÁLVAREZ, «El comiso del artículo 344 bis.e)», en *Cuadernos de Derecho judicial. Delitos contra la Salud pública*, 1992, pp. 307-318.

Cfr. J. A. CHOCLÁN MONTALVO, «El comiso y la confiscación. Medidas contra las situaciones patrimoniales ilícitas», en *Estudios de Derecho Judicial, Prevención y represión del blanqueo de capitales*, Madrid, 2000.

ción criminal; ello, de ser de otro modo, repugnaría a la conciencia menos exigente y motivaría una situación de clara injusticia, además de privar en muchos casos a terceros de la reparación o indemnización civil a que son acreedores por el hecho de ser sujetos pasivos del delito⁷⁸³.

La comisión de determinados delitos puede generar extraordinarias retribuciones económicas que sin lugar a dudas incrementan la capacidad contributiva de su autor. La relevancia penal que la existencia de dicho capital presenta en el patrimonio de su autor se vincula desde la perspectiva de la capacidad contributiva que de él surge con la cuestión relativa a la significación penal de la omisión de tributación por ganancias procedentes de actividades ilícitas. Sin ninguna duda, se trata de una cuestión polémica y poco abordada en la doctrina. El problema jurídico que se plantea es determinar si las ganancias obtenidas por medio de la comisión de delitos se encuentran sujetas a tributación a efectos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, del Impuesto sobre el Valor Añadido o del Impuesto de Sociedades y si, por lo tanto, la elusión de su pago puede dar lugar a la comisión de un delito fiscal⁷⁸⁴.

Recordemos que el art. 1305 del CC establece que, cuando la nulidad provenga de ser ilícita la causa u objeto del contrato, si el hecho constituye un delito o falta común a ambos contratantes, carecerán de toda acción entre sí, y se procederá contra ellos, dándose, además, a las cosas o precio que hubiesen sido materia del contrato, la aplicación prevenida en el CP respecto a los efectos o instrumentos del delito o falta. Esta disposición es aplicable al caso en que sólo hubiere delito o falta de parte de uno de los contratantes; pero el no culpado podrá reclamar lo que hubiese dado, y no estará obligado a cumplir lo que hubiera prometido.

El art. 1305, con el siguiente, forman un bloque peculiar, algo reiterativo, que encaja en este capítulo al presentarse como una excepción o salvedad [anunciada en el art. 1303.i), ff] a la regla de recíproca restitución de las prestaciones producidas en virtud de contrato inválido. El origen de la norma se remonta al Derecho romano, de donde pasó al intermedio para ser reelaborado por civilistas y canonistas, cristalizando en las máximas *nemo auditur propriam turpitudinem allegans e in pari causa turpitudinis cessat repetitio*.

783. J. MUÑOZ CUESTA, «El comiso: aspectos novedosos introducidos en su regulación por la Ley 15/2003, de 28 de noviembre», en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, núm. 23, 2004.

784. S. BACIGALUPO, «La confiscación del patrimonio proveniente del delito», cit., pp. 497-520.

Tanto el art. 1305 como el 1306 presuponen que: a) el contrato es nulo por ilicitud de la causa o del objeto, ilicitud que afecta, necesariamente, al contrato en su conjunto; b) uno o ambos contratantes han realizado una atribución patrimonial correspondiente al contenido —no vinculante, por nulo— del contrato; c) la atribución realizada, o una o ambas de las realizadas, están afectadas de causa torpe para quien las hizo. Cuando esta turpitud resulta tipificada penalmente (para una o para ambas partes) estamos en el ámbito del art. 1305⁷⁸⁵.

Se ha pretendido que el comiso, en el vigente CP, está configurado como una pena accesoria⁷⁸⁶. Si bien el comiso se entendió como pena hasta el Código en 1995, pues el antiguo art. 27 CP 1973 lo incluía como pena accesoria, en el vigente Código ya no puede sostenerse dicha naturaleza puesto que no aparece incluida en dicho catálogo y por ello debe caracterizarse como una consecuencia accesoria de determinados delitos, lo cual, teniendo en cuenta la cláusula de proporcionalidad que incorpora el vigente art. 128, debe suponer que la aplicación del decomiso no debe entenderse preceptiva en todo caso por no tratarse de una pena accesoria⁷⁸⁷.

Así, toda pena que se imponga por un delito o falta dolosos llevará consigo la pérdida de los efectos que de ellos provengan y de los bienes, medios o instrumentos⁷⁸⁸ con que se haya preparado o ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito o falta, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar. Los unos y las otras serán decomisados, a no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente (art. 127.1 CP)⁷⁸⁹.

De la configuración del comiso como una sanción penal accesoria, en el ordenamiento penal citado, se derivaba, debido a las exigencias del princi-

785. J. DELGADO ECHEVERRÍA, «Comentario al art. 1305 del CC», en M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART, *Comentario al Código Civil*, 2.ª edición, 1995.

786. M. T. GÁLVEZ DÍEZ, «Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando: Problemas jurídicos», cit., p. 283.

787. STS Sala 2.ª, S. de 10 de enero de 2005, núm. 9/2005, rec. 1719/2003. Pte: Berdugo y Gómez de la Torre, Juan Ramón (EDE 2005/4960).

788. Cfr. T. AGUADO CORREA, «La regulación del comiso en el proyecto de modificación del Código Penal», en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 5, 2003.

789. Cfr. J. M. ZUGALDIA ESPINAR, «¿Qué queda en pie en el derecho penal del principio “mínima intervención, máximas garantías”?», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 79, junio de 2003; o A. SALAS CARCELLER, «Consecuencias accesorias», en *Cuadernos de Derecho Judicial, Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código Penal*, Madrid 1996, pp. 323-347.

pío de culpabilidad, entre otras consecuencias, la de que sólo podría imponerse al sujeto responsable del ilícito penal y, por ello, exclusivamente respecto a los instrumentos de su propiedad. En modo alguno, como precisaban los preceptos transcritos, podrían ser decomisados los instrumentos del delito que, aun habiendo sido utilizados para la comisión del mismo, pertenecieran a un tercero no responsable de la infracción penal ⁷⁹⁰.

En los casos de titularidad compartida podrá acordarse el comiso parcial de los bienes ⁷⁹¹.

El comiso de efectos e instrumentos del delito es un comiso de seguridad, y, en consecuencia, tiene como fin la prevención de determinados riesgos. En ocasiones la cosa o el bien son objetivamente peligrosos, y el comiso tiene por finalidad defender a la colectividad respecto de esos bienes. Suele referirse este tipo de comiso a materiales peligrosos, y para ellos la LECr. ⁷⁹² prevé su inutilización. También comprende este comiso de seguridad los objetos producidos por el delito (*productus sceleris*), como el dinero falsificado, o el alimento adulterado, que deben ser retirados del comercio o tráfico. Al margen de ello la peligrosidad del bien puede consistir en su posible utilización para la comisión futura de hechos punibles. En este caso la cosa se hace peligrosa cuando es tenuta por el sujeto, pero no necesita ser intrínsecamente peligrosa. Así sucede de ordinario con el comiso del instrumento del delito (*instrumentus sceleris*), como cuando el sujeto utiliza el arma, cuya tenencia es lícita, para ejecutar un homicidio. En este caso se trata de una peligrosidad puesta de manifiesto por la previa realización de un hecho punible, del mismo modo que cuando se trata de aplicar la medida de seguridad, que, como es sabido, es una medida post-delictual (art. 6 CP). En realidad, también el comiso es, en este último supuesto, un caso de medida *ad personam* dirigida a contrarrestar la peligrosidad del sujeto, no de la cosa, por lo que su contenido se asimila al propio de las medidas de seguridad restrictivas de derechos que reconoce el Código penal ⁷⁹³.

790. Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 92/1997 (Sala Primera), de 8 de mayo (RTC 1997\92).

791. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 16 de junio de 1993 (RJ 1993\5160).

792. Cfr. F. DE LA FUENTE HONRUBIA, «Las consecuencias accesorias como medidas cautelares en el proceso penal», en *La Ley Penal*, núm. 13, febrero de 2005, pp. 30 y ss.

793. J. A. CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal. Comiso y pérdida de la garantía*, 2001.

De la redacción dada por el legislador a la norma destaca, en primer lugar, la vinculación del comiso a la imposición de una pena, de modo que si se atiende textualmente a lo expresado resultará que sólo en caso de condena acompañada de la correspondiente imposición de pena cabrá decretar el comiso de los efectos, instrumentos o ganancias derivadas del delito o falta. La solución legal no parece acorde con la que merecerían variados supuestos en que, concurriendo una causa personal de inculpabilidad determinante de la absolución, sin embargo el hecho típico y antijurídico ha producido determinados efectos o ganancias o se ha llevado a cabo mediante el uso de determinados instrumentos. De ahí que el Código Penal alemán encuadre el comiso dentro de las llamadas «Consecuencias jurídicas del hecho» o «Rechtsfolgen der Tat» y no entre las «Consecuencias accesorias» o «Nebenfolgen», que comprenden la inhabilitación para cargo público y para derecho de sufragio activo y pasivo⁷⁹⁴.

Por ello, el comiso del instrumento debe referirse a los que sean necesarios para realizar el hecho punible. Esta necesidad no significa que el éxito del plan dependa necesariamente de la utilización del bien, y que éste no sea sustituible por otro en términos absolutos, sino que esa necesidad debe valorarse de acuerdo con el plan del autor y la función que la utilización del bien tiene para su consecución. Así, el barco en el que se transporta la droga por vía marítima es instrumento del delito de tráfico de drogas, y el automóvil puede serlo también cuando en atención a la cantidad de droga transportada era necesario el auxilio de un medio de transporte. Por ello es preciso distinguir entre el *instrumento*, de un lado, y el bien relacionado con el delito pero que no ha desempeñado papel relevante en su ejecución, de otro, al que no alcanza la previsión del art. 127 CP. La referencia al *plan del autor* permite excluir del comiso los instrumentos que favorecieron un delito imprudente⁷⁹⁵.

La regulación del comiso en el CP permite precisamente decomisar no sólo los efectos del delito, sino también las ganancias provenientes del mismo y los instrumentos de su ejecución⁷⁹⁶. Esta es una importante novedad en el CP que hasta ahora sólo preveía el comiso de los instrumentos del

794. A. SALAS CARCELLER, «Consecuencias accesorias», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código Penal*, Madrid, 1996, pp. 323-347.

795. J. A. CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal. Comiso y pérdida de la garantía*, cit.

796. Cfr. E. RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, «Ganancias de origen (ilícito) delictivo y fraude fiscal», en *Revista de Derecho Financiero*, núm. 265, septiembre de 2002.

delito. Respecto al comiso de las ganancias del delito, se reconoce su carácter de reposición de una situación patrimonial acorde con el Derecho. Se trata de la privación de las ventajas patrimoniales obtenidas ilícitamente⁷⁹⁷.

Resulta problemática la consideración conceptual de *qué son* los efectos del delito o falta a los que se refiere el Código. Así, un sector de la doctrina reduce tal consideración a los objetos producidos por el delito o la falta, esto es, los conseguidos a su tenor. Por contra, otro sector doctrinal más tradicional viene a entender por *efectos*, con mayor amplitud, todo objeto o dinero que se encuentre en posesión del delincuente a consecuencia de la infracción, aunque se trate del propio objeto material del ilícito penal. Esta segunda interpretación, la más tradicional, parece teleológicamente más adecuada al sentido del propio art. 127 CP citado, cuya finalidad no es otra que la de privar al delincuente de cualquier ventaja que provenga de la comisión de la infracción penal. Por otro lado, la amplia regulación que del comiso hace la Ley de enjuiciamiento criminal¹² parece también venir a avalar esta tesis⁷⁹⁸.

Sí se ha producido una modificación en el comiso en cuanto a todo lo que es utilizado por el responsable para realizar el delito, ampliándose el mismo por una parte al comprenderse decomisados no sólo los instrumentos de los que se sirve aquél para cometerlo, sino también los medios o bienes utilizados para ese fin, y por otra parte abarcará la consecuencia accesoria a la fase de preparación del delito o falta, además de a la de ejecución. En cuanto a la primera de las ampliaciones mencionadas recaída en los medios o bienes que pueden ser objeto de comiso cuando son los que propician su comisión, aporta en realidad algo aunque no lo sea de especial relevancia, ya que el término 'instrumentos' ya supone todo material, enseres o cosas en general que al responsable le posibilitan su acción delictiva, quizás el instrumento pueda tener una acepción más limitada a cosa singular, técnica o no, pero siempre mueble y en cambio la consideración de medios o bienes supone todo tipo de cosas, incluidas las inmuebles, que sean las adecuadas para cometer la infracción criminal, en cualquier caso la intención del legislador es clara, que todo aquello que es utilizado para cometer el delito o la falta lo pierda el autor o cómplice, con la salvedad prevista en el art. 128 del CP para supuestos de desproporción del valor de

797. S. BACIGALUPO, «La confiscación del patrimonio proveniente del delito», cit., pp. 497-520.

798. C. BLANCO LOZANO, *Tratado de Derecho Penal Español, Tomo I, parte general*, cit.

los objetos con la naturaleza o gravedad de la infracción o cuando se hayan satisfecho completamente las responsabilidades civiles nacidas de la misma. La segunda modificación aludida recogida en el art. 127.1 del texto legal se refiere a que los medios, bienes e instrumentos con los que se haya preparado el delito también serán decomisados. Esta ampliación a la fase de preparación, es lógica y necesaria al existir determinados delitos en que precisamente en la fase de preparación es donde se utilizan los bienes, instrumentos o medios para su ejecución. Por fase de preparación entendemos toda la actividad individual del delincuente dirigida a la posterior ejecución del delito y también todos los actos de conspiración, proposición y provocación al delito, que son sin duda actos preparatorios punibles aunque no se ejecute el delito que se pretendía, punibilidad que por aplicación del art. 17.3 y 18.2 sólo lo será en aquellos supuestos expresamente determinados por la Ley⁷⁹⁹.

Por el contrario, sin embargo, *si no se pudiese probar el origen delictivo* del que supuestamente pudieran proceder esas ganancias no justificadas de patrimonio, su defraudación sería –sin lugar a dudas– constitutiva de delito fiscal, ya que entonces estaríamos ante ganancias no justificadas de patrimonio de acuerdo a la Ley tributaria (art. 37 LIRPF) que determinan el nacimiento de la obligación tributaria y el devengo del mismo. Esta misma conclusión, aunque sin darle la trascendencia necesaria, también fue adoptada ya por el TS en la sentencia 7 de diciembre de 1996⁸⁰⁰ (Caso Oubiña), en la que al absolverse de delito de receptación por falta de prueba, se mantuvo correctamente la condena por delito fiscal al no haberse declarado ganancias de patrimonio no justificadas⁸⁰¹.

De acuerdo con el art. 127 el comiso no puede afectar a persona distinta del autor y partícipe cuando se trate de bienes que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente. El comiso no es una pena, por lo que no es presupuesto para su adopción la responsabilidad por el hecho punible, ni su medida se sujeta a la gravedad de la culpabilidad. De acuerdo con ello, cabe el comiso frente a tercero, entendiendo por tal a la persona, no responsable penalmente por el hecho,

799. J. MUÑOZ CUESTA, «El comiso: aspectos novedosos introducidos en su regulación por la LO 15/2003, de 25 de noviembre», cit.

800. Sentencia del Tribunal Supremo núm. 649/1996 (Sala de lo Penal), de 7 de diciembre (RJ 1996\8925).

801. S. BACIGALUPO, «La confiscación del patrimonio proveniente del delito», cit., pp. 497-520.

a la que pertenece el bien de que se trate en el momento de la sentencia. Habida cuenta de que presupone este concepto la ausencia de responsabilidad por el hecho penal, o al menos, sólo es apreciable un favorecimiento imprudente, el comiso frente a tercero sólo procede bajo presupuestos muy estrictos, asociados fundamentalmente a una conducta reproable del tercero que suponga una contribución a obstaculizar la eficacia de la medida misma del comiso. Pueden contemplarse dos situaciones diferentes, según que los bienes pertenezcan al autor o al tercero en el momento de realizarse el hecho⁸⁰².

Ahora bien, el art. 122 del CP establece que el que por título lucrativo hubiere participado de los efectos de un delito o falta, está obligado a la restitución de la cosa o al resarcimiento del daño hasta la cuantía de su participación.

Si por cualquier circunstancia no fuera posible el comiso de los bienes, se acordará el comiso por un valor equivalente de otros bienes que pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho (art. 127.2 CP).

Se está dando entrada por primera vez en nuestra legislación penal al comiso del valor por sustitución. En realidad no se trata de algo inesperado, ya que con esta previsión se estaría dando cumplimiento, con bastante demora, a lo dispuesto en diversos instrumentos internacionales. En concreto, entre otros, a lo previsto en el art. 2.1 del Convenio de 1990, relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito; o a lo señalado en el art. 3 de la Decisión marco del Consejo de la Unión Europea, de 26 de junio de 2001, relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito. En este último artículo, se insta a los Estados miembros a que adopten «las medidas necesarias para que su legislación y procedimientos sobre decomiso del producto del delito también permitan, al menos en los casos en que dichos productos no puedan ser aprehendidos, el decomiso de bienes cuyo valor corresponda al de los productos, tanto en procedimientos estrictamente nacionales como en procedimientos incoados a petición de otro Estado miembro, incluidas las solicitudes para la ejecución de órdenes de decomiso procedentes del extranjero. No obstante, los Estados miembros podrán excluir el decomiso de bienes de un valor que corresponda al producto del delito en los casos en los que dicho valor sea inferior a 4000 euros. Los términos ‘bienes’, ‘productos’ y ‘decomiso’ se

802. J. A. CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal. Comiso y pérdida de la garantía*, cit.

entenderán en el mismo sentido que en el artículo 1 del Convenio de 1990»⁸⁰³.

Este comiso podemos denominarlo de valor. Así, en virtud de esta nueva formulación se posibilita que si el responsable criminal ha hecho desaparecer voluntariamente los objetos o bienes que lo conforman o accidentalmente se han perdido los mismos no quede ineficaz la consecuencia accesoria del delito o falta, sino que se ha previsto por el legislador antes estas posibilidades, que los bienes que debieran ser decomisados y no pueden serlo sean sustituidos por otros del responsable criminal que tengan igual valor. Dentro del concepto de esos bienes que van a sustituir a los que originariamente eran objeto de comiso se halla sin duda el dinero, es decir, no es necesario que la sustitución lo sea con otros bienes iguales que posea el sujeto, lo puede ser con bienes diferentes y como decimos por dinero que éste tenga, lo que será sin duda lo más fácil y frecuente. Sin perjuicio de lo anterior parece que este comiso de valor, que tiene carácter imperativo, viene a paliar la regla ya clásica que rige en esta institución relativa a que no procede el comiso de los bienes que hayan sido adquiridos legalmente por tercero ajeno al delito que actúa de buena fe, y de esta forma, si los bienes que debieran ser decomisados no pueden serlo por esta transmisión, cabe el comiso de otros bienes del responsable por igual valor y así se puede cumplir la finalidad que persigue la institución de satisfacer las responsabilidades civiles del delito o falta con bienes de lícito comercio, lo que se impediría, al menos por esta vía, si no se pudiese llevar a cabo la sustitución por otros bienes del responsable⁸⁰⁴.

A pesar de las ventajas que la figura del comiso del valor por sustitución ofrece para resolver casos de difícil solución, los problemas pueden venir por la deficiente regulación de esta figura en el art. 127.2 CP. Téngase presente que en muchas ocasiones las personas sobre las que recae el comiso no poseen ningún bien a su nombre, de ahí que en los supuestos en los que por cualquier motivo, en la mayoría de los casos por ocultación del patrimonio, no pueda acordarse el comiso de los efectos, instrumentos y ganancias provenientes del delito, tampoco se podrá acordar el comiso «por un

803. T. AGUADO CORREA, «La regulación del comiso en el proyecto de modificación del Código Penal», cit.

804. J. MUÑOZ CUESTA, «El comiso: aspectos novedosos introducidos en su regulación por la LO 15/2003, de 25 de noviembre», cit.

valor equivalente de otros bienes que pertenezcan a los criminalmente responsables»⁸⁰⁵.

El juez o tribunal podrá acordar el comiso aun cuando no se imponga pena a alguna persona por estar exenta de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido, en este último caso, siempre que quede demostrada la situación patrimonial ilícita (art. 127.3 CP)⁸⁰⁶.

Dos son los supuestos a los que se refiere el apartado anterior. Uno a las personas que han resultado exentas de responsabilidad penal, dentro de las que debemos incluir los supuestos de exención de responsabilidad previstos en el art. 20 del CP, y por otra parte las llamadas excusas absolutorias que eliminan la penalidad por razones de política criminal, como el supuesto regulado en el art. 268 del CP relativo a los delitos patrimoniales sin violencia o intimidación cometidos entre parientes. Nos parece acertada la reforma en este primer supuesto, aplicando una accesoriedad mínima del comiso respecto a la infracción criminal, ya que sólo se exige para que éste sea aplicado el que concurra una acción típica, que puede no ser antijurídica, ya que carecería de sentido y de justicia que no decomisasen los efectos del delito o medios o instrumentos utilizados en su comisión cuando se aplicase, por ejemplo, una eximente de anomalía psíquica o un estado de necesidad, donde los medios utilizados o las ganancias de la acción típica suponen una posesión ilícita por la persona exenta de responsabilidad, lo que es extensible a los supuestos de apreciación de una excusa absoluta. El segundo supuesto es de aplicación cuando, a pesar de haberse apreciado una causa de extinción de la responsabilidad criminal de las previstas en el art. 130 del CP, se decreta el comiso. Entendemos que únicamente procederá el mismo en los supuestos taxativamente recogidos en este artículo, ya que el art. 127.3 de ese texto legal afirma que el comiso podrá acordarse por la extinción de la responsabilidad criminal y el art. 130 comienza diciendo que «la responsabilidad criminal se extingue», luego no podrán tenerse en cuenta otras causas que las previstas en esa norma. Con esta ampliación se pretende que, cuando exista una situación patrimonial ilícita cuya causa sea la preparación punible o la comisión de un delito o falta, los efectos, bienes, instrumentos o ganancias de los mismos no queden en poder de los responsables penales o en su caso de sus herederos incluso cuando se les haya

805. T. AGUADO CORREA, «La regulación del comiso en el proyecto de modificación del Código Penal», cit.

806. Cfr. D. FELIP I SABORIT, *Error iuris: el conocimiento de la antijuridicidad y el art. 14 del Código Penal*, cit.

apreciado una de las causas de extinción de la responsabilidad criminal legalmente previstas. Se quiere conseguir lo que ya dijimos al principio, que se resarzan las responsabilidades civiles nacidas de la acción típica y que el responsable no haga suyas, en especial las ganancias del delito, porque se le haya apreciado por ejemplo un indulto o la prescripción del delito, falta o de la pena, lo que chocaría de no ser así con un sentido de justicia, que es en definitiva lo que pretende la norma penal⁸⁰⁷.

Es evidente que, ante la necesidad de decretar el comiso por muerte del reo o por prescripción detectada en la tramitación de la causa, cabe una primera alternativa procesal que es la de dictarse una resolución en forma de auto en la que se razone que queda acreditada la situación patrimonial ilícita que justifica el comiso, existiendo informe del Fiscal o acusación particular que lo solicite, salvándose así el principio acusatorio y por supuesto admitiéndose la prueba pertinente a la defensa para oponerse a aquél, forma de auto para la prescripción que se admite expresamente en el art. 674 LECr cuando se propone como artículo de previo pronunciamiento en el proceso ordinario, auto que puede ser dictado en el proceso abreviado cuando se aprecie el instituto de la prescripción en momento distinto al de dictar sentencia. Una segunda alternativa, si estimásemos que es necesario dictar sentencia en todo caso para decretar el comiso, ello motivado por la propia redacción del art. 127.1 y 3 del CP, donde se dice en el primero que «toda pena» y en el segundo «aun cuando no se imponga pena» dando por supuesto que hay una vista oral, o incluso por entender que, al tratarse de una consecuencia accesoria del delito o falta, debe quedar acreditado el mismo siempre por un juicio contradictorio con prueba plena, resultaría que por la muerte del reo o por la prescripción acordada en fase de instrucción no podría acordarse el comiso, ya que por ambas causas es preceptivo dictar auto de extinción de la responsabilidad cuando quede acreditada la misma. Esta segunda solución procesal es la que entendemos más acorde con la naturaleza del comiso que al principio expusimos, puesto que la carga negativa que supone el mismo, análogo a una pena, merece un proceso contradictorio que termine con sentencia; además, en los supuestos previstos en citado art. 127.3 no es preceptiva, sino facultativa, la imposición de la consecuencia accesoria; luego, si procesalmente no es posible acordarlo ya que un auto no es instrumento procesal suficiente para ello y no se dicta senten-

807. J. MUÑOZ CUESTA, «El comiso: aspectos novedosos introducidos en su regulación por la LO 15/2003, de 25 de noviembre», cit.

cia, se deberá actuar por vías del derecho civil o administrativo para conseguir los mismos fines que se quieren alcanzar con aquél⁸⁰⁸.

En cuanto a la previsión del inciso primero —supuestos en los que no se imponga pena a alguna persona por estar exenta de responsabilidad criminal—, debemos señalar que nos parece desconcertante, al ser excesivamente vaga y poder vulnerar no sólo principios constitucionales, sino también derechos fundamentales como el de la propiedad privada. Si se atiende a lo afirmado en la Exposición de Motivos, parece que en este apartado se contempla la posibilidad de que el comiso de efectos, instrumentos y ganancias o el comiso sobre otros bienes por un valor equivalente, recaiga sobre aquel imputado al que no se le puede imponer pena por estar exento de responsabilidad criminal. Esta posibilidad, en los términos en los que está redactada, no puede sino ser objeto de algunas críticas. Por una parte, nos enfrentamos a un cambio en los presupuestos: el comiso deja de ser una consecuencia accesoria de la pena para pasar a ser la consecuencia accesoria de una acción típica. Ni siquiera de una acción típica y antijurídica, sino que basta con la realización de una acción tipificada en el Código Penal para poder decretar el comiso. Y es que en el Proyecto se hace referencia a los supuestos en los que no se imponga pena a alguna persona por estar exenta de responsabilidad criminal, exención que puede tener lugar no sólo por la presencia de una causa de exclusión de la culpabilidad, sino también por la concurrencia de alguna causa de justificación, como se desprende de lo dispuesto en el art. 20 CP. Si lo que pretenden los redactores del Proyecto es superar las críticas vertidas por la doctrina sobre la rechazable configuración actual del comiso como una consecuencia accesoria de la pena, al impedir la posibilidad de decretar el comiso en otros casos en los que se encuentra justificado desde el punto de vista político-criminal, como aquellos en los que el sujeto, pese a haber cometido un hecho antijurídico, no es culpable o no es punible, deberían haber utilizado otros términos⁸⁰⁹.

Por lo que respecta al segundo inciso de este tercer apartado del art. 127 CP —casos de extinción de responsabilidad criminal—, se trata de una previsión completamente novedosa, que va más lejos de lo dispuesto en otros Códigos Penales como el austríaco, en los que se contempla una

808. J. MUÑOZ CUESTA, «El comiso: aspectos novedosos introducidos en su regulación por la LO 15/2003, de 25 de noviembre», cit.

809. T. AGUADO CORREA, «La regulación del comiso en el proyecto de modificación del Código Penal», cit.

norma específica para los casos en los que la persona ha fallecido o la persona jurídica o asociación haya desaparecido. Lo previsto en este inciso segundo va también mucho más allá de la Recomendación recogida en el Plan de Acción para luchar contra la delincuencia organizada, adoptado por el Consejo el 28 de abril de 1997 (DOCE de 15 de agosto de 1997). En concreto, la Recomendación 26.c) propone, en el ámbito de la lucha contra el blanqueo de dinero y de la confiscación del fruto de la delincuencia, la adopción de normas sobre confiscación independientemente de la presencia del autor del delito, como en los casos en los que el autor ha muerto o ha huido. Respecto a los presupuestos de este comiso y dado que las causas de extinción criminal parten de la existencia previa de un delito con todos sus elementos, para poder decretar el mismo es necesario que se haya cometido un delito y que se demuestre la situación patrimonial ilícita derivada de la comisión de aquél. Se trata de una consecuencia accesoria del delito y no de la pena⁸¹⁰.

Los que se decomisan se venderán, si son de lícito comercio, aplicándose su producto a cubrir las responsabilidades civiles del penado si la Ley no previera otra cosa, y, si no lo son, se les dará el destino que se disponga reglamentariamente y, en su defecto, se inutilizarán (art. 127.4 CP).

Es presupuesto imprescindible para el comiso y la confiscación la comisión de un hecho antijurídico *doloso*, resultando necesario además que sea *culpable*, en cuanto sólo puede imponerse al sujeto que obró con capacidad de culpabilidad. Ello se deduce de la redacción dada al art. 127, que contempla el comiso como consecuencia asociada a la imposición de una pena, lo que, como es sabido, sólo puede tener lugar cuando el sujeto obró con capacidad de culpabilidad, aunque ésta se encontrase disminuida. Pero en los casos en los que no es posible declarar la culpabilidad del autor (incapacidad de culpabilidad, error de prohibición invencible, inexigibilidad) no puede imponerse una pena y, en teoría, tampoco el decomiso, aunque el objeto o el instrumento de que se trate sea objetivamente peligroso. La única solución para conjurar ese peligro es acudir al art. 635 del la LECr., que dispone que «cuando las piezas de convicción entrañen, por su naturaleza, algún peligro grave para los intereses sociales o individuales, así respecto de las personas como de sus bienes, los Tribunales, en prevención de aquél, acordarán darles el destino que dispongan los Reglamentos o, en su

810. T. AGUADO CORREA, «La regulación del comiso en el proyecto de modificación del Código Penal», cit.

caso, las inutilizarán previa la correspondiente indemnización, si procediere»⁸¹¹.

Frente a sentencia que condenó al acusado como responsable de sendos delitos de falsedad documental y de estafa, interpone éste recurso de casación. El recurrente impugna la sentencia de instancia por entender, entre otros motivos, que cabe el comiso del dinero procedente del delito por ser el fruto de éste, pero no del resto del dinero incautado en la maleta que portaba cuando fue detenido, al no estar relacionados con el delito. El TS estima el recurso al entender que los cheques de viaje hallados en la maleta del acusado no pueden calificarse como «efectos o ganancias provenientes del delito», según lo dicho, ni pueden tampoco definirse como los instrumentos con los que se ejecutó el delito enjuiciado, por lo que no pueden ser objeto de comiso al no serle aplicable el art. 127 CP⁸¹².

Tiene sentado el TS que el comiso es una pena accesoria que consiste en la pérdida de los efectos o instrumentos de la infracción, en cualquier caso íntimamente unida no a la ejecución del delito sino a la imposición de una pena (SSTS de 30 de abril de 1996⁸¹³, 22 de marzo de 1995⁸¹⁴ y 21 de junio de 1994)⁸¹⁵. Establecido el comiso desde el Código de 1822, con la excepción del Código de 1928, han de diferenciarse los efectos del delito, de los instrumentos de ejecución, aunque finalmente vengan ambos conceptos identificados en el *totum revolutum* del precepto legislativo. Porque, si la finalidad del precepto es anular cualquier ventaja obtenida por el delito, se debe entender que los efectos son todos los bienes o cosas que se encuentran, mediata o inmediatamente, en poder del delincuente como consecuencia de la infracción. Los instrumentos son, en cambio, los útiles o medios empleados para la ejecución del acto criminal (STS de 11 de marzo de 1999^{816, 817}).

811. J. A. CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal. Comiso y pérdida de la garantía*, cit.

812. STS Sala 2.ª, S. de 16 de septiembre de 2004, núm. 1002/2004, rec. 736/2003. Pte: Ramos Gancedo, Diego Antonio (EDE 2004/135118).

813. STS Sala 2.ª, S. de 30 de abril de 1996, núm. 379/1996, rec. 1995/1995. Pte: Vega Ruiz, José Augusto de (EDE 1996/2801).

814. STS Sala 2.ª, S. de 22 de marzo de 1995, núm. 430/1995. Pte: Vega Ruiz, José Augusto de (EDE 1995/1127).

815. STS Sala 2.ª, S. de 21 de junio de 1994, núm. 1303/1994, rec. 4281/1989. Pte: Vega Ruiz, José Augusto de (EDE 1994/5533).

816. STS Sala 2.ª, S. de 11 de marzo de 1999, núm. 398/1999, rec. 1648/1998. Pte: Vega Ruiz, José Augusto de (EDE 1999/2208).

Cuando los referidos efectos e instrumentos sean de lícito comercio y su valor no guarde proporción con la naturaleza o gravedad de la infracción penal, o se hayan satisfecho completamente las responsabilidades civiles, podrá el Juez o Tribunal no decretar el decomiso, o decretarlo parcialmente (art. 128 CP).

El comiso, medida regulada en los arts. 127 y 128 CP, en un título denominado «de las consecuencias accesorias», y al que también se refiere el 374 en cuanto a su aplicación a los delitos relativos al tráfico de sustancias estupefacientes, no puede acordarse de oficio por el juzgado o tribunal correspondiente. Es necesaria su petición por alguna de las partes acusadoras con la debida concreción y la determinación de las razones de su procedencia, para que las personas afectadas tengan oportunidad de defenderse, particularmente, tras las modificaciones últimas que confieren al juez o tribunal la posibilidad de denegarlo o sólo decretarlo parcialmente, como prevé el art. 128. En esto es unánime la doctrina de esta sala: es una consecuencia más del principio de congruencia, esencial en toda clase de resoluciones judiciales, que obliga a resolver todas las cuestiones planteadas por las partes y sólo estas cuestiones. Y esto ha sido vulnerado en el caso presente. Se pidió el comiso luego acordado en la sentencia recurrida en el trámite de calificación provisional, pero no en el escrito que se presentó al inicio del juicio oral con el fin ya indicado de obtener la conformidad de los acusados, siendo precisamente este escrito último, el leído en el plenario, el que sirvió de base para que cada uno de los ocho acusados y sus letrados mostraran su conformidad. Ciertamente la condena no podía ir más allá del contenido de esas conclusiones definitivas expuestas por el Ministerio Fiscal al inicio del plenario en el mencionado escrito. La consecuencia de todo lo dicho ha de ser la exclusión del comiso respecto del dinero, vehículo y local referidos, dejándolo subsistente en cuanto a las sustancias estupefacientes y psicotrópicos.⁸¹⁸

Uno de los problemas principales que plantea la actual regulación del comiso es el tratamiento que debe darse al caso en que los efectos del delito se encuentran bajo la titularidad de un partícipe en el hecho principal, pero

817. STS Sala 2.ª, S. de 16 de septiembre de 2004, núm. 1002/2004, rec. 736/2003. Pte: Ramos Gancedo, Diego Antonio (EDE 2004/135118).

818. STS Sala 2.ª, S. de 16 de julio de 2004, núm. 916/2004, rec. 2616/2002. Pte: Delgado García, Joaquín (EDE 2004/82760).

al que no puede imponerse una pena por declararse el delito prescrito. Cabe plantearse la viabilidad de las siguientes soluciones ⁸¹⁹:

a) Considerar que para el comiso basta un hecho antijurídico, sin necesidad de que sea punible. Esta solución encuentra serias dificultades si tomamos literalmente el art. 127 CP, que contempla el comiso y la confiscación como consecuencia asociada a la *imposición de una pena*. Además, la actual configuración de la prescripción, a falta de un precepto expreso, también supone un óbice si es conceptuada como condición de procedibilidad, pues la falta de un presupuesto del proceso impide la misma declaración de culpabilidad.

b) La alternativa consiste en entender que el partícipe en el hecho, no responsable criminalmente por el instituto de la prescripción, debe ser considerado *como un tercero*. Para dar solución a una situación de enriquecimiento injusto, e incluso, en ocasiones, de burla a la acción de la Justicia, en el caso de que los efectos o la ganancia del delito hayan tenido como destinatario este partícipe, procede decretar la medida de comiso en cuanto se trataría de un tercero de mala fe que ha adquirido los bienes con conocimiento de su condición de decomisables. El título para la confiscación debe encontrarse en el art. 127 CP, que más específicamente se refiere al comiso y a la pérdida de la ganancia como sanción de naturaleza punitiva, y no en el relativo a la responsabilidad civil del art. 122, que en cuanto responsabilidad objetiva de naturaleza civil no sería precepto idóneo para tratar el comportamiento de quien se ha enriquecido injustamente pero no sin culpa. Por ello, el ámbito propio del art. 122 es el del tercero de buena fe, el que ha recibido unos bienes sin contraprestación pero desconociendo su origen delictivo y sin haber participado en la ejecución del hecho principal⁴. Por el contrario, el art. 127 no requiere negativamente, para atribuir a alguien la condición de tercero, que éste no haya participado en el hecho principal a título de autor o cómplice, sino sólo que no sea responsable penalmente del hecho, lo que permite considerar situaciones de prescripción como la descrita, u otras que afectan a la punibilidad, como cuando no concurre una condición objetiva de la punibilidad y no es posible, por tanto, imponer una pena.

819. J. A. CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal. Comiso y pérdida de la garantía*, cit.

5.3. Significación del precepto

El anterior Código al regular el delito de cohecho preveía expresamente en el art. 393 el decomiso de las dádivas y presentes. El Código actual en su art. 431, y tanto respecto del delito de cohecho como del de tráfico de influencias, también prevé el decomiso de las dádivas, presentes y regalos⁸²⁰.

Como ya hemos visto, a pesar de esta regulación genérica que hace el CP en su Parte general, continúan existiendo menciones específicas del comiso en relación con el delito de tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas (art. 374), el delito de conducción temeraria con desprecio por la vida de los demás (art. 384, 385), los delitos de cohecho y tráfico de influencias (art. 431)⁸²¹. En este sentido, aunque se hubiera prescindido de este artículo, las dádivas, presentes y regales serían igualmente decomisados por aplicación del art. 127 del CP⁸²².

820. Vid. J. L. MARONDA FRUTOS y M. I. TENE FRANCO, «El comiso y el secuestro de objetos para fines probatorios no cautelares», en *Cuadernos de Derecho Judicial, Medidas restrictivas de derechos individuales*, Madrid, 1996.

821. S. BACIGALUPO, «La confiscación del patrimonio proveniente del delito», cit., pp. 497-520.

822. A. SERRANO GÓMEZ y A. SERRANO MAÍLLO, *Derecho Penal. Parte especial*, 10.^a edición, Madrid 2005, p. 819.

1. Cuestiones generales

1.1. Planteamiento. Bien jurídico protegido

La figura delictiva que analizamos ha sido calificada como de polimorfía tipificación, puesto que en el CP se recogen figuras dolosas y culposas, de acción y de omisión, de sustracción, de distracción, de retención indebida, incluso no sólo de lesión, sino de puesta en peligro del bien jurídico protegido, asimilando, en algunos casos, los particulares a los funcionarios públicos, y los bienes privados a los caudales también públicos, y como declara la STS de fecha 5 de marzo de 1992 ⁸²⁴ el delito de malversación de caudales públicos se ha movido siempre en el entorno del confusionismo. Su naturaleza jurídica, su concreta definición, o la distinción con otras figuras más o menos afines ha suscitado dudas cuando no desconciertos a la vista de tantas posturas y criterios contrapuestos, doctrinales o jurisprudenciales ⁸²⁵.

823. Sobre el tema, se puede ver H. RODAL BARBERO, *El delito de malversación*, Sevilla 1996; A. CASTRO MORENO, *La malversación de caudales en el código Penal de 1995*, Valencia, 2001; R. ENTRENA FABRE, *El delito de malversación*, Valencia, 1999; O. MORALES GARCÍA, *Los delitos de malversación de caudales públicos: función jurídica, contenido y alcance*, Barcelona, 1999; L. ROCA AGAPITO, *El delito de malversación de caudales públicos*, Barcelona, 1999.

824. STS núm. 479/1992 (Sala de lo Penal), de 5 de marzo, Recurso núm. 4827/1989. Ponente: Excmo. Sr. D. José Augusto de Vega Ruiz (RJ 1992\1787).

825. M. C. ZABALEGUI MUÑOZ, «La malversación de Caudales Públicos», en *Cuadernos de Derecho Judicial, Delitos de los funcionarios públicos*, Madrid de 1994, pp. 153-200.

Etimológicamente es inadecuado que el CP mantenga la denominación malversación, derivada del latín *mal versatio*, que significa invertir mal, pues en el nuevo CP desaparece el viejo art. 397 en el que se sancionaba la conducta del funcionario que diese a los caudales o efectos que administrare una aplicación pública diferente a aquélla a que estuvieran destinados, por lo que, etimológicamente parece más adecuada la denominación peculado, utilizada en Códigos Penales, como el italiano, el portugués, el boliviano, el brasileño, el colombiano y otros de influencia continental. Evidentemente en el legislador penal de 1995 no han primado razones etimológicas sino históricas, prácticas e incluso didácticas para mantener la denominación 'malversación'⁸²⁶.

La actual regulación, que simplifica considerablemente las figuras en la nueva malversación, permite afirmar que constituye el bien jurídico categorial o común a todas ellas el adecuado ejercicio de la función pública, dentro de la legalidad, conforme a los intereses generales, para lo que se asegura el régimen de destino y utilización de los bienes públicos, para la satisfacción de tales intereses, sometiéndolos a un régimen de utilización y destino específico, legalmente predeterminado, y configurándolos por su destino de servicio público, dirigido a los ciudadanos, relegando a un segundo plano la lesión patrimonial de las Administraciones Públicas, siendo la malversación un delito pluriofensivo. La excepción la encontramos en el párrafo 3.º del art. 435, que se encuentra sistemáticamente incluido dentro de la malversación por razones de inercia histórica pero que su ubicación física debería encontrarse también dentro de los delitos contra la Administración de Justicia, pues el bien jurídico protegido en el delito conocido como quebrantamiento de embargo puede afectar al adecuado funcionamiento de la actividad patrimonial de la Administración Pública cuando el embargo nace de la ejecución de funciones administrativas; pero, cuando el embargo quebrantado es acordado como medida cautelar o ejecutiva por un órgano jurisdiccional, su naturaleza se asimila más al delito de quebrantamiento de condena que a la malversación de caudales públicos, aunque la naturaleza pluriofensiva de la malversación supone que, respecto de esta modalidad, se mantengan rasgos comunes. Por lo tanto el contenido de injusto del nuevo delito de malversación vendría constituido por la lesión de la actividad patrimonial de las Administraciones Públicas y por la lesión de la función pública, entendida como garantía de legalidad respecto del destino y utilización de tales bienes para la satisfacción

826. J. OLIVEROS ROSELLÓ, «La malversación en el Código Penal de 1995», en *Cuadernos de Derecho Judicial, Los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995*, 1996, pp. 257-304.

de los intereses generales, encontrándonos ante un delito especial, es decir, un delito en el que para la realización del injusto se requiere la concurrencia de una determinada cualidad personal⁸²⁷.

Durante muchos años la doctrina y la jurisprudencia española han analizado el delito de malversación y cabe decir que, en términos generales, han optado por afirmar la doble condición de este delito. O bien se trata de un delito contra la propiedad en el que se tiene en cuenta la infidelidad del funcionario público, o bien se defiende el punto de vista opuesto y se indica que la nota principal es el abuso de la función pública, sin perjuicio de reconocer la afectación de bienes públicos⁸²⁸.

Como objeto material del delito de malversación, el CP se refiere a los caudales y efectos públicos (arts. 432 y 433) y en ocasiones a fondos, rentas o efectos de las Administraciones Públicas (art. 435, números 1.º y 2.º) o a bienes muebles o inmuebles pertenecientes a cualquier Administración u Organismo dependiente (art. 434) o a dinero o bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública (art. 435 número 3.º)⁸²⁹.

Desaparece del CP la malversación imprudente⁸³⁰, del anterior art. 395 cuando se castigaba al funcionario que por abandono o negligencia inexcusable diere ocasión a que por otra persona se efectúe la sustracción, modalidad imprudente que existía en todos los Códigos Penales anteriores y que por el legislador de 1995 se ha relegado sólo a infracción disciplinaria y a la responsabilidad civil en su caso, no estimando necesaria su incriminación penal. Desaparece también el castigo de la conducta del funcionario que da a los caudales que administrare una aplicación pública diferente a aquélla a que estuvieren destinados, del anterior art. 397, lo que no constituía más que una criminalización de normas presupuestarias, donde la lesión en la gestión de lo público producía un efecto intrapresupuestario y que por la jurisprudencia y la doctrina se había calificado como un «alarde de puritanismo», supresión que parece adecuada en atención al carácter fragmentario y secundario del Derecho Penal y que obtiene una respuesta más adecuada

827. J. OLIVEROS ROSELLÓ, «La malversación en el Código Penal de 1995», cit., pp. 257-304.

828. J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, «La malversación como delito de administración desleal», en *Cuadernos de Derecho Judicial, La Administración desleal*, Madrid, 1999, pp. 111-144.

829. J. OLIVEROS ROSELLÓ, «La malversación en el Código Penal de 1995», cit., pp. 257-304.

830. Cfr. J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, «El delito imprudente en el Código Penal de 1995», en *Revista del Poder Judicial*, núm. 40, octubre-diciembre, 1995, pp. 215-245.

en la «jurisdicción contable» del Tribunal de Cuentas y desaparece, por idéntica razón, la modalidad de omisión del pago del anterior art. 398⁸³¹.

Es discutido en la doctrina cuál sea la naturaleza jurídica del delito de malversación de caudales públicos, siendo observables dos posiciones diferentes (aunque en relación con algunos de los autores que se citan se refieren a otros Códigos anteriores, sin embargo la polémica es trasladable al actual). Resulta llamativo que, en términos generales, la doctrina más antigua se incline por la concepción más patrimonialista, mientras que la posterior opte por acentuar la infracción del deber. En la doctrina actual, sin embargo, está apareciendo, cada vez con más fuerza, una corriente que defiende claramente el carácter patrimonial de este delito⁸³².

El bien jurídico protegido en el delito de malversación ha sido objeto de debate y a la vez de evolución histórica⁸³³. Así, para Morales Prats y Morales García⁸³⁴ será el correcto desempeño de las distintas actividades públicas desde la perspectiva de una Administración prestacional, plenamente sometida al Derecho y al resto de los principios constitucionales que ordenan su funcionamiento, añadiendo Morales García⁸³⁵ que la Administración debe cumplir unos fines derivados de la concepción constitucional del Estado social y de Derecho, cuya desviación debe ser amparada penalmente, posición que compartimos plenamente, por lo que entendemos que el bien jurídico es el correcto funcionamiento de la Administración Pública. A juicio de Muñoz Cuesta⁸³⁶, hay que desterrar como objeto de protección el deber de fidelidad de los funcionarios con la administración, ya que el quebranto del deber moral de fidelidad al cuerpo al que pertenecen puede ser reprochable desde el punto de vista ético o moral, pero no desde la óptica

831. J. OLIVEROS ROSELLÓ, «La malversación en el Código Penal de 1995», cit., pp. 257-304.

832. J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, «La malversación como delito de administración desleal», en *Cuadernos de Derecho Judicial, La Administración desleal*, Madrid, 1999, pp. 111-144.

833. Cfr. D. CAMACHO ALONSO, «Los delitos de malversación: reflexiones acerca del bien jurídico protegido y análisis de los tipos penales», en *Revista de ciencias penales: Revista de la Asociación Española de Ciencias Penales*, num. 4, 2001, pp. 31-54.

834. F. MORALES PRATS y O. MORALES GARCÍA, «Delitos contra la Administración pública. De la malversación», en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, pp. 1889-1890.

835. O. MORALES GARCÍA, *Los delitos de malversación*, Pamplona, 1999.

836. J. MUÑOZ CUESTA, «Malversación impropia: depositario que pierde parte de los bienes embargados en incendio, haciendo suya la cantidad recibida por el seguro, no poniéndola a disposición del embargante. Comentario a la STS, Sala 2.ª, de 14 de febrero de 2005», en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, núm. 10, 2005.

jurídico-penal, que se rige por la defensa de intereses generales, materialmente concretados y de carácter objetivo.

Debido a los diferentes bienes jurídicos objeto de protección, la doctrina coincide en que el delito de malversación de caudales públicos no puede ser entendido como un delito contra la propiedad cualificado por el carácter público del sujeto activo y de los bienes (aunque no se puede negar la importancia del aspecto patrimonial), por las siguientes razones apuntadas por Suárez Montes⁸³⁷, la primera porque no se precisa que la conducta del sujeto de la acción esté animada por el ánimo de lucro, aunque puede haberlo; la segunda, porque junto al «peculado» propiamente dicho (recogido en la conducta de sustraer del art. 394 del CP) existen otras figuras que no guardan parentesco con las recogidas en el título; y por último porque hay formas de malversación cuya punición resulta incomprensible bajo la perspectiva de los delitos contra la propiedad. Por ello puede decirse que en nuestro Derecho el presente delito goza de autonomía, perteneciendo a la clase de los delitos impropios, pues el hecho, en principio, es punible si lo realiza un particular, criterio de clasificación importante para el problema de la participación del *extraneus*⁸³⁸.

Una reiterada doctrina del TS entiende como bien jurídico objeto de tutela en esta figura delictiva la indemnidad del patrimonio público, el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado y, sobre todo, la confianza de los ciudadanos en la honesta gestión de los caudales públicos y la propia fidelidad al servicio que se encomienda a los funcionarios (SSTS de 27 de mayo de 1993⁸³⁹, 13 de mayo⁸⁴⁰ y 14 de octubre de 1997⁸⁴¹ ó 1 de diciembre de 2000)⁸⁴².

837. R. F. SUÁREZ MONTES, «El delito de malversación de caudales públicos», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Año CXIV; 1966, pp. 864 a 867.

838. M. C. ZABALEGUI MUÑOZ, «La malversación de Caudales Públicos», en *Cuadernos de Derecho Judicial, Delitos de los funcionarios públicos*, Madrid 1994, pp. 153-200.

839. Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1237/1993 (Sala de lo Penal), de 27 de mayo, Recurso núm. 1502/1991, Ponente: Excmo. Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Ferreiro (RJ 1993\4257).

840. Sentencia del Tribunal Supremo núm. 676/1997 (Sala de lo Penal), de 13 de mayo, Recurso de Casación núm. 642/1996, Ponente: Excmo. Sr. D. Roberto García-Calvo y Montiel (RJ 1997\4503).

841. Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1237/1997 (Sala de lo Penal), de 14 de octubre, Recurso de Casación núm. 3255/1995, Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Román Puerta Luis (RJ 1997\7263).

842. Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1875/2000 (Sala de lo Penal), de 1 de diciembre, Recurso de Casación núm. 4657/1998, Ponente: Excmo. Sr. D. José Jiménez Villarejo (RJ 2000\10160).

1.2. *Análisis preliminar*

Una reiterada doctrina del TS ⁸⁴³, en atención a una mejor protección del bien jurídico objeto de tutela en esta figura delictiva, es decir, la indemnidad del patrimonio público, el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado y, sobre todo, la confianza de los ciudadanos en la honesta gestión de los caudales públicos y la propia fidelidad al servicio que se encomienda a los funcionarios, interpreta el sentido de la norma en la dirección de considerar como posibles autores del ilícito a todos aquellos funcionarios que ostenten una facultad de disposición, de hecho o de derecho, sobre los bienes, entre o no en las atribuciones legales de su cargo o cuerpo administrativo al que se pertenezca, «...en tanto no alegue expresamente su falta de competencia y se oponga formalmente a realizar la labor que a su juicio no le es propia» (STS de 27 de mayo de 1993) ⁸⁴⁴. Es decir, que lo trascendente a la hora de integrar correctamente el tipo legal, en este concreto aspecto, no ha de venir determinado por el formalismo de la atribución normativa de las competencias respecto de la custodia de los caudales, sino, de modo más amplio y natural, por el hecho de que el funcionario tenga verdaderas facultades de disposición sobre los mismos, que le haya venido facilitada precisamente por su condición de servidor público, y que le permita, en la práctica, cualquiera de las conductas contenidas en la norma, la sustracción para sí o el consentimiento en la sustracción por tercero, de esos caudales. Criterio que se ve incluso reforzado, como ha puesto de relieve la doctrina, con las previsiones del art. 434, que define el supuesto de la denominada «distracción de uso», sin requerir expresamente que lo distraído se encuentre «a su cargo» ⁸⁴⁵.

843. Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1237/1993 (Sala de lo Penal), de 27 de mayo, Recurso núm. 1502/1991, Ponente: Excmo. Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Ferreiro (RJ 1993\4257); Sentencia del Tribunal Supremo núm. 676/1997 (Sala de lo Penal), de 13 de mayo, Recurso de Casación núm. 642/1996, Ponente: Excmo. Sr. D. Roberto García-Calvo y Montiel (RJ 1997\4503); Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1237/1997 (Sala de lo Penal), de 14 de octubre, Recurso de Casación núm. 3255/1995, Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Román Puerta Luis (RJ 1997\7263); o Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1875/2000 (Sala de lo Penal), de 1 de diciembre, Recurso de Casación núm. 4657/1998, Ponente: Excmo. Sr. D. José Jiménez Villarejo (RJ 2000\10160).

844. Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1237/1993 (Sala de lo Penal), de 27 de mayo, Recurso núm. 1502/1991, Ponente: Excmo. Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Ferreiro (RJ 1993\4257).

845. STS Sala 2.ª, S. de 29 de enero de 2004, núm. 85/2004, rec. 2121/2002. Pte: Maza Martín, José Manuel (EDE 2004/8311).

La relación entre ambos tipos penales ha sido estudiada por el TS en diversas ocasiones con idéntica solución, entre otras STS de 14 de marzo 2000⁸⁴⁶, según la cual, la diferencia entre las figuras de malversación de los arts. 394 y 396 del CP de 1973 radica en el ánimo con el que se realiza la incorporación al patrimonio de los caudales públicos: si se hace con *animus rem sibi habendi*, o de apropiación definitiva, existirá una sustracción integrante de los tipos del art. 394. Si por el contrario se lleva a cabo con un *animus utendi*, esto es, con el propósito de uso transitorio y posterior reintegro de lo malversado, se estará en una malversación de uso prevista en el art. 396. Es ésta la diferencia sustancial entre ambos tipos, diferencia que no puede ser alterada por elementos adjetivos *ex post facto*, de modo que la restitución ulterior de lo sustraído con intención definitiva no hace desaparecer el delito del art. 394, de igual suerte que el reintegro tardío de lo simplemente distraído con finalidad de uso no altera la naturaleza de la malversación del art. 396, aunque en este caso el legislador haya establecido una cláusula remisoria de la penalidad al tipo delictivo del art. 394. En igual sentido STS de 10 de julio de 2000⁸⁴⁷. Desde la consolidada doctrina expuesta y desde el respeto a los hechos probados que actúan como presupuesto de admisibilidad del cauce casacional utilizado, debemos rechazar el motivo en la medida en que lo efectuado por los recurrentes fue una apropiación definitiva —*animus rem sibi habendi*— del dinero e incorporación a su patrimonio. No de otro modo pueden interpretarse las rotundas expresiones de «...se apropiaron, previo acuerdo, de los fondos (...) destinando dichos fondos a fines particulares...». Es realmente irrelevante a los efectos del delito que la Administración de Lotería hubiese recibido el importe de la Aseguradora Axa en virtud del contrato de seguro existente a la sazón⁸⁴⁸.

En este sentido la histórica jurisprudencia entendía que el bien jurídico protegido en el delito de malversación de caudales públicos, al que consideraban como infracción autónoma, estaba constituido por la infracción del deber de fidelidad y probidad del funcionario con la Administración, optando por una concepción imperativa de la norma jurídica. La evolu-

846. Sentencia del Tribunal Supremo núm. 389/2000 (Sala de lo Penal), de 14 de marzo, Recurso de Casación núm. 226/1998, Ponente: Excmo. Sr. D. Joaquín Giménez García (RJ 2000\1470).

847. Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1292/2000 (Sala de lo Penal), de 10 de julio, Recurso de Casación núm. 2002/1998, Ponente: Excmo. Sr. D. Joaquín Giménez García (RJ 2000\6210).

848. STS Sala 2.ª, S. de 23 de diciembre de 2004, núm. 1544/2004, rec. 786/2003. Pte: Giménez García, Joaquín (EDE 2004/234841).

ción de la jurisprudencia implicó una concepción menos imperativa y más constitucional de la norma penal y supuso el acoger doctrinas que conciben el ordenamiento jurídico como un sistema valorativo de tal forma que toda infracción penal requiere además de la exteriorización material de un hecho la lesión o puesta en peligro de un bien jurídicamente tutelado, ideado como un valor de la vida al que el Derecho le otorga protección, valor que no puede identificarse con la sola infracción del deber de fidelidad y probidad del funcionario. En este sentido la actual jurisprudencia del TS entiende que «el legislador, al configurar la malversación de caudales públicos ha querido tutelar no sólo el patrimonio público sino sobre todo el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado, de las Comunidades Autónomas o de los Ayuntamientos», manteniéndose aún referencias a la protección de la confianza del público en el manejo honesto de los caudales o a la propia fidelidad en el servicio de los funcionarios que de tales caudales disponen, considerándolo como una «especie de apropiación indebida, cualificada por la especificidad del sujeto activo (funcionario o asimilado) y la naturaleza del objeto (caudales públicos)», incluyéndolo dentro de las infracciones patrimoniales cualificadas por el abuso de confianza oficial. No constituye la condición de funcionario la singularidad básica del delito de malversación, pues no sólo los funcionarios pueden ser sujetos activos del delito, siendo determinante tan sólo la relación con los caudales, estando incardinado dentro de los delitos contra la Administración Pública. La actual regulación contempla tres posibilidades de sujetos activos⁸⁴⁹:

1. La primera se refiere directamente a la autoridad y al funcionario público, incluyendo el CP la mención expresa de la autoridad, que por reiterada doctrina y jurisprudencia se entendía que a efectos penales no todo funcionario era autoridad pero sí toda autoridad era funcionario público, entendiendo que lo determinante era la participación en el ejercicio de funciones públicas y que la autoridad, aunque no estuviera expresamente indicada en el tipo, sí estaba incluida por tal participación.

2. La segunda posibilidad de sujeto activo de la malversación y directamente relacionado con la primera la constituyen los particulares a los que se les vincula con fondos, rentas o efectos de las Administraciones Públicas, por lo que no es necesario forzar el concepto de funcionario, pues el nuevo

849. J. OLIVEROS ROSELLÓ, «La malversación en el Código Penal de 1995», cit., pp. 257-304.

Código da primacía a la relación del autor con los caudales, con independencia de su consideración funcional.

3. En tercer lugar, pueden ser sujetos activos los particulares legalmente designados como depositarios de caudales o efectos públicos, y en cuarto lugar, pueden también ser sujetos activos del delito de malversación de caudales públicos «los administradores o depositarios de dinero o bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares». Esta modalidad, conocida como quebrantamiento de embargo, se caracteriza, según la jurisprudencia, por una doble ficción, pues se entiende que el particular a quien se le han encargado tales funciones tiene la consideración de funcionario público, y que los bienes embargados, secuestrados o depositados por la autoridad pública tienen la consideración de caudales, por lo que estos sujetos constituyen una modalidad distinta a las anteriores, por cuanto no son funcionarios estrictamente, ni son fondos públicos estrictamente lo que tienen en su poder.

2. Sustracción de caudales públicos con ánimo de lucro del funcionario

2.1. Tipificación del Código Penal

Art. 432. 1. *La autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, sustrajere o consintiera que un tercero, con igual ánimo, sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones, incurrirá en la pena de prisión de tres a seis años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años.*

2. *Se impondrá la pena de prisión de cuatro a ocho años y la de inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años si la malversación revistiera especial gravedad atendiendo al valor de las cantidades sustraídas y al daño o entorpecimiento producido al servicio público. Las mismas penas se aplicarán si las cosas malversadas hubieran sido declaradas de valor histórico o artístico, o si se tratara de efectos destinados a aliviar alguna calamidad pública.*

3. *Cuando la sustracción no alcance la cantidad de 4.000 euros, se impondrán las penas de multa superior a dos y hasta cuatro meses, prisión de seis meses a tres años y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de hasta tres años.*

Versión anterior

Vigente desde 24 de mayo de 1996 hasta 30 de septiembre de 2004

Art. 432. 1. *La autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, sustrajere o consintiera que un tercero, con igual ánimo, sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones, incurrirá en la pena de prisión de tres a seis años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años.*

2. *Se impondrá la pena de prisión de cuatro a ocho años y la de inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años si la malversación revisitiera especial gravedad atendiendo al valor de las cantidades sustraídas y al daño o entorpecimiento producido al servicio público. Las mismas penas se aplicarán si las cosas malversadas hubieran sido declaradas de valor histórico o artístico, o si se tratara de efectos destinados a aliviar alguna calamidad pública.*

3. *Cuando la sustracción no alcance la cantidad de quinientas mil pesetas, se impondrán las penas de multa superior a dos y hasta cuatro meses, prisión de seis meses a tres años y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a un año.*

2.2. Cuestiones comunes

El delito de malversación quiso tutelar no sólo el patrimonio público sino también el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado, de las Comunidades Autónomas o de los Ayuntamientos, así como la confianza del público en el manejo honesto de los caudales públicos y la propia fidelidad en el servicio de los funcionarios que de ellos disponen. De ahí que esta disponibilidad o relación de dependencia entre el caudal y el sujeto activo sea primordial en el engarce jurídico del delito (Sentencias de 31 enero 1996⁸⁵⁰ y 24 febrero 1995⁸⁵¹ 852).

Cuando nos hallamos ante un delito especial, la jurisprudencia más reciente del TS viene entendiendo que, como quiera que el tipo delictivo

850. STS núm. 93/1996 (Sala de lo Penal), de 31 de enero, Recurso núm. 621/1995. Ponente: Excmo. Sr. D. José Augusto de Vega Ruiz (RJ 1996\152).

851. STS núm. 297/1995 (Sala de lo Penal), de 24 de febrero, Recurso núm. 629/1994. Ponente: Excmo. Sr. D. José Augusto de Vega Ruiz (RJ 1995\1321).

852. STS núm. 1569/2003 (Sala de lo Penal), de 24 de noviembre, Recurso de Casación núm. 2193/2002. Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar (RJ 2003\9463).

exige una condición del sujeto activo (funcionario público o autoridad) o una circunstancia (custodia y disponibilidad de los bienes públicos), el tercero en quien no concurren estas circunstancias no podrá cometer el hecho conforme al núm. 1 del art. 28 CP, pero sí puede hacerlo, según el núm. 2 de ese artículo, en concepto de inductor o cooperador necesario. El tercero que coopera al hecho, aunque no fuera funcionario o no tuviera la disposición de los caudales públicos, es consciente y colabora en que estos caudales, cuya naturaleza conoce, sean dilapidados por la persona (o en colaboración con la persona) encargada de su custodia, lo que hace más reprochable su conducta que si cometiera el correlativo delito común, en los casos de delitos especiales impropios⁸⁵³.

La figura delictiva de malversación de caudales públicos del art. 432.1 tiene que partir de la concurrencia de tres factores esenciales (véanse SS 1486/98, de 26 de noviembre⁸⁵⁴, y 1569/2003, de 24 de noviembre)⁸⁵⁵; subjetivamente, la naturaleza del autor como funcionario en los términos del art. 24 CP, cuyas dos ideas nucleares desde la perspectiva penal son: a) existe un concepto propio del orden penal más amplio que el operativo en la esfera administrativa, y b) lo que define la condición de funcionario es la participación en funciones públicas; objetivamente la consideración de los caudales o efectos públicos sustraídos; y, desde el punto de vista de la dependencia, la relación especial entre agente y caudales (SSTS de 1 de febrero de 1995⁸⁵⁶ y 24 de febrero de 1995⁸⁵⁷,⁸⁵⁸).

853. STS Sala 2.ª, S. de 18 de octubre de 2004, núm. 1074/2004, rec. 717/2002. Pte: Soriano Soriano, José Ramón (EDE 2004/59646).

854. STS núm. 1486/1998 (Sala de lo Penal), de 26 de noviembre, Recurso de Casación núm. 3894/1997. Ponente: Excmo. Sr. D. José Augusto de Vega Ruiz (RJ 1998\9200).

855. STS núm. 1569/2003 (Sala de lo Penal), de 24 de noviembre, Recurso de Casación núm. 2193/2002. Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar (RJ 2003\9463).

856. STS núm. 98/1995 (Sala de lo Penal), de 1 de febrero, Recurso núm. 1742/1994. Ponente: Excmo. Sr. D. Roberto Hernández Hernández (RJ 1995719).

857. STS núm. 297/1995 (Sala de lo Penal), de 24 de febrero, Recurso núm. 629/1994. Ponente: Excmo. Sr. D. José Augusto de Vega Ruiz (RJ 1995\1321).

858. STS núm. 986/2005 (Sala de lo Penal), de 21 de julio, Recurso de Casación núm. 103/2004. Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre (RJ 2005\6729); STS núm. 1569/2003 (Sala de lo Penal), de 24 de noviembre, Recurso de Casación núm. 2193/2002. Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar (RJ 2003\9463); STS núm. 248/2003 (Sala de lo Penal), de 18 de febrero, Recurso de Casación núm. 1678/2001. Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Lurca (RJ 2003\2502).

En cuanto al delito de malversación de caudales públicos, la STS de 18 de octubre de 2004⁸⁵⁹ considera presupuestos de este delito⁸⁶⁰:

- a) La cualidad de funcionario público o autoridad del agente, concepto suministrado por el CP bastando, a efectos penales, con la participación legítima en una función pública.
- b) Una facultad decisoria jurídica o detentación material de los caudales o efectos, ya sea de derecho o de hecho, con tal, en el primer caso, de que, en aplicación de sus facultades, tenga el funcionario una efectiva disponibilidad material.
- c) Los caudales han de gozar de la consideración de públicos, carácter que les es reconocido por su pertenencia a los bienes propios de la Administración, adscripción producida a partir de la recepción de aquéllos por funcionario legitimado, sin que precise su efectiva incorporación al erario público.
- d) Sustrayendo o consintiendo que otro sustraiga dichos caudales. ‘Sustracción’ equivale a apropiación sin ánimo de reintegro, apartando los bienes propios de su destino o desviándolos del mismo.
- e) Ánimo de lucro del sustractor o de la persona a la que se facilita la sustracción.

Así, los elementos que integran el tipo penal son⁸⁶¹:

1. Sustracción de caudales o efectos públicos. Hay que entender por caudal lo que sea evaluable económicamente, además del dinero en efectivo. Efectos públicos son los que pertenecen a la Administración, no siendo necesario para la comisión del delito que los mismos se hayan incorporado al erario público.
2. Los caudales o efectos públicos han de estar a cargo de la autoridad o funcionario por razón de sus funciones.
3. La sustracción se ha de realizar con ánimo de lucro.

859. STS núm. 1074/2004 (Sala de lo Penal), de 18 de octubre, Recurso de Casación núm. 717/2002. Ponente: Excmo. Sr. D. José Ramón Soriano Soriano (RJ 2004\1114).

860. STS núm. 663/2004 (Sala de lo Penal), de 21 de mayo, Recurso de Casación núm. 151/2003. Ponente: Excmo. Sr. D. José Ramón Soriano Soriano (RJ 2005\7464).

861. A. SERRANO GÓMEZ y A. SERRANO MAÍLLO, *Derecho Penal. Parte especial*, 10.^a edición, Madrid 2005, p. 821.

Cfr. J. OLIVEROS ROSELLÓ, «La malversación en el Código Penal de 1995», cit., pp. 257-304.

Es claro que el objeto material de la figura contenida en el art. 432.1 del CP está constituido por los caudales o efectos públicos. Por 'caudal' se entiende todo objeto u efecto, bien mueble, dinero y valores negociables, que posean un valor económico apreciable, aunque no sea actual ⁸⁶².

Un caudal o efecto tiene el carácter de público cuando pertenezca a la Administración pública, entendiendo ésta en sentido amplio, comprendiendo, por tanto, no sólo la estatal sino también la autonómica y la local. Donde van a surgir los problemas es a la hora de determinar el momento a partir del cual el caudal ha de considerarse público. Pueden seguirse al respecto dos criterios: el de la incorporación o el del destino. Conforme al primer criterio, para que el caudal sea público será preciso que el mismo se haya incorporado efectivamente al erario público o, en palabras de Rodríguez Devesa ⁸⁶³, que haya ingresado de un modo formal en el inventario de los bienes públicos. De acuerdo con el segundo criterio, el del destino, un caudal deberá considerarse público a partir del momento en que se encuentre destinado a ingresar en los fondos públicos. Dicho de otra manera, ¿para que un caudal sea público basta con que tenga ese destino y, por ello, se haya entregado al funcionario o, por el contrario, será preciso que efectivamente se incorpore formalmente a las arcas públicas? ¿Los impuestos recaudados y no ingresados por el funcionario que se los apropia tienen ya el carácter de caudales públicos o siguen siendo de carácter particular? El Tribunal Supremo sigue el criterio del destino, de manera que basta con que los caudales vayan destinados a las arcas públicas y se hayan entregado con ese fin para que tengan ya el carácter de públicos ⁸⁶⁴.

Los caudales son adjetivados como públicos por su pertenencia a la Administración. No se requiere que sean de propiedad pública, bastando al efecto que se hallen en el circuito público, afectos a una determinada finalidad. En cuanto al momento a partir del cual pueden considerarse los caudales como públicos, doctrina mayoritaria y jurisprudencia no exigen el ingreso efectivo o contable en las arcas del ente público, basta la constancia de un derecho expectante a su recepción por parte de aquél, entendiendo

862. M. C. ZABALEGUI MUÑOZ, «La malversación de Caudales Públicos», en *Cuadernos de Derecho Judicial, Delitos de los funcionarios públicos*, Madrid, 1994, pp. 153-200.

863. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte especial*, Madrid, 1991, p. 1182.

864. J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, «La malversación como delito de administración desleal», en *Cuadernos de Derecho Judicial, La Administración desleal*, Madrid, 1999, pp. 111-144.

que el nacimiento de la expectativa se produce en el momento de la recepción de los caudales por la autoridad o funcionario. El fundamento de esta interpretación se encuentra en que no sería lógico dejar a arbitrio del sujeto responsable la calificación de los bienes como caudal público por el simple mecanismo de evitar el ingreso efectivo o la contabilización real de los mismos. Y tal concepción es aplicada tradicionalmente por esta Sala, en sentencias como las de 15 de enero de 1966, 8 de marzo de 1971, 5 de marzo de 1990⁸⁶⁵, 31 de enero de 1991⁸⁶⁶, 4 de diciembre de 1992⁸⁶⁷, 6 de octubre de 1993⁸⁶⁸, 22 de febrero de 1995⁸⁶⁹, 25 de marzo de 1996⁸⁷⁰, entendiéndose que, si bien es posible que en determinados momentos previos al ingreso en efectivo de los bienes en las arcas públicas pudiera decirse que no tienen este carácter a los efectos administrativos, no es menos cierto que el derecho penal puede guiarse, como así lo hace efectivamente, por conceptos de carácter distinto a los estrictamente administrativos, de modo que la acepción de caudales o efectos públicos alcanza a los que lo fueran por adscripción o destino. Para las sentencias de 10 de octubre de 1989⁸⁷¹, 22 de febrero de 1995⁸⁷², 10 de julio de 1995⁸⁷³, 15 de marzo de 1996⁸⁷⁴, la pertenencia del dinero o los efectos a la Administración se debe afirmar ya a partir de su recepción por el funcionario legitimado, sin que quepa exigir una efectiva incorporación al erario público. Y la STS de 25 de mayo de

865. STS Sala 2.ª, S. de 5 de marzo de 1990. Pte: Manzanares Samaniego, José Luis (EDE 1990/2431).

866. STS Sala 2.ª, S. de 31 de enero de 1991. Pte: Vivas Marzal, Luis (EDE 1991/937).

867. STS Sala 2.ª, S. de 4 de diciembre de 1992, núm. 2631/1992, rec. 3632/1990. Pte: Granados Pérez, Carlos (EDE 1992/12045).

868. STS Sala 2.ª, S. de 6 de octubre de 1993, núm. 2183/1993, rec. 2789/1992. Pte: Granados Pérez, Carlos (EDE 1993/8790).

869. STS Sala 2.ª, S. de 22 de febrero de 1995, núm. 257/1995, rec. 1553/1994. Pte: Vega Ruiz, José Augusto de (EDE 1995/1560).

870. STS Sala 2.ª, S. de 25 de marzo de 1996, núm. 117/1996, rec. 199/1995. Pte: Vega Ruiz, José Augusto de (EDE 1996/1601).

871. STS Sala 2.ª, S. de 10 de octubre de 1989. Pte: Bacigalupo Zapater, Enrique (EDE 1989/8914).

872. STS Sala 2.ª, S. de 22 de febrero de 1995, núm. 257/1995, rec. 1553/1994. Pte: Vega Ruiz, José Augusto de (EDE 1995/1560).

873. STS Sala 2.ª, S. de 10 de julio de 1995, núm. 798/1995, rec. 3546/1994. Pte: Vega Ruiz, José Augusto de (EDE 1995/3472).

874. STS Sala 2.ª, S. de 15 de marzo de 1996, núm. 236/1996, rec. 1541/1995. Pte: García-Calvo y Montiel, Roberto (EDE 1996/1594).

1995⁸⁷⁵ reconoce perfeccionada la donación e integrada la cantidad que se recibe en el erario público desde ese momento⁸⁷⁶.

Del concepto se desprende que los bienes deberán ser muebles, si bien la Jurisprudencia ha entendido en alguna ocasión un concepto más amplio que podría comprender los bienes inmuebles. Al respecto se puede citar la sentencia de fecha 2 de marzo de 1973 (RJ 1973\1596), que entendió que el caudal «está integrado por todo capital, hacienda, patrimonio, fondo o cosa o bien de cualquier condición, fungible o no, y susceptibles de apreciación económica o valor»; y la más reciente de fecha 27 de septiembre de 1991⁸⁷⁷, que de forma lacónica declara «caudales o efectos públicos en el sentido de bienes susceptibles de apreciación económica, si bien este elemento constitutivo del tipo, se ha prestado a múltiples interpretaciones precisamente por la amplitud con que tal expresión puede ser concebida»⁸⁷⁸.

La conducta típica «sustrayendo» o «consintiendo que otro sustraiga» supone dos modalidades comisivas, una por acción y otra por omisión; la primera consiste en la sustracción de los caudales descritos que implica apropiación con separación de un destino y con animo de apoderamiento definitivo (*animus rem sibi habendi*), en sentido idéntico al usado por otros delitos patrimoniales. La segunda modalidad comisiva constituye una conducta dolosa de omisión impropia, por cuanto por específica obligación legal el funcionario está obligado a evitar el resultado lesivo contra el patrimonio público⁸⁷⁹, pues el ordenamiento jurídico no sólo espera del funcionario el cumplimiento de sus deberes específicos, sino que lo coloca en posición de garante, por lo que debe evitar el resultado⁸⁸⁰.

875. STS Sala 2.ª, S. de 25 de mayo de 1995, núm. 705/1995. Pte: Moner Muñoz, Eduardo (EDE 1995/3493).

876. STS Sala 2.ª, S. de 16 de marzo de 2004, núm. 163/2004, rec. 1421/2002. Pte: Monderde Ferrer, Francisco (EDE 2004/13195).

877. STS (Sala de lo Penal) de 27 de septiembre de 1991, Recurso núm. 1078/1990. Ponente: Excmo. Sr. D. José Augusto de Vega Ruiz (RJ 1991\6627).

878. M. C. ZABALEGUI MUÑOZ, «La malversación de Caudales Públicos», en *Cuadernos de Derecho Judicial, Delitos de los funcionarios públicos*, Madrid, 1994, pp. 153-200.

879. Cfr. N. J. DE LA MATA BARRANCO y X. ETXEBERRÍA, *Malversación y lesión del patrimonio público: apropiación, distracción y desviación, por funcionario, de caudales públicos*, Barcelona, 1995; u O. MORALES GARCÍA, *Los delitos de malversación: apropiación, utilización temporal y administración desleal de caudales públicos*, Navarra, 1999.

880. STS núm. 986/2005 (Sala de lo Penal), de 21 de julio, Recurso de Casación núm. 103/2004. Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre (RJ 2005\6729).

Lo importante es que el funcionario tenga la posibilidad de disposición sobre los efectos sometidos a tal poder, en virtud de la función atribuida al ente Público, o en virtud de una mera situación de hecho derivada del uso de la práctica administrativa dentro de aquella estructura (STS de 30 de noviembre de 1994⁸⁸¹, ATS de 19 de septiembre de 2001)⁸⁸². Tener a su cargo⁸⁸³ significa no sólo responsabilizarse de su custodia material, sino también ostentar capacidad de disposición e inversión de tal manera que los caudales no puedan salir del organismo oficial sin la decisión del funcionario (por disposición de Ley, nombramiento o elección) que tiene la capacidad de ordenar gastos e inversiones (STS 1368/1999, de 5 de octubre⁸⁸⁴)⁸⁸⁵.

Es decir que, además de tener el funcionario los caudales a su cargo o disposición, el legislador añade que la tenencia debe ser por razón de sus funciones⁸⁸⁶. Esta expresión fue introducida por el Código de 1870, y la problemática estriba en determinar cuándo aquella tenencia (de hecho o de derecho) se explica por razón sus funciones, extremo que tiene gran importancia, pues de su interpretación dependerá el alcance del tipo. La citada expresión puede entenderse: 1) en sentido estricto, entendiéndose que el funcionario debe tener una específica competencia respecto de los caudales públicos, por caer dentro de la esfera de las atribuciones propias de su cargo; 2) en sentido lato, entendiéndose que basta que los caudales hayan llegado al poder del funcionario «con ocasión» de las funciones que concreta y específicamente realice en mérito a sus atribuciones generales, con independencia de la competencia que las disposiciones administrativas adjudiquen al cuerpo a que pertenezcan. La doctrina mayoritaria entiende que debe hacerse una interpretación estricta, por lo que será necesario que el sujeto activo tenga respecto de los caudales o efectos un especial deber de conservación,

881. STS núm. 2082/1994 (Sala de lo Penal), de 30 de noviembre, Recurso núm. 1499/1994. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Soto Nieto (RJ 1994\9157).

882. ATS núm. 1840/2001 (Sala de lo Penal), de 19 de septiembre, Auto de Inadmisión núm. 2648/2000. Ponente: Excmo. Sr. D. Joaquín Delgado García (RJ 2001\7325).

883. Cfr. STS núm. 663/2004 (Sala de lo Penal), de 21 de mayo, Recurso de Casación núm. 151/2003. Ponente: Excmo. Sr. D. José Ramón Soriano Soriano (RJ 2005\7464).

884. STS núm. 1368/1999 (Sala de lo Penal), de 5 de octubre, Recurso de Casación núm. 2556/1998. Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Martín Pallín (RJ 1999\7018).

885. STS núm. 986/2005 (Sala de lo Penal), de 21 de julio, Recurso de Casación núm. 103/2004. Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre (RJ 2005\6729).

886. Cfr. J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, «La malversación como delito de administración desleal», en *Cuadernos de Derecho Judicial, La Administración desleal*, Madrid, 1999, pp. 111-144.

custodia o inversión, pues en el caso de actuar «con ocasión» o en «consideración a» cometería otro delito, como el de apropiación indebida⁸⁸⁷.

Cuestión relevante es la concurrencia necesaria del ánimo de lucro, teniendo la consideración de un elemento subjetivo del injusto expresamente previsto en el tipo penal, consistente, en un sentido general –STS de 31 de enero de 1996–⁸⁸⁸ en cualquier ventaja, provecho, beneficio o utilidad, incluida la meramente contemplativa o de ulterior beneficio, que pretenda obtener el sujeto activo del delito. La STS de 10 de marzo de 2000⁸⁸⁹ afirma que el ánimo de lucro se identifica con el *animus rem sibi habendi*⁸⁹⁰, lo que supone el tener la cosa para sí, siendo suficiente que el autor haya querido tener los objetos o bienes públicos bajo su personal dominio, pudiendo ser el ánimo de lucro con beneficio propio o de tercero, y así lo estima la STS de 29 de julio de 1998⁸⁹¹, «caso Marey», y en el mismo sentido la STS de 22 de febrero de 2000⁸⁹². No hay ánimo de lucro y por tanto tampoco delito de malversación de caudales públicos cuando la autoridad o el funcionario público destruyen o dañan dolosamente los objetos o efectos que tengan a su cargo por razón de sus funciones. El ánimo de dañar excluye el ánimo de lucro, y por ello tal acción será constitutiva de un delito o falta de daños en función de la cuantía del valor de los efectos destruidos, aplicándose la agravante del art. 22 circ. 7.^a CP de prevalerse del carácter público que tenga el culpable⁸⁹³.

887. M. C. ZABALEGUI MUÑOZ, «La malversación de Caudales Públicos», en *Cuadernos de Derecho Judicial, Delitos de los funcionarios públicos*, Madrid, 1994, pp. 153-200.

888. STS núm. 94/1995 (Sala de lo Penal), de 31 de enero, Recurso núm. 962/1995. Ponente: Excmo. Sr. D. José Augusto de Vega Ruiz (RJ 1996\95).

889. STS núm. 368/2000 (Sala de lo Penal), de 10 de marzo, Recurso de Casación núm. 2319/1998. Ponente: Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater (RJ 2000\1187).

890. Cfr. SSTs de 26 de noviembre de 1998 (RJ 1998, 9200), 5 de abril de 2002 (RJ 2002, 4267), 2 de febrero de 2002 (RJ 2002, 214), 8 de noviembre de 1996, 29 de enero de 2004 (RJ 2004, 2184), 22 de enero de 2004 (RJ 2004, 2169) y 16 de marzo de 2004 (RJ 2004, 2712), entre otras.

891. STS núm. 2/1998 (Sala de lo Penal), de 29 de julio, Causa Especial núm. 2530/1995. Ponente: Excmo. Sr. D. Joaquín Delgado García (RJ 1998\5855).

892. STS núm. 297/2000 (Sala de lo Penal), de 22 de febrero, Recurso de Casación núm. 475/1999. Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta (RJ 2000\1056).

893. J. MUÑOZ CUESTA, «Malversación impropia: depositario que pierde parte de los bienes embargados en incendio, haciendo suya la cantidad recibida por el seguro, no poniéndola a disposición del embargante. Comentario a la STS, Sala 2.^a, de 14 de febrero de 2005», en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, núm. 10, 2005.

El tipo penal se consuma, pues, con la sola realidad dispositiva de los caudales por parte del agente, ya sea por disposición de hecho, ya sea por disposición de derecho, por lo cual 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 realizase el sujeto como elemento integrante del Órgano Público⁸⁹⁴. Es posible la tentativa, cuando se detecta la sustracción antes de que el sujeto pueda disponer de los caudales o efectos públicos⁸⁹⁵.

Por otro lado y respecto de la problemática de la participación en el delito de malversación de caudales públicos, el actual CP no aporta novedades respecto de la situación anterior. Históricamente los partidarios de la división del título de imputación por aplicación del viejo art. 60 del derogado CP⁸⁹⁶ propugnaban que el particular participe en una malversación respondiera del delito común, posición que una oscilante jurisprudencia histórica mantenía en ocasiones. Hoy la postura mayoritaria es partidaria de la unidad del título de imputación, por lo que baste en este punto con afirmar que, tratándose de un delito especial propio y adhiriéndonos a la doctrina de la accesoriedad limitada, entendida en el sentido de que se participa en el hecho típico y antijurídico, en los supuestos de coautoría en sentido estricto, del art. 28 párrafo 1.º, el funcionario o asimilado responderá por el delito especial y el extraño por el delito común correspondiente, mientras que los supuestos de participación de la letra a) y b) del arts. 28 y 29, cuando el particular interviene como inductor, cooperador necesario o como cómplice, deberá responder con unidad de título de imputación (entendida en el sentido de que el título de imputación viene referido a la tipicidad y a la antijuridicidad tan sólo) por el delito de malversación, pues, como hemos afirmado, constituye un delito especial propio, es decir, las particularidades

894. STS núm. 986/2005 (Sala de lo Penal), de 21 de julio, Recurso de Casación núm. 103/2004. Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre (RJ 2005\6729); STS núm. 1569/2003 (Sala de lo Penal), de 24 de noviembre, Recurso de Casación núm. 2193/2002. Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar (RJ 2003\9463); STS núm. 747/2002 (Sala de lo Penal), de 23 de abril, Recurso de Casación núm. 2199/2000. Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Antonio Ramos Gancedo (RJ 2002\6838).

895. A. SERRANO GÓMEZ y A. SERRANO MAÍLLO, *Derecho Penal. Parte especial*, 10.ª edición, Madrid, 2005, p. 822.

896. Cfr. J. H. MOYNA MÉNGUEZ, «Información jurisprudencial, Penal, Sala 2.ª», en *Revista del Poder Judicial*, núm. 1, marzo de 1986, pp. 167-172.

del sujeto activo pertenecen al tipo de injusto, por lo que un particular nunca podrá ser autor estricto de una malversación (aunque sí de una sustracción de dinero público, respondiendo por el delito común correspondiente) y sólo podrá intervenir como inductor o cooperador.

La doctrina mayoritaria entiende que nos encontramos ante un delito especial impropio y, siendo coherentes con tal consideración de delito especial impropio, se debería propugnar la impunidad cuando no exista delito homólogo común, por cuanto las singularidades del sujeto activo simplemente fundamentan una punición distinta y las conductas de particulares que lesionan la actividad patrimonial de las Administraciones Públicas cuando no exista delito patrimonial común que tipifique tales conductas serían atípicas, pues la malversación, de acuerdo con lo expuesto, supone un régimen de protección del patrimonio público con un ámbito mayor que el patrimonio privado, pero exclusivamente referida a las personas que respecto de esos caudales o efectos públicos tengan una vinculación concreta (a su cargo por razón de sus funciones, encargados por cualquier concepto o legalmente designados como depositarios). No obstante parece desproporcionado sancionar por delito patrimonial común a quien sustrae caudales públicos, sin ser funcionario, y sancionarle por delito de malversación si tan sólo participa en tal sustracción, por lo que en este punto el CP podría haber reproducido el parágrafo 28.1 del StGB alemán que rebaja la pena del extraño que participa en un delito especial propio, lo que en nuestro Derecho Penal puede tener cabida mediante una interpretación extensiva, no analógica, de la atenuante sexta del art. 21, al entenderla referida, no sólo a las atenuantes genéricas, sino también a las atenuantes específicas y a las agravantes, tanto genéricas como específicas, para lo que sería necesario entender que la condición de funcionario es valorada como causa de agravación y que la condición de no funcionario, respecto de la participación en los delitos especiales, es causa de atenuación⁸⁹⁷.

Si consideramos que la malversación es un delito especial propio, cuando la conducta de sustracción la realiza un particular y el funcionario actúa como inductor o cooperador nos encontramos con que el particular (o funcionario sin relación con los caudales) comete el delito común correspondiente y el funcionario responde, por el delito de malversación. Y ello es así porque el contenido de injusto del delito especial propio de malversa-

897. J. OLIVEROS ROSELLÓ, «La malversación en el Código Penal de 1995», en *Cuadernos de Derecho Judicial, Los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995*, 1996, pp. 257-304.

ción está parcialmente identificado con el contenido de injusto del delito patrimonial común, por lo que, manteniendo estrictamente la unidad del título de imputación del partícipe funcionario, éste debería responder de idéntico contenido típico y antijurídico que el autor principal, es decir, debería responder por el delito común, lo que a todas luces es insatisfactorio, por cuanto si el particular y el funcionario fueran autores de una sustracción de caudal público cada uno respondería por el delito común y especial correspondiente, por lo que la expresión ‘consentir que otro sustraiga’ supone una excepción al régimen de participación, por cuanto la conducta omisiva implica conformidad con la sustracción, anuencia o incluso connivencia, por lo que las conductas que no son estrictamente autoría directa podrían incardinarse a través de esta modalidad, que supone elevar a la categoría de autor directo supuestos que no son de estricta autoría, evitando los insatisfactorios resultados de seguir una estricta técnica de delito especial propio. Nos encontraríamos por tanto ante un problema típico de concurso de leyes (cooperador o inductor de un delito común o autor de malversación)⁸⁹⁸.

2.3. *Circunstancias modificativas de la responsabilidad*

La STS de 29 de julio de 1998⁸⁹⁹ entendió que en la malversación hay que distinguir⁹⁰⁰:

- a) La pequeña cuantía que nunca debe tenerse por grave. A ella le sería de aplicación el subtipo privilegiado si no excede el límite de 500 000 ptas. (art. 432.3 CP).
- b) La cuantía considerable, *v.gr.* cien millones de pesetas, que siempre será grave. Se entiende concurra o no entorpecimiento del servicio público.
- c) Las cantidades intermedias, como pueden ser de 10 a 18 millones, que sería preciso combinarlas con el otro elemento normativo (per-

898. J. OLIVEROS ROSELLÓ, «La malversación en el Código Penal de 1995», en *Cuadernos de Derecho Judicial, Los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995*, 1996, pp. 257-304.

899. STS núm. 2/1998 (Sala de lo Penal), de 29 de julio, Causa Especial núm. 2530/1995. Ponente: Excmo. Sr. D. Joaquín Delgado García (RJ 1998/5855).

900. STS núm. 1074/2004 (Sala de lo Penal), de 18 de octubre, Recurso de Casación núm. 717/2002. Ponente: Excmo. Sr. D. José Ramón Soriano Soriano (RJ 2005/1114).

turbación del servicio) al objeto de dilucidar la aplicación o no del subtipo.

2.3.1. Supuestos agravados

En el art. 432.2 se contemplan varios supuestos en función de la especial gravedad de los hechos, daño o entorpecimiento producido al servicio público, cuando la malversación afecte a objetos de valor histórico o artístico, o se trate de efectos destinados a aliviar alguna calamidad pública. De esta forma, se agrava la pena⁹⁰¹:

1. Si la malversación revistiera especial gravedad atendiendo al valor de las cantidades sustraídas.
2. Se tiene en cuenta también para la agravación de la penal el daño o entorpecimiento producido al servicio público.
3. Si la malversación afecta a cosas que hubieran sido declaradas de valor histórico o artístico.
4. Cuando en la malversación se trata de efectos destinados a aliviar alguna calamidad pública.

La valoración no dependerá, exclusivamente, de la cuantía económica de la sustracción, sino que habrá de conjugarse con el daño o entorpecimiento provocado al servicio público que a su vez, y precisamente por ello deberá evaluarse conforme a baremos ajenos al perjuicio económico. Éste es, por lo demás, el criterio seguido en otros preceptos del CP, como el delito de estafa, donde la valoración económica será sólo uno de los criterios que combinar para la agravación de la pena⁹⁰².

La referencia a efectos destinados a aliviar alguna calamidad pública excluye la aplicación de la agravante sobre sustracciones de dinero presupuestado para tales fines, comprendiéndose pues, únicamente, los casos en que dicho dinero ha sido ya transformado en bienes concretos; y ello es así, no tanto por el grado de reproche que pudiera derivarse de tan noble fin, cuanto por la mayor dificultad de restitución de los bienes, una vez reuni-

901. A. SERRANO GÓMEZ y A. SERRANO MAÍLLO, *Derecho Penal. Parte especial*, 10.^a edición, Madrid, 2005, pp. 822-823.

902. F. MORALES PRATS y O. MORALES GARCÍA, «Delitos contra la Administración pública. De la malversación», en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, pp. 1894-1895.

dos, sobre aquél. En todo caso, las sustracciones dinerarias de partidas afectadas al alivio de calamidades públicas podrían encontrar fácil acomodo en la primera de las agravaciones contempladas⁹⁰³.

2.3.2. *Supuesto atenuado*

Únicamente se tiene en cuenta el valor de lo sustraído, estableciéndose una cantidad máxima de 4000 euros. Llama la atención cómo se ha ampliado este supuesto atenuado, al subirse el *quantum* de la cantidad que sustraer de 500 000 ptas. a 4000 euros.

3. **Desviación de caudales públicos**

3.1. *Tipificación del Código Penal*

Art. 433. *La autoridad o funcionario público que destinare a usos ajenos a la función pública los caudales o efectos puestos a su cargo por razón de sus funciones, incurrirá en la pena de multa de seis a doce meses, y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a tres años.*

Si el culpable no reintegrara el importe de lo distraído dentro de los diez días siguientes al de la incoación del proceso, se le impondrán las penas del artículo anterior.

3.2. *Significación del precepto*

Los elementos materiales del ilícito del art. 432 son los mismos que los que integran el tipo del art. 433. La diferencia entre ambas figuras delictivas radica en el propósito del agente que realiza la sustracción, integrándose el hecho en el art. 432 cuando el ánimo del sujeto activo es el de incorporar a su patrimonio el bien público retraído con vocación de ejercer sobre éste una relación dominical con carácter definitivo, o sea, el conocido *animus rem sibi habendi*, y será aplicable el art. 432 cuando el ánimo sea de mero uso, esto es, de disponer temporalmente de la cosa mueble con intención de devolverla posteriormente y, por tanto, sin voluntad de incorporarla al

903. F. MORALES PRATS y O. MORALES GARCÍA, «Delitos contra la Administración pública. De la malversación», en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, p. 1895.

patrimonio (*animus utendi*) (SSTS de 14 de marzo ⁹⁰⁴ y 20 de diciembre de 2000 ⁹⁰⁵, entre otras muchas) ⁹⁰⁶.

Tipifica el referido artículo la conducta dolosa del funcionario que aplicare a usos propios o ajenos los caudales o efectos puestos a su cargo, conducta conocida por peculado de uso. De la lectura del artículo la primera cuestión que se plantea es la relación que debe tener el funcionario con los caudales, pues se recoge la expresión ‘a su cargo’ ⁹⁰⁷. La expresión ‘puestos a su cargo’ del art. 433 –como la de que «tengan a su cargo» del art. 432– abarca no sólo los supuestos en los que al funcionario le está atribuida la tenencia directa y material de los caudales públicos, sino aquellos otros en los que tiene competencia para adoptar decisiones que se traduzcan en disposición sobre los mismos (en este sentido SSTS 1875/2000, de 1 de diciembre ⁹⁰⁸, que cita la de 5 de junio de 98 ⁹⁰⁹) ⁹¹⁰.

En el primer párrafo del art. 433 el funcionario no se apropia de los caudales o efectos públicos. Tampoco se exige ánimo de lucro para sí o para tercero. La conducta consiste en destinar los caudales o efectos públicos a usos ajenos a su función. El uso ilícito en sí lleva la consumación del delito; no se exige la producción de ningún resultado ⁹¹¹.

Para la configuración del tipo se exigen dos requisitos ⁹¹²:

1) El elemento subjetivo consistente en el ánimo de uso (*animus utendi*), es decir, el sujeto de la acción debe actuar con la intención inicial de reintegro.

904. STS Sala 2.ª, S. de 14 de marzo de 2000, núm. 389/2000, rec. 226/1998. Pte: Giménez García, Joaquín (EDE 2000/2797).

905. STS Sala 2.ª, S. de 20 de diciembre de 2000, núm. 1984/2000, rec. 563/1999. Pte: Martínez Arrieta, Andrés (EDE 2000/49892).

906. STS Sala 2.ª, S. de 19 de mayo de 2004, núm. 657/2004, rec. 681/2003. Pte: Ramos Gancedo, Diego Antonio (EDE 2004/51852).

907. M. C. ZABALEGUI MUÑOZ, «La malversación de Caudales Públicos», en *Cuadernos de Derecho Judicial, Delitos de los funcionarios públicos*, Madrid, 1994, pp. 153-200.

908. STS núm. 1875/2000 (Sala de lo Penal), de 1 de diciembre, Recurso de Casación núm. 4657/1998. Ponente: Excmo. Sr. D. José Jiménez Villarejo (RJ 2000\10160).

909. STS núm. 779/1998 (Sala de lo Penal), de 5 de junio, Recurso de Casación núm. 1724/1997. Ponente: Excmo. Sr. D. Carlos Granados Pérez (RJ 1998\5149).

910. STS núm. 857/2003 (Sala de lo Penal), de 13 de junio, Recurso de Casación núm. 2817/2001. Ponente: Excmo. Sr. D. José Aparicio Calvo-Rubio (RJ 2003\6387).

911. A. SERRANO GÓMEZ y A. SERRANO MAÍLLO, *Derecho Penal. Parte especial*, 10.ª edición, Madrid, 2005, p. 824.

912. M. C. ZABALEGUI MUÑOZ, «La malversación de Caudales Públicos», en *Cuadernos de Derecho Judicial, Delitos de los funcionarios públicos*, Madrid, 1994, pp. 153-200.

2) El reintegro en el plazo de diez días a partir de la incoación de sumario, exigido en el párrafo segundo del precepto.

El segundo párrafo del artículo que estamos analizando establece un supuesto agravado, que se sustenta en la no devolución de lo distraído dentro de los 10 días siguientes a la incoación del proceso. Como es obvio, la devolución debe ser total.

El segundo párrafo del artículo, que también puede entenderse como una semiexcusa absolutoria, ha provocado diferentes posiciones en la Jurisprudencia. En efecto, cuando se produce la devolución surge el problema de averiguar si en el momento de cometer la acción existió la intención de apropiación definitiva, o de mero uso temporal. Al respecto se han mantenido dos posiciones⁹¹³:

1) Dado que la intencionalidad del agente pertenece al ámbito más íntimo de los sentimientos humanos, el reintegro en el plazo señalado opera, en cualquier caso, como una presunción de uso temporal, con independencia de lo realmente querido.

2) Dado que el elemento subjetivo del ánimo de uso es un elemento configurador del tipo, en el caso de realizarse el reintegro, estaríamos ante una presunción *iuris tantum*, significando que si por datos o circunstancias de naturaleza objetiva quedara probado que la verdadera intención del sujeto activo era la apropiación definitiva, no sería de aplicación la semiexcusa absolutoria.

4. Aplicación privativa de bienes con grave perjuicio para la causa pública

4.1. Tipificación del Código Penal

Art. 434. *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*

913. M. C. ZABALEGUI MUÑOZ, «La malversación de Caudales Públicos», en *Cuadernos de Derecho Judicial, Delitos de los funcionarios públicos*, Madrid, 1994, pp. 153-200.

de alguna de ellas, incurrirá en las penas de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años.

4.2. Significación del precepto

Introduce el CP la tipificación, en el art. 434, de la conducta de 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 perteneciente a cualquiera de las Administraciones Públicas u organismos dependientes, castigándolo con prisión de uno a tres años e inhabilitación especial de tres a seis años. Se trata de una modalidad de malversación de nuevo cuño, sin precedentes históricos y prevista, como ya se ha expuesto en la reseña histórica, para «abarcar ciertas conductas delictivas que están en la mente de todos», deduciéndose de los debates parlamentarios que el legislador tuvo intención de criminalizar nuevas conductas de utilización abusiva de bienes inmuebles de titularidad pública, realizadas por particulares y que carecían de tipificación singular⁹¹⁴.

Los requisitos que se exigen para la comisión de este delito son⁹¹⁵:

1. Aplicación privativa por la autoridad o funcionario público de bienes muebles o inmuebles pertenecientes a organismos de la Administración.
2. Que se haga con ánimo de lucro propio o ajeno.
3. Que como consecuencia de ello se ocasione grave perjuicio para la causa pública⁹¹⁶.

El art. 434 define el supuesto de la denominada «distracción de uso», sin requerir expresamente que lo distraído se encuentre «a su cargo», por lo que no resulta lógico que, en este caso de menos gravedad, la mera condición

914. J. OLIVEROS ROSELLÓ, «La malversación en el Código Penal de 1995», en *Cuadernos de Derecho Judicial, Los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995*, 1996, pp. 257-304.

915. A. SERRANO GÓMEZ y A. SERRANO MAÍLLO, *Derecho Penal. Parte especial*, 10.^a edición, Madrid, 2005, p. 825.

916. En este sentido, no cometerían el delito aquellos que usan el coche oficial en su vida privada, ni quien usa su despacho oficial para reuniones de su empresa particular o preparar oposiciones...

de funcionario identifique al autor de la infracción, si para el que aquí nos ocupa se exigiera aquella especial relación competencial entre el sujeto y el objeto de la malversación⁹¹⁷.

La no exigencia de vinculación concreta del funcionario con los bienes muebles o inmuebles a los que se les da aplicación privada es poco razonable desde el punto de vista del bien jurídico (consecuencia probablemente de un olvido del legislador), pues supone considerar que la condición de funcionario en general es un supuesto de agravación específica respecto de esta modalidad de malversación. Aquí lo determinante es la lesión de la función pública, con vulneración de la legalidad del destino y utilización de los bienes públicos, lo que exige una relación concreta con los bienes en el sentido expuesto en el apartado correspondiente, por lo que estimamos que, realizando una interpretación sistemática, debería exigirse que los bienes muebles o inmuebles a los que se les da una aplicación privada se tengan a su cargo por razón de sus funciones, pues de otro modo no es posible realizar esta conducta con la cualidad de autor estricto, aunque se puede participar en ella como inductor o cooperador necesario al tratarse de un delito especial propio⁹¹⁸.

No habla, el precepto, en esta ocasión, de caudales o efectos públicos, sino de bienes muebles e inmuebles, delimitados por su pertenencia a cualquier Administración o entidad estatal, autonómica o local, u organismos dependientes de alguna de ellas. Se observa así, en primer término, una apertura típica en relación con los dos primeros artículos del capítulo, al suprimir este precepto la referencia a la relación funcionario-objeto material; apertura que, a la vista de la localización jurídica de los bienes muebles o inmuebles, pudiera ser mayor. En este punto la consideración que se tenga del ámbito funcional de actuación puede determinar la apertura del delito a ciertos sectores de base privada, pero con verdaderas incidencias en el sector público (cámaras oficiales...) ⁹¹⁹. En este punto, debemos recordar que existe, además, una tendencia de la Administración a huir de la aplica-

917. STS Sala 2.ª, S. de 29 de enero de 2004, núm. 85/2004, rec. 2121/2002. Pte: Maza Martín, José Manuel (EDE 2004/8311).

918. J. OLIVEROS ROSELLÓ, «La malversación en el Código Penal de 1995», en *Cuadernos de Derecho Judicial, Los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995*, 1996, pp. 257-304.

919. F. MORALES PRATS y O. MORALES GARCÍA, «Delitos contra la Administración pública. De la malversación», en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, pp. 1900-1901.

ción del Derecho Administrativo⁹²⁰, lo que supone un verdadero problema de identificación, sobre todo desde el punto de vista penal, pues no deberían admitirse interpretaciones extensivas del precepto.

Respecto del resultado de grave perjuicio para la causa pública, hay que afirmar que es aquí donde la singularidad de esta modalidad de malversación se manifiesta especialmente. Con independencia de las críticas que merece la utilización de un concepto jurídico indeterminado, necesitado evidentemente de valoración judicial concreta y con los inconvenientes respecto de la certeza y la seguridad jurídica, estimamos adecuado el contemplar una modalidad de agravación por el resultado causado en la prestación a los particulares, garantizándose el carácter fragmentario y secundario del Derecho Penal, reservando para la modalidad básica del art. 433 los supuestos en los que no se causa tal perjuicio y se refiere a caudales o efectos, como modalidad de bienes muebles, y reservando para el ámbito administrativo disciplinario cuando se refiere a bienes inmuebles y su aplicación privada no ha causado el grave perjuicio exigido, por lo que entre los arts. 433 y 434 hay una relación de especialidad (dar una aplicación privada no es más que una forma de dar un uso ajeno a la función pública)⁹²¹.

5. Extensión del delito de malversación. Malversación impropia

5.1. Tipificación del Código Penal

Art. 435. *Las disposiciones de este capítulo son extensivas:*

1.º *A los que se hallen encargados por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos de las Administraciones públicas.*

2.º *A los particulares legalmente designados como depositarios de caudales o efectos públicos.*

3.º *A los administradores o depositarios de dinero o bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares.*

920. Algo de lo que ya hemos hablado en otras obras. P. ej. P. RODRÍGUEZ LÓPEZ, *Nuevas formas de gestión hospitalaria y responsabilidad patrimonial de la Administración*, Madrid, 2004.

921. J. OLIVEROS ROSELLÓ, «La malversación en el Código Penal de 1995», en *Cuadernos de Derecho Judicial, Los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995*, 1996, pp. 257-304.

5.2. Significación del precepto

Se contempla aquí una serie de supuestos en los que conductas cometidas por los particulares se castigan con la misma pena que las llevadas a cabo por autoridades o funcionarios públicos, lo que no parece demasiado correcto⁹²².

Lo más llamativo de este delito es la modalidad de malversación impropia prevista en el art. 435 del CP donde confluyen unos elementos que le distancian del tipo básico, ya que no es sujeto activo el funcionario, ni los bienes objeto del delito son públicos, y a pesar de ello el legislador tradicionalmente ha querido que se integrara en el delito de malversación⁹²³.

La extensión de los tipos precedentes a los particulares legalmente designados como depositarios de caudales o efectos públicos responde a la necesidad de respetar el concepto de funcionario público en los casos en los que en las Administraciones Públicas se sirven de particulares como mediadores de pago y cobro a terceros, cuya utilización permite una mayor agilidad en el desempeño de fines públicos⁹²⁴.

La naturaleza jurídica del depósito es muy controvertida. Pugliatti afirma que el depositario es un auxiliar del juez, al igual que los peritos que valoran y tasan los bienes completan con su actividad la del titular del órgano jurisdiccional. Para Carreras, al ser designado el depositario por el que insta la medida bajo su responsabilidad y con la facultad de removerle, difícilmente se puede compaginar con el de auxiliar o colaborador del juez y el hecho de encuadrarse el depósito en el mismo título del código que el depósito extrajudicial voluntario o necesario ha hecho que la jurisprudencia del Tribunal Supremo entienda que constituye una relación contractual, pero se trata de una figura de difícil delimitación, ya que en algunos casos coincide con la que debía ser la regla general y en otros aparece como un mandatario del que la designa y así es en realidad, de ahí que sea imprescindible una nueva regulación más acorde con la orientación publicista que se

922. A. SERRANO GÓMEZ y A. SERRANO MAÍLLO, *Derecho Penal. Parte especial*, 10.ª edición, Madrid, 2005, p. 826.

923. J. MUÑOZ CUESTA, «Malversación impropia: depositario que pierde parte de los bienes embargados en incendio, haciendo suya la cantidad recibida por el seguro, no poniéndola a disposición del embargante. Comentario a la STS, Sala 2.ª, de 14 de febrero de 2005», en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, núm. 10, 2005.

924. F. MORALES PRATS y O. MORALES GARCÍA, «Delitos contra la Administración pública. De la malversación», en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, pp. 1902-1903.

da a la figura del depositario. Otros autores lo consideran como un contrato de derecho público que se perfecciona por el acuerdo de voluntades del juez mediante el nombramiento y del depositario mediante la aceptación del cargo. El legislador penal y la jurisprudencia han seguido también esta línea publicista tipificando el depósito judicial como un delito de malversación de caudales públicos⁹²⁵.

El tipo penal descrito en el art. 432, al que remite el art. 435, exige como elemento del tipo la acción de sustraer, lo que implica la apropiación de los bienes de que se trata con carácter definitivo. Sustraer ha de entenderse, dice la STS de 31 de enero de 1996⁹²⁶, en el sentido más amplio y comprensivo de separar, extraer, quitar o despojar los caudales o efectos apartándolos de su destino, o desviándolo de las necesidades del servicio para hacerlos propios. Concretamente se precisa la intención o ánimo de aprehensión, *animus rem sibi habendi*, con carácter definitivo. Por otra parte, el embargo trabado, la designación de depositario, la aceptación del cargo con todas sus consecuencias y el acto ilícito dispositivo llevado a cabo en cuanto al objeto trabado, son y constituyen requisitos imprescindibles y constituyentes de la figura delictiva que, con un manifiesto impulso expansivo, traslada los efectos y consecuencias del tipo base a los administradores o depositarios de caudales embargados, secuestrados o depositados por la autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares. Por tanto, la designación, la aceptación, el conocimiento y la disposición son los requisitos necesarios y precisos para la existencia del delito de malversación impropia —STS de 26 mayo 1995⁹²⁷, 20 febrero 1996⁹²⁸, y 10 diciembre 1998⁹²⁹⁻⁹³⁰.

925. M. GIL MARTÍN, «Exhibición y depósito de cosa mueble», en *Cuadernos de Derecho Judicial. Las medidas cautelares*, Madrid, 1993, pp. 247-288.

926. STS núm. 93/1996 (Sala de lo Penal), de 31 de enero, Recurso núm. 621/1995. Ponente: Excmo. Sr. D. José Augusto de Vega Ruiz (RJ 1996\152).

927. STS núm. 709/1995 (Sala de lo Penal), de 26 de mayo, Recurso núm. 1443/1994. Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez (RJ 1995\3954).

928. STS núm. 170/1996 (Sala de lo Penal), de 20 de febrero, Recurso núm. 1007/1995. Ponente: Excmo. Sr. D. José Augusto de Vega Ruiz (RJ 1996\1323).

929. STS núm. 1570/1998 (Sala de lo Penal), de 10 de diciembre, Recurso de Casación núm. 2899/1997. Ponente: Excmo. Sr. D. Joaquín Delgado García (RJ 1998\10335).

930. STS núm. 812/1999 (Sala de lo Penal), de 14 de mayo, Recurso de Casación núm. 529/1998. Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Mónier Muñoz (RJ 1999\2710).

En este punto debemos tener en cuenta que las cantidades de dinero y demás bienes embargados tendrán, desde que se depositen o se ordene su retención, la consideración de efectos o caudales públicos (art. 625 LEC).

Desde esta perspectiva, establece el art. 626 de la LEC ⁹³¹:

«1. Si se embargasen títulos-valores u objetos especialmente valiosos o necesitados de especial conservación, podrán depositarse en el establecimiento público o privado que resulte más adecuado.

2. Si los bienes muebles embargados estuvieran en poder de un tercero, se le requerirá mediante providencia para que los conserve a disposición del tribunal y se le nombrará depositario judicial, salvo que el tribunal motivadamente resuelva otra cosa.

3. Se nombrará depositario al ejecutado si éste viniere destinando los bienes embargados a una actividad productiva o si resultaran de difícil o costoso transporte o almacenamiento.

4. En casos distintos de los contemplados en los anteriores apartados o cuando lo considere más conveniente, el tribunal podrá nombrar mediante providencia depositario de los bienes embargados al acreedor ejecutante o bien, oyendo a éste, a un tercero.

El nombramiento podrá recaer en los Colegios de Procuradores, siempre que dispongan de un servicio adecuado para asumir las responsabilidades legalmente establecidas para el depositario.

5. El embargo de valores representados en anotaciones en cuenta se comunicará al órgano o entidad que lleve el registro de anotaciones en cuenta para que lo consigne en el libro respectivo».

De esta forma, se incluyen en el tipo:

1.º A los que se hallen encargados por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos de las Administraciones públicas.

2.º A los particulares legalmente designados como depositarios de caudales o efectos públicos.

3.º A los administradores o depositarios de dinero o bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares.

931. Cfr. A. ROMERO LORENZO, «El embargo», en *Cuadernos de Derecho Judicial. El juicio ejecutivo*, Madrid, 1993, pp. 71-113.

Piénsese por un momento en el supuesto prevenido en el art. 626.3 de la LEC, en el que se dispone que el ejecutado será nombrado depositario, de sus propios bienes, si aquéllos se vinieren destinando a una actividad productiva o fuese difícil o costoso su transporte o almacenamiento. En tal supuesto desaparece una de las notas fundamentales del depósito, la de que la cosa objeto del mismo sea ajena, y, por otro lado, ciertamente la obligación de custodiar las cosas embargadas no tiene su origen en una relación contractual, sino que deriva precisamente del propio imperativo de la Ley. No es ocioso recordar que la situación de este peculiar depositario se ve agravada por el hecho de que el propio art. 625 de la LEC determina que el dinero y demás bienes embargados, desde que se deposite o se ordene su retención, tienen la consideración de efectos o caudales públicos⁹³², lo que supone que si el ejecutado dispone o se desprende de la cosa o cosas embargadas puede incurrir en un delito de malversación de caudales públicos, según lo dispuesto en el art. 435.2.º, en relación con el art. 342 del CP⁹³³.

Respecto al tipo previsto en el apartado tercero del artículo, deben concurrir los siguientes elementos para que sea aplicable⁹³⁴:

a) El nombramiento de administrador o depositario debe ser efectuado por autoridad pública o quien legalmente le represente, en caso alguno por procurador de la parte demandante que insta el embargo o tercera persona que no sean aquéllos.

b) Deben identificarse perfectamente los bienes embargados, secuestrados o depositados con la finalidad de conocer con exactitud el destino que en su caso se le ha dado. Mal se podrá determinar la existencia del delito si se desconoce cuál es el objeto material del mismo. Igualmente ha de constar fehacientemente que los bienes se encuentran en poder del administrador o depositario.

c) La persona designada como administradora o depositaria de los bienes habrá de ser instruida formalmente en el momento de la aceptación

932. Cfr. M. C. ZABALEGUI MUÑOZ, «La malversación de Caudales Públicos», en *Cuadernos de Derecho Judicial, Delitos de los funcionarios públicos*, Madrid, 1994, pp. 153-200.

933. J. R. PARDIÑAS SANZ, «Título XII, de los contratos de custodia», en M. ALBALADEO y S. Díez ALABART (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. XXXVIII, vol. 2, 2002.

934. J. MUÑOZ CUESTA, «Malversación impropia: depositario que pierde parte de los bienes embargados en incendio, haciendo suya la cantidad recibida por el seguro, no poniéndola a disposición del embargante. Comentario a la STS, Sala 2.ª, de 14 de febrero de 2005», en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, núm. 10, 2005; del mismo autor, «El delito de malversación de caudales públicos», *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal. III*, Madrid, 2002.

expresa del cargo de las obligaciones y responsabilidades que contrae. El cambio cualitativo que se produce en la persona que es nombrada administradora o depositaria, pasando de ser un particular a ser un funcionario público a los efectos que tratamos, lleva consigo necesariamente que se le instruya de tal mutación, de las obligaciones de custodia o conservación de los bienes a ella confiados y de la responsabilidad que asume si dejase de cumplir con esas funciones, responsabilidad que será fundamentalmente la de comisión de un delito.

d) El sujeto activo debe realizar alguna de las conductas previstas en los arts. 432 a 434 CP. Generalmente el depositario de los bienes embargados será el propio titular de los mismos por razones de justicia, al no privar del bien al mismo para que pueda seguir utilizándolo y sacar del mismo el rendimiento que le pueda servir para el fin que tenía primariamente y por razones prácticas, ya que sería costoso y complejo el buscar personas que se hiciesen cargo de los bienes embargados, lo que supondría para la Administración ejecutante un costo adicional que haría en determinados casos más gravoso el depósito que lo que se obtendría de la ejecución.

Esta modalidad, conocida como quebrantamiento de embargo, se caracteriza, según la jurisprudencia, por una doble ficción, pues se entiende que el particular a quien se le han encargado tales funciones tiene la consideración de funcionario público, y que los bienes embargados, secuestrados o depositados por la autoridad pública tienen la consideración de caudales, por lo que estos sujetos constituyen una modalidad distinta a las anteriores, por cuanto no son funcionarios estrictamente, ni son fondos públicos estrictamente lo que tienen en su poder. El quebrantamiento de embargo supone la «desprivatización» o «expropiación» de las facultades dominicales de bienes privados mediante la regular constitución de un embargo, realizándose una doble ficción, mediante la asimilación del particular a funcionario público, de manera episódica y transitoria y mediante el otorgamiento de la condición de público a los caudales o bienes privados embargados, dirigidos a bienes individualizados y no al patrimonio considerado como universalidad de bienes, por lo que la reiterada jurisprudencia exige: a) la regular constitución del embargo, secuestro o depósito por autoridad pública, b) designación de una persona como depositaria que adquiere *ex lege* el ejercicio de funciones públicas, c) formal y expresa aceptación del cargo de depositario con expresa indicación de la obligación de conservación de los caudales o efectos, d) efectiva recepción de los mismos para su custodia, depósito o administración, y e) un acto de disposición de los mismos sin

autorización de la autoridad que acordó el embargo, pudiendo la conducta consistir en sustracción o consentimiento en la sustracción, destinar a usos ajenos a la función pública o darles a los bienes una aplicación privada⁹³⁵.

El problema de la conciencia del carácter penal de la prohibición ha adquirido una cierta relevancia en el delito de malversación impropia (art. 399 ACP y art. 435 CP), concretamente en supuestos de disposición de los bienes embargados por parte de la persona designada depositaria, que suele ser también la propietaria de tales bienes. Normalmente se viene considerando que, para borrar cualquier atisbo de error en este delito, basta con la diligencia de designación de depositario de los caudales embargados, ya que en la misma se instruye al depositario de la obligación de conservar los bienes y de la imposibilidad de disponer de los mismos sin autorización judicial. Asimismo se le informa de las responsabilidades en las que puede incurrir caso de incumplir las obligaciones contraídas. Sin embargo, en la STS de 12 de julio de 1994 (Moyna Ménguez) se ha admitido un error de prohibición (vencible) cuando el depositario, advertido genéricamente de sus obligaciones —y, por tanto, conocedor de la antijuricidad general de su conducta—, no ha sido objeto de una advertencia sobre las responsabilidades concretas que comporta aceptar el encargo. No obstante, esta decisión no debe interpretarse como un reconocimiento genérico de la necesidad de conocimiento del carácter penal de la prohibición, sino que ha de analizarse en el contexto del delito de malversación impropia y en relación con una resolución anterior. Según la STS de 27 mayo 1994 (Móner Muñoz), una persona no había sido instruida suficientemente de sus deberes cuando, mediante una diligencia, se le hizo saber que los bienes embargados «quedan a disposición del juzgado bajo las responsabilidades establecidas por la ley». Para el Tribunal, con este simple dato no se acreditaría el conocimiento actual de la antijuricidad y, en consecuencia, apreció un error de prohibición vencible. Sin embargo, este planteamiento presentaba, a mi juicio, un punto débil. Todo desconocimiento de los deberes que comporta el depósito judicial supone en realidad un error de tipo por cuanto es imposible realizar la conducta —sustraer dolosamente bienes embargados— sin ser consciente de que no se tiene capacidad de disposición sobre los mismos, es decir, sin comprender que se posee la condición de depositario. Dada pues la amplitud del error de tipo (que comporta la impunidad en

935. J. OLIVEROS ROSELLÓ, «La malversación en el Código Penal de 1995», en *Cuadernos de Derecho Judicial, Los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995*, 1996, pp. 257-304.

todo caso), el error de prohibición en la malversación impropia dispone de muy poco margen, hasta el punto de que, prácticamente, sólo es posible en relación al carácter penal de la prohibición del hecho. Seguramente por ese motivo, la ya mencionada STS de 12 julio 1994⁹³⁶ (que, a pesar de todo, se reclama seguidora de la sentencia anterior) reorienta el problema y sitúa la cuestión de la falta de conocimiento de la antijuricidad en el desconocimiento por parte del autor de «las responsabilidades, particularmente las penales» que acarrea el quebrantamiento del depósito. Ello permite al TS esquivar el error de tipo y acabar apreciando la existencia de un error de prohibición vencible⁹³⁷.

Las relaciones del alzamiento con la malversación impropia (art. 435) y con el delito fiscal (art. 305) son propias del concurso de delitos, ya que los bienes jurídicos protegidos son distintos. En otras palabras, las conductas reconducibles de ambos preceptos no son abarcadas exhaustivamente en su contenido de injusto y de culpabilidad sólo por uno de ellos⁹³⁸.

En el ámbito de los concursos aparentes de leyes hay que situar, también, las relaciones existentes entre el delito de alzamiento de bienes y el delito de malversación impropia. El desvalor del alzamiento sí que queda aquí consumido en el desvalor del delito de malversación, pues éste contempla no sólo el ataque al interés del Estado en el buen funcionamiento de la Administración pública sino, igualmente, el ataque al patrimonio que en

936. STS núm. 1440/1994 (Sala de lo Penal), de 12 de julio, Recurso núm. 3198/1993. Ponente: Excmo. Sr. D. José Hermenegildo Moyna Mengües (RJ 1994\6364). En dicha sentencia se señala:

«La jurisprudencia de esta Sala con referencia al tipo penal aplicado, que es resultado de una doble ficción al otorgar carácter público al depositario y a los efectos encomendados, extrema el rigor en los requisitos constitutivos del depósito, exigiendo constancia de la aceptación “expresa” y precisa advertencia de la responsabilidad “penal” que asume al aceptar el encargo, a fin de que no pueda ser puesta en entredicho la antijuricidad tipificada de su conducta en el supuesto de incumplimiento de la obligación de vigilancia y custodia que le concierne, dado que no se admite más modalidad que la dolosa [vid. Sentencia de 20 mayo 1993 (RJ 1993\4187)]. Sin embargo, una reciente resolución de esta Sala [Sentencia de 27 de mayo de 1994 (RJ 1994\4404)], poniendo énfasis en la ya advertida interconexión entre la adecuada instrucción sobre sus responsabilidades y la conciencia de antijuricidad penal, sugiere la posibilidad de un error vencible cuando con advertencia de su responsabilidad, sin mención para las penales, hubiera podido alcanzar por vía de reflexión o de información el conocimiento de los deberes que ponía a su cargo el depósito judicial, aplicando al caso de lo dispuesto en el párrafo final del artículo 6 bis a) del Texto penal sustantivo».

937. D. FELIP I SABORIT, *Error Iuris: El conocimiento de la antijuricidad y el artículo 14 del Código Penal*, 2000.

938. M. BAJO FERNÁNDEZ, *Los delitos de estafa en el Código penal*, Madrid, 2006.

toda malversación impropia se produce. No es correcto, en este sentido, afirmar que en estos supuestos haya de recurrirse a las normas reguladoras del concurso de delitos, al ser los bienes jurídicos protegidos distintos. Porque no se trata de que en la malversación impropia se protegen bienes jurídicos distintos a los que se protegen en el delito de alzamiento, sino que lo que ocurre es que, además de protegerse, como en el alzamiento, el patrimonio se protege un valor añadido más, cual es el interés estatal en el correcto funcionamiento de la Administración pública ⁹³⁹.

939. B. DEL ROSAL BLASCO, «Las insolvencias punibles, a través del análisis del delito de alzamiento de bienes, en el Código Penal», en *Cuadernos de Derecho Judicial, La nueva delincuencia I*, Madrid, 1993, pp. 203-233.

Fraudes y exacciones ilegales

1. Planteamiento

No puede decirse que el CP actual suponga algún cambio significativo de planteamiento, si excluimos las muy importantes mejoras que se observan en la descripción del tipo que penaliza la violación de la incompatibilidad profesional (art. 441), que no es aquí especial objeto de atención. Y es que, a fin de cuentas, la contratación administrativa, y en especial el principio de igualdad en el acceso a los beneficios públicos en —desde el punto de vista económico— tan suculento campo, no merecen atención especial del legislador, que orienta su protección hacia la «Administración Pública» en su conjunto, a través de tipos, por eso mismo, de alcance general. Así, en el art. 436, protege el patrimonio público frente a conciertos a que el funcionario infiel pudiera llegar con interesados en el área de su función o utilización de artificios —de cualquier clase «para defraudar a cualquier ente público»—. Precepto, como se ve, que reproduce el derogado art. 400 —simplemente actualizado su atávico lenguaje, de tan escasa aplicación—⁹⁴⁰.

Podemos señalar que la naturaleza común de estos delitos radica en el deber de lealtad que el funcionario debe guardar en la gestión de un servicio público o de una contratación administrativa, cuando actúa en el ejercicio de su cargo en representación de la Administración Pública o interviniendo en su nombre. El fraude suele tener en derecho penal un trata-

940. M. FERNÁNDEZ BERMEJO, «Contratación Administrativa y Derecho Penal», en *Cuadernos de Derecho Judicial, Delitos socioeconómicos en el nuevo Código Penal*, Madrid, 1996, pp. 331-362.

miento punitivo más benigno que aquellos delitos para cuya comisión se exige el empleo de fuerza o violencia. Otra caracterización de esta clase de delitos, como consecuencia de la tradicional conexidad entre el fraude y su sinónimo el engaño con el concepto del dolo, como han afirmado con toda rotundidad cuantos autores se han ocupado del tema, es que las defraudaciones son de naturaleza exclusivamente dolosa, siendo en sí mismas inadecuadas para una incriminación culposa, a no ser, como algún autor ha dicho, que por otras consideraciones, y violentando esa naturaleza jurídica, así lo imponga de modo expreso, precisamente por lo excepcional, la propia ley⁹⁴¹.

2. Concertación para defraudar a un ente público

2.1. Tipificación del precepto

Art. 436. *La autoridad o funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en cualquiera de los actos de las modalidades de contratación pública o en liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concertara con los interesados o usase de cualquier otro artificio para defraudar a cualquier ente público, incurrirá en las penas de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años.*

2.2. Significado del precepto

El objeto jurídico tutelado por este delito guarda estrecha relación con el de malversación. En último término se persigue evitar que el funcionario cause un perjuicio económico a la Administración. No obstante, la conducta delictiva tipificada en el art. 436 no consiste en la sustracción directa o indirecta de caudales o efectos públicos, sino en la realización de acciones defraudatorias⁹⁴².

941. A. GIMENO AMIGUET, «Fraudes y abusos patrimoniales. Los delitos y faltas disciplinarias contra la Hacienda militar», en *Cuadernos de Derecho Judicial, La jurisdicción militar*, Madrid, 1992, pp. 403-434.

942. F. MORALES PRATS y M. J. RODRÍGUEZ PUERTA, «Delitos contra la Administración pública. De los fraudes y exacciones ilegales», en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, p. 1904.

El bien jurídico protegido es, de una parte, el patrimonio estatal, autonómico, foral y local, y, de otra, el buen funcionamiento de la Administración Pública. Como en casi todos los supuestos del Título, estamos ante delitos especiales que sólo pueden ser cometidos por autoridades y funcionarios públicos⁹⁴³. Desde esta perspectiva, el bien jurídico tutelado en el delito podría cifrarse en el acervo público imprescindible para el correcto desempeño de funciones públicas⁹⁴⁴.

El delito de fraude tipificado en el artículo 436 del CP es un delito de peligro –STS de 19 de mayo de 1998–⁹⁴⁵, consistiendo la defraudación en el quebranto de una relación de confianza que no requiere ni el enriquecimiento personal ni el daño para el patrimonio del ente público. Subjetivamente se requiere la intención de defraudar al ente público –STS de 27 de mayo de 1995–⁹⁴⁶. Se consuma con el quebrantamiento del deber funcional y la puesta en peligro del patrimonio público –STS de 19 de mayo de 1998–⁹⁴⁷, lo que exige el concierto, quedando la defraudación o perjuicio fuera del tipo –STS de 2 de febrero de 1994–⁹⁴⁸.

2.3. Elementos típicos

En lo que respecta al «sujeto activo» del delito lo es el «funcionario público» que, por razón de su cargo⁹⁴⁹, ha de intervenir en cualquiera de los actos de las modalidades de contratación pública o en liquidaciones de efectos o haberes públicos. El sujeto pasivo lo es el Estado, las Comunidades Autónomas o los entes locales.

943. A. SERRANO GÓMEZ y A. SERRANO MAÍLLO, *Derecho Penal. Parte especial*, 10.ª edición, Madrid, 2005, p. 828.

944. F. MORALES PRATS y M. J. RODRÍGUEZ PUERTA, «Delitos contra la Administración pública. De los fraudes y exacciones ilegales», en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, p. 1904.

945. STS núm. 682/1998 (Sala de lo Penal), de 19 de mayo, Recurso de Casación núm. 2288/1997. Ponente: Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater (RJ 1998\8281).

946. STS núm. 231/1995 (Sala de lo Penal), de 27 de mayo, Recurso núm. 2272/1994. Ponente: Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater (RJ 1995\3957).

947. STS núm. 682/1998 (Sala de lo Penal), de 19 de mayo, Recurso de Casación núm. 2288/1997. Ponente: Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater (RJ 1998\8281).

948. STS núm. 168/1994 (Sala de lo Penal), de 2 de febrero, Recurso núm. 611/1992. Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Mónier Muñoz (RJ 1994\759).

949. STS Sala 2.ª, S. de 28 de noviembre de 1992, núm. 2547/1992, rec. 3935/1990. Pte: Hernández Hernández, Roberto (EDE 1992/11775).

Lo que importa al legislador es preservar la integridad y rectitud del funcionario al resolver, garantizando su imparcialidad, sin olvidar que, junto al riesgo de perjuicio público, hay que añadir también el de los Terceros afectados con quebrantamiento del principio de igualdad. Este precepto penal responde a la misma finalidad de aquellas otras normas vigentes en materia de contratación administrativa, tales como la prohibición a los cargos municipales, de interesarse en los suministros y contratas con cargo a fondos de su municipio o la exigencia a las empresas contratistas de que no figure en sus cargos directivos quien los desempeñe en la Administración, para evitar indeseables situaciones de oposición de intereses ⁹⁵⁰.

La jurisprudencia ha perfilado los requisitos de este delito ⁹⁵¹ (STS de 18 de junio de 1992 ⁹⁵² y 2 ⁹⁵³ y 8 de febrero ⁹⁵⁴ y 14 de mayo de 1994) ⁹⁵⁵, y, así, se requiere:

1.º Que el sujeto activo sea un funcionario público, interviniendo en el hecho en el ejercicio de sus funciones;

2.º Que la intervención se realice expresamente en las materias que se enuncian en el tipo penal, es decir, en algunos de los actos de las modalidades de contratación;

3.º Que la conducta consista en concertarse con los interesados o utilizar cualquier otro artificio finalísticamente dirigido a defraudar al ente público ⁹⁵⁶, entendiéndose por concierto la conjunción de voluntades con la finalidad descrita;

950. A. GIMENO AMIGUET, «Fraudes y abusos patrimoniales. Los delitos y faltas disciplinarias contra la Hacienda militar», en *Cuadernos de Derecho Judicial, La jurisdicción militar*, Madrid, 1992, pp. 403-434.

951. Cfr. M. FERNÁNDEZ BERMEJO, «Contratación Administrativa y Derecho Penal», en *Cuadernos de Derecho Judicial, Delitos socioeconómicos en el nuevo Código Penal*, Madrid, 1996, pp. 331-362.

952. STS núm. 1470/1992 (Sala de lo Penal), de 18 de junio, Recurso núm. 1/1990. Ponente: Excmo. Sr. D. José Hermenegildo Moyna Mengües (RJ 1992\5961).

953. STS núm. 168/1994 (Sala de lo Penal), de 2 de febrero, Recurso núm. 611/1992. Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Mónier Muñoz (RJ 1994\759).

954. STS núm. 192/1994 (Sala de lo Penal), de 8 de febrero, Recurso núm. 808/1992. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Soto Nieto (RJ 1994\670).

955. STS núm. 996/1994 (Sala de lo Penal), de 14 de mayo, Recurso núm. 1618/1993. Ponente: Excmo. Sr. D. Roberto Hernández Hernández (RJ 1994\3703).

956. STS Sala 2.ª, S. de 16 de febrero de 1995, núm. 190/1995, rec. 834/1993. Pte: Delgado García, Joaquín (EDE 1995/574).

4.º Finalmente, que esta concertación busque defraudar al Estado, lo que equivale a perjudicar económicamente a la entidad para la que el funcionario presta sus servicios, habiéndose reiterado que se trata de un delito de mera actividad que se consuma simplemente con que exista la tan repetida concertación, con la mencionada finalidad de defraudar, pues la producción efectiva del perjuicio patrimonial pertenece a la esfera del agotamiento del delito y no a la de su perfección.

La STS de 28 de enero de 1994⁹⁵⁷ recuerda que, además del funcionario público, debe responder como partícipe del delito el *extraneus*, es decir, quien sin ser funcionario público presta su necesaria colaboración para la realización del delito, aunque éste exija la condición de funcionario público del sujeto activo.

De esta forma, en cuanto a los requisitos de este delito, pueden sintetizarse en los siguientes⁹⁵⁸:

- a) Que el sujeto activo sea un funcionario público, interviniendo en el hecho en el ejercicio de sus funciones.
- b) Que la intervención se realice en alguna de las materias que se enuncian en el tipo penal.
- c) Que la conducta consista en concertarse con los interesados o utilizar cualquier otro artificio finalísticamente dirigido a defraudar al ente público.
- d) Debe entenderse por *concierto la conjunción de voluntades* con la finalidad descrita.
- e) Que tal concertación busque defraudar al Estado, lo que equivale a perjudicar económicamente a la entidad para la que el funcionario presta sus servicios.
- f) El *extraneus* debe responder como partícipe del delito.

A pesar de su nomenclatura 'fraude', nada tiene que ver con el significado usual y vulgar de dicha palabra, ya que el tipo que contempla el precepto no exige engaño, artificio para defraudar ni lesión patrimonial o defraudación de clase alguna, puesto que es un «delito de simple actividad» o meramente formal (en los que difícilmente resultan imaginables las formas

957. STS núm. 88/1994 (Sala de lo Penal), de 28 de enero, Recurso núm. 173/1993. Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel García Miguel (RJ 1994\616).

958. C. BLANCO LOZANO, *Tratado de Derecho Penal Español*, t. 2, vol. 2, cit.

imperfectas). «La acción típica» simplemente requiere que el sujeto activo (funcionario público como antes se dijo) se interese, directa o indirectamente, en «contrato u operación» en que tenga que intervenir por razón de su cargo (y en ellos tomar alguna resolución). Contrato u operación que han de entenderse, a través de una interpretación literalista del precepto, no extensiva, pero si teleológica, como cualquier «actividad» («negocio jurídico» según algunos) de «naturaleza económica», en la que el agente se inmiscuye para el logro de un beneficio, lucro o cualquier otra manera de compensación privada (aunque no se logre), destacando así el abuso, prevalimiento o aprovechamiento de la función pública que se ejerce respecto a la actividad que se sitúa bajo aquélla, quedando así configurado el «dolo» (o elemento culpabilístico) de la infracción, esto es, la voluntad consciente de asumir, a la vez, intervención como cargo público de la Administración y como interesado privado de la operación con aquélla, y conculcando el «bien jurídico protegido», el interés de la Administración Pública, más moral que patrimonial, en preservar la integridad y rectitud del funcionario al resolver, garantizando su imparcialidad, o, como dice literalmente la S. de 5 de marzo de 1992⁹⁵⁹, «la preservación de la dignidad de la función pública que debe estar por encima de cualquier interés privado, de tal manera que cuando esto no ocurre, el Ordenamiento Jurídico reacciona a través de la vía penal como inequívoca demostración de la importancia que la Comunidad ha de conceder a la salvaguarda de las cosas públicas». De ahí la trascendencia cada día mayor de la transparencia y rectitud en las Administraciones públicas, respecto de los administrados, en relación con las personas y cosas administradas, como exigencias propias del Estado de Derecho y Democrático, esenciales en nuestra convivencia (*vid.* SSTs de 29 de abril de 1989, 6 de marzo⁹⁶⁰, 5 de abril⁹⁶¹ y 16 de mayo de 1990⁹⁶²,

959. STS Sala 2.ª, S. de 5 de marzo de 1992, núm. 572/1992, rec. 1028/1990. Pte: Ruiz Vadillo, Enrique (EDE 1992/2154).

960. STS (Sala de lo Penal) de 6 de marzo de 1990, Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Díaz Palos (RJ 1990\2402).

961. STS (Sala de lo Penal) de 5 de abril de 1990, Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Manzanares Samaniego (RJ 1990\3176), donde se declara lo siguiente:

«...la desestimación de este motivo por error de derecho, en el que se discute la aplicación del párrafo primero del tantas veces citado artículo 401 al caso de autos, no ofrece muchas dificultades. El comportamiento enjuiciado debe serlo en su totalidad y sin quiebras o fragmentaciones más o menos artificiosas, de manera que la firma por el Alcalde del correspondiente Decreto para la subasta adquiere una relevancia especial si se la conecta con su participación en aquélla, bien entendido que en contra de la pretendida motivación ejemplar-

24 de septiembre de 1991⁹⁶³, 13 de marzo⁹⁶⁴ y 12 de octubre de 1992, así como las precedentemente citadas de 5 de marzo⁹⁶⁵ y 28 de noviembre de 1992⁹⁶⁶ ⁹⁶⁷.

La acción típica consiste en el «concierto», esto es, ponerse de acuerdo con los «interesados» o «especuladores», por lo que no basta la mera solicitud o proposición dirigida a obtener el acuerdo, sino que es preciso que efectivamente se haya logrado el mismo, momento en que se produce la consumación delictiva. Además, también es acción típica el uso de cualquier otro «artificio», esto es, de alguna «maquinación». En ambos casos, concierto y artificio, junto al «dolo», existe una intención final, es decir, «defraudar» al Estado, Provincia o Municipio, considerada como «elemento subjetivo del injusto», que impide la comisión culposa del ilícito, y cuyo logro no es preciso para la consumación efectiva del mismo, que, como antes se ha dicho, se produce en el momento del concierto o la realización de la maquinación. Por último cabe indicar que el tipo únicamente es aplicable cuando el concierto o artificio aparezca en relación con «alguna comisión de suministro, contratas, ajustes o liquidaciones de efectos o haberes públicos» (como literalmente dice el precepto) que, conforme a la doctrina científica y de esta Sala, constituye una auténtico *numerus clausus*⁹⁶⁸.

Su ámbito objetivo es el de la contratación administrativa («cualquiera de los actos de las modalidades de la contratación pública» dice ahora el precep-

rizadora o al interesado socaire de aquélla, el Alcalde consigue, como único licitador, por ciento cincuenta y siete mil pesetas lo que estaba tasado en cinco millones doscientas mil, y luego, por si quedara alguna duda sobre su personal interés económico, se muestra dispuesto a devolver la propiedad del inmueble por dos millones. Hubo pues, interés en sentido legal y ello con el telón de fondo de un perjuicio crematístico a la Administración, dañada asimismo en su actividad normal».

962. STS (Sala de lo Penal) de 16 de mayo de 1990, Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Vivas Marzal (RJ 1990\3931).

963. STS (Sala de lo Penal) de 24 de septiembre de 1991, Recurso núm. 1826/1989. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Huet García (RJ 1991\6567).

964. STS núm. 626/1992 (Sala de lo Penal), de 13 de marzo, Recurso núm. 5455/1990. Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Román Puerta Luis (RJ 1992\2258).

965. STS Sala 2.ª, S. de 5 de marzo de 1992, núm. 572/1992, rec. 1028/1990. Pte: Ruiz Vadillo, Enrique (EDE 1992/2154).

966. STS Sala 2.ª, S. de 28 de noviembre de 1992, núm. 2547/1992, rec. 3935/1990. Pte: Hernández Hernández, Roberto (EDE 1992/11775).

967. STS Sala 2.ª, S. de 14 de mayo de 1994, núm. 996/1994, rec. 1618/1993. Pte: Hernández Hernández, Roberto (EDE 1994/4346).

968. STS Sala 2.ª, S. de 14 de mayo de 1994, núm. 996/1994, rec. 1618/1993. Pte: Hernández Hernández, Roberto (EDE 1994/4346).

to, actualizado su lenguaje) pero también el de «las liquidaciones de efectos o haberes públicos», que abarca al «conjunto de derechos de contenido patrimonial que corresponden a una persona pública» (STS de 16 de febrero de 1995⁹⁶⁹, que consideró que la expresión haberes públicos «no tiene que entenderse reducida, como parece pretender el recurrente, a los sueldos de los funcionarios», lo que significó la confirmación de la condena de quien se había confabulado con un contribuyente, reduciéndole el importe de la liquidación del impuesto de plusvalía). El momento consumativo lo determina la existencia de conjunción de voluntades-concierto o la exteriorización de la maquinación, quedando fuera del tipo el eventual éxito del plan que, de producirse, podría demandar un reproche penal a título de estafa, en concurso con el fraude, en opinión doctrinal mayoritaria⁹⁷⁰.

El perjuicio no es elemento necesario del delito de fraude, sino el concierto con los interesados en la contratación para defraudar al ente público y, por otra parte, el hecho de que no se cuantificase el perjuicio no quiere decir que no exista prueba de su efectiva producción⁹⁷¹.

El delito es de consumación anticipada, se consuma por el solo hecho de interesarse particularmente el funcionario en la operación, aunque luego no llegue a poderla intervenir o resolver, cualquiera que sea la causa (enfermedad, cese, anulación de la convocatoria, etc.)⁹⁷², y sin menospreciar la posibilidad de que una previa relación o situación existente con otros, aun cuando no fuere buscada de propósito, beneficie finalmente al funcionario⁹⁷³.

Como dice la STS de 27 de septiembre de 2002⁹⁷⁴, citando la de 16 de febrero de 1995⁹⁷⁵, la sanción de la malversación es compatible con la del

969. STS núm. 190/1995 (Sala de lo Penal), de 16 de febrero, Recurso núm. 834/1993. Ponente: Excmo. Sr. D. Joaquín Delgado García (RJ 1995\1176).

970. M. FERNÁNDEZ BERMEJO, «Contratación Administrativa y Derecho Penal», en *Cuadernos de Derecho Judicial, Delitos socioeconómicos en el nuevo Código Penal*, Madrid, 1996, pp. 331-362.

971. STS Sala 2.ª, S. de 27 de septiembre de 2002, núm. 1537/2002, rec. 2805/2000. Pte: Conde-Pumpido Tourón, Cándido (EDE 2002/35948).

972. Cfr. F. MORALES PRATS y M. J. RODRÍGUEZ PUERTA, «Delitos contra la Administración pública. De los fraudes y exacciones ilegales», en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, p. 1905.

973. A. GIMENO AMIGUET, «Fraudes y abusos patrimoniales. Los delitos y faltas disciplinarias contra la Hacienda militar», en *Cuadernos de Derecho Judicial, La jurisdicción militar*, Madrid, 1992, pp. 403-434.

974. STS Sala 2.ª, S. de 27 de septiembre de 2002, núm. 1537/2002, rec. 2805/2000. Pte: Conde-Pumpido Tourón, Cándido (EDE 2002/35948).

delito de fraude del art. 436, pues éste es un delito de mera actividad que se consuma con que exista la concertación con la finalidad de defraudar, por lo que la efectiva apropiación de caudales por este medio no pertenece a la perfección del delito de fraude, debiendo sancionarse en ese caso ambos delitos en relación de concurso medial⁹⁷⁶.

El dolo, como único elemento subjetivo en este delito, consiste en que el funcionario tenga conciencia y voluntad de actuar en su condición de tal funcionario que tiene que intervenir por razón de su cargo en una operación de contenido económico y de que con su comportamiento está interesándose a título particular en un asunto en el que sólo tenía que haber obrado defendiendo los intereses públicos que le estaban encomendados⁹⁷⁷.

Este delito es de mera actividad, que se consuma con la puesta en práctica del concierto o artificio defraudatorio que, si llega a buen fin, es decir si se produce el perjuicio patrimonial para la Administración, podrá existir un concurso de delitos con la estafa. El concurso también puede darse con los delitos de hurto, apropiación indebida, maquinaciones para alterar el precio de las cosas y cohecho. No cabe la frustración ni la tentativa, ni en cuanto a la participación de terceros, sancionarlos como coautores en sentido estricto, pero si en su caso, como inductores, auxiliadores o encubridores⁹⁷⁸.

3. Exigencia de derechos no debidos o en cuantía superior a la legalmente señalada

3.1. Tipificación del Código Penal

Art. 437. La autoridad o funcionario público que exigiere, directa o indirectamente, derechos, tarifas por aranceles o minutas que no sean debidos o

975. Sentencia del Tribunal Supremo núm. 190/1995 (Sala de lo Penal), de 16 de febrero, Recurso núm. 834/1993, Ponente: Excmo. Sr. D. Joaquín Delgado García (RJ 1995\1176).

976. STS Sala 2.ª, S. de 18 de febrero de 2003, núm. 257/2003, rec. 1154/2001. Pte: Abad Fernández, Enrique (EDE 2003/3643).

977. STS Sala 2.ª, S. de 22 de junio de 1995, núm. 814/1995, rec. 2825/1994. Pte: Delgado García, Joaquín (EDE 1995/3827).

978. A. GIMENO AMIGUET, «Fraudes y abusos patrimoniales. Los delitos y faltas disciplinarias contra la Hacienda militar», en *Cuadernos de Derecho Judicial, La jurisdicción militar*, Madrid, 1992, pp. 403-434.

en cuantía mayor a la legalmente señalada, será castigado, sin perjuicio de los reintegros a que viniere obligado, con las penas de multa de seis a veinticuatro meses y de suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a cuatro años.

3.2. Significación del delito

El delito antedicho tiene su fundamento en la correcta prestación del servicio público y la defensa del particular en el uso y disfrute del mismo, sancionando el comportamiento del funcionario que pretende convertir su cargo en una corrompida fuente de ingreso personal, bien exigiendo mayores retribuciones de las que puede percibir legítimamente, bien reclamando mayores emolumentos sin estar autorizado para ello.

El legislador ha unificado en el art. 437 todas aquellas conductas que consisten en obtener una ventaja patrimonial (generalmente una cantidad de dinero) bajo la apariencia de que están desempeñando funciones públicas; se excluyen, así, los posibles problemas concursales que estos preceptos ocasionaban con el anterior CP⁹⁷⁹.

En este delito son sujetos pasivos los particulares, que son quienes soportan el abuso de las autoridades o funcionarios públicos, que son los sujetos activos⁹⁸⁰. No obstante, debemos considerar como sujeto pasivo también a la propia Administración, que ve afectada su imagen con la actuación abusiva del funcionario o la autoridad.

Hemos de indicar que el tipo penal del art. 437 es esencialmente doloso y de mera actividad, y se perfecciona por el solo hecho de exigir, reclamar, pedir o demandar una cantidad por parte de autoridad o funcionario público, de modo directo o indirecto, derechos, tarifas por aranceles o minutas que no sean debidas⁹⁸¹. Asimismo, la jurisprudencia, yendo más allá del texto de la propia ley, entiende que el tipo no se verifica cuando la exigencia de mayores tasas no sea en *beneficio propio* del funcionario⁹⁸².

979. F. MORALES PRATS y M. J. RODRÍGUEZ PUERTA, «Delitos contra la Administración pública. De los fraudes y exacciones ilegales», en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, pp. 1906-1907.

980. A. SERRANO GÓMEZ y A. SERRANO MAÍLLO, *Derecho Penal. Parte especial*, 10.ª edición, Madrid, 2005, p. 829.

981. STS Sala 2.ª, S. de 20 de mayo de 2004, núm. 550/2004, rec. 1986/2002. Pte: García Ancos, Gregorio (EDE 2004/116285).

982. C. BLANCO LOZANO, *Tratado de Derecho Penal Español*, t. 2, vol. 2, 2005.

Este delito se consuma con la exigencia de los derechos, tarifas, aranceles o minutas no debidos o superiores a los debidos, sin que sea necesaria la efectiva recepción de las mismas por el funcionario ni tampoco su entrega por el particular⁹⁸³.

4. Abuso del cargo

4.1. Tipificación del Código Penal

Art. 438. *La autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo, cometiere algún delito de estafa o apropiación indebida, incurrirá en las penas respectivamente señaladas a éstos, en su mitad superior, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años.*

4.2. Significado del precepto

El CP ha mantenido la agravación específica del delito de estafa y apropiación indebida, aplicable cuando estas figuras delictivas son cometidas por un funcionario público abusando de su cargo⁹⁸⁴.

El art. 438 del CP, que estima infringido por aplicación indebida, castiga, dentro del Capítulo dedicado a los fraudes y exacciones ilegales, a la autoridad o funcionario público que abusando de su cargo cometiere algún delito de estafa. El artículo mencionado configura un delito especial propio, que absorbe al delito común de estafa, cuando es cometido por una persona que ostenta la condición de autoridad y de funcionario público. Esta modalidad lleva aparejada una pena correspondiente al delito común, en su mitad superior e inhabilitación especial⁹⁸⁵.

983. F. MORALES PRATS y M. J. RODRÍGUEZ PUERTA, «Delitos contra la Administración pública. De los fraudes y exacciones ilegales», en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, p. 1907.

984. F. MORALES PRATS y M. J. RODRÍGUEZ PUERTA, «Delitos contra la Administración pública. De los fraudes y exacciones ilegales», en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, p. 1908.

985. STS Sala 2.ª, S. de 16 de junio de 2003, núm. 866/2003, rec. 1081/2002. Pte: Martín Pallín, José Antonio (EDE 2003/92807).

Los elementos del delito se hallan perfectamente delimitados en el precepto mismo: en cuanto al sujeto activo ha de ser un funcionario público, y en cuanto al modo de proceder ha de ser abusando de su cargo ⁹⁸⁶.

La conducta prohibida por la norma no se circunscribe a un mero abuso de cargo, sino que ésta debe concretarse en la realización por parte del funcionario, abusando de dicho cargo y sin perjuicio del contenido hermenéutico que se proporcione al concepto 'abuso', de un delito de estafa o de apropiación indebida cuya comisión resulta facilitada previamente por la función o destino que el sujeto ocupa en la Administración (STS de 26 de noviembre de 1993) ⁹⁸⁷.

Teniendo en cuenta el tenor literal del precepto, debemos analizar puntualmente los delitos que integra este tipo agravado.

4.2.1. Estafa ⁹⁸⁸ cometida con abuso del cargo

Dentro del delito de estafa, se regula una serie de figuras cuyos denominadores comunes son el engaño y el perjuicio patrimonial, siendo aquél el medio de producción de éste. Atendiendo a la ubicación sistemática dentro del Código Penal, así como a la propia configuración legal, no plantea ninguna duda el afirmar que el delito de estafa es un delito contra el patrimonio. Ahora bien, establecido lo anterior debe precisarse si el objeto del delito de estafa consiste en el patrimonio considerado en su conjunto, o como universalidad, o, por el contrario, en los distintos componentes de aquél individualmente considerados ⁹⁸⁹.

El bien jurídico protegido en la estafa es, en principio, la masa patrimonial del perjudicado, aunque en los tipos agravados más adelante previstos nos encontramos con otros objetos de tutela, como pueden serlo el orden socioeconómico, los medios falsarios especialmente nocivos, o el patrimonio artístico, histórico, cultural o científico ⁹⁹⁰.

986. A. GIMENO AMIGUET, «Fraudes y abusos patrimoniales. Los delitos y faltas disciplinarias contra la Hacienda militar», en *Cuadernos de Derecho Judicial, La jurisdicción militar*, Madrid, 1992, pp. 403-434.

987. STS núm. 2649/1993 (Sala de lo Penal), de 26 de noviembre, Recurso núm. 5131/1990. Ponente: Excmo. Sr. D. Justo Carrero Ramos (RJ 1993\8843).

988. M. BAJO FERNÁNDEZ, *Los delitos de estafa en el Código Penal*, octubre de 2004.

989. P. MARTÍN GARCÍA, «Falsedad y estafa», en *Cuadernos de Derecho Judicial, Falsedades y defraudaciones*, Madrid, 1995, pp. 9-72.

990. C. BLANCO LOZANO, *Tratado de Derecho Penal Español*, t. 2, vol. 1, cit.

Cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno (art. 248.1 CP).

Al hilo de la citada fórmula, nuestra jurisprudencia ha apuntado la siguiente composición elemental del delito de referencia ⁹⁹¹:

- a) Ánimo de lucro.
- b) Engaño precedente o concurrente.
- c) Entidad del engaño suficiente para provocar el traspaso patrimonial.
- d) Producción de un error esencial en el sujeto pasivo.
- e) Desplazamiento patrimonial.
- f) Nexo causal entre el engaño y el perjuicio irrogado a la víctima.

Nosotros vamos a acotar un poco más, pudiendo delimitar que los elementos requeridos en el art. 248.1 del CP para este delito de estafa son ⁹⁹²:

1. Engaño bastante ⁹⁹³.

El CP, tras de relacionar el engaño como elemento definidor del delito de estafa, no da ninguna definición del mismo, por lo que deberá acudir al sentido común de la expresión, y así debe entenderse por engaño la acción y efecto de engañar, es decir, la acción y efecto de faltar a la verdad en lo que se dice o hace. El hecho de no haber dado el legislador una definición de lo que deba entenderse por engaño dificulta la diferenciación, cuando menos teórica, entre el delito de estafa y aquellos otros ilícitos de naturaleza estrictamente civil ⁹⁹⁴.

991. C. BLANCO LOZANO, *Tratado de Derecho Penal Español*, t. 2, vol. 1, cit.

992. STS Sala 2.ª, S. de 13 de octubre de 2004, núm. 1155/2004, rec. 1108/2003. Pte: Delgado García, Joaquín (EDE 2004/159782).

993. Cfr. J. A. CHOCLÁN MONTALVO, «Engaño bastante y deberes de autoprotección. Una visión de la estafa orientada al fin de protección de la norma», en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 2, 1999, pp. 59-63.

994. P. MARTÍN GARCÍA, «Falsedad y estafa», en *Cuadernos de Derecho Judicial, Falsedades y defraudaciones*, Madrid, 1995, pp. 9-72.

A este respecto conviene recordar aquí expresamente la regulación civil del dolo civil, integrada por los arts. 1265, 1269 y 1270 del Código Civil.

Art. 1.265

«Será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo».

Art. 1.269

«Hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho».

Ciertamente en alguna ocasión el TS ha excluido este requisito del delito de estafa en algunos casos de extrema negligencia por parte de la persona engañada, cuando se incumple algo que ordinariamente se observa por constituir una obligación específica de los deberes profesionales y de ejercicio habitual en cada caso. Por ejemplo, cuando un empleado de banca, al recibir un cheque contra una cuenta corriente, no comprueba si tal cuenta tiene fondos disponibles para cubrir el importe del efecto⁹⁹⁵.

Así, en las sentencias de 27 de marzo de 1993⁹⁹⁶, 19 de junio de 1995⁹⁹⁷, 9 de junio de 1995⁹⁹⁸ y 23 de noviembre de 1995 se subraya la necesidad de que valorar el engaño «en función de las condiciones personales del sujeto afectado». En el derecho penal italiano esta problemática del sujeto pasivo de la estafa da lugar a una figura delictiva específica (*circonvensione d'incapaci*, art. 643 CP italiano). Sin embargo, la expresión 'bastante' no se debería referir en todos los casos a las características del sujeto pasivo. La circunstancia de que éste sea incapaz o simplemente descuidado e indolente no tiene por qué beneficiar al que exterioriza una clara voluntad criminal. En principio, por lo tanto, todo comportamiento engañoso, es decir en el que se pretenda inducir a otro mediante la afirmación de un hecho falso o la ocultación de uno verdadero a una disposición patrimonial debe ser considerada un engaño si el autor estaba obligado, en las circunstancias concretas del caso, a proporcionar al sujeto pasivo una información veraz sobre esos aspectos⁹⁹⁹.

En la moderna doctrina de la estafa esta noción de engaño es consecuencia que se deduce de la concepción de este delito como un delito que, protege el patrimonio a través de la libertad de disponer de él. Desde este punto de vista toda infracción del deber de informar sobre un punto esen-

Art. 1.270

«Para que el dolo produzca la nulidad de los contratos deberá ser grave y no haber sido empleado por las dos partes contratantes.

El dolo incidental sólo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios».

995. STS Sala 2.ª, S. de 15 de julio de 2004, núm. 915/2004, rec. 1767/2002. Pte: Delgado García, Joaquín (EDE 2004/82764).

996. STS Sala 2.ª, S. de 27 de marzo de 1993, rec. 711/1991. Pte: Martín Pallín, José Antonio (EDE 1993/3029).

997. STS Sala 2.ª, S. de 19 de junio de 1995, núm. 784/1995, rec. 2417/1994. Pte: Conde-Pumpido Tourón, Cándido (EDE 1995/5266).

998. STS Sala 2.ª, S. de 9 de junio de 1995, núm. 51/1995, rec. 2123/1994. Pte: Cotta Márquez de Prado, Fernando (EDE 1995/3453).

999. STS Sala 2.ª, S. de 14 de julio de 2004, núm. 906/2004, rec. 1375/2003. Pte: Bagalupo Zapater, Enrique (EDE 2004/126891).

cial para la decisión jurídico-negocial del sujeto pasivo es bastante a los efectos del tipo del art. 248 CP ¹⁰⁰⁰.

2. Este engaño debe provocar en otro un error esencial que le induzca a realizar un acto de disposición patrimonial que produzca un perjuicio, propio o de un tercero ¹⁰⁰¹.

El engaño ha de ser idóneo, de forma que ha de tenerse en cuenta tanto su capacidad objetiva para hacer que el sujeto pasivo del mismo, como hombre medio, incurra en un error, como, al mismo tiempo, las circunstancias subjetivas del sujeto pasivo, o dicho de otra forma, su capacidad concreta para resistirse al artificio organizado por el autor; y de otro, es preciso que exista una relación de causalidad entre el engaño que provoca el error y el desplazamiento patrimonial que da lugar al perjuicio, de donde se obtiene que aquél ha de ser precedente o, al menos, concurrente, al momento en que tal desplazamiento se origina. Por lo tanto, el engaño debe ser la causa del error; el error debe dar lugar al acto de disposición y éste ha de ser la causa del perjuicio patrimonial ¹⁰⁰².

3. Acto de disposición.

Acto de disposición es tanto como toda acción determinante de un desplazamiento patrimonial ¹⁰⁰³. El tipo penal (objetivo) de este delito se integra también por el error del sujeto pasivo, la disposición patrimonial y el perjuicio del mismo carácter. También es preciso señalar que a tales elementos del tipo objetivo de la estafa se agrega la relación de causalidad que debe unir a unos con otros, de tal manera que el error sea causado por el engaño, la disposición patrimonial por el error y el perjuicio por la disposición patrimonial ¹⁰⁰⁴.

En efecto, la estafa exige ciertamente: una acción engañosa precedente o concurrente, que viene a ser su *ratio essendi*, realizada por el sujeto activo

1000. STS Sala 2.ª, S. de 14 de julio de 2004, núm. 906/2004, rec. 1375/2003. Pte: Bacigalupo Zapater, Enrique (EDE 2004/126891).

1001. *Vid.* STS Sala 2.ª, S. de 22 de septiembre de 2004, núm. 1039/2004, rec. 1821/2003. Pte: Colmenero Menéndez de Lúcar, Miguel (EDE 2004/143940).

1002. STS Sala 2.ª, S. de 22 de septiembre de 2004, núm. 1039/2004, rec. 1821/2003. Pte: Colmenero Menéndez de Lúcar, Miguel (EDE 2004/143940).

1003. P. MARTÍN GARCÍA, «Falsedad y estafa», en *Cuadernos de Derecho Judicial, Falsedades y defraudaciones*, Madrid, 1995, pp. 9-72.

1004. STS Sala 2.ª, S. de 29 de octubre de 2004, núm. 1199/2004, rec. 1715/2003. Pte: Bacigalupo Zapater, Enrique (EDE 2004/159796).

con el fin de enriquecerse él mismo o un tercero (animo de lucro); que la acción sea adecuada, eficaz y suficiente para provocar un error esencial en el sujeto pasivo; que en virtud del error este sujeto pasivo realice un acto de disposición o desplazamiento patrimonial que cause un perjuicio a él mismo o a un tercero; y que por consiguiente exista relación de causalidad entre el engaño de una parte y el acto dispositivo y perjuicio de otra ¹⁰⁰⁵.

Interesa subrayar la necesidad de ese nexo causal entre el engaño y el perjuicio experimentado, ofreciéndose éste como resultado del primero, lo que implica que el dolo del agente tiene que anteceder o ser concurrente en la dinámica defraudatoria. De este modo, cuando el delito de estafa va asociado a un negocio jurídico bilateral, el engaño consistirá en el empleo de artificios o maniobras falaces por uno de los contratantes para hacer creer al otro en ciertas cualidades aparentes de la prestación realizada, que son inexistentes, o que cumplirá la prestación futura a que se ha comprometido. En este último caso se origina un contrato criminalizado en el que el contrato mismo, en una operación de engaño fundamentalmente implícito aunque no privado de exteriorizaciones o manifestaciones que lo delatan, se erige en instrumento disimulador, de ocultación, fingimiento y fraude valiéndose el infractor de la confianza y buena fe reinante en la concertación o perfección de los contratos jurídicos, con claro y terminante ánimo *ab initio* de incumplimiento por parte del defraudador (SSTS de 2 de marzo ¹⁰⁰⁶ y 19 de mayo de 2000 ¹⁰⁰⁷, ¹⁰⁰⁸).

Complementando esta doctrina, debemos reiterar que la línea divisoria entre el dolo penal y el civil en relación a los delitos contra el patrimonio se sitúa en la tipicidad, de modo que únicamente cuando la conducta del infractor realiza el tipo penal descrito es punible la acción, lo que en relación al delito de estafa existe en los casos en los que el autor simula un propósito serio de contratar que actúa como engaño precedente, cuando en realidad sólo quiere aprovecharse del cumplimiento de lo pactado por la parte contraria, y de su propio incumplimiento del que se deriva el enriquecimiento obtenido o intentado, con el consiguiente empobrecimiento

1005. STS Sala 2.ª, S. de 20 de septiembre de 2004, núm. 1018/2004, rec. 16/2003. Pte: Ramos Gancedo, Diego Antonio (EDE 2004/135121).

1006. STS Sala 2.ª, S. de 2 de marzo de 2000, núm. 315/2000, rec. 2616/1998. Pte: Prego de Oliver y Tolivar, Adolfo (EDE 2000/1113).

1007. STS Sala 2.ª, S. de 19 de mayo de 2000, núm. 580/2000, rec. 2643/1998. Pte: Prego de Oliver y Tolivar, Adolfo (EDE 2000/10338).

1008. STS Sala 2.ª, S. de 20 de septiembre de 2004, núm. 1018/2004, rec. 16/2003. Pte: Ramos Gancedo, Diego Antonio (EDE 2004/135121).

del perjudicado; debemos recordar por lo que se refiere a la existencia del engaño antecedente y bastante la condición de gestor del recurrente, profesional de la gestión de activos y pasivos financieros, como se deriva de la propia carta citada y de la oferta pública de sus servicios en los medios de comunicación, a través de los que contactó el perjudicado (SSTS de 17 de noviembre de 1997¹⁰⁰⁹, 20 de julio de 1998¹⁰¹⁰ y 11 de junio de 2000, entre otras)¹⁰¹¹.

También se consideraran reos de estafa los que, con ánimo de lucro, y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante consigan la transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de tercero (art. 248.2 CP). La misma pena se aplicará a los que fabriquen, introdujeran, poseyeran o facilitaren programas de ordenador específicamente destinados a la comisión de las estafas previstas en este artículo (art. 248.3 CP).

La línea divisoria entre el dolo civil y el penal en los delitos contra el patrimonio se sitúa en la tipicidad que actúa como divisa y delimitación del dolo penal, de tal suerte que si en la conducta del agente se encuentran todos los elementos de la estafa, su acción queda ubicada dentro de la ilicitud penal, lo que nada tiene que ver con el riesgo de criminalizar todo incumplimiento contractual –SSTS de 17 de noviembre de 1997¹⁰¹², 20 de julio de 1998¹⁰¹³, de 14 de mayo de 2002¹⁰¹⁴, y de 27 de marzo de 2003¹⁰¹⁵, entre otras–¹⁰¹⁶.

Los reos de estafa serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años, si la cuantía de lo defraudado excediere de 400 euros. Para la

1009. STS Sala 2.ª, S. de 17 de noviembre de 1997, núm. 1427/1997, rec. 2721/1996. Pte: Vega Ruiz, José Augusto de (EDE 1997/8530).

1010. STS Sala 2.ª, S. de 20 de julio de 1998, núm. 987/1998, rec. 2781/1997. Pte: Vega Ruiz, José Augusto de (EDE 1998/11997).

1011. STS Sala 2.ª, S. de 20 de septiembre de 2004, núm. 1018/2004, rec. 16/2003. Pte: Ramos Gancedo, Diego Antonio (EDE 2004/135121).

1012. STS Sala 2.ª, S. de 17 de noviembre de 1997, núm. 1427/1997, rec. 2721/1996. Pte: Vega Ruiz, José Augusto de (EDE 1997/8530).

1013. STS Sala 2.ª, S. de 20 de julio de 1998, núm. 987/1998, rec. 2781/1997. Pte: Vega Ruiz, José Augusto de (EDE 1998/11997).

1014. STS Sala 2.ª, S. de 14 de mayo de 2002, núm. 880/2002, rec. 368/2000. Pte: Giménez García, Joaquín (EDE 2002/24248).

1015. STS Sala 2.ª, S. de 27 de marzo de 2003, núm. 464/2003, rec. 1789/2001. Pte: Giménez García, Joaquín (EDE 2003/25332).

1016. STS Sala 2.ª, S. de 17 de septiembre de 2004, núm. 1007/2004, rec. 686/2003. Pte: Giménez García, Joaquín (EDE 2004/143934).

fijación de la pena se tendrá en cuenta el importe de lo defraudado, el quebranto económico causado al perjudicado, las relaciones entre éste y el defraudador, los medios empleados por éste y cuantas otras circunstancias sirvan para valorar la gravedad de la infracción (art. 249 CP).

El delito de estafa será castigado con las penas de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses, cuando (art. 250.1 CP):

1.º) Recaiga sobre cosas de primera necesidad, viviendas u otros bienes de reconocida utilidad social.

2.º) Se realice con simulación de pleito o empleo de otro fraude procesal.

3.º) Se realice mediante cheque, pagaré, letra de cambio en blanco o negocio cambiario ficticio ¹⁰¹⁷.

4.º) Se perpetre abusando de firma de otro, o sustrayendo, ocultando o inutilizando, en todo o en parte, algún proceso, expediente, protocolo o documento público u oficial de cualquier clase.

5.º) Recaiga sobre bienes que integren el patrimonio artístico, histórico, cultural o científico.

6.º) Revista especial gravedad, atendiendo al valor de la defraudación, a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que deje a la víctima o a su familia.

La agravación prevista en el artículo 250.1.6 del CP no sólo hace referencia al valor de lo defraudado, sino también a la cantidad del perjuicio y a la situación económica en que deje a la víctima o a su familia. En segundo término, que los dos coimputados tuvieron una diferente participación en el delito, pese a lo cual han sido condenados a la misma pena por la estafa ¹⁰¹⁸.

Es un error entender que la agravación que se contiene en dicho precepto requiere para poder ser aplicada esas tres circunstancias, pues aunque en él se introduce una conjunción copulativa, desde siempre la jurisprudencia ha entendido que se trata de tres modalidades totalmente independientes, de tal modo que basta que concurra una de ellas para que se aprecie tal circunstancia modificativa y ello interpretando la norma en relación con lo

1017. Cfr. L. PORTERO GARCÍA, «Infracciones penales relacionadas con instrumentos mercantiles de crédito y de pago», en *Libro homenaje al fiscal Luis Portero*, Madrid 2001.

1018. STS Sala 2.ª, S. de 30 de septiembre de 2004, núm. 1045/2004, rec. 1119/2003. Pte: García Ancos, Gregorio (EDE 2004/143920).

que ocurre en el artículo 235.3 y 4 respecto al delito de hurto. Además, con la interpretación contraria, amén de que casi nunca podría aplicarse, se caería en el absurdo de que, por ejemplo, la defraudación de una gran cantidad de dinero no estaría agravada si no dejaba en la indigencia a la persona defraudada o a su familia¹⁰¹⁹.

7.º). Se cometa abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador, o aproveche éste su credibilidad empresarial o profesional.

Si concurrieran las circunstancias 6.ª o 7.ª con la 1.ª del número anterior se impondrán las penas de prisión de cuatro a ocho años y multa de doce a veinticuatro meses (art. 250.2 CP).

Asimismo, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años (art. 251 CP):

1.º) Quien, atribuyéndose falsamente sobre una cosa mueble o inmueble facultad de disposición de la que carece, bien por no haberla tenido nunca, bien por haberla ya ejercitado, la enajenare, gravare o arrendare a otro, en perjuicio de éste o de tercero. No se castiga a quien se atribuye falsamente la titularidad registral, sino a quien se atribuye facultades de disposición de las que carece¹⁰²⁰.

Por tanto es requisito esencial de este tipo delictivo el que el sujeto activo se atribuya un poder de disposición que no tiene¹⁰²¹. Este tipo es muy común en cuanto al demanio se refiere. Si se persiguieran todas y cada una de las disposiciones que se hacen sobre el dominio público colapsaríamos los tribunales.

Señala el TS que se regula en el art. 251 CP una figura específica de estafa para sancionar una conducta que, en los casos en que el perjudicado sea la misma persona que adquiere, arrienda o en favor de la cual se constituye el gravamen, encajaría en las previsiones de la estafa genérica de no existir este artículo, y que, en esos casos, se caracteriza por una modalidad concreta de engaño, consistente en aparentar frente al perjudicado una facultad de

1019. STS Sala 2.ª, S. de 30 de septiembre de 2004, núm. 1045/2004, rec. 1119/2003. Pte: García Ancos, Gregorio (EDE 2004/143920).

1020. STS Sala 2.ª, S. de 19 de septiembre de 2002, núm. 1514/2002, rec. 4105/2000. Pte: Moner Muñoz, Eduardo (EDE 2002/37184).

1021. STS Sala 2.ª, S. de 20 de abril de 2004, núm. 509/2004, rec. 371/2003. Pte: Abad Fernández, Enrique (EDE 2004/31426).

disposición de la que se carece sobre el bien mueble o inmueble que se enajena, grava o arrienda ¹⁰²².

En principio, el engaño debe revestir las mismas características que se exigen para el que opera como requisito de la estafa genérica, es decir, debe ser un engaño bastante para producir el error en otro, induciéndolo a realizar el acto del que se deriva su perjuicio. Así, se ha señalado que el engaño ha de ser idóneo, de forma que ha de tenerse en cuenta tanto su capacidad objetiva para hacer que el sujeto pasivo del mismo, como hombre medio, incurra en un error, como, al mismo tiempo, las circunstancias subjetivas del sujeto pasivo, o dicho de otra forma, su capacidad concreta para resistirse al artificio organizado por el autor. La atención a las circunstancias del caso ha sido resaltada también en otras ocasiones (STS de 19 de abril de 2002) ¹⁰²³, señalando que: «El engaño calificado de “bastante”, tanto por el Legislador de 1973 como por el de 1995, debe atemperarse a las circunstancias del caso, considerando parámetros tanto objetivos como subjetivos, siendo trascendental su entidad para definir la clase de responsabilidad exigida (SSTS entre otras de 2 de marzo ¹⁰²⁴, 28 de marzo ¹⁰²⁵, 19 de mayo ¹⁰²⁶ o 5 de junio de 2000 ¹⁰²⁷ o 22 de enero ¹⁰²⁸ y 14 de mayo de 2001 ¹⁰²⁹)» ¹⁰³⁰.

2.º) El que dispusiere de una cosa mueble o inmueble ocultando la existencia de cualquier carga sobre la misma, o el que, habiéndola enajena-

1022. STS Sala 2.ª, S. de 12 de marzo de 2004, núm. 345/2004, rec. 2154/2002. Pte: Colmenero Menéndez de Lúcar, Miguel (EDE 2004/13202).

1023. STS Sala 2.ª, S. de 19 de abril de 2002, núm. 686/2002, rec. 2351/2000. Pte: Saavedra Gallo, Pablo (EDE 2002/12194).

1024. STS Sala 2.ª, S. de 2 de marzo de 2000, núm. 315/2000, rec. 2616/1998. Pte: Prego de Oliver y Tolivar, Adolfo (EDE 2000/1113).

1025. STS Sala 2.ª, S. de 28 de marzo de 2000, núm. 503/2000, rec. 494/1999. Pte: Saavedra Ruiz, Juan (EDE 2000/6154).

1026. STS Sala 2.ª, S. de 19 de mayo de 2000, núm. 580/2000, rec. 2643/1998. Pte: Prego de Oliver y Tolivar, Adolfo (EDE 2000/10338).

1027. STS Sala 2.ª, S. de 5 de junio de 2000, núm. 1012/2000, rec. 3685/1998. Pte: Ramos Gancedo, Diego Antonio (EDE 2000/14599).

1028. STS Sala 2.ª, S. de 22 de enero de 2001, núm. 52/2001, rec. 2681/1999. Pte: Saavedra Ruiz, Juan (EDE 2001/2882).

1029. STS Sala 2.ª, S. de 14 de mayo de 2001, núm. 821/2001, rec. 3693/1999. Pte: Saavedra Ruiz, Juan (EDE 2001/9098).

1030. STS Sala 2.ª, S. de 12 de marzo de 2004, núm. 345/2004, rec. 2154/2002. Pte: Colmenero Menéndez de Lúcar, Miguel (EDE 2004/13202).

do como libre, la gravare o enajenare nuevamente antes de la definitiva transmisión al adquirente, en perjuicio de éste, o de un tercero.

El concepto de carga, por mucha flexibilidad que el legislador quiera atribuir, no puede desbordar la idea que el TS ha venido manejando al considerar como tal: «cualquier gravamen que pudiera pesar sobre la finca afectando de forma directa su valor de mercado», pero en todo caso debe incidir particular e individualizadamente sobre la vivienda o inmueble en general y alguna persona (física o jurídica) debe ostentar la titularidad de tal carga. La doctrina de esta Sala ha llegado a decir que el gravamen a que el precepto se refiere no queda limitado exclusivamente a las reales como prendas o hipotecas, sino también a anotaciones preventivas, embargos judiciales y prohibiciones de enajenar ¹⁰³¹.

En cuanto a la disposición, ciertamente la presente cuestión ha sido objeto de encontradas posiciones jurisprudenciales. Por una parte, el criterio rigurosamente civilista, según el cual la transmisión de la propiedad exige la concurrencia del título y el modo (art. 609, 1095, 1462 CC), de forma que, no consumándose la venta con la *traditio*, el vendedor seguiría siendo dueño de la cosa y en consecuencia no realizaría ningún acto fraudulento mediante la segunda venta, tratándose en todo caso de un ilícito civil a resolver por las normas del CC, Jurisprudencia tanto anterior como posterior a la reforma del art. 531 por la Ley de 1983 (SSTS de 17 de diciembre de 1976, 17 de noviembre de 1977, 19 de mayo ¹⁰³², 18 de octubre de 1978 ¹⁰³³, 22 de julio de 1984, 25 de febrero de 1985 ¹⁰³⁴, 26 de julio de 1988 ¹⁰³⁵, 26 de mayo, 15 de octubre de 1990 ¹⁰³⁶, 29 de enero de 1992 ¹⁰³⁷, 19 de junio de

1031. STS Sala 2.ª, S. de 23 de febrero de 2004, núm. 215/2004, rec. 928/2003. Pte: Soriano Soriano, José Ramón (EDE 2004/12813).

1032. STS Sala 2.ª, S. de 19 de mayo de 1978, núm. 480/1978. Pte: Gómez de Liaño y Cobaleda, Mariano (EDE 1978/1022).

1033. STS Sala 2.ª, S. de 18 de octubre de 1978, núm. 812/1978. Pte: Huerta y Álvarez de Lara, Antonio (EDE 1978/1327).

1034. STS Sala 2.ª, S. de 25 de febrero de 1985. Pte: Moyna Ménguez, José Hermenegildo (EDE 1985/1202).

1035. STS Sala 2.ª, S. de 26 de julio de 1988. Pte: Ruiz Vadillo, Enrique (EDE 1988/6673).

1036. STS Sala 2.ª, S. de 15 de octubre de 1990. Pte: Ruiz Vadillo, Enrique (EDE 1990/9319).

1037. STS Sala 2.ª, S. de 29 de enero de 1992, rec. 251/1990. Pte: Díaz Palos, Fernando (EDE 1990/731).

1997¹⁰³⁸, 2 de abril de 1998¹⁰³⁹, 20 de julio de 2000¹⁰⁴⁰, entre otras). Por otra parte, la Jurisprudencia que ha dado cabida a la doble enajenación en supuestos de enajenación sin *traditio* y venta a un segundo comprador, por cuanto en estos casos el vendedor común se finge dueño de un bien que ya no le pertenece, como parece desprenderse de los arts. 1450 y 1473, ambos CC (SSTS de 9 de octubre de 1968, 15 de abril de 1970, 21 de marzo de 1977, 11 de junio de 1979¹⁰⁴¹, 20 de octubre de 1988, 30 de marzo de 1990¹⁰⁴², 3 de julio de 1992¹⁰⁴³, 14 de febrero de 1994¹⁰⁴⁴, 13 de octubre de 1998¹⁰⁴⁵, 19 de noviembre de 2002¹⁰⁴⁶, entre otras). Tampoco podemos olvidar que incluso antes de la reforma de 1983 la doble venta, considerándose desde antiguo que incurría en estafa quien, fingiéndose ser dueño de una cosa inmueble la enajenara, siendo por ello innecesaria la reforma excepto en lo relativo a incluir también los bienes muebles como objeto de la infracción. Desde el punto de vista del CC el art. 1473, que se refiere específicamente a la doble venta, presupone una única parte vendedora y una pluralidad de partes compradoras intervinientes en ventas separadas, válidas pero no consumadas, como se deduce inequívocamente de dicho precepto, pues de no ser así no se trataría de un supuesto de doble venta sino de venta de cosa ajena. Por otra parte, el art. 1450 CC, que consagra el carácter consensual de la compraventa, sin que requiera para su perfección la escritura pública, establece la distinción entre la perfección y la conclusión del contrato, sin perjuicio de la eficacia meramente obligatoria del acuerdo

1038. STS Sala 2.ª, S. de 19 de junio de 1997, núm. 903/1997, rec. 1805/1996. Pte: Puerta Luis, Luis Román (EDE 1997/5698).

1039. STS Sala 2.ª, S. de 2 de abril de 1998, núm. 1057/1997, rec. 3132/1996. Pte: Marañón Chávarri, José Antonio (EDE 1998/2625).

1040. STS Sala 2.ª, S. de 20 de julio de 2000, núm. 1358/2000, rec. 3308/1998. Pte: Aparicio Calvo-Rubio, José (EDE 2000/21348).

1041. STS Sala 2.ª, S. de 11 de junio de 1979, núm. 764/1979. Pte: Gil Sáez, Benjamín (EDE 1979/2098).

1042. STS Sala 2.ª, S. de 30 de marzo de 1990. Pte: Moyna Ménguez, José Hermenegildo (EDE 1990/3566).

1043. STS Sala 2.ª, S. de 3 de julio de 1992, núm. 1618/1992, rec. 5595/1990. Pte: Martínez-Pereda Rodríguez, José Manuel (EDE 1992/7304).

1044. STS Sala 2.ª, S. de 14 de febrero de 1994, rec. 1587/1992. Pte: Martín Pallín, José Antonio (EDE 1994/1250).

1045. STS Sala 2.ª, S. de 13 de octubre de 1998, núm. 1182/1998, rec. 2045/1997. Pte: García-Calvo y Montiel, Roberto (EDE 1998/23105).

1046. STS Sala 2.ª, S. de 19 de noviembre de 2002, núm. 1927/2002, rec. 731/2001. Pte: Martínez Arrieta, Andrés (EDE 2002/51883).

sobre la cosa objeto del contrato y el precio, aunque ni la una ni el otro se hayan entregado, lo que parece ser más conforme a la finalidad perseguida por el Legislador, que trata de preservar más la eficacia obligatoria del contrato que la consumación del derecho real, teniendo en cuenta que se trata de proteger en la mayoría de los casos a las víctimas de fraudes inmobiliarios que, después de hacer entrega de anticipos sobre el precio de la compraventa en documento privado, podían verse desprotegidos frente a adquirentes posteriores amparados en el Registro de la Propiedad. La última Jurisprudencia del TS se ha decantado claramente por la segunda tesis, que considera «suficiente la venta en documento privado sin *traditio* posterior para entender consumada la estafa en su modalidad de ‘doble venta’. La denominada estafa de doble venta, prevista y penada en el art. 531.2 del CP de 1973, fue modificada por Ley Orgánica de 25 de junio de 1983, introduciendo algunos supuestos delictivos que antes no estaban expresamente previstos, entre ellos precisamente este supuesto de la doble venta. Y en esa sentencia se recoge una cuestión esencial, cual es que la existencia de la doble venta punible exige que el vendedor mantenga la disposición y la titularidad de los bienes vendidos de tal manera que, cuando realiza la segunda venta sepa y conozca la realización de la anterior, aunque haya sido en documento privado y no haya transmitido la disposición, exteriorizando de esta manera su propósito defraudatorio. Si hubiese dejado de tener la disposición al haberse consumado la venta anterior no existiría propiamente una segunda venta y simplemente se trataría de un contrato simulado o fingimiento de venta, modalidad de estafa que viene prevista en el párrafo primero del art. 531 antes citado», añadiendo que «si el vendedor, además de otorgar el documento privado de venta, cumpliéndose el perfeccionamiento del contrato como dispone el art. 1450 del CC, hubiese seguido la entrega de la cosa vendida, aunque hubiese sido simbólica o instrumentalmente, lo que hubiese determinado la consumación de la compraventa, al entregarse la disposición, la segunda venta no sería tal, sino que el sujeto fingiría ser dueño de algo que ya no es suyo, y esa conducta, como se ha expresado con anterioridad, viene prevista en el párrafo primero del art. 531 del CP de 1973 que castiga al que fingiéndose dueño de una cosa mueble la enajenare y no incardinaría, por el contrario, en el párrafo segundo que exige, como se ha dejado expuesto, que la venta no se haya consumado. La STS de 19 de noviembre de 2002¹⁰⁴⁷ argumenta que «los dos

1047. STS Sala 2.ª, S. de 19 de noviembre de 2002, núm. 1927/2002, rec. 731/2001. Pte: Martínez Arrieta, Andrés (EDE 2002/51883).

párrafos del art. 531 del CP, Texto de 1973, contemplan dos supuestos distintos, el de la venta consumada, mediante la realización del título y el modo, y el de la venta no consumada porque el vendedor, pese a la realización de un contrato –título– no ha transmitido la cosa –modo–, pero la venta ha sido realizada. A esta posición nos adscribimos con reiteración de la jurisprudencia de esta Sala que así ha interpretado este tipo penal. La argumentación de la sentencia impugnada, en cuanto refiere la atipicidad de la conducta declarada probada porque no existió una auténtica compraventa al no concurrir la *traditio*, entendiendo que existe un derecho de crédito del «comprador» frente al vendedor, pero no una enajenación que pueda ser considerada como tal y presupuesto de la estafa inmobiliaria, no puede ser compartida toda vez que la interpretación conjunta de los dos párrafos del art. 531 (TR 1973), permite distinguir los dos supuestos antes referidos: la venta consumada, con título y modo, y la realizada y no transmitida que es objeto de nueva enajenación, doble venta, al que se refiere el segundo párrafo del art. 531 del CP aplicable a los hechos»¹⁰⁴⁸.

3.º) El que otorgare en perjuicio de otro un contrato simulado.

La forma de estafa impropia descrita en ese precepto (SSTS de 25 de octubre de 1991¹⁰⁴⁹ y de 7 de febrero de 1996)¹⁰⁵⁰ requiere que se produzca el otorgamiento de un contrato ficticio, cuya única causa real es la producción de un perjuicio a un tercero. Y no cabe duda que de tal es lo aquí realmente sucedido, puesto que el recurrente convino con otra persona (que no ha sido acusada) crear la apariencia de un subarriendo, con el único objeto de frustrar el desahucio judicial acordado, y todo, claramente, en perjuicio del titular del inmueble, que se vio inicialmente impedido – por tal motivo– para ejercer su derecho, reconocido en sentencia ya firme¹⁰⁵¹.

En principio, podemos afirmar que no son incompatibles la falsedad en documento mercantil y la estafa. Somos conscientes de que esta afirmación no se halla exenta de polémica, agudizada en los casos en que, siendo el documento falso medio necesario para cometer el delito, colisionaba su

1048. STS Sala 2.ª, S. de 18 de octubre de 2003, núm. 1329/2003, rec. 3664/2001. Pte: Saavedra Ruiz, Juan (EDE 2003/127685).

1049. STS Sala 2.ª, S. de 25 de octubre de 1991, rec. 5478/1988. Pte: Martínez-Pereda Rodríguez, José Manuel (EDE 1991/10098).

1050. STS Sala 2.ª, S. de 7 de febrero de 1996, núm. 88/1996, rec. 749/1995. Pte: Montero Fernández-Cid, Ramón (EDE 1996/592).

1051. STS Sala 2.ª, S. de 4 de junio de 2002, núm. 1040/2002, rec. 1856/2000. Pte: Andrés Ibáñez, Perfecto (EDE 2002/20099).

aplicación con la figura agravada del art. 251.1.3: «Realizar (el delito) mediante cheque, pagaré, letra de cambio en blanco o negocio cambiario ficticio». Pues bien, si en este caso la Sala Segunda, en Pleno no jurisdiccional de 8 de marzo de 2002¹⁰⁵², estimó mayoritariamente que no se infringía el principio *non bis in idem* y era compatible la punición de la estafa cualificada y la falsedad de documento mercantil a que el precepto se refería, con más razón deberá castigarse conjuntamente (art. 77: concurso medial) la falsedad de documentos mercantiles distintos a los mencionados y su utilización instrumental para cometer una estafa¹⁰⁵³.

Entrando de lleno en la estafa dentro del abuso del cargo, según la doctrina mayoritaria se trata de una modalidad agravada del delito de estafa por razón del abuso de las funciones públicas, pero que requiere desde luego que concurren los elementos típicos de la estafa conforme al art. 248 del CP: engaño bastante, realización por el engaño de un acto de disposición, y ánimo de lucro propio o de un tercero (SSTS de 17 de febrero de 1981¹⁰⁵⁴ y 9 de mayo de 1985¹⁰⁵⁵)¹⁰⁵⁶.

En estos casos se produce un concurso aparente entre la previsión típica del art. 438 del CP y el delito de estafa del art. 248 CP, agravado por la concurrencia de la circunstancia agravante genérica del art. 22.7 del CP, que debe ser resuelto a favor de la aplicación del art. 438¹⁰⁵⁷.

En todo caso, deben concurrir los elementos que vertebran la estafa, es decir, un engaño idóneo para producir un error en otro sujeto pasivo que engendra un acto de disposición patrimonial del que se deriva un perjuicio bien para el sujeto pasivo u otra persona. La característica del delito de estafa está, precisamente, en la colaboración que presta el propio sujeto pasivo del engaño, pues es él quien debe realizar el acto de disposición, bien

1052. TS Sala 2.ª, Acuerdo no Jurisdiccional 8 de marzo de 2002 (EDE 2002/10113).

1053. STS Sala 2.ª, S. de 12 de febrero de 2003, núm. 238/2003, rec. 975/2001. Pte: Soriano Soriano, José Ramón (EDE 2003/1602).

1054. STS (Sala de lo Criminal) de 17 de febrero de 1981, Ponente: Excmo. Sr. D. José Hermenegildo Moyna Mengües (RJ 1981\660).

1055. STS (Sala de lo Criminal) de 9 de mayo de 1985, Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Cotta Márquez de Prado (RJ 1985\2458).

1056. Cfr. STS Sala 2.ª, S. de 4 de febrero de 2002, núm. 161/2002, rec. 256/2000. Pte: Giménez García, Joaquín (EDE 2002/3280).

1057. F. MORALES PRATS y M. J. RODRÍGUEZ PUERTA, «Delitos contra la Administración pública. De los fraudes y exacciones ilegales», en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, p. 1908.

que inducido por el engaño y a consecuencia del error que ello le provoca, en adecuado nexo de causalidad¹⁰⁵⁸.

No define el CP qué deba entenderse por engaño, pero por tal debemos entender usualmente la acción y el efecto de hacer creer a alguien, algo que no es verdad, y de forma análoga el Diccionario de la Real Academia estima por tal «falta de verdad en lo que se dice, hace, cree, piensa o discurre», y por engañar «dar a la mentira apariencia de verdad». Desde la perspectiva jurisprudencial, sólo citaremos *ad exemplum* la STS de 23 de abril de 1992¹⁰⁵⁹ (asunto síndrome tóxico): el engaño sería toda afirmación como verdadero de un hecho en realidad falso o bien el ocultamiento o deformación de hechos verdaderos (en idéntico sentido, STS de 23 de abril de 1997¹⁰⁶⁰)¹⁰⁶¹.

Además, dicho engaño debe ser bastante, antecedente y causante. Que el engaño sea bastante nos reenvía al juicio de idoneidad desde una doble perspectiva¹⁰⁶²:

a) Que objetivamente aquella maquinación sea capaz de producir error por adoptar una cierta verosimilitud o apariencia de verdad suficiente para que en el momento social en el que se produce pueda ser estimada como idónea para producir error en cualquier persona de conocimientos y habilidades usuales en esa realidad social abstractamente contemplada.

b) Que subjetivamente deba estimarse bastante a la vista de las concretas circunstancias y condiciones personales del sujeto engañado en una valoración totalmente individualizada. Ello hace que la adecuación típica del engaño al requisito legal de ser «bastante» no pueda ser tenida en cuenta *a priori*, sino que será en el examen de cada caso enjuiciado y desde la doble perspectiva expuesta; la jurisprudencia de esta Sala se refiere en ocasiones a unos baremos objetivos y subjetivos. En tal sentido, SSTs de 27 de mayo

1058. STS Sala 2.ª, S. de 4 de febrero de 2002, núm. 161/2002, rec. 256/2000. Pte: Giménez García, Joaquín (EDE 2002/3280).

1059. STS (Sala de lo Penal) de 23 de abril de 1992, Recurso núm. 3654/1990. Ponente: Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater (RJ 1992\6783).

1060. STS núm. 598/1997 (Sala de lo Penal), de 23 de abril, Recurso de Casación núm. 1728/1996. Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez (RJ 1997\3260).

1061. STS Sala 2.ª, S. de 4 de febrero de 2002, núm. 161/2002, rec. 256/2000. Pte: Giménez García, Joaquín (EDE 2002/3280).

1062. STS Sala 2.ª, S. de 4 de febrero de 2002, núm. 161/2002, rec. 256/2000. Pte: Giménez García, Joaquín (EDE 2002/3280).

de 1988¹⁰⁶³, 6 de febrero de 1989¹⁰⁶⁴, 7 de marzo de 1990¹⁰⁶⁵ y 26 de julio de 2000¹⁰⁶⁶, entre otras.

Que el engaño sea antecedente, quiere decir que debe ser anterior y precedente del acto de disposición, ya que éste viene a ser consecuencia, y por tanto posterior a aquel, de suerte que los supuestos de *dolo subsequens* quedan extramuros del delito de estafa. Que el engaño sea causal supone la existencia de un nexo de causalidad entre éste y la disposición patrimonial, de forma que ésta sea generada por el engaño que actúa como antecedente necesario sin el cual no se hubiese producido el acto de disposición¹⁰⁶⁷.

El TS, como consecuencia de la exigencia legal de ser bastante el engaño, ha estimado, en ocasiones, que no puede acogerse a la protección penal que invoca quien en las relaciones del tráfico jurídico-económico no guarda la diligencia que le era exigida en atención al puesto que ocupaba el contexto en que se produce el engaño, y así, en virtud de este principio de autorresponsabilidad, ha estimado que esa falta de diligencia que le era debida y exigible impide la criminalización del engaño —SSTS 1285/1998, de 29 de octubre¹⁰⁶⁸, núm. 529/2000, de 27 de marzo¹⁰⁶⁹, 738/2000, de 6 de noviembre¹⁰⁷⁰, 2006/2000, de 22 de diciembre¹⁰⁷¹, y 1686/2001, de 24 de septiembre¹⁰⁷²—¹⁰⁷³.

1063. STS Sala 2.ª, S. de 27 de mayo de 1988. Pte: Vivas Marzal, Luis (EDE 1988/4524).

1064. STS Sala 2.ª, S. de 6 de febrero de 1989. Pte: Vivas Marzal, Luis (EDE 1989/1074).

1065. STS Sala 2.ª, S. de 7 de marzo de 1990. Pte: García Pérez, Siro Francisco (EDE 1990/2548).

1066. STS Sala 2.ª, S. de 26 de julio de 2000, núm. 1349/2000, rec. 3265/1998. Pte: García Ancos, Gregorio (EDE 2000/21776).

1067. STS Sala 2.ª, S. de 4 de febrero de 2002, núm. 161/2002, rec. 256/2000. Pte: Giménez García, Joaquín (EDE 2002/3280).

1068. STS Sala 2.ª, S. de 29 de octubre de 1998, núm. 1285/1998, rec. 1186/1998. Pte: Jiménez Villarejo, José (EDE 1998/20390).

1069. STS Sala 2.ª, S. de 27 de marzo de 2000, núm. 529/2000, rec. 3271/1998. Pte: Giménez García, Joaquín (EDE 2000/3736).

1070. STS Sala 2.ª, S. de 3 de mayo de 2000, núm. 738/2000, rec. 4187/1998. Pte: Giménez García, Joaquín (EDE 2000/11265).

1071. STS Sala 2.ª, S. de 22 de diciembre de 2000, núm. 2006/2000, rec. 125/1999. Pte: Delgado García, Joaquín (EDE 2000/43316).

1072. STS Sala 2.ª, S. de 24 de septiembre de 2001, núm. 1686/2001, rec. 3638/1999. Pte: Giménez García, Joaquín (EDE 2001/31946).

Los elementos típicos que exige esta figura especial de estafa son dos ¹⁰⁷⁴:

a) Que el sujeto activo sea funcionario público de acuerdo con la definición legal.

b) Que se verifique un abuso de su cargo para la perpetración del delito de estafa, debiéndose entender tal abuso como una efectiva facilitación para la comisión del delito, ello desde una doble perspectiva: ya porque el funcionario sea competente para el acto en el que se produce el engaño, o bien en casos en el que el acto en concreto carezca de competencia pero se le atribuye —STS de 4 de marzo de 1994—, pues en ambos casos se da el abuso de funciones, bien cuando el engaño se produce en relación a un acto para el que se es competente, o bien cuando se aparenta una competencia que no se tiene sobre el pretendido acto.

4.2.2. *Apropiación indebida* ¹⁰⁷⁵ cometida con abuso del cargo

Contra lo que pudiera parecer, el perfil del delito de apropiación indebida en el marco de los delitos patrimoniales (esto es, de los delitos contra un bien Jurídico *de titularidad individual* definible —todavía en un sentido laxo— como el patrimonio de las personas) dista mucho de ser nítido. Por el contrario, la configuración del tipo objetivo de este delito suscita numerosas dudas, a las que doctrina y jurisprudencia han intentado dar respuesta con mayor o menor acierto: efectivamente, cuestiones como la del sujeto activo (especial) que puede cometer este delito, la del contenido de las modalidades de conducta típica legalmente descritas ¹⁰⁷⁶ (ahora, en el art. 252 CP) o la de las posibles causas de justificación con origen en el Derecho Privado que pueden existir, han ocupado y continúan ocupando espacio en las discusiones al respecto ¹⁰⁷⁷.

1073. STS Sala 2.ª, S. de 4 de febrero de 2002, núm. 161/2002, rec. 256/2000. Pte: Giménez García, Joaquín (EDE 2002/3280).

1074. STS Sala 2.ª, S. de 4 de febrero de 2002, núm. 161/2002, rec. 256/2000. Pte: Giménez García, Joaquín (EDE 2002/3280).

1075. J. M. PAREDES CASTAÑÓN, «Lesión del bien jurídico y consumación en el delito de apropiación indebida», en *Revista del Poder Judicial*, núm. 46, segundo trimestre de 1997, pp. 217-258.

1076. Cfr. J. G. FERNÁNDEZ TERUELO, *Estudios de Derecho Penal Económico*, cit.

1077. J. M. PAREDES CASTAÑÓN, «Lesión del bien jurídico y consumación en el delito de apropiación indebida», cit., pp. 217-258.

El CP tipifica como apropiación indebida la actuación de aquellos que, en perjuicio de otro, se apropiaren o distrajeren dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial que hayan recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido, cuando la cuantía de lo apropiado exceda de cuatrocientos euros. Considera el CP que el delito se agravará en el caso de depósito necesario o miserable (art. 252 CP).

Tales objetos tienen que haberse recibido *en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos*. A este respecto, nuestra jurisprudencia viene proponiendo el siguiente listado legal de títulos determinantes de tal obligación en relación con este delito ¹⁰⁷⁸:

- a) Depósito.
- b) Mandato.
- c) Comisión.
- d) Mediación o corretaje.
- e) Administración.
- f) Comodato.
- g) Arrendamiento de cosas, obras o servicios.
- h) Aparcería.
- i) Transporte.
- j) Prenda.
- k) Compraventa con pacto de reserva de dominio.
- l) Sociedad.
- m) Cualquier otro título que, transmitiendo legítimamente la posesión de las cosas, no tenga virtud traslativa de la propiedad, quedando pendiente la obligación de hacerla llegar a un tercero, o de reintegrarlas o restituirlas en su momento al prístino poseedor que interinamente se desprendió de ellas.

El TS ¹⁰⁷⁹ tiene declarado (cfr. STS de 18 de febrero de 2005, núm. 1364/2005) ¹⁰⁸⁰ que la estructura típica del delito de apropiación indebida parte de la concurrencia de los siguientes elementos:

1078. C. BLANCO LOZANO, *Tratado de Derecho Penal Español*, t. 2, vol. 1, cit.

1079. STS Sala 2.ª, S. de 7 de noviembre de 2005, núm. 1386/2005, rec. 1525/2004. Pte: Monterde Ferrer, Francisco (EDE 2005/207220).

a) que el sujeto activo reciba de otro uno de los objetos típicos, esto es, dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial.

En este elemento se requiere que el sujeto activo tenga el objeto del delito en virtud de una legítima posesión por haberlo recibido de otro;

b) que el objeto típico haya sido entregado al autor por uno de los títulos que generan la obligación de entregarlos o devolverlos, definición que incluye a los títulos que incorporan una obligación condicionada a entregarlos o devolverlos, excluyendo aquellos que suponen la entrega de la propiedad;

c) que el sujeto activo realice una de las conductas típicas de apropiación o distracción del objeto típico, que se producirá bien cuando el sujeto activo hace suya la cosa que debiera entregar o devolver con ánimo de incorporarla a su patrimonio, bien cuando da a la cosa un destino distinto a aquél para el que fue entregada;

d) que se produzca un perjuicio patrimonial lo que caracteriza al delito de apropiación indebida.

Asimismo, ha señalado también (SSTS núm. 356/2005, de 21 de marzo¹⁰⁸¹; núm. 33/2005, de 13 de enero¹⁰⁸² y núm. 1387/2004, de 27 de diciembre)¹⁰⁸³ que, siendo la intención un hecho subjetivo, su probanza, salvo improbable confesión del interesado, puede fundarse en prueba indiciaria suficiente y no contradicha como para justificar el correspondiente juicio de inferencia¹⁰⁸⁴.

El TS ha venido perfilando los requisitos que deben integrar este delito que precisa la concurrencia de los siguientes elementos¹⁰⁸⁵:

1080. STS Sala 2.ª, S. de 18 de febrero de 2005, núm. 1364/2005, rec. 1301/2003. Pte: Martínez Arrieta, Andrés (EDE 2005/30360).

1081. STS Sala 2.ª, S. de 21 de marzo de 2005, núm. 356/2005, rec. 2643/2003. Pte: Giménez García, Joaquín (EDE 2005/37447).

1082. STS núm. 33/2005 (Sala de lo Penal), de 19 de enero, Recurso de Casación núm. 1489/2003. Ponente: Excmo. Sr. D. Joaquín Giménez García (RJ 2005\944).

1083. STS Sala 2.ª, S. de 27 de diciembre de 2004, núm. 1387/2004, rec. 307/2004. Pte: Giménez García, Joaquín (EDE 2004/255241).

1084. STS Sala 2.ª, S. de 7 de noviembre de 2005, núm. 1386/2005, rec. 1525/2004. Pte: Monterde Ferrer, Francisco (EDE 2005/207220).

1085. STS Sala 2.ª, S. de 12 de julio de 2004, núm. 905/2004, rec. 1448/2003. Pte: Soriano Soriano, José Ramón (EDE 2004/82736).

- a) Una inicial posesión legítima por el sujeto activo de dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble.
- b) Que el título por el que se ha adquirido dicha posesión sea de los que producen obligación de devolver o entregar la cosa.
- c) Que el sujeto activo rompa la confianza con un acto ilícito de disposición, que siendo dinero debe tratarse de un acto definitivo sin retorno (gastarlo) o un acto dominical sobre la cosa.
- d) Ánimo de lucro, entendido en sentido amplio de cualquier ventaja o utilidad y que se traduce en la conciencia y voluntad del agente de disponer de la cosa como propia o de darle un destino distinto al pactado determinante de un enriquecimiento ilícito o de un perjuicio ajeno.

En relación al denominado tipo clásico de apropiación indebida, tiene declarado el TS, como es exponente la sentencia de 27 de noviembre 1998¹⁰⁸⁶, que en esta figura delictiva deben distinguirse dos etapas diferenciadas. La primera se concreta en una situación inicial lícita, generalmente contractual, en la que el sujeto activo percibe en calidad de depósito, comisión o administración, o por cualquier otro título que produzca obligación de entregarles o devolverles dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble (ahora también valores o activos patrimoniales), recepción presidida por la existencia de una convenida finalidad específica de devolución o bien de empleo en un destino determinado, es decir, de entrega a un tercero o terceros para cumplir la finalidad pactada. En la segunda etapa el agente transmuta esta posesión legítima (o propiedad afectada a un destino, en el caso de bienes fungibles), en disposición ilegítima y abusando de la tenencia material de los bienes y de la confianza recibida, dispone de ellos, los distrae de su destino o niega haberlos recibido, es decir, se los apropia indebidamente, en perjuicio del depositante, comitente, dueño o persona que debiera percibir los bienes u obtener la contrapartida derivada de su destino pactado. En el ámbito jurídico-penal, apropiarse indebidamente de un bien no equivale necesariamente a convertirse ilícitamente en su dueño, sino a actuar ilícitamente sobre el bien, disponiendo del mismo como si se fuese su dueño, prescindiendo con ello de las limitaciones ínsitas en el título de recepción, establecidas en garantía de los legítimos intereses de quienes lo entregaron. La sentencia condenatoria por delito de apropiación indebida debe examinar el título en cuya virtud el acusado poseía el bien del que

1086. STS Sala 2.ª, S. de 27 de noviembre de 1998, núm. 964/1998, rec. 3778/1997. Pte: Conde-Pumpido Tourón, Cándido (EDE 1998/27021).

ilegítimamente dispone, para poder constatar que efectivamente se trata de un título de los que producen obligación de entregar o devolver la cosa. La ley relaciona varios de tales títulos, depósito, comisión o administración y termina con una fórmula abierta que permite incluir todas aquellas relaciones jurídicas por las cuales la cosa mueble pasa a poder de quien antes no la tenía, bien transmitiendo la propiedad cuando se trata de dinero u otra cosa fungible (salvo que existan patrimonios separados, como ocurre con los supuestos de administración de una sociedad, comunidad o entidad semejante), y entonces esta transmisión se hace con una finalidad concreta, consistente en dar a la cosa un determinado destino (por esto se excluyen el mutuo y el depósito irregular, porque en éstos la cosa fungible se da sin limitación alguna a quien la recibe, para que éste la emplee como estime oportuno), o bien sin tal transmisión de propiedad, esto es, por otra relación diferente, cuando se trate de las demás cosas muebles, las no fungibles, lo que obliga a conservar la cosa conforme al título por el que se entregó. Pueden surgir dificultades en los llamados «casos límites», es decir, cuando se trata de determinar la distinción entre el ilícito civil y el ilícito penal. La línea diferencial entre un incumplimiento contractual y el delito de apropiación indebida radica en que, en el primer supuesto, no existe voluntad apropiativa sino solamente un retraso o imposibilidad transitoria de cumplimiento de la obligación de devolver, mientras en el segundo existe un propósito de hacer la cosa como propia incorporándola al patrimonio del infractor. En estos «casos límite» o problemáticos no puede olvidarse que el derecho penal se rige, entre otros, por el principio de intervención mínima, que es un principio de política criminal mediante cuya invocación se postula como criterio informador del derecho penal el de reservar la actuación legislativa del *ius puniendi*, como última ratio, para los actos especialmente lesivos de los bienes jurídicos más dignos de protección¹⁰⁸⁷.

Este es el tipo específico de aquellos que, con un inicial título habilitante para ocupar los diferentes patrimonios de la Administración, acaban excediéndose en sus derechos, abusando de su situación, ocupando el patrimonio cuando el derecho se ha extinguido. Debemos tener presente que, por ejemplo, una concesión no es más que un contrato y que cuando vence el plazo no se debe mantener indefinidamente la ocupación, pues la norma no permite las ocupaciones sin límite temporal.

1087. STS Sala 2.ª, S. de 24 de junio de 2004, núm. 830/2004, rec. 751/2003. Pte: Granados Pérez, Carlos (EDE 2004/82779).

Serán castigados con la pena de multa de tres a seis meses los que, con ánimo de lucro, se apropiaren de cosa perdida o de dueño desconocido, siempre que en ambos casos el valor de lo apropiado exceda de 400 euros. Si se tratara de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico, la pena será de prisión de seis meses a dos años (art. 253 CP). Es decir, esta infracción delictiva es prácticamente equiparable a lo que, después de la reforma de 25 de junio de 1983, se llamó en el Código de 1973 «hurto de hallazgo» (art. 514.2), lo que supone que esa modalidad de la apropiación indebida del artículo 253 del vigente texto, tiene propiedades homogéneas con el hurto¹⁰⁸⁸.

En el supuesto contemplado, en relación con el tipo básico, comparados los dos tipos penales de referencia, se da entre ellos una similitud de ubicación sistemática, ya que figuran en la misma sección (segunda, del capítulo VI, del título XIII, del CP); también la coincidencia en el hecho base de la adquisición de la posesión de una cosa ajena y su irregular conversión en propia sin la voluntad de su dueño; y, esto, cuando existía una clara obligación de restitución o entrega de la misma. Así pues, la única diferencia de relieve radica en el modo de acceso a la posesión del bien, que en el supuesto del art. 252 CP tendría que ser alguno de los títulos jurídicos que enumera u otro similar; mientras que en el del art. 253 bastaría una mera vía de hecho¹⁰⁸⁹.

Será castigado con la pena de multa de tres a seis meses el que, habiendo recibido indebidamente, por error del transmitente, dinero o alguna otra cosa mueble, niegue haberla recibido o, comprobado el error, no proceda a su devolución, siempre que la cuantía de lo recibido exceda de 400 euros (art. 254 CP).

1088. STS Sala 2.ª, S. de 13 de enero de 2003, núm. 995/2002, rec. 2135/2000. Pte: García Ancos, Gregorio (EDE 2003/614).

1089. STS Sala 2.ª, S. de 21 de marzo de 2002, núm. 554/2002, rec. 3466/2000. Pte: Andrés Ibáñez, Perfecto (EDE 2002/7968).

Negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos. Demás abusos en el ejercicio de su función ¹⁰⁹⁰

1. Cuestiones generales

El elenco de delitos incluidos en el Título XIX, relativos a las negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos y a otros abusos en el ejercicio de su función, presenta un carácter residual con relación al resto de las figuras delictivas tipificadas en el Título. Así, el capítulo IX contiene en su seno un conjunto heterogéneo de delitos cuyo denominador común debe cifrarse en el abuso del cargo con la finalidad, directa o indirecta, de obtener un beneficio económico o de otro tipo ¹⁰⁹¹.

El bien jurídico protegido por el capítulo es la imparcialidad y eficacia de la Administración.

Las conductas incriminadas en los arts. 439 y siguientes se caracterizan por suponer una instrumentalización de las funciones públicas para la obtención de fines distintos o contrarios a los generales. No obstante, la mayor parte de los delitos que forman parte de este Capítulo no requieren la

1090. *Vid.* A. PALOMO DEL ARCO, «Negociaciones prohibidas a los funcionarios en el Código Penal de 1995: ¿legalización de la contratación en interés propio?», en *Delitos financieros, fraude y corrupción en Europa*, vol. 3, 2002 (Fraude y corrupción en la Administración Pública), pp. 247-254; o A. CASTRO MORENO, «Negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos y autoridades en Derecho Penal», en *La Ley Penal*, núm. 22, 2005, pp. 5-35.

1091. F. MORALES PRATS y M. J. RODRÍGUEZ PUERTA, «Delitos contra la Administración pública. De los fraudes y exacciones ilegales», en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, p. 1909.

constatación de una efectiva lesión del correcto funcionamiento de la Administración. Por el contrario, a excepción del delito de uso de secretos o informaciones privilegiadas, los delitos del Capítulo IX se configuran como tipos de peligro abstracto o concreto. Este adelantamiento de las barreras de intervención penal es consecuencia, en la mayor parte de los supuestos, del fracaso de los controles administrativos que sobre el ejercicio de la actividad pública prevé el Ordenamiento jurídico¹⁰⁹².

2. Aprovechamiento de funciones para facilitar la participación

2.1. Tipificación en el Código Penal

Art. 439. *La autoridad o funcionario público que, debiendo informar, por razón de su cargo, en cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad, se aproveche de tal circunstancia para forzar o facilitarse cualquier forma de participación, directa o por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones, incurrirá en la pena de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a cuatro años.*

2.2. Significado del delito

El bien jurídico protegido es la transparencia en la celebración de contratos y otras actividades de la Administración¹⁰⁹³.

El delito tipificado en el art. 439 integra uno de los principales exponentes de la función suplente que el Derecho Penal cumple en relación a la falta de aplicación u operatividad de otras ramas del ordenamiento jurídico. Así, las conductas que generalmente vienen siendo subsumidas en este delito suponen, en realidad, un mero incumplimiento de los deberes de abstención del funcionario¹⁰⁹⁴.

1092. F. MORALES PRATS y M. J. RODRÍGUEZ PUERTA, «Delitos contra la Administración pública. De los fraudes y exacciones ilegales», en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, pp. 1909-1910.

1093. A. SERRANO GÓMEZ y A. SERRANO MAÍLLO, *Derecho Penal. Parte especial*, 10.ª edición, Madrid 2005, p. 831.

1094. F. MORALES PRATS y M. J. RODRÍGUEZ PUERTA, «Delitos contra la Administración pública. De los fraudes y exacciones ilegales», en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, p. 1910.

Esta materia ha resultado completamente modificada en el CP. En el CP anterior existían dos preceptos relativos a negociaciones prohibidas a funcionarios, los arts. 198 y 404, que desaparecen para dejar paso a otros artículos de contenido distinto. Por otra parte, ciertas modalidades antes incluidas en un Capítulo distinto referido a «fraudes y exacciones ilegales», así como las conductas de sollicitación sexual por funcionario que antes se contemplaban en un Capítulo separado destinado a las «limitaciones de la libertad sexual», ahora se reúnen en un mismo Capítulo. Este Capítulo es el IX y último del Título XIX del Libro II del CP. Si la rúbrica general del Título reza «Delitos contra la Administración Pública», la del Capítulo es «De las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función»¹⁰⁹⁵.

Llama poderosamente la atención —y de forma especialmente negativa— la desaparición en el CP del considerado tipo básico de las negociaciones prohibidas, el contenido en el art. 401 del Código derogado, que castigaba al funcionario público que, directa o indirectamente, se interesare en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo. Interés asimilado en la doctrina jurisprudencial a la intención de lucro personal que, desde su estructura de pura actividad, daba dimensión penal a la violación de los deberes de abstención por parte del funcionario. Se consuma así, con la desaparición, la reiterada crítica que su generalidad —y por ello, inseguridad— había suscitado, en vez de traducirse, como más deseable, en su perfeccionamiento, a través de la incorporación al tipo de las abundantes precisiones realizadas por la doctrina jurisprudencial. Así, las autoadjudicaciones de contratos o de bienes en subastas carecen a partir de ahora de otra sanción que la que deriva del control contencioso-administrativo, huérfano en esta materia de las facilidades que la acción pública otorga en el ámbito penal. Con olvido, además, de que el tipo del 401, por su inexigencia de resultado dañoso alguno o de obtención de lucro para el autor, ha servido de respuesta a conductas que —como la del alcalde de la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1990, que tras obtener, como único licitador, en 157 000 pesetas, lo que estaba tasado en 5 200 000 pesetas, se mostraba dispuesto a devolver la propiedad del inmueble por 2 000 000 de pesetas, entre otros muchos— por sus característi-

1095. S. MIR PUIG, «Nombramientos ilegales, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función», en *Cuadernos de Derecho Judicial, los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995*, Madrid, 1996, pp. 305-336.

cas, permitían entrever irregularidades previas –violación de publicidad de las subastas, por ejemplo– sin las cuales resulta de más que difícil logro el propósito del autor y que difícilmente pueden llegar a ser objeto de persecución penal, dada la dificultad probatoria fácilmente imaginable¹⁰⁹⁶.

2.3. Conducta típica

El tipo penal del art. 439 del CP presenta una redacción típica ciertamente novedosa con relación a su antecedente en el art. 401 del anterior CP. Frente a una estructura de delito de resultado, cuyo objeto era el beneficio económico obtenido sobre el que se imponía la pena, la actual redacción del art. 439 refiere una conducta típica de mera actividad. Es un delito especial, pues sujeto activo del delito será la autoridad o el funcionario público, pero no cualquiera, sino aquel «que deba informar». Al describir al sujeto activo del delito el art. 439 lo determina con la expresión «la autoridad o funcionario público que, debiendo informar, por razón de su cargo, en cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad», expresión que limita la autoría del delito a los funcionarios que emiten informes en relación con la contratación realizada por el organismo en el que trabajan, quedando fuera otros funcionarios relacionados con la contratación. No se trata, como afirma la acusación particular en la impugnación del motivo, del deber de información, en este caso, del Alcalde a los concejales del Ayuntamiento, sino del deber de los funcionarios técnicos cuando asesoran con sus informes a los órganos de decisión¹⁰⁹⁷.

Los elementos de esta tipología pueden enunciarse del siguiente tenor¹⁰⁹⁸:

a) Se trata de un delito especial cuyo sujeto activo sólo lo puede ser la autoridad o funcionario público que tenga el deber de informar por razón de su cargo en cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad.

1096. M. FERNÁNDEZ BERMEJO, «Contratación Administrativa y Derecho Penal», en *Cuadernos de Derecho Judicial, Delitos socioeconómicos en el nuevo Código Penal*, Madrid, 1996, pp. 331-362.

1097. STS Sala 2.ª, S. de 13 de noviembre de 2002, núm. 1887/2002, rec. 304/2001. Pte: Martínez Arrieta, Andrés (EDE 2002/51399).

1098. C. BLANCO LOZANO, *Tratado de Derecho Penal Español*, t. 2, vol. 2, cit.

Cfr. F. MORALES PRATS y M. J. RODRÍGUEZ PUERTA, «Delitos contra la Administración pública. De los fraudes y exacciones ilegales», en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, p. 1911.

b) Tal *deber de informar* puede venir impuesto por la Ley o por otra disposición general de rango inferior, y también por el modo de actuar concreto del organismo de que se trate conforme a sus propias normas internas. Incluso puede ocurrir que quien haya de resolver también tenga que informar, como sucede cuando el órgano decisor sea de carácter colegiado y uno de sus miembros tenga que informar a los demás sobre la resolución a adoptar o sobre alguno de sus extremos.

c) El sujeto activo ha de participar, directamente o por persona interpuesta, en un negocio o actuación que sea de aquellos en los que como funcionario o autoridad tiene el deber de informar. Es decir, ha de intervenir como particular en un asunto de esta clase.

d) Tiene que haber un aprovechamiento de esta circunstancia de *deber informar por razón del cargo* para forzar o facilitarse esa participación como particular. En efecto, ha de existir una actuación concreta del funcionario o autoridad por medio de la cual, prevaliéndose de que tiene que informar en el correspondiente expediente administrativo, obtenga, por algún procedimiento coactivo o sin coacción alguna (*forzar o facilitarse*), esa participación en el asunto como particular.

Resulta innegable que el art. 439 del CP, tratando de dotar de una dimensión ética al proceder de quienes ostentan funciones públicas, se inscribe decididamente entre los delitos llamados «de infracción de deber» que evidencian singularmente —como se recoge en la STS núm. 73/2001 de 19 de enero—¹⁰⁹⁹ la dimensión ética del sistema normativo de justicia penal, en la medida que suponen la criminalización de un deber de naturaleza extrapenal por quien tiene una determinada posición respecto de la inviolabilidad del bien jurídico. En efecto, la imparcialidad en la actuación de la Administración Pública es uno de los valores que vertebran el estado de derecho de una sociedad democrática, pues con base en ello se consolida la credibilidad en la Administración entre los ciudadanos, y consecuencia de ello es la prohibición de obtener ventaja particular por parte del funcionario en asunto en el que deba de intervenir oficialmente, a esta idea responden los dos tipos penales analizados.

El delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos (art. 439 del CP), cuya pena prevista en la ley es la de inhabilitación especial por un tiempo de uno a cuatro años, convierte a dicha pena en «grave»,

1099. STS núm. 73/2001 (Sala de lo Penal), de 19 de enero, Recurso de Casación núm. 4953/1998. Ponente: Excmo. Sr. D. Joaquín Giménez García (RJ 2001\399).

según el art. 33.2.c) del Código penal, y el plazo correspondiente de prescripción, conforme se regula en el art. 131 es de cinco años ¹¹⁰⁰.

En cuanto a las negociaciones prohibidas a los funcionarios, art. 439 del CP, requiere el mismo que el funcionario deba informar y que se prevalega de su condición para obtener proyecto particular, configurándose el dolo por la voluntad consciente de asumir, a la vez, intervención como cargo público de la Administración y como interesado privado en la operación, siendo un delito especial propio, SSTS de 27 de noviembre de 2000 ¹¹⁰¹, 16 de mayo de 2001 ¹¹⁰², 13 de noviembre de 2002 ¹¹⁰³ y 16 de mayo de 2001 ¹¹⁰⁴.

Se condena la actuación de la autoridad o funcionario que no es imparcial. No importa que en su conducta beneficie o perjudique a la Administración, aunque en este segundo supuesto puede darse un concurso de delitos. Aunque el tipo no lo exige, lo normal es que se persiga el ánimo de lucro ¹¹⁰⁵.

Como dicen las SSTS de 16 de mayo ¹¹⁰⁶ y 22 de octubre de 2001 ¹¹⁰⁷, si bien es cierto que en la sentencia de 26 de diciembre de 1996 ¹¹⁰⁸ se afirma que la definición del actual art. 439 es equivalente a la del antiguo art. 401, tal vez sea hora de revisar tal afirmación en la línea de lo declarado, también, por la sentencia de 28 de diciembre de 1999 ¹¹⁰⁹. Según ésta, son apre-

1100. STS Sala 2.ª, S. de 21 de octubre de 2002, núm. 1718/2002, rec. 179/2001. Pte: Sánchez Melgar, Julián (EDE 2002/49736).

1101. STS núm. 1823/2000 (Sala de lo Penal), de 27 de noviembre, Recurso de Casación núm. 909/1999. Ponente: Excmo. Sr. D. Joaquín Delgado García (RJ 2000\9749).

1102. STS Sala 2.ª, S. de 16 de mayo de 2001, núm. 920/2001, rec. 604/1999. Pte: Giménez García, Joaquín (EDE 2001/9431).

1103. STS núm. 1887/2002 (Sala de lo Penal), de 13 de noviembre, Recurso de Casación núm. 304/2001. Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta (RJ 2002\10085).

1104. STS Sala 2.ª, S. de 16 de mayo de 2001, núm. 920/2001, rec. 604/1999. Pte: Giménez García, Joaquín (EDE 2001/9431).

1105. A. SERRANO GÓMEZ y A. SERRANO MAÍLLO, *Derecho Penal. Parte especial*, 10.ª edición, Madrid 2005, p. 832.

1106. STS Sala 2.ª, S. de 16 de mayo de 2001, núm. 920/2001, rec. 604/1999. Pte: Giménez García, Joaquín (EDE 2001/9431).

1107. Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1871/2001 (Sala de lo Penal), de 22 de octubre, Recurso de Casación núm. 3688/1999, Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Mórner Muñoz (RJ 2001\9382).

1108. STS Sala 2.ª, S. de 26 de diciembre de 1996, núm. 1076/1996, rec. 2712/1995. Pte: Montero Fernández-Cid, Ramón (EDE 1996/10827).

1109. STS Sala 2.ª, S. de 28 de diciembre de 1999, núm. 1826/1999, rec. 4269/1998. Pte: Giménez García, Joaquín (EDE 1999/46674).

ciables algunas diferencias de descripción de la conducta punible y de otra índole, así desde el punto de vista sistemático, el delito del art. 401 del anterior CP se incluía en los fraudes y exacciones ilegales, en tanto que en el CP pasan a integrar el capítulo relativo a negociaciones prohibidas a los funcionarios. Sin duda de mayor entidad es la distinta descripción de la acción típica estimada punible, ya que si el art. 401 se refería al funcionario público que «...se interesase en cualquier clase de contrato u operación en el que daba intervenir por razón de su cargo...», en el vigente art. 439, la acción se refiere a la autoridad o funcionario público «...que debiendo informar por razón de su cargo (...) se aproveche de tal circunstancia para forzar o facilitar...». La comparación de los dos textos permite concluir en una reducción del tipo operada en el vigente CP, pues si en el art. 401 la expresión ‘se interesase’ supone una expresión más amplia y genérica de la idea de instrumentalización del cargo como medio para obtener la participación, siendo más difusa la idea de obtención de beneficio o ventaja, en el actual art. 439 los elementos que integran el tipo, partiendo del origen común de tratarse el sujeto activo de autoridad o funcionario, se exige además, según una ya consolidada doctrina del TS (SSTS de 17 de octubre ¹¹¹⁰ y 27 de noviembre de 2000 ¹¹¹¹, y la de 5 de febrero de 2001 ¹¹¹²) requiere los siguientes requisitos ¹¹¹³:

a) Que dicha autoridad o funcionario deba informar en cualquier clase de asuntos por razón de su cargo, debiéndose notar que el término ‘informar’ es más preciso y concreto que el de ‘interesarse’.

b) Que con una clara puesta a disposición de sus intereses particulares de las ventajas que le concede su condición pública, aproveche tal circunstancia para «...forzar o facilitar cualquier forma de participación...», lo que pone de manifiesto una clara instrumentalización del cargo público, de suerte que debe existir un claro prevalimiento de su condición pública para que, en el asunto público en el que deba informar, se obtenga un interés particular.

1110. STS Sala 2.ª, S. de 17 de octubre de 2000, núm. 1586/2000, rec. 2492/1999. Pte: Delgado García, Joaquín (EDE 2000/31893).

1111. STS Sala 2.ª, S. de 27 de noviembre de 2000, núm. 1823/2000, rec. 909/1999. Pte: Delgado García, Joaquín (EDE 2000/39539).

1112. STS Sala 2.ª, S. de 5 de febrero de 2001, rec. 2421/1999. Pte: Delgado García, Joaquín (EDE 2001/2741).

1113. STS Sala 2.ª, S. de 26 de noviembre de 2001, núm. 22085/2001, rec. 3023/1999. Pte: Moner Muñoz, Eduardo (EDE 2001/64746).

El núcleo central de la conducta típica consiste en «aprovecharse de tal circunstancia para forzar o facilitarse cualquier forma de participación»¹¹¹⁴. Forzar equivale aquí a «presionar, influir intensa y vigorosamente», debiendo entenderse «facilitarse, como hacer posible o proporcionarse la participación», lo que le lleva a resolver la duda acerca del momento consumativo en favor del logro de la participación —aun sin beneficio concreto—, considerando tentativa el intento infructuoso de lograrla. Resulta evidente que el término ‘forzar’ no se ha utilizado en su primaria acepción de «hacer fuerza o violencia física para conseguir algo que habitualmente no debe ser conseguido por la fuerza», sino en la quinta de las que le reconoce el Diccionario la Real Academia: «Obligar o precisar a que se ejecute una cosa», de contenido más coactivo que «facilitarse», empleado en su segunda acepción, esto es, como «proporcionarse». En ambos casos, pues, parece que la consumación implica el éxito, sin el cual el reproche penal habrá de hacerse a título de tentativa, lo que no deja de suponer una ruptura con la tónica mantenida en otros tipos de parecida naturaleza (cohecho, tráfico de influencias, uso de información privilegiada), que se consuman al margen de la obtención del beneficio perseguido¹¹¹⁵.

Por lo que respecta a la acción de participar, ésta ha sido interpretada por la jurisprudencia como cualquier forma de intervención en el negocio u operación dirigida a obtener un interés personal; no obstante, no es necesario que se alcance el beneficio personal o económico, ni tampoco que se perjudique con ella a la Administración (SSTS de 8 de febrero de 1994¹¹¹⁶ o 28 de septiembre de 1995¹¹¹⁷)¹¹¹⁸.

Sólo cabe la conducta dolosa. La situación de superioridad que tiene el funcionario y de la que se aprovecha para forzar o facilitar la participación de terceros cierra el paso al dolo eventual. La consumación se produce

1114. STS núm. 1887/2002 (Sala de lo Penal), de 13 de noviembre, Recurso de Casación núm. 304/2001. Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta (RJ 2002\10085).

1115. M. FERNÁNDEZ BERMEJO, «Contratación Administrativa y Derecho Penal», en *Cuadernos de Derecho Judicial, Delitos socioeconómicos en el nuevo Código Penal*, Madrid 1996, pp. 331-362.

1116. STS núm. 192/1994 (Sala de lo Penal), de 8 de febrero, Recurso núm. 808/1992. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Soto Nieto (RJ 1994\670).

1117. STS núm. 931/1994 (Sala de lo Penal), de 28 de septiembre, Recurso núm. 3463/1994. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Soto Nieto (RJ 1995\7493).

1118. F. MORALES PRATS y M. J. RODRÍGUEZ PUERTA, «Delitos contra la Administración pública. De los fraudes y exacciones ilegales», en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, p. 1911.

cuando el funcionario consigue con su intervención forzar o facilitar la participación de alguien en los negocios o actuaciones en los que deba informar. En este sentido, es posible la tentativa¹¹¹⁹.

3. Incumplimiento de los deberes de abstención en peritos, árbitros y contadores partidores

3.1. Tipificación en el Código Penal

Art. 440. *Los peritos, árbitros y contadores partidores que se condujeran del modo previsto en el artículo anterior, respecto de los bienes o cosas en cuya tasación, partición o adjudicación hubieran intervenido, y los tutores, curadores o albaceas respecto de los pertenecientes a sus pupilos o testamentarias, serán castigados con la pena de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, guarda, tutela o curatela, según los casos, por tiempo de tres a seis años.*

3.2. Significado del delito

Serrano Gómez y Serrano Maíllo¹¹²⁰ consideran que se equipara, a efectos penales, a peritos, árbitros y el resto de los reflejados en el artículo 440 a las autoridades o funcionarios públicos. Entendiendo que la exigibilidad para aquellos debe ser menor y, por tanto, también la pena. No obstante, la pena además resulta más grave, pues, mientras la multa es la misma, la inhabilitación especial para éstos es de tres a seis años, mientras que para las autoridades y funcionarios públicos es de uno a cuatro.

La finalidad de este precepto es extender la responsabilidad penal a sujetos que, debiendo intervenir necesariamente en la valoración de bienes a que se refiere el art. 440 CP, aprovechan su intervención para obtener una ventaja personal¹¹²¹.

1119. A. SERRANO GÓMEZ y A. SERRANO MAÍLLO, *Derecho Penal. Parte especial*, 10.^a edición, Madrid, 2005, p. 832.

1120. A. SERRANO GÓMEZ y A. SERRANO MAÍLLO, *Derecho Penal. Parte especial*, 10.^a edición, Madrid, 2005, p. 832.

1121. F. MORALES PRATS y M. J. RODRÍGUEZ PUERTA, «Delitos contra la Administración pública. De los fraudes y exacciones ilegales», en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, p. 1912.

4. Realización de actividad profesional o de asesoramiento

4.1. Tipificación del Código Penal

Art. 441. *La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos admitidos en las Leyes o Reglamentos, realizare, por sí o por persona interpuesta, una actividad profesional o de asesoramiento permanente o accidental, bajo la dependencia o al servicio de entidades privadas o de particulares, en asunto en que deba intervenir o haya intervenido por razón de su cargo, o en los que se tramiten, informen o resuelvan en la oficina o centro directivo en que estuviere destinado o del que dependa, incurrirá en las penas de multa de seis a doce meses, y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años.*

4.2. Significado del delito

La actividad del funcionario público en el ámbito privado empresarial o individual en no pocas ocasiones lleva consigo la obtención de ciertas ventajas para quienes les ofrecen trabajo, dado que la actividad profesional del funcionario tiene relación con la que realiza en la empresa privada. Por ello, se elevan a la categoría de delitos actividades privadas de los funcionarios públicos sujetas hasta el nuevo CP a sanciones disciplinarias. Con ello se pretende evitar el riesgo de corrupción de los mismos. Sin embargo, si se aplicara con rigor el sistema disciplinario, a veces más severo que el CP, se evitaría la invasión del Derecho Penal en el campo del Derecho Administrativo¹¹²², que no respecta el principio de intervención mínima¹¹²³.

El bien jurídico protegido debe cifrarse en el respeto del principio de imparcialidad en el ejercicio de funciones públicas. No obstante, las conductas incriminadas en el art. 441 suponen, desde esta perspectiva, una mera puesta en peligro del citado principio. No se trata de evitar la posible confluencia en el funcionario de intereses públicos y privados que puedan, directa o indirectamente, incidir en el ejercicio de sus funciones. Se observa así que el delito comentado no requiere que el funcionario se haya dejado influir en su actividad pública por intereses privados, sino únicamente que

1122. Cfr. J. GARBERÍ LLOBREGAT, *El procedimiento administrativo sancionador*, Valencia 1998, pp. 71 y ss.

1123. A. SERRANO GÓMEZ y A. SERRANO MAÍLLO, *Derecho Penal. Parte especial*, 10.^a edición, Madrid, 2005, p. 833.

ello pueda ser posible atendida la duplicidad, pública y privada, de la actividad profesional que desempeña¹¹²⁴.

El art. 441 ha venido a sustituir, con un contenido distinto, al anterior art. 198. El nuevo precepto, que procede de la Ley de funcionarios civiles del Estado de 1964, no castiga todo ejercicio profesional relacionado con la esfera de sus atribuciones oficiales, ni desde luego toda intervención directa o indirecta en empresas o asociaciones privadas con ánimo de lucro —como hacía el anterior art. 198—. El actual art. 441 concreta más¹¹²⁵.

El art. 441 protege el patrimonio público de la duplicidad de posiciones del funcionario (SSTS de 24 de septiembre de 1989, 16 de mayo de 1990¹¹²⁶, 24 de septiembre de 1991, 14 de octubre de 1993, 7 de diciembre de 1995, 21 de octubre de 1996¹¹²⁷, 25 de marzo de 1997¹¹²⁸, etc.). El bien jurídico protegido por el capítulo del Código Penal que incluye el delito enjuiciado es la imparcialidad y eficacia de la Administración, y más en concreto el artículo 441, que ahora nos ocupa, establece una protección frente a la duplicidad de posiciones del funcionario cuando en una misma operación interviene por una parte como gestor de la Administración y por otra como particular interesado privadamente, debiendo resaltarse que tanto la doctrina como la jurisprudencia son unánimes al señalar que la infracción de las normas de incompatibilidad no puede ser por sí sola constitutiva de infracción penal, pues ésta exige además la concurrencia de todos los requisitos y condiciones del tipo penal contemplado en el citado artículo 441 y que habrán de ser interpretados estrictamente de acuerdo con las exigencias del principio de legalidad penal¹¹²⁹.

1124. F. MORALES PRATS y M. J. RODRÍGUEZ PUERTA, «Delitos contra la Administración pública. De los fraudes y exacciones ilegales», en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, p. 1913.

1125. S. MIR PUIG, «Nombramientos ilegales, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función», en *Cuadernos de Derecho Judicial, los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995*, Madrid 1996, pp. 305-336.

1126. S. de TS Sala 2.ª, S. de 16 de mayo de 1990. Pte: Vivas Marzal, Luis (EDE 1990/5126).

1127. STS Sala 2.ª, S. de 21 de octubre de 1996, núm. 786/1996, rec. 333/1996. Pte: Puerta Luis, Luis Román (EDE 1996/7510).

1128. STS Sala 2.ª, S. de 25 de marzo de 1997, núm. 390/1997, rec. 834/1996. Pte: Vega Ruiz, José Augusto de (EDE 1997/1630).

1129. Cfr. STS Sala 2.ª, S. de 22 de septiembre de 2003, núm. 867/2003, rec. 2768/2001. Pte: Saavedra Ruiz, Juan (EDE 2003/110652).

4.3. Elementos típicos

Según tal jurisprudencia y concretamente conforme a la STS de 21 de octubre de 91 la *ratio legis* del precepto es proteger el patrimonio público del peligro que constituye la duplicidad de posiciones del funcionario, cuando actúa en un contrato u operación, por una parte como gestor de la Administración y por otro como particular interesado privadamente en la negociación, aunque el art. 401 contempla, con preferencia al interés económico, el buen funcionamiento de la Administración (STS de 5 de mayo de 1990). El tipo delictivo trata de garantizar la imparcialidad de los funcionarios, sancionando el quebrantamiento de deberes de lealtad y prohibidad a que está obligados en la gestión de las funciones públicas que les están encomendados (S. de 16 de mayo de 90)¹¹³⁰. Se trata de preservar también mediante el precepto contenido en el art. 401 del CP de 1973, la dignidad de la función pública y de sancionar la mala imagen del funcionario que se aprovecha de su posición en la Administración para sacar beneficios privados.

Los elementos del tipo del art. 441 son: *a)* sujeto activo ha de ser una autoridad o funcionario público; *b)* el núcleo de la conducta típica es la realización de una actividad profesional o de asesoramiento permanente o accidental, bajo la dependencia o al servicio de entidades privadas o de particulares; *c)* el objeto de dicha actividad ha de ser un asunto en que deba intervenir el sujeto o en que haya intervenido por razón de su cargo, o que se tramite, informe o resuelva en la oficina o centro directivo en que estuviere destinado o del que dependa aquél; *d)* como elemento negativo es necesario que la actividad profesional o de asesoramiento no se halle admitida en las Leyes o Reglamentos¹¹³¹.

En relación a los elementos integrantes del delito, el sujeto activo del mismo será el funcionario que por razón de su cargo haya de intervenir en el contrato o en la operación¹¹³². Así, es preciso que el trabajo del funcionario en su actividad privada esté relacionado con algún asunto en que deba intervenir o haya intervenido por razón de su cargo, o en los que se trami-

1130. S. de TS Sala 2.ª, S. de 16 de mayo de 1990. Pte: Vivas Marzal, Luis (EDE 1990/5126).

1131. S. MIR PUIG, «Nombramientos ilegales, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función», cit., pp. 305-336.

1132. STS Sala 2.ª, S. de 23 de febrero de 1993, núm. 448/1993, rec. 1504/1991. Pte: Ruiz Vellido, Enrique (EDE 1993/1705).

ten, informen o resuelven en la oficina o centro directivo en que estuviere destinado o del que dependa¹¹³³.

En primer lugar, hace expresa la salvedad de los «casos admitidos en las Leyes o Reglamentos». Se trata, pues, de una *ley penal en blanco*, la determinación de cuyo supuesto de hecho exige la puesta en relación con las normas extrapenales que regulan el régimen de incompatibilidades de la función pública y sus excepciones. Son fundamentales la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, y el RD 598/1985, de 30 de abril, sobre Incompatibilidades del Personal al servicio de la Administración del Estado, de la Seguridad Social y de los Entes, Organismos y Empresas dependientes. En segundo lugar, el nuevo art. 441 sólo castiga a la autoridad o funcionario que «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», si ello tiene lugar «en asunto en que deba intervenir 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». El tenor del anterior art. 198 era más amplio, puesto que castigaba todo ejercicio profesional de la autoridad o funcionario *relacionado* con la esfera de sus atribuciones oficiales. Por último, el nuevo precepto deja de mencionar la intervención directa o indirecta en empresas o asociaciones privadas con móvil de lucro a que antes se refería también el art. 198. Ello va en la misma dirección que la despenalización de las conductas antes castigadas en el art. 404, de intervención «en operaciones de agio, tráfico o granjería»¹¹³⁴.

La acción típica consistirá en que el sujeto activo se interese directa o indirectamente en dicho contrato u negocio en que tenga que intervenir por razón de su cargo (SS de 14 de mayo¹¹³⁵ y 28 de noviembre de 1994)¹¹³⁶. El contrato en que ha de intervenir el funcionario ha de ser de naturaleza económica, en el que el agente se inmiscuye para obtener un

1133. A. SERRANO GÓMEZ y A. SERRANO MAÍLLO, *Derecho Penal. Parte especial*, 10.ª edición, Madrid 2005, p. 833.

1134. S. MIR PUIG, «Nombramientos ilegales, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función», cit., pp. 305-336.

1135. STS Sala 2.ª, S. de 14 de mayo de 1994, núm. 996/1994, rec. 1618/1993. Pte: Hernández Hernández, Roberto (EDE 1994/4346).

1136. STS Sala 2.ª, S. de 28 de noviembre de 1994, núm. 2063/1994, rec. 2819/1993. Pte: Hernández Hernández, Roberto (EDE 1994/9478).

beneficio, siendo característico del delito el prevalimiento, abuso o aprovechamiento de las funciones públicas que se ejercen.

Así, en cuanto al delito de realización de actividades prohibidas a los funcionarios públicos del art. 441 del CP, resulta que el precepto describe dos conductas delictivas: Una, la del funcionario que realice actividades de asesoramiento a particulares en asuntos en que deba intervenir por razón de su cargo. Y otra, la del funcionario que realice dichas actividades en asuntos que se tramiten, informen o resuelvan en oficina o centro directivo en que estuviere destinado o del que dependa.

La actividad profesional mencionada en el texto legal no se refiere a una profesión liberal, sino a una actividad que el autor ejerce para proporcionarse medios con una relativa permanencia¹¹³⁷.

Finalmente, no es preciso que haya engaño o lucro, por ser el delito de mera actividad, y el dolo consistirá en la voluntad consciente de asumir a la vez de intervención como cargo público de la Administración y como interesado en la operación (STS de 24 de septiembre de 91).

5. Utilización de secretos para obtención de beneficios por parte del funcionario o la autoridad pública

5.1. Tipificación del Código Penal

Art. 442. *La autoridad o funcionario público que haga uso de un secreto del que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo, o de una información privilegiada, con ánimo de obtener un beneficio económico para sí o para un tercero, incurrirá en las penas de multa del tanto al triplo del beneficio perseguido, obtenido o facilitado e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a cuatro años. Si obtuviere el beneficio perseguido se impondrán las penas en su mitad superior.*

Si resultara grave daño para la causa pública o para tercero, la pena será de prisión de uno a seis años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años. A los efectos de este artículo, se entiende por información privilegiada toda información de carácter concreto que se tenga exclusivamente por razón del oficio o cargo público y que no haya sido notificada, publicada o divulgada.

1137. STS Sala 2.ª, S. de 23 de septiembre de 2002, núm. 1497/2002, rec. 4188/2000. Pte: Bacigalupo Zapater, Enrique (EDE 2002/35937).

5.2. Significado del delito

El CP ha trasladado esta figura delictiva al Capítulo IX del Título XIX, relativo a las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y a los abusos en el ejercicio de la función pública. Esta nueva ubicación del precepto resulta, en principio, plausible. Pese a que el delito tipificado en el art. 442 CP guarda estrecha relación con los delitos del Capítulo IV, concerniente a la infidelidad en la custodia de documentos y violación de secretos, su tipificación entre los delitos que suponen un abuso de las funciones del cargo parece más adecuada¹¹³⁸.

Por lo impreciso que resulta delimitar la extensión que debe darse a los secretos o a la información privilegiada, nos encontramos ante un tipo penal que conlleva notable inseguridad jurídica¹¹³⁹. Este delito de nueva planta, aunque ya estaba recogido en los proyectos de 1980 y 1983, tiene por bien jurídico, lo que no es sino una concreción el común a los delitos de funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos: si el bien jurídico genérico en éstos es el servicio o los servicios que los poderes públicos han de prestar a los ciudadanos, tales servicios no se llevarán a cabo, se llevarán torcidamente si aquellos a través de los cuales se canaliza su prestación ponen el cargo u oficio al servicio de intereses particulares en detrimento de los públicos, con olvido del principio de igualdad y de la imparcialidad que ha de regir en las actuaciones de los poderes públicos¹¹⁴⁰.

No presenta prácticamente ninguna especificidad con respecto al bien tutelado en el delito precedente, entre otras cosas por la desdibujada diferencia existente entre la información genérica y la información privilegiada ahora examinada, más patente aún en lo atinente al uso de secretos, al no haber adjetivo alguno que los acompañe en ninguno de los dos preceptos y permita su discriminación. De hecho el componente «beneficio económico» tampoco alcanza a marcar la separación entre ambas. De ahí que hayan de traerse de nuevo a colación, como bien jurídico protegido, los servicios a satisfacer por los poderes públicos con arreglo a los principios de objetivi-

1138. F. MORALES PRATS y M. J. RODRÍGUEZ PUERTA, «Delitos contra la Administración pública. De los fraudes y exacciones ilegales», en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, pp. 1914-1915.

1139. A. SERRANO GÓMEZ y A. SERRANO MAÍLLO, *Derecho Penal. Parte especial*, 10.^a edición, Madrid, 2005, p. 835.

1140. J. M. PAZ RUBIO, «El tráfico de influencias y la información privilegiada», en *Cuadernos de Derecho Judicial. La nueva delincuencia II*, Madrid, 1993, pp. 97-188.

dad, igualdad, imparcialidad; servicios que o no se cumplirán o se cumplirán desviadamente si los servidores públicos, a través de los cuales se canalizan, utilizan el cargo desempeñado para su provecho personal anteponiéndolo a los intereses públicos con olvido de aquellos principios por los que han de regirse sus actuaciones. Sin olvidar —también se reitera— la irrelevancia de cuál sea el resultado del uso indebido de la información o del secreto en orden a cumplimentar una necesidad pública, pues bien pudiera suceder que el funcionario, al usar el secreto o la información privilegiada, en beneficio propio o del tercero, diera solución a un problema social, sin perder por ello la condición delictiva su comportamiento¹¹⁴¹.

Este precepto procede del art. 368 del anterior CP, que a su vez obra de la LO 9/1991, de 22 de marzo. Este otro artículo se situaba, sin embargo, en otro lugar, en el Capítulo destinado a la revelación de secretos, como hizo también el Proyecto de CP de 1994 (art. 395). Ahora, en cambio, el uso de información privilegiada por parte de autoridad o funcionario se separa de los delitos de revelación de secretos para pasar a considerarse una negociación, actividad prohibida o abuso en el ejercicio de su función. Por otra parte, el actual art. 442 no exige que el sujeto llegue a obtener para sí o para tercero un beneficio económico, sino que se contenta con que actúe «con ánimo de obtenerlo». La efectiva obtención del beneficio constituye actualmente un elemento que eleva la pena. En todo caso, sigue planteándose la necesidad de distinguir este delito del de revelación de secretos por autoridad o funcionario, que ahora castiga el art. 417¹¹⁴².

Obsérvese la contradicción que supone la imposición de un secreto, la obligación de guardar sigilo, para proteger un mercado que, por principio, debe de ser exhaustivamente informado. Se dirá que la Ley de Mercado de Valores castiga igualmente el comportamiento de uso de información privilegiada e impone tal secreto obedeciendo, por tanto, a la misma contradicción. Por supuesto, pero en el mercado de valores existen otras preocupaciones y otras disciplinas impuestas a los operadores económicos que persiguen el correcto funcionamiento del engranaje. Por ejemplo, el uso de la información privilegiada —que significa lanzar al mercado una informa-

1141. E. ORTS BERENGUER, «Revelación y uso indebido de secretos e informaciones», en *Cuadernos de Derecho Judicial, Delitos de los funcionarios públicos*, Madrid, 1994, pp. 211-236.

1142. S. MIR PUIG, «Nombramientos ilegales, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función», en *Cuadernos de Derecho Judicial, los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995*, Madrid 1996, pp. 305-336.

ción que no debería ser aún divulgada— puede ser contraria a la disciplina de salida a Bolsa de los valores, razón por la que la Ley la sanciona. La regulación jurídica del mercado impone, en ocasiones, la suspensión de la cotización para no perjudicar a la transparencia del mercado, a la formación de los precios y a los inversores ¹¹⁴³.

Parece mayoritariamente admitido ¹¹⁴⁴ que los preceptos dedicados al cohecho, pasivo y activo, e impropio, así como los referidos a la prevaricación de funcionarios, y de funcionarios judiciales o no, e igualmente los de los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las Leyes, de los fraudes y exacciones ilegales de las negociaciones prohibidas a los funcionarios, y si se quiere el correspondiente a la estafa, permitirían englobar el desvalor de la mayoría de los comportamientos citados ¹¹⁴⁵.

5.3. Elementos típicos

El delito contra la Administración Pública, previsto y penado en el artículo 442 del Código Penal, viene a exigir como elementos integrantes del tipo ¹¹⁴⁶:

1. Un sujeto activo integrado por autoridad o funcionario público que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo, bien en el ejercicio del mismo, bien con ocasión de éste, de un secreto o información privilegiada, entendido como tales toda información de carácter concreto a la que se haya tenido acceso y conocimiento por razón del oficio o cargo público y que no haya sido notificada, publicada o divulgada.
2. Una acción consistente en el uso de los secretos o información privilegiada anteriormente indicada por la propia autoridad o funcionario

1143. M. BAJO FERNÁNDEZ, «Uso de información privilegiada», en *Cuadernos de Derecho Judicial, Empresas y Derecho Penal (II)*, 1998, pp. 121-144.

1144. F. MUÑOZ CONDE, «Los nuevos delitos de tráfico de influencias, revelación de secretos e informaciones y uso indebido de información privilegiada», en *Comentario a la Ley Orgánica 9/1991 de 22 de marzo por la que se reforma el Código Penal*, Apéndice, Derecho penal. Parte especial, 8.ª edición, Valencia, 1990, p. 11.

1145. G. GARCÍA PLANAS, «El nuevo delito de tráfico de influencias», en *Revista del Poder Judicial*, núm. 29, marzo de 1993, pp. 21-33.

1146. SAP Burgos, sec. 1.ª, S. de 20 de mayo de 2002, rec. 14/2002. Pte: Marín Ibáñez, Francisco Manuel (EDE 2002/31266).

público, o bien por una tercera persona física o jurídica a la cual, con carácter de exclusividad o de restricción con respecto a otras se le desvela.

3. Un elemento subjetivo de lo injusto integrado por el ánimo de obtener un beneficio económico para el sujeto activo o para tercera persona.

Sujeto activo es el funcionario público o autoridad que, por razón de su oficio o cargo, tiene conocimiento de un secreto o de una información privilegiada. No basta, pues, con que la condición de funcionario o autoridad haya representado una cierta ventaja para adquirir el referido conocimiento, es preciso que éste pertenezca por su misma naturaleza a la esfera de lo que el funcionario o la autoridad concretos hayan de conocer en atención a la función que tienen encomendada ¹¹⁴⁷.

No es la revelación de secretos o de informaciones la que se castiga en el artículo, sino el uso de los mismos; uso que, por su propia esencia, normalmente estará reñido con la revelación que, a buen seguro, frustraría las expectativas del sujeto ¹¹⁴⁸. La conducta típica consiste en hacer uso de un secreto o información, del que ha de derivar un beneficio económico para el funcionario o autoridad o para un tercero; esto es: emplear la información o el secreto tanto para su explotación directa como indirecta, tanto para lucrarse de su aplicación misma cuanto de las oportunidades que su conocimiento puede deparar en diversos órdenes (mercantil, bursátil, urbanístico, etc.). De ahí que la mera divulgación del secreto o de la información deba enclavarse en el tipo genérico ¹¹⁴⁹.

Los requisitos exigidos en la acción típica son ¹¹⁵⁰:

1. Tener conocimiento, por razón del oficio o cargo, de un secreto o información privilegiada.
2. Hacer uso indebido de los mismos.
3. Que dicho uso se realice con ánimo de obtener un beneficio económico para el autor o para un tercero.

1147. J. M. PAZ RUBIO, «El tráfico de influencias y la información privilegiada», en *Cuadernos de Derecho Judicial. La nueva delincuencia II*, Madrid, 1993, pp. 97-188.

1148. E. ORTS BERENGUER, «Revelación y uso indebido de secretos e informaciones», en *Cuadernos de Derecho Judicial, Delitos de los funcionarios públicos*, Madrid, 1994, pp. 211-236.

1149. J. M. PAZ RUBIO, «El tráfico de influencias y la información privilegiada», en *Cuadernos de Derecho Judicial. La nueva delincuencia II*, Madrid, 1993, pp. 97-188.

1150. A. SERRANO GÓMEZ y A. SERRANO MAÍLO, *Derecho Penal. Parte especial*, 10.^a edición, Madrid, 2005, p. 835.

Debemos tener en cuenta, en este punto, la distinta significación que las acciones de revelar (art. 417 CP) y usar (art. 442 CP) presentan desde la perspectiva del correcto funcionamiento de la Administración. De este modo, mientras que la revelación supone el incumplimiento de los deberes de sigilo impuestos al funcionario en atención a las funciones desempeñadas, el uso, con la intención de obtener un beneficio económico, supone la instrumentalización de las propias funciones con la única finalidad de obtener un lucro personal. Así, el funcionario que revela, para que un tercero haga uso de los secretos o informaciones o, incluso, con la intención de obtener un beneficio indirecto de la revelación, no cometerá el delito más grave del art. 442, sino el tipificado en el art. 417. Ello es así porque el uso, desde el seno interno de la propia Administración, supone la utilización de una forma comitiva que revela un prevalimiento de funciones públicas que, sin embargo, no se aprecia cuando se trata de una revelación¹¹⁵¹.

En la doctrina, se ha admitido la posibilidad de la comisión por omisión, aunque reputándola de muy difícil verificación, y se ha considerado impune la mera omisión. Opinión que ha de compartirse por cuanto, en efecto, con sólo no hacer no se usa y explota la información privilegiada o el secreto y se obtiene un beneficio económico; y la comisión por omisión, por su parte, se presenta muy problemática. Cabe imaginar la hipótesis siguiente: A, funcionario, puesto de acuerdo con B, particular, permite a éste leer un documento que previamente aquél ha dejado sobre la mesa de su propio despacho. La información privilegiada contenida en el documento leído por B permite a éste llevar a cabo una operación bursátil con pingües beneficios que reparte con A. La consumación del delito se produce cuando se alcanza el beneficio económico; si éste se malogra el delito queda varado en fase de frustración. El comienzo del uso de la información privilegiada o del secreto da lugar a la calificación de tentativa¹¹⁵².

El objeto material es el secreto o la información privilegiada que se conocen por razón del oficio o cargo. Secreto, ya se ha dicho, es lo conocido por muy pocas personas y que, celosamente, se quiere mantener así. La información privilegiada, por su parte, aparece definida en el párrafo segundo del artículo 368, a partir de dos datos: el carácter concreto de la

1151. F. MORALES PRATS y M. J. RODRÍGUEZ PUERTA, «Delitos contra la Administración pública. De los fraudes y exacciones ilegales», en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, pp. 1915-1916.

1152. E. ORTOS BERENGUER, «Revelación y uso indebido de secretos e informaciones», en *Cuadernos de Derecho Judicial, Delitos de los funcionarios públicos*, Madrid, 1994, pp. 211-236.

información y su no notificación, publicación o divulgación, es decir, su no conocimiento, real o potencial, por la generalidad de las personas¹¹⁵³. En este sentido podemos concretar la definición de información privilegiada¹¹⁵⁴: «Toda información de carácter concreto que se tenga exclusivamente por razón del oficio o cargos públicos y que no haya sido notificada, publicada o divulgada». La definición transcrita nos permite distinguir los siguientes componentes: a) carácter concreto; b) la información ha de tenerse por razón del oficio o cargo; c) falta de divulgación; d) aunque no de manera explícita, sí está implícito en la definición otro rasgo: su conocimiento ha de representar una ventaja en orden a obtener un beneficio económico.

Por lo que hace a la culpabilidad, la comisión a título de dolo es la única que encaja plenamente con el tipo de injusto, que requiere la realización de una conducta orientada a la consecución de un fin, cual el logro de un beneficio económico, imposible de compatibilizar con la negligencia. Precisamente este extremo, la obtención de un beneficio económico, plantea problemas, por cuanto si no se produce resulta obstaculizada la tarea de calcular el importe de la pena de multa; y en el *iter criminis* suscita dudas sobre la calificación que procede efectuar. La primera dificultad puede salvarse si resulta factible conjeturar el montaje del enriquecimiento que se iba a conseguir, con exactitud o con bastante aproximación. Mas, cuando no lo sea, no parece que sea posible imponer la pena de multa, salvo que se recurra a la prevista en el art. 74. Por lo que se refiere a la segunda, la solución estriba en acudir a las formas de ejecución imperfecta y, consecuentemente, en considerar el delito cometido en grado de tentativa de frustración¹¹⁵⁵, siempre que se haya usado el secreto o la información privilegiada con el fin de alcanzar un beneficio económico¹¹⁵⁶.

Por último, ha de tenerse presente que, con arreglo al inciso final del párrafo primero, si resultase daño para la causa pública o para tercero la pena se verá agravada, lo que, por imperativo del artículo 1.º, requiere la existencia al

1153. J. M. PAZ RUBIO, «El tráfico de influencias y la información privilegiada», en *Cuadernos de Derecho Judicial. La nueva delincuencia II*, Madrid, 1993, pp. 97-188.

1154. E. ORTOS BERENGUER, «Revelación y uso indebido de secretos e informaciones», en *Cuadernos de Derecho Judicial, Delitos de los funcionarios públicos*, Madrid, 1994, pp. 211-236.

1155. Cfr. A. SERRANO GÓMEZ y A. SERRANO MAÍLLO, *Derecho Penal. Parte especial*, 10.ª edición, Madrid 2005, pp. 835-836.

1156. J. M. PAZ RUBIO, «El tráfico de influencias y la información privilegiada», en *Cuadernos de Derecho Judicial. La nueva delincuencia II*, Madrid, 1993, pp. 97-188.

menos de imprudencia respecto del citado resultado¹¹⁵⁷. Así, se produce un supuesto agravado cuando resulte grave daño para la causa pública o para un tercero. La gravedad del daño ha de ser valorada por el juez¹¹⁵⁸.

5.4. Delimitación típica

El delito de uso de información privilegiada (art. 442 CP) quedará desplazado por el delito tipificado en el art. 198 (en relación con el art. 197.6 CP) cuando la información utilizada por el funcionario con fines lucrativos versara sobre cuestiones atinentes a la intimidad de los particulares. En los supuestos en que la información utilizada por el funcionario fuera relevante para la cotización de cualquier clase de valores o instrumentos negociados en algún mercado organizado, oficial, o reconocido, el delito tipificado en el art. 285 CP quedaría desplazado por el delito de uso de secretos o información privilegiadas, pues la relación de estos dos preceptos es de especialidad¹¹⁵⁹.

6. Limitaciones a la libertad sexual

6.1. Tipificación del Código Penal

Art. 443. 1. *Será castigado con la pena de prisión de uno a dos años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a 12 años, la autoridad o funcionario público que solicitare sexualmente a una persona que, para sí misma o para su cónyuge u otra persona con la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, ascendiente, descendiente, hermano, por naturaleza, por adopción, o afín en los mismos grados, tenga pretensiones pendientes de la resolución de aquel o acerca de las cuales deba evacuar informe o elevar consulta a su superior.*

2. *El funcionario de Instituciones Penitenciarias o de centros de protección o corrección de menores que solicitara sexualmente a una persona sujeta a*

1157. J. M. PAZ RUBIO, «El tráfico de influencias y la información privilegiada», en *Cuadernos de Derecho Judicial. La nueva delincuencia II*, Madrid, 1993, pp. 97-188.

1158. A. SERRANO GÓMEZ y A. SERRANO MAÍLLO, *Derecho Penal. Parte especial*, 10.^a edición, Madrid 2005, p. 835.

1159. F. MORALES PRATS y M. J. RODRÍGUEZ PUERTA, «Delitos contra la Administración pública. De los fraudes y exacciones ilegales», en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, p. 1917.

su guarda será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a 12 años.

3. En las mismas penas incurrirán cuando la persona solicitada fuera ascendiente, descendiente, hermano, por naturaleza, por adopción, o afines en los mismos grados de persona que tuviere bajo su guarda. Incurrirá, asimismo, en estas penas cuando la persona solicitada sea cónyuge de persona que tenga bajo su guarda o se halle ligada a ésta de forma estable por análoga relación de afectividad.

Versión anterior

Vigente desde 24 de mayo de 1996 hasta 30 de septiembre de 2004.

Art. 443. Será castigado con la pena de prisión de uno a dos años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años, la autoridad o funcionario público que solicitare sexualmente a una persona que, para sí misma o para su cónyuge u otra persona con la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, ascendiente, descendiente, hermano, por naturaleza, por adopción, o afín en los mismos grados, tenga pretensiones pendientes de la resolución de aquél o acerca de las cuales deba evacuar informe o elevar consulta a su superior.

Versión anterior

Vigente desde 24 de mayo de 1996 hasta 30 de septiembre de 2004.

Art. 444. 1. El funcionario de Instituciones Penitenciarias o de centros de protección o corrección de menores que solicitare sexualmente a una persona sujeta a su guarda, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años.

2. En las mismas penas incurrirán cuando la persona solicitada fuera ascendiente, descendiente, hermano, por naturaleza, por adopción, o afines en los mismos grados, de persona que tuviere bajo su guarda. Incurrirá, asimismo, en estas penas cuando la persona solicitada sea cónyuge de persona que tenga bajo su guarda o se halle ligada a ésta de forma estable por análoga relación de afectividad.

6.2. Significado del delito

Como puede verse, el legislador ha optado por unificar los dos delitos previstos en la anterior redacción del CP de 1995 en uno solo, de forma que con-

sigue dar unidad al tipo previsto en ambas normas, proporcionando así espacio para introducir el delito de corrupción en las transacciones internacionales.

El delito de abusos sexuales en el ejercicio de la función pública, tipificado en el art. 443 del CP, se caracteriza por la instrumentalización de los deberes del cargo o las funciones para la obtención de una ventaja, si bien en este caso particular el funcionario persigue alcanzar favores carnales. Se trata de un delito pluriofensivo, puesto que, de llevarse a cabo la conducta típica del art. 443 CP, se estaría lesionando el correcto desempeño de la función pública, por un lado, y poniendo en peligro la libertad sexual del particular al que se dirige la solicitud ¹¹⁶⁰.

Se tipifican dos supuestos, el llevado a cabo por autoridad o funcionario público y el de funcionarios de Instituciones Penitenciarias o de centros de protección o de corrección de menores. En ambos casos el legislador pretende adelantarse a la corrupción de los funcionarios ¹¹⁶¹.

Como en el delito de acoso sexual normal, mientras en otros delitos la libertad sexual resulta lesionada a través de la realización de determinados actos de objetivo contenido sexual, el acoso simplemente pone en peligro dicha libertad. En efecto, es evidente que una penetración vaginal sobre una mujer mediante el ejercicio de la violencia física lesiona su derecho a conducirse sexualmente en libertad en la medida en la que quebranta su libertad de obrar. Igual lesión a la libertad sexual produce una intimidación grave, cuando por ejemplo se amenaza a la víctima con privarla de la vida si no accede al acto carnal, aunque en este caso lo que se da es un quebrantamiento de su libertad de decisión. Pero eso no sucede en la infracción que estamos examinando, puesto que la víctima mantiene en todo momento el control absoluto de su actividad venérea. Si el empleo de violencia física *hace imposible* la autoconducción sexual (*v.gr.* porque el agresor inmoviliza al sujeto pasivo), o el empleo de intimidación la *dificulta insalvablemente*, ante la gravedad de la amenaza, la simple solicitud de favores de naturaleza sexual prevaleciendo de una situación de superioridad genera la situación de peligro. Ese *peligro* a una entrega indeseada deriva de la conjunción de varios factores ¹¹⁶²:

1160. F. MORALES PRATS y M. J. RODRÍGUEZ PUERTA, «Delitos contra la Administración pública. De los fraudes y exacciones ilegales», en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, p. 1918.

1161. A. SERRANO GÓMEZ y A. SERRANO MAÍLLO, *Derecho Penal. Parte especial*, 10.^a edición, Madrid, 2005, p. 836.

1162. C. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, «El delito de acoso sexual», en *Revista del Poder Judicial*, núm. 46, segundo trimestre 1997, pp. 287-326.

1. La solicitud de ciertos favores de naturaleza sexual.
2. El prevalimiento de una situación de superioridad.

6.3. Elementos típicos

La doctrina considera que el tipo objetivo de la figura criminal de referencia está integrada por la conducta consistente en solicitar sexualmente, es decir realizar una proposición de contenido sexual, que no es necesario que llegue a ejecutarse, pues entonces se aplicaría el art. 445 CP. La persona solicitada, además, ha de tener pendiente un asunto en el que el funcionario deba intervenir como tal para resolver, informar o elevar consulta a superior. El tipo subjetivo consiste en el conocimiento por parte del sujeto activo de la existencia de las pretensiones del particular pendientes de su actuación profesional. En definitiva, y como reconoce el recurrente, es preciso que se encuentren presentes tres requisitos para que se entienda cometido el delito ¹¹⁶³:

- A) que el agente del delito sea funcionario público;
- B) que solicite sexualmente a un tercero, bastando cualquier conducta con dicho contenido, pero sin que sea necesaria su efectiva realización
- C) que el tercero tenga pretensiones pendientes de resolución del acusado acerca de las cuales éste deba evacuar informe o elevar consulta.

El art. 443.1 castiga ahora con una pena más grave, no sólo de inhabilitación especial, sino de *prisión* de uno a dos años e inhabilitación *absoluta* por tiempo de seis a doce años, básicamente la misma conducta que el anterior art. 383: la de «la autoridad o funcionario público que solicitare sexualmente a una persona que, para sí misma o para su cónyuge u otra persona con la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, ascendiente, descendiente, hermano, por naturaleza, por adopción —esto es nuevo—, o afín en los mismos grados, tenga pretensiones pendientes de la resolución de aquél o acerca de las cuales deba evacuar informe o elevar consulta a su superior». El art. 443.2 viene a recoger con algún retoque, las conductas de sollicitación sexual que el anterior art. 384 castigaba a los funcionarios de prisiones respecto a las mismas personas a que hace referencia el art. 443.1. Ahora el tipo se extiende no sólo a los funcionarios

1163. STS Sala 2.ª, S. de 18 de octubre de 2004, núm. 1187/2004, rec. 1566/2003. Pte: Monterde Ferrer, Francisco (EDE 2004/159757).

de Instituciones penitenciarias, sino también a los de centros de protección o corrección de menores. La pena, que ya antes era de prisión menor y de inhabilitación especial, ahora es de prisión de uno a cuatro años —más grave en su límite mínimo, que pasa de seis meses y un día con posibilidad de redención de penas por el trabajo, a un año sin tal posibilidad— y de inhabilitación *absoluta* por tiempo de seis a doce años¹¹⁶⁴.

En relación a qué tipos de actos sexuales se deben considerar incluidos en la acción, la sentencia del TS de 14 de diciembre de 92¹¹⁶⁵, en su fundamento jurídico Segundo, declaró que «la acción nuclear del tipo ‘solicitar sexualmente’ resulta polémica doctrinalmente, pues mientras un sector considera que ha de entenderse en el sentido de ‘proponer el acceso carnal completo’ otro se decanta para que la solicitud sea punible, tanto a la que tiende a obtener el ‘yacimiento’ como a ‘la que tiene por objeto cualquier otro acto lúbrico’. Postura esta última que, después de la reforma de 1989, al extender el tipo y poder ser sujetos activo y pasivo indistintamente varones o hembras, adquiere mayor predicamento y a la que esta Sala se adhiere, interpretando el término ‘solicitar’ en sentido amplio, admitiendo que la proposición o petición comprende la de cualquier manifestación sexual, lo mismo cuando se pretenda la realización del acto sexual completo, como la dirigida a ejecutar cualquier acción de contenido sexual».

El art. 443 no limita las eventuales vías o canales de expresión de dicha solicitud, por lo que ésta podría llevarse a cabo por escrito, de forma verbal o de cualquier otro modo. En cuanto al contenido de la solicitud, ésta debe ser de naturaleza sexual, pudiendo consistir en cualquier clase de conducta con un contenido sexual¹¹⁶⁶.

En un primer aspecto del delito, único que aquí va a tratarse, se penaba la actividad delictiva cometida por el funcionario público que solicitare sexualmente a una persona que para sí misma, o para las personas indicadas en el texto penal, tuviera pretensiones pendientes de resolución de aquél, o acerca de las cuales debiera evacuar informe o elevar consulta a su superior.

1164. S. MIR PUIG, «Nombramientos ilegales, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función», en *Cuadernos de Derecho Judicial, los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995*, Madrid 1996, pp. 305-336.

1165. STS Sala 2.ª, S. de 14 de diciembre de 1992, núm. 2673/1992, rec. 3239/1990. Pte: Hernández Hernández, Roberto (EDE 1992/12367).

1166. F. MORALES PRATS y M. J. RODRÍGUEZ PUERTA, «Delitos contra la Administración pública. De los fraudes y exacciones ilegales», en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, p. 1918.

Se trata evidentemente de un acoso sexual, porque hay una solicitud sexual no querida ni consentida, sino impuesta a partir de razones o circunstancias especiales. Pero es un acoso sexual muy condicionado y desde luego limitado a los funcionarios públicos, con lo cual manifiestamente no se acogía la figura del acoso sexual, lo que un sector importante de la sociedad española viene demandando ¹¹⁶⁷.

6.4. *Petición sexual por funcionario público*

Se castiga en el art. 443.1 a la *autoridad o funcionario público que solicitare sexualmente a una persona que, para sí misma o para su cónyuge u otra persona con la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, ascendiente, descendiente, hermano, por naturaleza, por adopción, o afín en los mismos grados, tenga pretensiones pendientes de la resolución de aquel o acerca de las cuales deba evacuar informe o elevar consulta a su superior.*

Serrano Gómez y Serrano Maíllo ¹¹⁶⁸ consideran que, si tenemos en cuenta que la consumación del delito se produce con la mera solicitud sexual, sin que llegue a materializarse ningún acto de este tipo, la pena puede resultar excesiva. Para los citados autores, la simple solicitud sexual o es impune o puede tener efectos injuriosos. Las conductas sólo debían ser castigadas cuando la petición se hiciera para llevar a cabo un comportamiento injusto, o constitutivo de delito respecto de la persona solicitada, su cónyuge u otras personas a las que se hace referencia en el art. 443.

6.5. *Petición sexual por funcionario de instituciones penitenciarias o de centros de protección o corrección de menores*

El art. 443.2 castiga al *funcionario de Instituciones Penitenciarias o de centros de protección o corrección de menores que solicitara sexualmente a una persona sujeta a su guarda*. Disponiendo el art. 443.3 que *en las mismas penas incurrirán cuando la persona solicitada fuera ascendiente, descendiente, hermano, por naturaleza, por adopción, o afines en los mismos grados de persona que tuviere bajo su guarda. Incurrirá, asimismo, en estas penas cuando la persona solicitada sea cónyuge de persona*

1167. STS Sala 2.^a, S. de 9 de julio de 1997, núm. 1004/1997, rec. 518/1996. Pte: Vega Ruiz, José Augusto de (EDE 1997/4834).

1168. A. SERRANO GÓMEZ y A. SERRANO MAÍLLO, *Derecho Penal. Parte especial*, 10.^a edición, Madrid, 2005, pp. 836-837.

que tenga bajo su guarda o se halle ligada a ésta de forma estable por análoga relación de afectividad.

Guardando estrecha relación esta conducta con la anterior, las particularidades de esta modalidad delictiva radican, por una parte, en la especial condición del sujeto activo – funcionario de Instituciones Penitenciarias o de un Centro de protección o corrección de menores– y, por otra, en la relación de éste con el particular destinatario de la solicitud –persona sujeta a guarda–. El núcleo de la conducta típica reside en el abuso de la relación que une al funcionario y al particular, para obtener favores sexuales de este último o de alguno de sus parientes. El resto de las cuestiones coincide con lo que hemos señalado respecto el primer apartado del art. 443¹¹⁶⁹.

7. Concursos. Compatibilidad con los delitos contra la libertad sexual

7.1. Tipificación del Código Penal

Art. 444. Las penas previstas en el artículo anterior se impondrán sin perjuicio de las que correspondan por los delitos contra la libertad sexual efectivamente cometidos.

Versión anterior

Vigente desde 24 de mayo de 1996 hasta 30 de septiembre de 2004.

Art. 445. 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.

7.2. Significado del delito

Señalan Serrano Gómez y Serrano Maíllo¹¹⁷⁰ que este artículo es innecesario, pues el concurso se daría en todo caso. Así, en los supuestos en

1169. F. MORALES PRATS y M. J. RODRÍGUEZ PUERTA, «Delitos contra la Administración pública. De los fraudes y exacciones ilegales», en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, p. 1920.

1170. A. SERRANO GÓMEZ y A. SERRANO MAÍLLO, *Derecho Penal. Parte especial*, 10.^a edición, Madrid, 2005, p. 837.

que la víctima accediera al contacto sexual —a diferencia de lo que ocurre en el delito de acoso sexual— el delito del art. 443 entraría en concurso medial o ideal con el delito contra la libertad sexual efectivamente cometido¹¹⁷¹.

1171. F. MORALES PRATS y M. J. RODRÍGUEZ PUERTA, «Delitos contra la Administración pública. De los fraudes y exacciones ilegales», en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, p. 1919.

De los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales

1. Tipificación del Código Penal

Art. 445. 1. *Los que con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas, corrompieren o intentaren corromper, por sí o por persona interpuesta, a las autoridades o funcionarios públicos extranjeros o de organizaciones internacionales en el ejercicio de su cargo en beneficio de éstos o de un tercero, o atendieran a sus solicitudes al respecto, con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales, serán castigados con las penas previstas en el art. 423, en sus respectivos casos.*

2. *Si el culpable perteneciere a una sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de estas actividades, el juez o tribunal podrá imponer alguna o algunas de las consecuencias previstas en el art. 129 de este Código.*

Versión anterior

Vigente hasta 30 de septiembre de 2004.

Art. 445 bis. *Los que, con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas, corrompieren o intentaren corromper, por sí o por persona interpuesta, a las autoridades o funcionarios públicos extranjeros o de organizaciones internacionales en el ejercicio de su cargo en beneficio de éstos o de un tercero, o atendieren a sus solicitudes al respecto, con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas para conseguir o*

conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales, serán castigados con las penas previstas en el art. 423, en sus respectivos casos.

Precepto introducido en el CP por la Ley Orgánica 3/2000, de 11 de enero, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales

1.1. Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

El proyecto presentado al Congreso tenía la siguiente redacción:

1. Los que mediante el ofrecimiento, promesa o concesión de cualquier beneficio indebido, pecuniario o de otra clase, corrompieren o intentaren corromper, por sí o por persona interpuesta, a los funcionarios públicos extranjeros o de organizaciones internacionales, en beneficio de éstos o de un tercero, o atendieran a sus solicitudes al respecto, con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales, serán castigados con las penas de prisión de dos a seis años y multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del tanto al duplo del montante de dicho beneficio.

Además de las penas señaladas se impondrá al responsable la prohibición de contratar con las administraciones públicas e intervenir en transacciones comerciales de trascendencia pública de siete a doce años.

Las penas previstas en los párrafos anteriores se impondrán en su mitad superior si el objeto del negocio versara sobre bienes o servicios humanitarios o cualesquiera otros de primera necesidad.

2. Cuando el delito fuere cometido en el marco o con ocasión de las actividades de una persona jurídica y procediese la declaración de su responsabilidad penal de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este código se le impondrán las penas de prohibición de contratar con las administraciones públicas e intervenir en transacciones comerciales de trascendencia pública de diez a quince años y multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del duplo al décuplo del montante de dicho beneficio.

3. A los efectos de este artículo se entiende por funcionario público extranjero:

- a) *Cualquier persona que ostente un cargo legislativo, administrativo o judicial de un país extranjero, tanto por nombramiento como por elección.*
- b) *Cualquier persona que ejerza un función pública para un país extranjero, incluido un organismo público o una empresa pública.*
- c) *Cualquier funcionario o agente de una organización internacional pública.*

2. Significado del delito

Tal como señala la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 3/2000, de 11 de enero, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, la ratificación por España del Convenio de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, firmado el 17 de diciembre de 1997, conlleva la necesidad de tipificar penalmente las conductas contempladas en el Convenio. Se pretende así complementar la normativa penal, incluyendo los presupuestos de este Convenio que no podían ser previstos por el legislador de 1995, ante el fenómeno de la corrupción en las cada día más frecuentes e intensas transacciones comerciales internacionales. Para ello se ha considerado adecuado establecer un nuevo Título en el Código Penal, numerado como XIX bis, que protege el bien jurídico de la lucha contra la corrupción en las transacciones comerciales internacionales.

La LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, introduce una nueva precisión, en este sentido se señala que *si el culpable pertenece a una sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de estas actividades, el juez o tribunal podrá imponer alguna o algunas de las consecuencias previstas en el art. 129 de este Código.*

Se trata de supuestos de corrupción prácticamente idénticos al cohecho, con la diferencia de que ahora las autoridades o funcionarios públicos son extranjeros o pertenecientes a organizaciones internacionales. El contenido del art. 445.1 se corresponde especialmente con el texto de los arts. 419 y 423. De otra parte, en cuanto a la pena, se remite a las previstas en el 423. El bien jurídico protegido será el normal funcionamiento de la Administración Pública y de las Organizaciones Internacionales, así como la transparencia frente a la corrupción de las autoridades o funcionarios públicos

extranjeros o de Organizaciones Internacionales. Se tutela la imparcialidad en el cumplimiento de las obligaciones de tales funcionarios ¹¹⁷².

Sujetos activos pueden ser ¹¹⁷³:

1. Las autoridades o funcionarios públicos extranjeros o de Organizaciones Internacionales, cuando fueren ellos los que solicitaren las dádivas. Estas autoridades o funcionarios deben actuar en el ejercicio de su cargo o de sus funciones públicas pues, en otro caso, la acción sería constitutiva de otro delito (tráfico de influencias o estafa) ¹¹⁷⁴.
2. Las autoridades o funcionarios públicos españoles, así como los particulares, cuando sean ellos los que corrompan o intenten corromper a aquellos.

La acción ha de estar encaminada a que las autoridades o funcionarios públicos extranjeros actúen, o se abstengan de actuar, en relación con el ejercicio de sus funciones públicas para conseguir o conservar un contrato u otro beneficio regular en la realización de actividades económicas internacionales ¹¹⁷⁵. No se cometerá el delito si no se busca un beneficio irregular, pues el texto habla expresamente de un contrato u otro beneficio irregular ¹¹⁷⁶.

Teniendo en cuenta el tenor literal del precepto, debemos considerar que sólo es posible la conducta dolosa.

1172. A. SERRANO GÓMEZ y A. SERRANO MAÍLLO, *Derecho Penal. Parte especial*, 10.^a edición, Madrid, 2005, pp. 838-839.

Cfr. I. BLANCO CORDERO y J. L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, «Los nuevos delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales», *Revista de ciencias penales: Revista de la Asociación Española de Ciencias Penales*, núm. 4, 2001, pp. 9-29.

1173. A. SERRANO GÓMEZ y A. SERRANO MAÍLLO, *Derecho Penal. Parte especial*, 10.^a edición, Madrid 2005, p. 839.

Cfr. M. CUGAT MAURI, «La corrupción en las transacciones comerciales internacionales», en *Estudios de Derecho Judicial, El fenómeno de la internacionalización de la delincuencia económica*, Madrid, 2004, pp. 325-346.

1174. Cfr. M. CUGAT MAURI, «La corrupción en las transacciones comerciales internacionales», en *Estudios de Derecho Judicial, El fenómeno de la internacionalización de la delincuencia económica*, Madrid, 2004, pp. 325-346.

1175. Cfr. I. BLANCO CORDERO y J. L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, «Los nuevos delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales», *Revista de ciencias penales: Revista de la Asociación Española de Ciencias Penales*, núm. 4, 2001, pp. 9-29.

1176. A. SERRANO GÓMEZ y A. SERRANO MAÍLLO, *Derecho Penal. Parte especial*, 10.^a edición, Madrid, 2005, pp. 839-940.

En cuanto a la consumación, al señalar el precepto que la acción la cometen *los que con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas, corrompieren o intentaren corromper*, la simple tentativa conlleva la consumación. Estaríamos, pues, ante un delito de mera actividad.

Serrano Gómez y Serrano Maíllo ¹¹⁷⁷ señalan, en cuanto al concurso con el cohecho, que los problemas concursales se resolverán a favor del art. 445, por ser éste ley especial (art. 8.1). En este sentido, no es posible el beneficio previsto en el art. 427 para el delito de cohecho, al no contemplarse esta situación en el nuevo capítulo, aunque, para dichos autores, se podría resolver dicho tema a través de una interpretación analógica *in bonam partem*.

1177. *Ibídem*, p. 840.

