

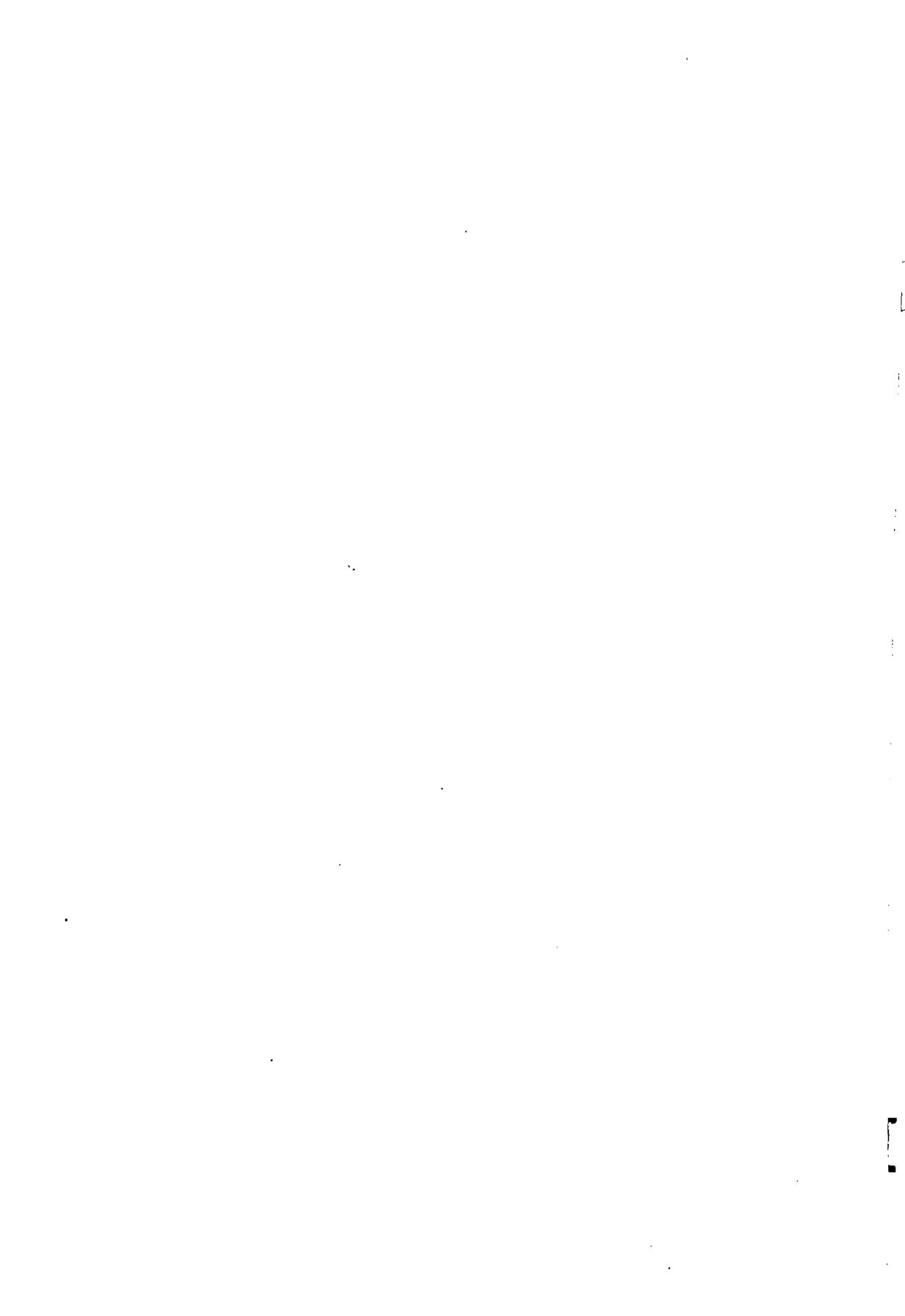
Los delitos contra la Administración Pública

Teoría general

Fernando Vázquez-Portomeñe Seijas

INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

**Los delitos contra la Administración Pública.
Teoría General**



R. 98690

INAP/FC, 37

Fernando Vázquez-Portomeñe Seijas

**Los delitos contra la Administración Pública.
Teoría general**

2003

INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando

Los delitos contra la Administración Pública : teoría general / Fernando Vázquez-Portomeñe Seijas. – Santiago de Compostela : Universidade de Santiago de Compostela, Servicio de Publicacións e Intercambio Científico ; Madrid : Instituto Nacional de Administración Pública, 2003. – 519 p. ; 24 cm. – Bibliograf.: p. 483-519. – D.L. C-1580-2003. – ISBN 84-9750-242-6 (Univ.). – ISBN 84-7088-736-X (INAP). – NIPO 329-03024-2

1. Dereito penal-España. I. Universidade de Santiago de Compostela. Servicio de Publicacións e Intercambio Científico, ed. II. Instituto Nacional de Administración Pública (España), ed.

343.3 (460)

© Instituto Nacional de Administración Pública, 2003

© Universidade de Santiago de Compostela, 2003

Deseño de cuberta

Xosé L. Vázquez

Edición técnica

Servicio de Publicacións e Intercambio Científico

Universidade de Santiago de Compostela

Campus universitario sur

15782 Santiago de Compostela

www.usc.es/spubl

Maqueta e imprime

Imprenta Universitaria

Campus universitario sur

Dep. Legal: C-1580/2003

ISBN 84-9750-242-6 (USC)

ISBN 84-7088-736-X (INAP)

NIPO 329-03024-2

A mis padres

ÍNDICE

NOTA PREVIA	15
ÍNDICE DE ABREVIATURAS	17

PARTE PRIMERA

EL SISTEMA DE LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. CONSIDERACIONES TÉCNICAS Y POLÍTICO-CRIMINALES.

CAPÍTULO I

EL SISTEMA DE LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL DERECHO COMPARADO. CRITERIOS RECTORES Y MODELOS DE TRATAMIENTO LEGISLATIVO.

A. ALEMANIA.....	23
1. Génesis y composición del Capítulo 30 del Código penal. Del Capítulo VIII, Título XX, de la Parte Segunda del ALR a las innovaciones introducidas por la EGStGB. Últimas reformas legislativas	23
2. Los principios rectores del sistema en la literatura. Significado de la infracción “del deber del cargo” como requisito estructural: criterios de ofensividad y ultima ratio. Los delitos “en el cargo” como delitos con medios comisivos determinados	30
B. ITALIA	38
1. Introducción: el Capítulo II del Título II, Libro II, del Código penal italiano. Evolución histórica del grupo. Innovaciones introducidas por la Ley 86/1990	38
2. Criterios de delimitación de la categoría. Concepto jurídico-penal de Administración Pública. Principios que fundamentan la catalogación de los delitos contra la Administración Pública como ilícitos “funcionalmente orientados”	46
C. FRANCIA	60
1. Origen y evolución histórica del control penal de la actividad administrativa. La repercusión del Derecho comunitario. Tratamiento del grupo en el Capítulo II del Título III, Libro IV, del Código penal de 1992: campos típicos de incidencia. Los nuevos principios materiales y formales del Derecho penal de la función pública	60
2. Recepción de la reforma: la moderna literatura en la materia. La teoría general de los delitos en el ejercicio del cargo: propuestas, modelos teóricos y focos de interés	72

CAPÍTULO II

LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL SISTEMA PENAL ESPAÑOL.

A. FORMACIÓN Y ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL GRUPO	79
1. Derecho histórico español. El juicio de residencia. La burocracia borbónica. El Decreto de Cortes de 24 de marzo de 1813	79
2. Consolidación de los delitos “en el ejercicio del cargo” como grupo sistemático-legislativo. Referencia a la codificación penal española	87
3. Conclusiones	96
B. EL TÍTULO XIX DEL CÓDIGO PENAL DE 1995: CARACTERIZACIÓN, ESTRUCTURA, VIRTUDES Y DÉFICITS DE LA REFORMA. FUNDAMENTO FORMAL Y MATERIAL DEL SISTEMA: DELIMITACIÓN DE LA “ADMINISTRACIÓN PÚBLICA” COMO OBJETO DE TUTELA. AUSENCIA DE UNA TEORÍA GENERAL DEL GRUPO	99

CAPÍTULO III

EL CRITERIO BÁSICO DE SISTEMATIZACIÓN DE LOS DELITOS DE LOS FUNCIONARIOS EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL: LA DISTINCIÓN ENTRE LOS «DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA» (TÍTULO XIX) Y LOS «DELITOS COMETIDOS POR LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS CONTRA LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES» (CAPÍTULO V, TÍTULO XXI).

A. INTRODUCCIÓN. LA NUEVA DISCIPLINA DE LOS DELITOS “CONTRA LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES”. PERVIVENCIA DEL CRITERIO SISTEMÁTICO DEL CÓDIGO PENAL DE 1870. IMAGEN DE LA DOCTRINA MODERNA: LA OPINIÓN DE BACIGALUPO	125
B. JUSTIFICACIÓN DE LA DISTINCIÓN. PROPUESTAS Y MODELOS DOCTRINALES.	136
1. Criterios delimitativos formales: delitos especiales propios <i>versus</i> delitos especiales impropios	136
2. Criterios delimitativos materiales	141
A. La diversa naturaleza del “abuso” funcional realizado	141
B. Heterogeneidad de los bienes supraindividuales implicados en uno y otro grupo de delitos	148
3. Conclusiones. Desarrollo del criterio teleológico. Examen y discusión de los casos problemáticos	151
A. Las exacciones ilegales de derechos (art. 437 CP)	153
B. Las limitaciones a la libertad sexual (arts. 443 y 444 CP)	155

CAPÍTULO IV

DERECHO PENAL Y DERECHO DISCIPLINARIO DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS. EL PRINCIPIO NON BIS IN IDEM Y LA EXTENSIÓN DE LAS GARANTÍAS SUSTANTIVAS PENALES AL ÁMBITO DISCIPLINARIO.

A. INTRODUCCIÓN	159
B. ESTUDIO DEL NON BIS IN IDEM SUSTANTIVO	165
1. Concepto, fundamento y reconocimiento constitucional	165
2. Presupuestos de operatividad. Referencia general	173
A. Los criterios de identidad subjetiva	176
B. Los criterios de identidad causal o de fundamento	178
C. Los criterios de identidad fáctica	183
3. El sistema de excepciones a la vigencia del <i>non bis in idem</i> sustantivo en el ordenamiento jurídico español	185
C. LAS DISFUNCIONES PROVOCADAS POR LA INAPLICACIÓN DEL <i>NON BIS IDEM</i> EN EL ÁMBITO DE LAS RELACIONES DE SUJECCIÓN ESPECIAL	193
1. Bases para la reconstrucción del sistema de concurrencia normativa entre normas penales y disciplinarias	193
2. Consideración de la naturaleza jurídica de la potestad disciplinaria ...	204
3. Las teorías sobre la diferenciación «cualitativa» entre los ilícitos penales y las faltas disciplinarias. Exposición y crítica	214
A. Teorías sobre la diversidad cualitativa de los intereses protegidos. El pretendido carácter deontológico del Derecho disciplinario de los funcionarios públicos	214
a'. Exposición	214
b'. Revisión y crítica	219
4. El instituto de las relaciones de sujeción especial en el fundamento de la restrictiva aplicación del principio <i>non bis in idem</i> a las relaciones concursales entre el Derecho penal y el Derecho	226
disciplinario de los funcionarios públicos	226
A. Introducción	226
B. Los criterios de tipificación de las faltas disciplinarias. Caracterización técnica	228
C. La tipificación de las sanciones disciplinarias. Justificación del <i>bis in idem</i> en la indeterminación de la sanción disciplinaria?	239
5. Las teorías sobre la diferenciación «cuantitativa» entre los ilícitos penales y las faltas disciplinarias	245
A. Exposición	245

B. Revisión y crítica	249
6. Las tesis sobre la distinción formal entre los ilícitos penales y disciplinarios. Exposición y toma de postura	252
D. LA VIGENCIA DEL NON BIS IN IDEM EN LA CONCURRENCIA ENTRE DELITOS DE FUNCIONARIOS Y FALTAS DISCIPLINARIAS. EL CRITERIO DE LA SUBSIDIARIEDAD COMO MEDIO DE RESOLUCIÓN DE LOS	
CORRESPONDIENTES CONCURSOS DE LEYES	257

CAPÍTULO V

ESTUDIO DE LA CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE DE PREVALIMIENTO DEL CARÁCTER PÚBLICO DEL CULPABLE (art. 22. 7ª CP).

A. INTRODUCCIÓN	267
B. EL CONCEPTO DE FUNCIÓN COMO CRITERIO DE DELIMITACIÓN NEGATIVA DEL PREVALIMIENTO	270
C. EL CONTENIDO DE LAS DIVERSAS SITUACIONES JURÍDICAS FUNCIONARIALES COMO CRITERIO DE DELIMITACIÓN POSITIVA DEL PREVALIMIENTO	279
D. EL TRATAMIENTO JURÍDICO- PENAL DE LAS MODALIDADES ATÍPICAS DE ABUSO COMPETENCIAL: LA CONSTRUCCIÓN DEL PREVALIMIENTO COMO CLÁUSULA RESIDUAL DE RESPONSABILIDAD POR ABUSOS EN EL EJERCICIO DEL CARGO	283
E. INEFICACIA DEL PREVALIMIENTO POR SU INHERENCIA A LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	288

PARTE SEGUNDA

EL CONCEPTO MATERIAL DE INJUSTO Y LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

CAPÍTULO I

ESTUDIO DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

A. CONSIDERACIONES PREVIAS. LA CONSTRUCCIÓN DE LOS DELITOS DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS COMO DELITOS DE ACTIVIDAD TIPIFICADA: FUNDAMENTO Y PROPUESTAS DOCTRINALES PRESUPUESTOS DOGMÁTICOS Y METODOLÓGICOS PARA CONTROLAR LA EXISTENCIA DE UNA ESTRUCTURA “TIPO” EN LAS FIGURAS DEL TÍTULO XIX DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL	295
B. LOS DELITOS DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS COMO DELITOS ESPECIALES. CONCEPTO Y ESTRUCTURA DE LOS DELITOS ESPECIALES DE POSICIÓN JURÍDICA	314

1. El delito especial. Criterios de caracterización. Delitos de posición fáctica y de posición jurídica. Reconducción de la situación especial del autor a una posición de garante	314
2. Elementos típicos de los delitos especiales de posición jurídica: la situación jurídica del sujeto y el ejercicio de la función	323
C. EL CONCEPTO DE DELITO “FUNCIONAL” Y SU APLICACIÓN A LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	340
D. EL ABUSO DE PODER Y LA INFACCIÓN DEL DEBER COMO DATOS DE ESPECIFICACIÓN DE LAS CONDUCTAS TÓPICAS DEL TÍTULO XIX CP	355
1. Consideraciones previas	355
2. Los límites externos de la categoría de los delitos de abuso de poder. Concepto, elementos interpretativos y ámbito de aplicación del abuso de poder jurídico-penalmente relevante	356
3. Problemas interpretativos de los delitos de infracción de deber. Elementos para una primera individualización de la categoría: las relaciones entre el contenido material de la circunstancia de prevalimiento y la infracción del deber como elemento del tipo de injusto. Incidencia de la infracción del deber en el correcto ejercicio de las potestades administrativas. Verificación en la infracción del deber de los rasgos y requisitos del desvalor objetivo de acción	361

CAPÍTULO II

EL PERFIL OFENSIVO DE LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

A. LA CARACTERIZACIÓN DE LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO DELITOS CON BIEN JURÍDICO “INTERMEDIO ESPIRITUALIZADO” O COMO “DELITOS POR ACUMULACIÓN”: LAS PROPUESTAS DE LOOS Y DE SUS SEGUIDORES. VALORACIÓN CRÍTICA: LA NECESIDAD DE PRESERVAR LA VIGENCIA DE LOS PRINCIPIOS GARANTISTAS DEL DERECHO PENAL EN EL ÁMBITO DE LA DELINCUENCIA CONTRA BIENES JURÍDICOS SUPRAINDIVIDUALES	373
B. LAS MODERNAS PROPUESTAS DE REDUCCIÓN CONCEPTUAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA A UN BIEN JURÍDICO AFECTABLE POR COMPORTAMIENTOS INDIVIDUALES	383
1. La Administración Pública como “actividad orgánica de los agentes públicos”. Exposición de la tesis y valoración crítica	383
2. La reconducción de los ilícitos contra la Administración Pública a la categoría de la delincuencia pluriofensiva. Exposición de la tesis y valoración crítica	387

3. La Administración pública como “el desempeño de la actividad pública”. Exposición de la tesis y valoración crítica. Toma de postura: reconstrucción de los delitos del Título XIX como delitos procedimentales. Consideraciones dogmáticas y político-criminales sobre el “procedimiento administrativo” como bien jurídico-penal. Establecimiento de sus criterios de afección 388
4. El perfil ofensivo del delito de cohecho 394

CAPÍTULO III

EL RÉGIMEN JURÍDICO-PENAL DEL “INSTRUMENTO DOLOSO NO CUALIFICADO” EN EL ÁMBITO DE LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. RECURSOS Y TÉCNICAS LEGALES.

A. DETERMINACIONES PREVIAS	401
B. ANÁLISIS DE LAS CLÁUSULAS DE TIPIFICACIÓN DE LOS COMPORTAMIENTOS DE ESTRUCTURA TRIANGULAR EN EL TÍTULO XIX DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL	403
1. La tipificación de delitos de omisión y resultado con equivalencia comisiva: el modelo de la malversación por sustracción de caudales públicos (art. 432 CP)	403
2. La inclusión en el tipo de cláusulas de realización “indirecta” de la conducta. El modelo de las exacciones ilegales (art. 437 CP)	406
3. La tipificación de la realización típica “por persona interpuesta”. El modelo del cohecho (arts. 419 y 420 CP)	412
C. IDENTIFICACIÓN DE LAS LAGUNAS DE PUNIBILIDAD PROVOCADAS POR EL EMPLEO DE UN “INSTRUMENTO DOLOSO NO CUALIFICADO”. ELECCIÓN DEL INSTRUMENTO SANCIONADOR	421
1. Breve referencia a los expedientes dogmáticos propuestos por la doctrina para salvar la impunidad de la “autoría mediata con instrumento doloso no cualificado”	421
2. Consideración de los supuestos problemáticos	425
A. La infidelidad en la custodia de documentos del artículo 413 CP y los requisitos del artículo 11 CP. Posición de garante del funcionario por ingerencia y razones estructurales que impiden la equiparación de su omisión a las conductas activas	425
B. La punibilidad de la malversación por distracción con “instrumento doloso no cualificado”. La tesis de Castro Moreno sobre la relación existente entre las modalidades típicas de los artículos 433 y 434	438

CAPÍTULO IV

LA TENTATIVA DEL SUJETO INIDÓNEO. CONCEPTO Y PUNIBILIDAD.

A. CONSIDERACIONES PREVIAS. TENDENCIAS HACIA LA PUNICIÓN O IMPUNIDAD EN LAS DOCTRINAS ALEMANA Y ESPAÑOLA. NECESIDAD DE AFRONTAR EL PROBLEMA COMO DESARROLLO LÓGICO DEL PRECONCEPTO DE TENTATIVA INIDÓNEA. BREVE REFERENCIA A LAS TEORÍAS OBJETIVO-FORMALES, OBJETIVO-MATERIALES, SUBJETIVAS Y MIXTAS SOBRE LA PUNIBILIDAD DEL DELITO IMPOSIBLE. OPCIÓN POR LA TEORÍA DE LA IDONEIDAD RELATIVA	441
B. LA PUNICIÓN DEL AUTOR INIDÓNEO. TESIS DE MIR PUIG Y FARRÉ TREPAT: LA INIDONEIDAD DE AUTOR COMO UNA DE LAS CAUSAS DE INIDONEIDAD DE MEDIO. LA APLICACIÓN AL DERECHO ESPAÑOL DE LA DISTINCIÓN ENTRE ERROR DE TIPO AL REVÉS Y ERROR DE SUBSUNCIÓN AL REVÉS	461
C. LA IMPUNIDAD DEL AUTOR INIDÓNEO	463
1. Tesis de Sola Reche: impunidad determinada por el ámbito limitado de validez personal de las normas especiales	463
2. Tesis de Bacigalupo: impunidad determinada por la configuración de las características especiales de la autoría como elementos del deber jurídico	464
3. Tesis de Sainz de Robles Santa Cecilia: impunidad determinada por la ausencia de coeficiente objetivo en la constatación del juicio de peligro	467
D. TOMA DE POSTURA. ADOPCIÓN DE LA CONSTRUCCIÓN DE LA “FALTA DE TIPO”	469
ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO	481



NOTA PREVIA

Este libro tiene su origen en la tesis doctoral que, bajo el título *Los delitos contra la Administración Pública. Contribución a una teoría general*, defendí el día 27 de marzo de 1998 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela, ante un Tribunal presidido por el profesor Dr. Orts Berenguer y compuesto por los profesores Dres. González Guitián, Martínez-Buján Pérez, González Cussac y de Vicente Remesal, quienes por unanimidad otorgaron al trabajo la calificación de sobresaliente *cum laude*. Con relación a su sistemática y contenido originales, el estudio acusa, no obstante, importantes modificaciones, cuya razón de ser paso a explicar muy sucintamente. Ante todo, he procurado dar buena cuenta de las sugerencias y consejos de los miembros de la comisión, con la seguridad de que contribuirían a mejorarlo sustancialmente. Por otra parte, durante el período de tiempo transcurrido entre el referido acto de defensa y lectura y el último trimestre del año 2002, momento en el que se han cerrado los trabajos de edición de la presente monografía, la bibliografía española en la materia se ha visto enriquecida con importantes aportaciones, cuya toma en consideración ha supuesto no pocas matizaciones de los puntos de vista que había sostenido en un primer momento. Finalmente, mi incursión en otros ámbitos de las Partes General y Especial del Derecho penal me ha llevado a reconsiderar algunas de las conclusiones alcanzadas en punto a materias como el perfil ofensivo de las figuras del Título XIX del Código penal, las relaciones existentes entre los delitos de infracción de deber y de abuso de poder o las técnicas legales de punición de la denominada autoría mediata con instrumento doloso no cualificado. A tal efecto, los capítulos correspondientes han sido objeto de una significativa reelaboración y de una nueva sistematización.

A quienes integraron el Tribunal que juzgó la tesis deseo agradecerles sus observaciones y recomendaciones y el interés con que la acogieron. Quiero expresar también mi más sincero agradecimiento a quien la dirigió, el profesor Dr. Lorenzo Salgado, por todas las enseñanzas y por el estímulo que he recibido de él desde que inicié la carrera universitaria.

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

<i>AA</i>	Actualidad administrativa
<i>ADH</i>	Anuario de Derechos humanos.
<i>ADPCP</i>	Anuario de Derecho penal y ciencias penales.
<i>ADPP</i>	Annali di Diritto e procedura penale
<i>AJA</i>	Actualidad jurídica Aranzadi
<i>AJDA</i>	L'actualité juridique. Droit administratif
<i>ALR</i>	Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten
<i>ATC</i>	Auto del Tribunal Constitucional
<i>BBG</i>	Bundesbeamten-gesetz
<i>BegleitG</i>	Begleitgesetz zum Telekommunikationsgesetz
<i>BFDUC</i>	Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
<i>BIMJ</i>	Boletín de información del Ministerio de Justicia
<i>BRAH</i>	Boletín de la Real Academia de la Historia
<i>CC</i>	Código civil
<i>CCGPJ</i>	Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial
<i>CDJ</i>	Cuadernos de Derecho judicial
<i>CE</i>	Constitución española
<i>CGC</i>	Cuadernos de la Guardia Civil
<i>CLP</i>	Comentarios a la legislación penal
<i>CP</i>	Código penal
<i>CPC</i>	Cuadernos de política criminal
<i>CPTR73</i>	Código penal, Texto Refundido de 1973
<i>DA</i>	Documentación administrativa
<i>DDDP</i>	Dei delitti e delle pene
<i>DDP</i>	Digesto delle discipline penalistiche
<i>DI</i>	Il Digesto italiano
<i>DJ</i>	Documentación jurídica
<i>EDall</i>	Encyclopédie Dalloz
<i>EDJ</i>	Estudios de Derecho judicial
<i>EDPI</i>	Enciclopedia del diritto penale italiano.
<i>ED</i>	Enciclopedia del diritto
<i>EDJ</i>	Estudios de Derecho judicial
<i>EGStGB</i>	Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch
<i>EJB</i>	Enciclopedia Jurídica Básica
<i>EJO</i>	Enciclopedia Jurídica Omeba
<i>EP</i>	Estudios penales
<i>EPC</i>	Estudios penales y criminológicos
<i>GA</i>	Goldammer's Archiv für Strafrecht
<i>GI</i>	Giurisprudenza italiana
<i>GP</i>	La Giustizia penale
<i>GS</i>	Der Gerichtssaal
<i>IP</i>	L'Indice Penale
<i>JA</i>	Juristische Arbeitsblätter
<i>JR</i>	Juristische Rundschau

<i>JURA</i>	Juristische Ausbildung
<i>JuS</i>	Juristische Schulung. Zeitschrift für Studium und Ausbildung
<i>JZ</i>	Juristenzeitung
<i>KorrBekG</i>	Korruptionsbekämpfungsgesetz
<i>LA</i>	Ley de aguas
<i>LC</i>	Ley de costas
<i>LCo</i>	Ley de contratos de las Administraciones Públicas
<i>LFCE</i>	Texto articulado de la Ley de Funcionarios civiles del Estado.
<i>LGDCU</i>	Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios
<i>LDIEC</i>	Ley de disciplina e intervención de las entidades de crédito
<i>LGP</i>	Ley general presupuestaria
<i>LGT</i>	Ley general tributaria
<i>LI</i>	Ley de Incompatibilidades de los miembros del Gobierno de la Nación y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado
<i>LK</i>	Leipziger Kommentar
<i>LEF</i>	Ley de expropiación forzosa
<i>LFCE</i>	Ley de funcionarios civiles del Estado
<i>LK</i>	Leipziger Kommentar
<i>LL</i>	La Ley
<i>LMRFP</i>	Ley de medidas para la reforma de la función pública
<i>LMV</i>	Ley del mercado de valores
<i>LO</i>	Ley orgánica
<i>LOFCSE</i>	Ley orgánica de cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado.
<i>LOGS</i>	Ley orgánica general de sanidad
<i>LOPJ</i>	Ley orgánica del poder judicial
<i>LOPSC</i>	Ley orgánica sobre protección de la seguridad ciudadana
<i>LOREG</i>	Ley orgánica del régimen electoral general
<i>LORTADCP</i>	Ley orgánica de regulación del tratamiento de datos de carácter personal
<i>LOT</i>	Ley orgánica del Tribunal Constitucional
<i>LOTCu</i>	Ley orgánica del Tribunal de cuentas
<i>LP</i>	Ley de patentes
<i>LPA</i>	Ley de procedimiento administrativo
<i>LPHE</i>	Ley del Patrimonio Histórico español
<i>LRBRL</i>	Ley reguladora de las bases del régimen local
<i>LRJPA</i>	Ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común
<i>LSJ</i>	La Semaine Juridique
<i>LTCVMSV</i>	Texto articulado de la ley sobre el tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial.
<i>NEJ</i>	Nueva Enciclopedia Jurídica
<i>NDI</i>	Novissimo Digesto Italiano
<i>NPP</i>	Nuevo Pensamiento penal
<i>PANCP</i>	Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código penal
<i>PJ</i>	Poder judicial
<i>PC</i>	Poder y control
<i>QC</i>	La Questione Criminale

<i>QG</i>	Quaderni della giustizia
<i>QuestG</i>	Questione giustizia
<i>RAP</i>	Revista de Administración Pública
<i>RD</i>	Recueil Dalloz
<i>RDFCE</i>	Reglamento de Régimen disciplinario de los funcionarios civiles del Estado
<i>RDP</i>	Revista de Derecho político
<i>RDPC</i>	Revista de Derecho penal y criminología
<i>RDPP</i>	Rivista di diritto e procedura penale
<i>RDyPP</i>	Revista de Derecho y proceso penal
<i>RDPC</i>	Revista de Derecho penal y crimonología
<i>RDS</i>	Recueil Dalloz Sirey
<i>RECPC</i>	Revista electrónica de ciencia penal y criminología
<i>REDA</i>	Revista española de Derecho administrativo
<i>REDC</i>	Revista española de Derecho constitucional
<i>REP</i>	Revista de estudios penales
<i>REPEPOS</i>	Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración
<i>REVL</i>	Revista de estudios de la vida local
<i>RFAL</i>	Reglamento de funcionamiento de la Administración local
<i>RFDUC</i>	Revista de la Facultad de derecho de la Universidad Complutense
<i>RGD</i>	Revista General del Derecho
<i>RGLJ</i>	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
<i>RIDPP</i>	Rivista italiana di diritto e procedura penale
<i>RJC</i>	Revista Jurídica de Cataluña
<i>RO</i>	Real Orden
<i>RP</i>	Rivista penale
<i>RSC</i>	Revue de science criminelle et de droit penal comparé
<i>RTDPE</i>	Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia
<i>RVAP</i>	Revista vasca de Administración Pública
<i>SC</i>	Seguridad ciudadana
<i>SK</i>	Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch
<i>StGB</i>	Strafgesetzbuch
<i>StGBK</i>	Strafgesetzbuch Kommentar
<i>STC</i>	Sentencia del Tribunal Constitucional
<i>STS</i>	Sentencia del Tribunal Supremo
<i>TEDH</i>	Tribunal Europeo de derechos humanos
<i>TRRL</i>	Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen local
<i>VVDSrRL</i>	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
<i>ZRP</i>	Zeitschrift für Rechtspolitik
<i>ZStW</i>	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

PARTE PRIMERA

EL SISTEMA DE LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.
CONSIDERACIONES TÉCNICAS Y POLÍTICO-CRIMINALES

CAPÍTULO I

EL SISTEMA DE LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL DERECHO COMPARADO. CRITERIOS RECTORES Y MODELOS DE TRATAMIENTO LEGISLATIVO

A. ALEMANIA.

I. GÉNESIS Y COMPOSICIÓN DEL CAPÍTULO 30 DEL CÓDIGO PENAL. DEL CAPÍTULO VIII, TÍTULO XX, DE LA PARTE SEGUNDA DEL *ALR* A LAS INNOVACIONES INTRODUCIDAS POR LA *EGStGB*. ÚLTIMAS REFORMAS LEGISLATIVAS.

El Código penal alemán tipifica en el Capítulo 30 de su Parte Especial las «Infracciones penales en el cargo» (*Straftaten im Amte*). Su contenido obedece, básicamente, a la extensa reordenación del Capítulo 28 del Código penal de 1871 emprendida por la *EGStGB* (*Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch*), de 2 de marzo de 1974¹. Como habían señalado -críticamente- tanto la doctrina antigua como la inmediatamente anterior a la entrada en vigor de la *EGStGB*, en la agrupación de los *Verbrechen und Vergehen im Amte* del Código de 1871 se detectaba todo el peso de la tradición legislativa prusiana, encarnada por el Código penal de 1851 y, sobre todo, por el *ALR* (*Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten*) de 5 de febrero de 1794².

¹ La nueva disciplina de los delitos de los funcionarios públicos representó uno de los momentos fundamentales en el proceso de reforma de la Parte Especial del Código penal impulsado por la *EGStGB*. En virtud de ella: a) fueron redactados de forma completamente distinta los §§ 331 a 334, 343 a 345 -tipificándose en el párrafo 2º del último de ellos una conducta negligente- y 353 d -acogiendo el contenido del § 453 del Proyecto de 1962-; b) se integraron en el Título 28 con finalidad aclaratoria los §§ 335 y 344 a; c) se subsumieron en sus teóricos tipos base los delitos de los §§ 340, 341, 346, 347, 348, párrafo 2, 350, 351 y 353 d, párrafo 11; d) se abrogaron los §§ 348, 41 -supuestos especialmente graves de destrucción de documentos- y 353 c -divulgación prohibida de asuntos o noticias secretas-; e) se fusionaron en el § 354 y sin alteraciones importantes los §§ 354 y 355 del anterior texto punitivo; y f) la violación del secreto fiscal fue extraída de la Ordenanza fiscal y regulada en el Código penal (§ 355).

² Cfr. F. v. Liszt / E. Schmidt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 23. Aufl., Berlin und Leipzig, 1921, pp. 607 y 608; R. Maurach, *Deutsches Strafrecht. Besonderer Teil*, 2. Aufl., Karlsruhe, 1956, pp. 611 y 612; H. Welzel, *Das Deutsche Strafrecht. Eine Systematische Darstellung*, 9. Aufl., Berlin, 1965, p. 485; P. Baldus, número 1 letra b antes del § 331, *LK*, 3. Band, 9. Aufl., Berlin, New York, 1974.

Producto típico del Despotismo Ilustrado prusiano, este último puede considerarse como el punto de partida del actual Derecho de funcionarios alemán, en tanto en cuanto juridificó públicamente unas relaciones hasta ese momento impregnadas de rasgos iusprivatistas y sujetas al arbitrio del príncipe³. Por lo que atiene a la organización administrativa, su aportación decisiva estribó en la descripción en el Título X de su Parte Segunda de un completo elenco de los derechos y de las obligaciones de la burocracia, en la previsión de un procedimiento de reparación del servicio adornado de algunas garantías y en el reconocimiento -ya en el encabezamiento del Título I- del carácter de servidor del Estado -esto es, no sólo del rey- del funcionario⁴. Según relata Stock⁵, el Capítulo VIII de su Título XX -§§ 323 a 508- se dedicaba a los “Delitos de los servidores del Estado” (“*Verbrechen der Diener des Staats*”), concebidos por su emplazamiento sistemático como “lesiones contra el Derecho del Estado”. En él se daba entrada -como grupos de delitos realizables por cualquier servidor del Estado (“*Staatsdiener*”)- a los abusos perpetrados en la consecución de un cargo o en el ejercicio o administración del mismo, a los de los superiores jerárquicos que incumplían sus obligaciones, a los que suponían una contradicción con el principio de subordinación, al quebrantamiento del deber de reserva o de sigilo oficiales, a la corrupción, a las injurias realizadas en el cargo y a la forma de vida desordenada. La lista continuaba con los delitos de los empleados judiciales y con los de los empleados de las finanzas, con aquéllos cuyo autor no era un servidor del Estado (como los de los médicos) y, finalmente, con ciertas disposi-

³ Vid. E. Brandt, *Die politische Treuepflicht*, Karlsruhe, 1976, p. 37, citado por A. Embid Irujo, *La fidelidad de los funcionarios a la Constitución (Un estudio de los Derechos alemán y español)*, Madrid, 1987, p. 27.

⁴ Cfr. G. Wacke, «Aussprache über das besondere Gewaltverhältnis», *VVDStRL*, n.º 15, 1957, pp. 206 y 207, quien destaca que este cuerpo normativo ha tenido vigencia en el Derecho alemán hasta 1937; Embid Irujo, *La fidelidad...*, cit., p. 27; y, fundamentalmente, U. Stock, *Entwicklung und Wesen der Amtsverbrechen*, Leipzig, 1932, pp. 145 y ss. Sobre la ideología general del ALR pueden verse H. Conrad, *Die geistigen Grundlagen des Allgemeinen Landrechts für die preussischen Staaten von 1794*, Köln, Opladen, 1958; y H. Hattenhauer, *Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten von 1794. Textausgabe*, Frankfurt, Berlin, 1970. Para una visión general de la reforma burocrática prusiana en la época de la Ilustración, A. Nieto García, *El mito de la Administración prusiana*, Sevilla, pp. 86 y ss.

⁵ *Op. loc. cit.*

ciones relativas a la imposición de penas especiales por la comisión de delitos comunes con o sin ocasión del ejercicio del cargo. El régimen punitivo era severo y la regulación desordenada y heterogénea, confundándose en ella normas civiles, administrativas (de Derecho de policía) y penales⁶. De hecho, en contraposición a los demás grupos delictivos del Título XX, el Capítulo mencionado no aludía en su rúbrica a los intereses ofendidos con las conductas delictivas, sino únicamente al carácter de servidor del Estado del autor, aspirando a contemplar todas las lesiones imaginables de sus deberes⁷.

El Derecho penal de clase construido por Svarez y Klein -autores del cuerpo legal- bajo la inspiración de Federico II el Grande pervivirá en el Capítulo 28 del texto punitivo de 1871, que acusaba la presencia de un elevado número de delitos en punto a los que la cualidad funcional provocaba únicamente una agravación de la pena con respecto al correlativo delito común⁸, pero no con la *EGStGB*, que eliminará del grupo

⁶ Cfr. Stock, *Entwicklung...*, cit., p. 153; Binding, *Lehrbuch...*, *Besonderer Teil*, Band 2, Abteilung 2, cit, p. 396). H. Mattes / H. Mattes (*Problemas de Derecho penal administrativo. Historia y Derecho comparado*, Traducción del alemán de J. M^a Rodríguez Devesa, Madrid, 1979, p. 102), han subrayado al respecto la identidad de contenido material de los delitos criminales y de policía, ordenados ambos (§§ 6 y 11 del Título XVII de la Parte Segunda) al servicio de la tranquilidad y seguridad públicas.

⁷ Cfr. Stock, *Entwicklung...*, cit., p. 155; Binding, *op. loc. cit.* Por ello, como explica Embid Irujo, la reforma administrativa no se llevó hasta sus últimas consecuencias, pues el funcionario “queda atado a la Jefatura del Estado por una obligación personal de lealtad” (*La fidelidad...*, cit., p. 27). De hecho, el contenido del § 2 del Título X («además de las obligaciones generales de los súbditos, deberán (los funcionarios) al jefe del Estado particular fidelidad y obediencia») pone de relieve que la fidelidad resulta configurada “de una forma personal”, lo que tendría “múltiples consecuencias desde el punto de vista de las obligaciones del funcionario y del ejercicio de los poderes disciplinarios” (Embid Irujo, *op. loc. cit.*). En este mismo sentido se ha hecho notar por C. Sainz de Robles Santa Cecilia que si las garantías adquiridas por los funcionarios exigían en aquel momento histórico “no solamente el castigo del incumplimiento o de la corrupción, sino el establecimiento de un auténtico sistema de responsabilidad como reverso de la inamovilidad de su posición”, tales exigencias tropezaban con la concepción jurídico-privada, feudal, de la relación funcional. Por ello, concluye esta autora, “es todavía difícil pensar en términos de derechos y deberes, ya que la esencia de la condición de funcionario no se define propiamente a través de ellos, sino de la obediencia y de la lealtad singulares a las autoridades estatales” (“*Contribución a la teoría general de los delitos de los funcionarios*”, Tesis doctoral inédita, Valladolid, 1985, pp. 33 y 34).

⁸ Cfr. Binding, “Das Amtsverbrechen...”, cit., pp. 20 y 21, si bien opinando sobre la base de la sistemática que él mismo propone como criterio material de ordenación de estos

aquellas figuras que se consideraban suficientemente castigadas con las penas previstas para el delito común, fundamentalmente las detenciones ilegales en la función (§ 341), el allanamiento de morada en la función (§ 342), el encubrimiento en la función (§ 346), la omisión del deber de impedir la evasión de presos (§ 347), la infidelidad en la custodia de documentos (§ 348. 2) y la malversación, simple y agravada (§§ 350 y 351)⁹.

delitos, y que distingue no entre delitos propios e impropios, sino entre “delitos del cargo” («*Amtsverbrechen*») y «delitos de funcionarios» («*Beamtenverbrechen*»). Con arreglo al planteamiento dominante, Maurach (*Deutsches Strafrecht. Besonderer Teil*, cit., p. 612), Welzel (*Das Deutsche Strafrecht*, cit., pp. 485 y 487) y Baldus (números 12 y 23 antes del § 331, *LK*, 3. Band, 9. Aufl., cit.) veían en dicha presencia el factor de mayor perturbación en orden a una correcta comprensión del sentido de estos delitos. Ese “planteamiento dominante” al que aludo es el que advierte delitos propios (“*echte*”, “*eigentliche*”) de funcionarios en aquéllos que sólo un funcionario público puede cometer en calidad de autor, al contener el tipo como elemento constitutivo la lesión de un deber del cargo. La cualidad de funcionario público sería en estos casos una característica personal que fundamentaría la punibilidad del autor en el sentido del § 28. 1) *StGB*. Los ejemplos frecuentemente aludidos al respecto son los de la prevaricación, el cohecho pasivo, la persecución o ejecución contra no culpables y la falsedad documental en el ejercicio de la función pública. En la misma línea, delitos impropios, por contra, serían aquéllos que podrían ser cometidos también por sujetos no cualificados, siendo determinante para la agravación de la pena bien la lesión de los deberes u obligaciones propios del servicio público y las relaciones de confianza estatal, bien el abuso del cargo como medio de comisión de los delitos. Antes de la entrada en vigor de la *EGStGB*, la figura habitualmente reclamada como modelo era la malversación de caudales públicos; con posterioridad, la lesión corporal en el ejercicio de la función pública (§ 340). Cfr. Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, cit., pp. 486 y 487; W. Petters / H. Preisendanz, *StGB*, 28. Aufl., Berlin, 1974, p. 634; Baldus, números 4 y 5 antes del § 331, *LK*, 3. Band, 9. Aufl., cit.; H. Blei, *Strafrecht II. Besonderer Teil*, 12. neubearbeitete Aufl., München, 1983, p. 452; P. Cramer, en A. Schönke / H. Schröder, *StGBK*, 22. neubearbeitete Aufl., München, 1985, p. 1913; H. - H. Jescheck, números 11 y 12 antes del § 331, *LK*, 7. Band, 10. völlig neubearbeitete Aufl., Berlin, New York, 1988; V. Krey, *Strafrecht. Besonderer Teil*, Band 1, Besonderer Teil ohne Vermögensdelikte, 7. völlig neubearbeitete Aufl., Stuttgart, Berlin, Köln, 1989, pp. 252 y 257; E. Dreher / H. Tröndle, *StGB*, 45. neubearbeitete Aufl., München, 1991, p. 1753; F. Haft, *Strafrecht. Besonderer Teil*, 4. Aufl., München, 1991, p. 299. Entre los delitos propios y los impropios, E. Schmidhäuser sitúa los delitos especiales mixtos, que se caracterizarían porque las posiciones de deber que son presupuesto de la tipicidad podrían ser ocupadas tanto por los sujetos activos de los tipos propios de los titulares del cargo público como por sujetos sin dicha cualificación. Los delitos que reconduce a esta categoría son la infidelidad en el servicio extranjero (§ 353 a, la lesión del secreto de oficio y de un deber especial de secreto o reserva (§ 353 b y la lesión del secreto fiscal (§ 355). Cfr. *Strafrecht. Besonderer Teil*, Tübingen, 1980, pp. 229 y 230.

⁹ Paralelamente a la derogación de los referidos parágrafos, la *EGStGB* estableció una readaptación de las penas de los tipos básicos (§§ 120, 123, 133, 239, 246 y 258 a, que preveían

Además, la *EGStGB* abrogó el anterior § 359, que contenía la definición de *Beamte*, sustituyéndolo en el § 11. 2 del Capítulo 2º de la Parte General por la definición del *Amtsträger* (“quien, según el Derecho alemán, a) es funcionario o juez, b) se encuentra en otra relación oficial de Derecho público o c) se halla de otro modo encargado del cumplimiento de tareas de administración pública en un oficina administrativa o en otro ente o a sus órdenes”)¹⁰, e hizo valer, a la hora de trazar los respectivos marcos

originariamente sanciones superiores a las aplicables cuando el sujeto activo era un funcionario público. A pesar de ello, la doctrina no ha dejado de expresar sus dudas acerca del tratamiento sistemático de los delitos impropios de los funcionarios. H. Wagner ha expuesto nítidamente las incongruencias técnicas a que aboca la absorción de delitos con un bien jurídico autónomo por delitos «formalmente» subsidiarios, así como los efectos contraproducentes de la derogación de las figuras en la función en materia de prevención general y especial. Cfr. “Neue Tendenzen im Bereich der Amtsdelikte”, *ZRP*, 1975, pp. 273 y ss.

¹⁰ Frente al concepto penal de funcionario (“*Beamte*”) del § 359 -comprensivo de quienes mediata o inmediatamente, permanente o provisionalmente y terciando juramento profesional o no, recibían el encargo de realizar funciones del servicio público-, el legislador de 1975 acuña los conceptos de “*Amtsträger*” (“titular del cargo”), en esencia correspondiente al de “*Beamte*”, y de “*für der öffentlichen Dienst besonders Verpflichteter*” (“sujeto especialmente obligado para el servicio público”), hasta ese momento adoptado por la Ordenanza para la disciplina de los delitos de cohecho y violación de secretos cometidos por sujetos no funcionarios (*BestechVO*) de 22 de mayo de 1943, dejada sin vigencia por la *EGStGB* (art. 287, n° 3). Con arreglo al Derecho derogado, los delitos del actual Capítulo 30 podían ser perpetrados únicamente por los funcionarios en sentido jurídico-penal, mientras que para otras clases de empleados en oficinas o entidades de Derecho público se contemplaban diferenciadamente determinadas prescripciones en materia de violación de secretos y de cohecho (por ejemplo, en los §§ 353 b II *StGB* y I *BestechVO*). Tras la *EGStGB*, el Código penal muestra tanto disposiciones legales que abarcan exclusivamente a los titulares del cargo (“*Amtsträgern*”), caso de los §§ 174 b, 258 a, 336, 340 ó 341, como párrafos que se destinan sin distinción de ningún tipo a aquéllos y a los sujetos especialmente obligados para el servicio público (por ejemplo, los §§ 203, 331 y ss., 353 b ó 355). La respuesta de la literatura a las nuevas disposiciones dista de ser uniforme. Una corriente de opinión ve cumplidas las aspiraciones de simplificación y clarificación que se hallaban en la base de la reforma, identificando en la equiparación de los titulares del cargo y los sujetos especialmente obligados para el servicio público un allanamiento definitivo de las dificultades de delimitación conceptual. En otro sentido, se entiende que las nuevas reglas siguen basculando sobre la nadapáscua noción de “funciones de la Administración Pública”, a la vez que dejan irresuelta la problemática de la delimitación en los supuestos de inexistencia de nombramiento formal. Referencias a las diversas opiniones en E. Samson, números 8 y ss. al § 11, en H. J. Rudolphi / E. Samson / E. Horn / H. - L. Günther, *SK*, Band I, 6. neubearbeitete Aufl., Neuwied, Krißtel, Berlin, 1995. En orden a la primera de las cuestiones, singularmente, la doctrina discrepa abiertamente sobre la pertenencia al ámbito de la *Daseinsvorsorge* de las

punitivos, el menor contenido de injusto de las conductas de aceptación de ventajas y venalidad de los §§ 331 y 333 -cuyo objeto es una acción conforme a los deberes del servicio- con relación al de los §§ 332 y 334 -cuya finalidad es la realización de una acción a través de la cual dichas obligaciones son o serán infringidas-¹¹.

intervenciones públicas realizadas, bajo formas de Derecho privado, en concurrencia con las actividades empresariales de los particulares (cfr., con diversos puntos de vista, H. Wagner, *Amtsverbrechen*, Berlin, 1975, pp. 129 y ss.; A. Eser, en Schönke / Schröder, *StGBK*, cit., p. 90; H. Tröndle, número 25 al § 11, *LK*, 1. Band, 10, cit.; J. Welp, "Der Amtsträgerbegriff", en W. Küper (herausgegeben von), *Festschrift für K. Lackner*, Berlin, New York, 1987, p. 775 y ss., todos con referencias). Bajo el concepto «sujeto especialmente obligado para el servicio público» (§ 11 n° 4) se comprenden aquellas personas que sin ser "Amtsträgern", ni hallarse en relaciones de Derecho público o haber sido encargados para el ejercicio de tareas de la Administración, ostentan una relación mediata con ésta, participando en un ente u oficina encargado de aquéllas y viniendo formalmente obligados al cumplimiento de obligaciones relacionadas con el servicio público. El que las funciones incumban inmediatamente al ente en que se integran o que les hayan sido encomendadas por otras oficinas o entes es completamente indiferente (por todos, Samson, número 18 al § 11, en Rudolphi / Samson / Horn / Günther, *SK*, Band I, cit.). No obstante, y según el § 1 II de Ley sobre contratación de formal de sujetos no funcionarios -a la que se remite el artículo 42 de la *EGStGB* (*Gesetz über die förmliche Verpflichtung nichtbeamteter Personen in der Fassung des Art. 42 EGStGB*, de 9 de marzo de 1974)-, el contrato de trabajo debe hacer indicación expresa de las consecuencias penales de la infracción de las obligaciones profesionales en él descritas. Cfr., ampliamente, Tröndle, números 52 y ss. al § 11, *LK*, 1. Band, 10. Aufl., cit.

¹¹ La conveniencia de modificar el régimen del cohecho era lugar común en las exposiciones de la materia. El objetivo primordial de la nueva regulación, atenta a las recomendaciones de los §§ 460 a 463 del Proyecto de 1962, fue la de reforzar los mecanismos de protección penal contra la corrupción pública (cfr. H. Jung, en C. Roxin / W. Stree / H. Zipf / H. Jung, *Einführung in das neue Strafrecht*, München, 1975, p. 128). Con relación al derogado § 331, el texto resultante de la *EGStGB* elevó la pena para la aceptación de ventajas de seis meses a 2 años de privación de libertad. En su número 2, el mismo párrafo prevé una pena agravada para los supuestos de aceptación de ventajas por la realización de acciones judiciales o arbitrales no infractoras de deberes judiciales, lo que supone una dilatación de los tipos del derogado § 334. La regla del § 331 número 3, referida a la relevancia jurídico-penal de la autorización por la autoridad competente de la conducta del funcionario o del sujeto especialmente obligado al servicio público, carece de antecedentes. El legislador, según refiere Jung, recurrió a esta construcción auxiliar, de difícil calificación dogmática (cfr. M. Maiwald, "Die Amtsdelikte. Probleme der Neuregelung des 28. Abschnitts des StGB", *JuS*, 1977, pp. 355 y ss.: causa de justificación; Schmidhäuser, *Strafrecht. Besonderer Teil*, cit., p. 232: causa de exclusión de la tipicidad; Cramer, en Schönke / Schröder, *StGBK*, cit., p. 1924: causa de justificación o excusa absoluta dependiendo de que se produzca antes o después de la aceptación) al fin de excluir la punibilidad de las recepciones de ventajas socialmente habi-

Ulteriores modificaciones han venido de la mano de las Leyes de Reforma de 21 de diciembre de 1979 (17. *Str.Ändg*), en materia de violación de secretos (§ 353 b, párrafo 2); de 28 de marzo de 1980 (18. *Str.Ändg*), que trasladó los delitos en el cargo desde el Capítulo 28 al 29, último de la Parte Especial, destinando aquél a la regulación de los delitos contra el medio ambiente; y de 13 de agosto de 1997 (*KorrBekG*, Ley de lucha contra la corrupción), que ha alterado sustancialmente tanto la estructura de los delitos de cohecho -al incriminar en los §§ 331 y 332 la aceptación de dádivas y la venalidad en favor de terceros, y diluir, en cierto modo, el objeto del convenio-, como su régimen punitivo -con la introducción del § 335, relativo a los supuestos “especialmente graves” inscribibles en los §§ 332 II, 1 y III y 334-. El nuevo diseño de este delito guarda relación con

tuales o adecuadas (cfr. Jung, en Roxin / Stree / Zipf / Jung, *Einführung...*, cit., p. 129). La aplicación de esta disposición se circunscribe a las dos últimas conductas contenidas en el número 1 (“dejarse prometer” y “aceptar”), por consiguiente, a conductas del servicio no infractoras de deberes y que no tengan carácter judicial. El tipo de la venalidad (§ 332) se refiere a los casos en que la conducta del servicio ya realizada o por realizar, o su omisión, conllevan o conllevarían una lesión de los deberes del servicio. El número 2 del párrafo prevé una agravación para el cohecho pasivo de un juez o un árbitro, a cuyo efecto y con respecto a lo previsto por el precedente § 334 se rebaja la medida máxima de la pena privativa de libertad de 15 a 10 años. El número tres posee especial significado, al establecer el momento temporal para el perfeccionamiento del delito en conductas ya realizadas. A tenor de él, los números 1 y 2 son aplicables ya desde el momento en que el autor muestra externamente su disposición a actuar antijurídicamente o deja entrever su actitud favorable a dejarse influir en el ejercicio de la discrecionalidad. Los §§ 333 y 334 describen los comportamientos típicos de los particulares que otorgan las ventajas o contraprestaciones. El ámbito material de vigencia del § 333 es más restringido que el del § 331. El número 1 del § 333 penaliza sólo a aquéllos que como contraprestación por una conducta discrecional a realizar en el futuro ofrecen, prometen o garantizan una ventaja. Frente a la anterior regulación, que no consideraba punible el otorgamiento de ventajas por una conducta de servicio no infractora de deberes, supone por lo tanto un ensanche de la punibilidad. En el espíritu del legislador pesó considerablemente la necesidad de establecer una suerte de *tipo de captación* de las hipótesis en que es difícilmente demostrable la intencionalidad requerida por el número 1 del § 334 (cfr. Jescheck, número 1 al § 332, *LK*, 7. Band, 10. Aufl., cit.). El número 2 del § 333, reformado también por la *KorrBekG*, tipifica el otorgamiento de ventajas por una acción judicial pasada o futura. El § 334, introducido por el artículo 19 n° 187 *EGStGB* y modificado por la *KorrBekG*, representa el contrapunto del § 332, de modo que si éste se destina al tomador de la dádiva, aquél tipifica la conducta del que la da. En su número 3, reproduce las previsiones temporales relativas al perfeccionamiento del delito contenidas en el número 3 del § 332.

el contenido del Capítulo 26, creado asimismo por la *KorrBekG* para incriminar los “hechos penales contra la competencia”, y que a la postre ha terminado por desplazar a los delitos en el cargo del Capítulo 29 al 30¹².

El último de los cuerpos legales con incidencia directa en la materia es la Ley de Acompañamiento a la Ley de Telecomunicaciones (*BegleitG*), de 17 de diciembre de 1997, que ha redefinido el antiguo delito de lesión del secreto postal y de telecomunicaciones del § 354 para reubicarlo en el § 206 del Capítulo 15, dedicado a la “lesión al ámbito personal de vida y secreto”. El Capítulo se integra en la actualidad por las siguientes figuras: aceptación de una ventaja (§ 331), venalidad (§ 332), otorgamiento de una ventaja (§ 333), corrupción (§ 334), supuestos especialmente graves de venalidad y de corrupción (§ 335), omisión de la acción del servicio (§ 336), remuneración a árbitros (§ 337), aplicación de las disposiciones sobre comiso y sobre penas patrimoniales (§ 338), prevaricación (§ 339), lesión corporal en el ejercicio de funciones públicas (§ 340), coacción para la obtención de una declaración (§ 343), persecución de no culpables (§ 344), ejecución contra no culpables (§ 345), falsedad documental en la función pública (§ 348), exacción ilegal de honorarios (§ 352), exacción ilegal de impuestos (§ 353), infidelidad en el servicio extranjero (§ 353 a, lesión del secreto de servicio (§ 353 b, informes prohibidos sobre audiencias judiciales (§ 353 d, lesión del secreto fiscal (§ 355), prevaricación de abogado (§ 356) e inducción a un subordinado a la comisión de delitos (§ 357).

2. LOS PRINCIPIOS RECTORES DEL SISTEMA EN LA LITERATURA. SIGNIFICADO DE LA INFRACCIÓN “DEL DEBER DEL CARGO” COMO REQUISITO ESTRUCTURAL: CRITERIOS DE OFENSIVIDAD Y *ULTIMA RATIO*. LOS DELITOS “EN EL CARGO” COMO DELITOS CON MEDIOS COMISIVOS DETERMINADOS.

Tras las sucesivas reformas, las aproximaciones de la literatura al sistema de tratamiento de los delitos “en el cargo” en el Código penal alemán siguen subrayando, sin embargo, sus profundas deficiencias.

¹² Otro de los efectos visibles de la *KorrBekG* es el emplazamiento de la prevaricación en el § 339, motivado por la incorporación de las disposiciones de los §§ 336 y 338.

Unánimemente se ponen de manifiesto las dificultades que presenta la determinación de un bien jurídico común a todos los delitos en el cargo, que habría de buscarse, como sintetiza Lenckner, en la funcionalidad de los aparatos estatales, la pureza del ejercicio del cargo o la confianza de la comunidad en la intachable gestión de los servidores públicos¹³. Un representativo sector de la literatura, sin embargo, rechaza sin paliativos la aptitud de dichas referencias -por su complejidad y falta de concreción- en orden a desempeñar las funciones técnicas, dogmáticas y político-criminales propias del concepto de bien jurídico-penal. Wagner expresa muy gráficamente este punto de vista cuando escribe que los resultados a que conduciría una interpretación teleológica conducida por esas nociones revestirían tal grado de abstracción que habría que cuestionarse si con el artificio de atribuirles la etiqueta de “objetos de la tutela penal” se habría ganado algo con vistas a la determinación del contenido de injusto de las conductas¹⁴.

Como argumento crítico, se ha aludido también a su incapacidad para aprehender el desvalor ínsito en todos y cada uno de los tipos. La idea es que esas finalidades político-criminales de contribuir a reforzar la confianza pública en la buena gestión de los asuntos públicos, a mejorar la imagen o apariencia externa de los aparatos estatales y a garantizar las condiciones imprescindibles para que la Administración Pública pueda desarrollar con eficiencia las actividades institucionales que le competen, subyacentes efectivamente a todos ellos, no permitirían dar cuenta de la diversidad de las consecuencias sancionatorias y de las propias conductas¹⁵. Ni la confianza del público en la pureza del ejercicio del cargo serviría para captar el sentido de todos y cada uno de los delitos, ni aquéllos a los que sí resultaría accesible podrían satisfacer con idéntico grado de efectividad las hipotéticas necesidades objetivas de garantizarla con medios penales. Justificar, por ello, la tipificación de estas infracciones a partir de dichas exigencias político-criminales llevaría al intérprete

¹³ Cfr. T. Lenckner, “Privatisierung der Verwaltung und ‘Abwahl des Strafrechts?’” *ZstW*, 106. Band, 1994, p. 531.

¹⁴ Cfr. H. Wagner, *Amtsverbrechen*, Berlin, 1975, p. 49.

¹⁵ Vid. C. Traumann, *Die Anwendung der Bestechungsdelikte auf die inhaber privater Ingenieur und Planungsbüros. Ein Beitrag zur Auslegung des Amtsträgerbegriffs nach 11. Abs. 1 Nr. 2 c StGB*, Dissertation, Tübingen, 1996, p. 135.

a interrogarse sobre la clase de relación en que se hallan con los tipos individualmente considerados, y sobre si ello no obligaría a hacer abstracción de los diversos intereses individuales y supraindividuales presentes en su estructura¹⁶. El Derecho penal de la función pública -se concluye- debería ser considerablemente más selectivo, incorporando aquellos intereses cuya vulneración, a la vez que para marcar con precisión los contornos de cada comportamiento típico, sirviese para desechar las conductas dotadas de un grado de ofensividad insuficiente¹⁷.

Tampoco la óptica formal del delito especial podría proporcionar la clave definitiva para resolver la cuestión sistemática, toda vez que ni todos los delitos contenidos en el Capítulo 30 tienen como presupuesto la cualidad de funcionario de su autor¹⁸, ni aquél reúne todos los *Amtsdelikte*¹⁹.

¹⁶ Vid. P. Schröder, *Der strafrechtliche Beamtenbegriff in der Entwicklung der Rechtsprechung und der Entwürfe*, Dissertation, Münster, 1965, p. 162, que traslada al grupo la imagen de un sistema 'escalonado' de protección de bienes jurídicos. Hace suya la observación, Traumann, *Die Anwendung...*, cit., p. 135.

¹⁷ Cfr. Wagner, *Amtsverbrechen*, cit., p. 49; H. J. Hirsch, "Literaturbericht", *ZStW*, 88. Band, 1976, pp. 776 y 77. Para Cramer en el fundamento material de los diversos tipos se acentúan sin concierto ora el aspecto del ejercicio en debida forma del cargo público, ora el perjuicio del interés estatal en ofrecer ante la ciudadanía apariencia de juridicidad, de sujeción a Derecho, en sus aparatos administrativos (en Schönke / Schröder, *StGBK*, cit., p. 1912). Rotundos, Haft (*Strafrecht. Besonderer Teil*, cit., p. 299) y Jescheck (número 8 antes del § 331, *LK*, 7. Band, 10. Aufl., cit.) niegan toda posibilidad de determinación unitaria del bien jurídico. Schmidhäuser (*Strafrecht. Besonderer Teil*, cit., p. 229) alude tanto a su inevitable construcción como delitos de peligro abstracto contra el bien jurídico "confianza de la ciudadanía en la juridicidad de la realización de las tareas encomendadas a los órganos estatales", como a la necesaria distinción en el seno del Capítulo 30 de las figuras que atentan contra la autoridad de las decisiones jurisdiccionales. Blei (*Strafrecht II. Besonderer Teil*, cit., pp. 450 y 451), en fin, justifica la reconducción del objeto de protección a un esquema unitario únicamente a costa de su identificación con la genérica "pureza en el ejercicio del cargo" y de la realización de ulteriores diferenciaciones entre delitos uniofensivos y pluriofensivos.

¹⁸ Vid. Jescheck, número 2 antes del § 331, *LK*, 7. Band, 10. Aufl., cit.; Dreher / Tröndle, *StGB*, cit., p. 1753; Schmidhäuser, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., pp. 229 y 230.

¹⁹ Algunos se ubican junto con los delitos con que comparten un mismo bien jurídico protegido. Así, la liberación de presos por funcionario o sujeto especialmente obligado por el servicio público a evitar la evasión (§ 120. 2), el quebrantamiento de depósito (§ 133. 3), la lesión de secretos privados en la función pública (§ 203. 2) y la frustración de pena en la función (§ 258 a. Cfr. Hirsch, "Literaturbericht", cit., p. 773; Jescheck, número 2 antes del § 331, *LK*, 7. Band, 10. Aufl., cit.; Dreher / Tröndle, *StGB*, cit., p. 1754; Cramer, en Schönke / Schröder, *StGBK*, cit., p. 1912; Schmidhäuser, *Strafrecht. Besonderer Teil*, cit., p. 231; Krey, *Strafrecht. Besonderer Teil*. Band 1, cit., p. 257; Haft, *Strafrecht. Besonderer Teil*, cit., p. 299, todos ellos subrayando el carácter inconcluso de la reforma del Capítulo en materia de delitos impropios.

En la primera de las perspectivas, la doctrina considera que la inclusión de los delitos de cohecho activo (§§ 333 y 334), recaudación ilegal de honorarios (§ 352, por lo que atiende a las figuras del abogado u otro asistente jurídico), prevaricación de abogado (§ 356) e información prohibida sobre audiencias judiciales (§ 353 d entre los *Amtsdelikte* podría explicarse, a lo sumo, por las “conexiones objetivas” que presentan con los “delitos en el cargo”²⁰. No obstante, y pese a aportar datos de interés para la discusión dogmática y político-criminal sobre ellos, esas “conexiones” dejarían subsistentes los problemas relativos a la incorrección de la rúbrica del Capítulo, que llama la atención sobre la característica personal de funcionario de los autores (“*Straftaten im Amte*”)²¹, y, fundamentalmente, a la insuficiencia de la referencia o relación de las conductas típicas al ejercicio de los cargos públicos para definir una homogénea línea de ataque al bien o a los bienes jurídicos tutelados. Sobre este extremo, para la doctrina resulta especialmente significativa la disciplina del cohecho, a resultas de la cual el Estado o los aparatos estatales devienen protegidos tanto frente a la posible venalidad del funcionario “tentado” por los ofrecimientos de los particulares como a los abusos efectivos de autoridad o poder protagonizados por éste en sus requerimientos de dádivas o contraprestaciones²².

Sobre la base, entonces, de una regulación mayoritariamente tachada de dispersa, anacrónica y perturbadora -material y valorativamente- se desarrolla el trabajo teórico en la materia. Un trabajo que, sin descuidar

²⁰ Cfr. R. Maurach / F. - C. Schroeder, *Strafrecht. Besonderer Teil. Teilband 2. Straftaten gegen Gemeinschaftswerte*, 6. völlig neubearbeitete Aufl., Heidelberg, Karlsruhe, 1981, p. 201; Cramer, en Schönke / Schröder, *StGBK*, p. 1912; Dedes, “Probleme der Amtsdelikte”, cit., p. 788, nota 11. Para Blei (*Strafrecht II. Besonderer Teil*, p. 450), sin embargo, la presencia de tales tipos constituye -todavía en la actualidad- otra de las pruebas de la “herencia prusiana”.

²¹ En esta tesitura, algunos autores reivindican la adopción del intitulado “delitos contra la corrección del ejercicio del cargo” (“*Straftaten gegen die Richtigkeit der Amtsführung*”, que ofrecería la ventaja de no precondicionar ya formalmente su interpretación como infracciones de los deberes del servicio. Vid. Dedes, “Probleme der Amtsdelikte”, cit., p. 788, notas 12 y 13, con referencias.

²² Cfr. F. Loos, “Zum ‘Rechtsgut’ der Bestechungsdelikte”, en G. Stratenwerth (herausgegeben von), *Festschrift für H. Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974*, Berlin, New York, 1974, pp. 879 y ss.; Dedes, “Probleme der Amtsdelikte”, cit., p. 790; Wagner, *Amtsverbrechen*, cit., p. 28; con anterioridad ya P. Piotet, “Systematik der Verbrechenstelemente und Teilnahmelehre”, *ZStW*, 69. Band, 1957, pp. 14 y ss.

las cuestiones fundamentales que la interpretación técnica de estos delitos suscita en el ámbito de la teoría de la autoría (como las relativas al tiempo de posesión de la cualidad de *Amtsträger*²³, a la relevancia jurídico-penal de la figura del “funcionario de hecho”²⁴ y a la identificación de la

²³ Con arreglo a la tesis mayoritaria, el sujeto debe ostentar dicha cualidad en el momento de la realización del hecho delictivo, sin que su responsabilidad se vea afectada por el posterior cese o separación del servicio. En el mismo sentido, la renuncia al cargo con posterioridad a la comisión del delito ni determina la impunidad ni conduce a la aplicación de los tipos básicos atenuados cuando de delitos impropios de funcionario se trata. Carece también de toda relevancia en orden a la punibilidad el momento temporal de enjuiciamiento del hecho. Cfr. Petters / Preisendanz, *StGB*, cit., p. 634; Baldus, número 10 antes del § 331, *LK*, 3. Band, 9. Aufl., cit.; Jescheck, número 5 antes del § 331, *LK*, 7. Band, 10. Aufl., cit.; Cramer, en Schönke / Schröder, *StGBK*, cit., p. 1912; Dreher / Tröndle, *StGB*, cit., p. 1753.

²⁴ El estudio de la relevancia jurídico-penal de las cualificaciones “*de facto*” adopta como referencia dos supuestos problemáticos: la comisión de alguno de los delitos en el cargo con posterioridad a la dimisión o renuncia al mismo y la subsistencia de la condición penal de funcionario ante la concurrencia de vicios que determinan la nulidad o anulabilidad del nombramiento administrativo. Respecto del primero, el *StGB* carece de una disposición semejante a la del artículo 360 del Código penal italiano. Por ello, el criterio generalmente acogido es el que niega para tales actuaciones la subsunción en los tipos del Capítulo 30, y ello aun cuando el hecho guardase estrecha relación con el cargo anteriormente desempeñado. Como excepción a la regla suele aludirse al delito del § 353 b, relativo a la lesión del secreto de servicio, del que resulta expresamente lo contrario. Cfr. Baldus, número 10 antes del párrafo 331, *LK*, 3. Band, 9. Aufl., cit.; Cramer, en Schönke / Schröder, *StGBK*, cit., p. 1912; Jescheck, número 5 antes del § 331, *LK*, 7. Band, 10. Aufl., cit. La segunda cuestión viene resuelta, en cambio, en sentido afirmativo. La nulidad del nombramiento afecta con carácter *extunc* a la relación interna entre el Estado y el funcionario, pero lo que el Derecho penal toma en consideración son las relaciones externas de la función con los bienes jurídicos, el abuso del cargo, de la autoridad pública. Lo verdaderamente decisivo es, pues, la apariencia de legitimidad en el ejercicio del cargo. Cfr. Maurach / Schroeder, *Strafrecht. Besonderer Teil. Teilband 2*, cit., p. 137; Jescheck, número 6 antes del § 331, *LK*, 7. Band, 10. Aufl., cit.; Haft, *Strafrecht. Besonderer Teil*, cit., p. 299; Cramer, en Schönke / Schröder, *StGBK*, cit., p. 1913. Preparando ya la postura que sostendremos en la Segunda Parte de este trabajo con relación a este tema, interesa incidir en que Cramer establece como límite normativo a la eficacia jurídico-penal de la cualificación fáctica la prohibición del desarrollo de funciones públicas determinada por la nulidad del nombramiento. Cfr. *op. loc. cit.*: “En tanto el ulterior ejercicio de funciones del servicio no haya sido prohibido con motivo de la nulidad del nombramiento, las actuaciones en el cargo son válidas (§ 14 BGG) y deben sujetarse a la más elevada de las protecciones penales contra los abusos”. (La BGG es la *Bundesbeamtengesetz*, Ley federal del funcionariado, de 27 de febrero de 1985). En su opinión, por lo tanto, la legitimidad del ejercicio del cargo, en tanto presupuesto de la existencia de la condición funcional en Derecho penal, debe enjuiciarse y decidirse con arreglo a la normativa jurídico-pública. Remiten también la solución a los criterios extrapenales de legitimidad de la acción estatal Maurach / Schroeder, *Strafrecht. Besonderer Teil. Teilband 2*, cit., p. 137.

adquisición de la posición jurídica del funcionario con la asunción de un deber de garante por “incumbencia institucional”²⁵, se ha dirigido prefe-

²⁵ Como es sabido, la categoría formulada por Jakobs de delitos de infracción de un deber especial derivado de una competencia institucional nos presenta a ilícitos en punto a los cuales la infracción del deber, además de servir como criterio de imputación de la autoría, se erige en verdadero fundamento del injusto. En ellos, la relación existente entre el autor del delito y el bien jurídico no viene definida de una forma puramente negativa, como un “no lesionar”, sino en términos positivos, a través del *status* del primero, esto es, de un haz institucionalmente asegurado de relaciones del que el deber infringido representa sólo un fragmento. Dicho *status* se halla en la base de todos los delitos especiales, pero cuando lo que vienen en juego son instituciones de importancia fundamental para la permanencia de la sociedad, se transmuta en una verdadera posición de garante, que obliga a su titular a responder de la existencia del bien, y no sólo de que la propia organización no lo menoscabe. En última instancia, el objeto de prohibición de las figuras en cuestión sería, pues, la decepción de la expectativa de que las instituciones básicas de la sociedad funcionen adecuadamente. Así lo expresa el propio Jakobs: “La expectativa que se refiere a un deber especial no se deriva de la existencia actual de bienes, sino de la función que se le prescribe al autor para que se adapte a una institución. Si hay que esforzarse por obtener un concepto de bien jurídico no se puede atender a las unidades funcionales ya existentes y a su aseguramiento, sino que como unidad funcional ha de definirse la institución que debe gestionar el autor. La institución sólo es una unidad funcional si está intacta, para lo cual, a su vez, el autor debe desempeñar su papel. La relación del autor no es precisamente negativa”. Entre las instituciones esenciales para la vida social, Jakobs menciona las relaciones estatales de poder (escolarización obligatoria, servicio militar, prisión), la función policial de velar por la seguridad básica y la sujeción a la ley tanto de la Administración Pública como de la Administración de Justicia. Cfr. G. Jakobs, *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. de la 2ª ed. alemana de J. Cuello Contreras / J. L. Serrano González de Murillo, Madrid, 1995, pp. 791 y ss., 993 y ss. Muestran su acuerdo con Jakobs, R. Derksen, *Handeln auf eigene Gefahr*, Berlin, 1992, pp. 180 y ss.; H. H. Lesch, *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, Frankfurt a. M., 1992, pp. 268 y ss.; G. Timpe, *Strafmilderung des Allgemeinen Teils des StGB und das Doppelverwertungsverbot: Untersuchung zu den Paragraphen 23 Abs. 2, 13 Abs. 2, 17 Satz 2 und 46 Abs. 3 StGB*, Berlin, 1983, pp. 188 y ss.; J. Vogel, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Berlin, 1993, p. 182; H. Hüwels, *Fehlerhafter Gesetzesvollzug und strafrechtliche Zurechnung: die Organisationszuständigkeit und die institutionelle Zuständigkeit des Amtsträgers, dargestellt an Beispielen aus dem Umweltschutzrecht*, Berlin, 1986, pp. 121 y ss. Examinan críticamente su construcción, J. Brammsen, *Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten*, Berlin, 1986, pp. 147 y ss.; G. Freund, *Erfolgsdelikt und Unterlassen: zu den Legitimationsbedingungen von Schuldspruch und Strafe*, Köln, 1992, p. 274, nota 6; C. Sangenstedt, *Garantenstellung und Garantenpflicht von Amtsträgern: zugleich eine Untersuchung zu den Grundlagen der strafrechtlichen Garantenhaftung*, Frankfurt a. M., 1989, pp. 345 y ss. En España, se han manifestado en contra J. A. Lascurain Sánchez, *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, Madrid, 1994, p. 248, y a favor M^a I. Ramos Tapia, *El delito de prevaricación judicial*, Valencia, 2000, pp. pp. 136 y ss.; C. Pérez del Valle, “La deslealtad profesional del abogado y su repercusión penal”, *LL*, 1997-2, pp. 1835 y ss.

rentemente a delimitar su objeto de protección con la finalidad de inscribir los delitos en el cargo como grupo técnico en el ámbito propio del Derecho penal común. La literatura monografista se ha hecho eco, en este sentido, de la necesidad de que la criminalización en este ámbito escape a una configuración moralista o eticista del instrumento punitivo, asistiéndose a una revisión de los planteamientos clásicos y a un paulatino desplazamiento del centro de gravedad de la referencia personal del deber del cargo a la tutela de un bien jurídico con idiosincrasia material y valorativa. En primera instancia, la coordinación del grupo de los delitos en el cargo con lo que podrían denominarse “teorías generales del Derecho penal” se opera, pues, *de lege ferenda*, sobre el plano del bien jurídico. Al socaire de las concretas definiciones de éste -y de las sustanciales variaciones del contenido del Capítulo que acarrear-, se ha desarrollado una importante discusión sobre la relevancia justificante o excluyente de la tipicidad del consentimiento del ofendido en los supuestos en que la agresión al bien jurídico supraindividual precisa de un objeto “privado” de ataque (v.gr. en la revelación del secreto profesional del funcionario del § 353 b²⁶).

Ello no significa, sin embargo, que se hayan descuidado otros aspectos de la dogmática de estas figuras, concretamente la naturaleza de la relación existente entre la condición de funcionario público del sujeto activo y el contenido de desvalor típico.

Efectivamente, el debate sobre el significado del “deber del cargo” como requisito constitucional de estos delitos no puede considerarse, ni mucho menos, agotado, pues prima la tesis de que no cabe determinar su injusto específico de espaldas a la infracción de aquél. Ésta es, quizá, la razón por la cual en Alemania nunca se ha desatado la tempestad de críticas en contra del alineamiento de estas figuras con la sanción de la lealtad y de la pulcritud exigibles a los funcionarios que sí conocen los Derechos penales italiano, español y, en menor medida, francés. Así, se ha dicho por Geppert que con el elemento de la autoría de los delitos del

²⁶ Los términos en que se desarrolla el debate pueden verse en Wagner, *Amtsverbrechen...*, cit., pp. 347 y ss.; K. Amelung, “Die Zulässigkeit der Einwilligung bei den Amtsdelikten. Zum Verhältnis von Staatschutz und Individualschutz im deutschen Strafrechts”, en E.-W. Hanack / P. Rieß / G. Wendisch (herausgegeben von), *Festschrift für Hans Dünnebiel zum 75. Geburtstag*, Berlin, New York, 1982, pp. 487 y ss.; C. Roxin, “Über die Einwilligung im Strafrecht”, *BFDUC*, Número especial, Estudios en Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, 1984, Tomo III, pp. 420 y ss.

Capítulo 30 el legislador ha pretendido caracterizar una nuda posición de deber personal, de forma que lo que fundamenta su punibilidad es la necesidad de blindar los bienes jurídicos en juego frente a los actos protagonizados por aquéllos a quienes les han sido previamente confiados: los agentes de la organización administrativa²⁷. Y similares son las conclusiones de Samson, quien, en conexión con su interpretación del concepto “característica personal especial” en el contexto del § 28, adscribe la cualidad de funcionario público a la categoría de las condiciones que definen al autor, no por su relación con el bien jurídico, sino a través de las lesión de deberes especiales²⁸.

Para otros autores, tras la discusión de la incidencia del incumplimiento del deber del cargo en el contenido de injusto vive una cuestión de capital interés: la de la acomodación de los delitos cometidos en el ejercicio del cargo a los postulados del concepto material de delito como conducta perjudicial -actual o potencialmente- para un bien jurídico. De ahí que, sin poner en duda el carácter de “posición de deber” que para el Derecho penal reviste la condición funcionarial, se recuerde la necesidad de no caer en formalismos y de poner en relación dicho concepto con el de ofensa o afección al bien jurídico. La adopción de esta perspectiva se ha plasmado en propuestas teóricas muy diversas, que efectos puramente expositivos pueden sistematizarse como sigue. De acuerdo con un primer grupo de soluciones, la coordinación de los delitos de los funcionarios con las teorías generales del delito pasaría por someter la posición de deber de los funcionarios públicos a una interpretación garantista, haciéndola descender de su especial facilidad para agredir el bien jurídico. Los principales representantes de esta corriente de opinión son, quizá, Traumann y Gallas, quien ciñe las conductas típicas a los esquemas del injusto personal, argumentando que si, por una parte, suponen la transgresión de un deber especial con el que se ha gravado al autor, al propio tiempo entrañan una ofensa contra el bien jurídico cuya protección es, precisamente, objeto del mencionado deber²⁹. Frente a ello, en un nuevo

²⁷ Cfr. K. Geppert, “Zur Problematik des § 50 Abs. 2 StGB im Rahmen der Teilnahme am unechten Unterlassungsdelikt”, *ZstW*, 82. Band, 1970, pp. 61 y ss.

²⁸ Cfr. E. Samson, número 21 al § 28, en H.-J. Rudolphi / E. Samson / E. Horn / H.-L. Günther, *SK*, Band I, 6. neubearbeitete Aufl., Neuwied, Kriftel, Berlin, 1995.

²⁹ Cfr. Traumann, *Die Anwendung...*, cit., p. 148; W. Gallas, *Beiträge zur Verbrechenslehre*, Berlin, 1968, p. 159.

intento de fundamentar adecuadamente los presupuestos del merecimiento y de la necesidad de la pena en estas figuras se ha apelado a su construcción como delitos con medios comisivos legalmente predeterminados. En esta línea de trabajo se inscriben las reflexiones de Welzel, Loos, Wagner y Kaufmann, que identifican en la estructura típica de los delitos del Capítulo 30 la presencia de un elemento objetivo-personal inherente a la conducta, el abuso del oficio o del poder públicos³⁰, si bien, como tendremos oportunidad de destacar, haciendo entrar en juego criterios muy distintos tanto a la hora de determinar los contenidos de dicho elemento como para concretar las reglas jurídicas cuyo quebrantamiento da vida a los actos funcionales o procedimientos que integran los hechos típicos.

B. ITALIA.

I. INTRODUCCIÓN: EL CAPÍTULO II DEL TÍTULO II, LIBRO II, DEL CÓDIGO PENAL ITALIANO. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL GRUPO. INNOVACIONES INTRODUCIDAS POR LA LEY 86/1990.

El Código penal italiano todavía en vigor (Código *Rocco*) data de 1930. Su sistematización de los delitos contra el Estado responde a la concepción dominante en sede de compilación y comentario del Código de 1889³¹, desde la que se reivindicaba un tratamiento independiente para los delitos contra la soberanía estatal frente a los que perturban el desa-

³⁰ Vid. H. Welzel, "Der Irrtum über die Amtspflicht", *JZ*, 1952, pp. 208 y 209; Loos, «Zum Rechtsgut...», cit., pp. 879 y ss.; Wagner, *Amtsverbrechen*, cit., pp. 80 y ss.; A. Kaufmann, "Fundamento del deber jurídico y delimitación de la tipicidad", traducción del alemán de J. Cuello Contreras, *ADPCP*, Tomo XXXVII, 1984, pp. 12 y 13.

³¹ La reiteración de los criterios de delimitación sistemática propios de un Código inspirado en los dogmas individualistas post-revolucionarios, no obsta a la decisiva influencia de las tendencias ideológico-políticas del fascismo sobre la redacción del Título de los delitos contra la Administración Pública, manifestada en la extensión de las cualificaciones subjetivas públicas y en la consecuente dilatación del concepto de Administración Pública (Vid. F. Bricola, "Tutela penale della Pubblica Amministrazione e principi costituzionali", en *Studi in onore di F. Santoro-Passarelli*, Vol. VI, Napoli, 1972, pp. 128 y ss.; F. Tagliarini, *Il concetto di Pubblica Amministrazione nel Codice penale*, Ristampa, Milano, 1978, p. 134, nota 49). Por lo demás, los primeros atisbos de una alteración del clima ideológico en la protección penal de la Administración Pública pueden reconocerse ya en la Relación Ministerial sobre el Proyecto de 1929, donde se pone de relieve que "la más adecuada y eficaz tutela penal de

rrollo de las funciones públicas. De esta forma, los Títulos I y II del Libro II se dedican, respectivamente, a los delitos “contra la personalidad del Estado” y a los delitos “contra la Administración Pública”, integrándose éstos por los delitos de los oficiales públicos, los cometidos por particulares y las disposiciones comunes a ambos: las definiciones de “oficial público” (art. 357), “encargado de servicio público” (art. 358) y “ejerciente de un servicio de necesidad pública” (art. 359)³².

la Administración Pública, en correspondencia con los modificados ordenamientos e instituciones de Derecho público, se concreta, además de en la agravación de las sanciones para algunas clases de delitos, también, y principalmente, en la mayor precisión, organicidad y extensión de las normas relativas a títulos criminales ya actualmente previstos en el Código penal, en la determinación de las nuevas configuraciones de delitos y, en fin, en la eliminación de normas que no corresponden ya a la actual concepción del Estado fascista”. Cfr. R. Rampioni, *Bene giuridico e delitti de pubblici ufficiali contro la P.A.*, Milano, 1984, pp. 21 y 22.

³² El Libro II del Código de 1889 (Código *Zanardelli*) trataba los delitos contra la Administración Pública en los Títulos II y III, a continuación de los delitos contra la Seguridad del Estado (Título I). Tanto la Relación Ministerial sobre el Proyecto de 1929 como la literatura de la época advertían sobre la referencia de esta distinción sistemática - con origen en el Código sardo-piamontés de 1859- a la diversa cualidad de las ofensas dirigidas contra el ordenamiento estatal. Mientras los delitos del Título I (traición, sedición...) representaban conductas peligrosas para la seguridad de los organismos políticos del Estado y su autoridad y prestigio, los del Título III constituían perturbaciones del regular funcionamiento de los poderes públicos en sentido lato, de la compleja actividad funcional del Estado y de los otros entes públicos (cfr. S. Lollini, “Dei delitti contro la Pubblica Amministrazione (Libro II, Titolo II del Codice penale)”, *EDPI*, Vol. VII, Milano, 1907, pp. 4 y ss. El texto de la Relación Ministerial y los detalles del debate doctrinal y parlamentario pueden verse en Tagliarini, *Il concetto di Pubblica Amministrazione...*, cit., pp. 55 y ss.). En esta misma línea, la doctrina actual destaca que la protección que las normas del Título I dispensan a los órganos superiores estatales no atiende ni a su carácter de órganos constitutivos de una función autónoma *ab interno* del Estado mismo, ni a su significado de expresiones constitucionales de los tres poderes tradicionales. Su objeto de protección será, por el contrario, el orden político-constitucional en que se encarna el método de lucha política referido en el artículo 49 de la Constitución (el “método democrático”). Cfr. E. Gallo / E. Musco, *Delitti contro l'ordine costituzionale*, Bologna, 1984, pp. 12 y 13; M. Romano, “Il codice Rocco e i lineamenti di una riforma del diritto penale politico”, *QC*, n° 1 de 1981, p. 157; en especial, T. Padovani, “Bene giuridico e delitti politici”, *RIDPP*, n° 1 de 1982, p. 24: “la conexión sistemática del título... de los delitos políticos debe ser identificada no ya en el Estado-persona, sino en el Estado-comunidad... es éste de hecho el momento de síntesis de las diversas situaciones jurídicas políticamente relevantes reconocidas en nuestro ordenamiento, inspirado no ya en la idea del primado autoritario de un único sujeto, sino en el pluralismo de las autonomías, en el reconocimiento de derechos públicos subjetivos, en la tutela y en la promoción de las formaciones políticas y sociales en las cuales se desarrolla la personalidad humana”.

Rasgo distintivo de la regulación sentada por el Título II es, pues, su gran extensión. En línea de continuidad con la mejor tradición legislativa³³, el grupo comprende tanto los clásicos delitos de funcionarios (Capítulo I)³⁴, como los “delitos de los privados contra la Administración Pública” (Capítulo II), entre ellos, la resistencia (art. 337), el desacato (341 y ss.) y la violación de la custodia pública de bienes (art. 351)³⁵. Sobre las disposiciones del Capítulo III, interesa retener que la dicotomía esencial con vistas a la comprensión del sistema es la de “función pública”-“servicio público”, habida cuenta de que la mayoría de los artículos del Capítulo I integran tipos exclusivos de los oficiales y encargados de servicio (arts. 314, 316, 317, 318, 319, 322, 323, 325, 327 y 328) y de que sólo los artículos

³³ Cfr. R. Pellegrini, voz “Pubblica Amministrazione (delitti contro)”, *DI*, Vol. XIX, Tomo II, Torino, 1925, p. 1190, en alusión al Código liberal *Zanardelli*, de 1889, y a la mayoría de los Códigos preunitarios.

³⁴ En su redacción vigente, el Capítulo se compone de las siguientes figuras: peculado (art. 314), peculado mediante aprovechamiento de error ajeno (art. 316), concusión (art. 317), disposición común a los artículos anteriores relativa a las penas accesorias (art. 317 bis), cohecho para un acto del oficio (art. 318), cohecho para un acto contrario a los deberes del oficio (art. 319), circunstancias agravantes específicas del delito del art. 319 (art. 319 bis), cohecho en actos judiciales (art. 319 ter), cohecho del encargado de servicio público (art. 320), disposición sobre penas aplicables al particular corruptor (art. 321), instigación al cohecho (art. 322), abuso de oficio (art. 323), atenuante de particular levedad referida a todos los delitos anteriores (art. 323 bis), utilización de invenciones o descubrimientos conocidos por razones del oficio (art. 325), revelación y utilización de secretos del oficio (art. 326), incitación al menosprecio y vilipendio de las instituciones, de las leyes o de los actos de la autoridad (art. 328), denegación y omisión de actos del oficio (art. 328), denegación o retraso en la obediencia cometidos por militares o agentes de la fuerza pública (art. 329), interrupción de un servicio público o de necesidad pública (art. 331), omisión de deberes del oficio con ocasión del abandono de un oficio público o de interrupción de un servicio público (art. 332), sustracción o daño de bienes sujetos a secuestro dispuesto en el curso de un procedimiento penal o por la autoridad administrativa (art. 334) y violación culposa de los deberes inherentes a la custodia de cosas sometidas a secuestro dispuesto en el curso de un procedimiento penal o por la autoridad administrativa (art. 335).

³⁵ Una agrupación delictiva semejante puede localizarse en los códigos penales iberoamericanos directa o indirectamente inspirados por los Códigos *Zanardelli* y *Rocco*, como los de Argentina (Título X del Libro II, arts. 312 y ss.), Brasil (Título X del Libro II, arts. 322 y ss.) y Uruguay (Título IV del Libro II, arts. 153 y ss.). Los dos primeras se singularizan a mayores por no conceder tampoco sustantividad sistemática a los delitos contra la Administración de Justicia, conceptuada como un apéndice de la Administración Pública *lato sensu* entendida.

331 y 332 reclaman la cualidad de ejerciente de servicio de necesidad pública como elemento de la autoría³⁶.

El primero de los Capítulos de este Título II ha sido ampliamente modificado por las disposiciones de la Ley 86/1990, de 26 de abril³⁷. La necesidad de elaborar una nueva normativa venía reiteradamente señalada tanto por la literatura como por la clase política, remontándose a 1985 (IX Legislatura) las propuestas legislativas que ulteriormente dan lugar a aquélla³⁸. Se reclamaba la dotación a la Administración de un

³⁶ La referida dicotomía reviste particular significación, en cualquier caso, considerando que a tenor del artículo 357 la función pública cualquier manifestación del poder estatal, mientras que el servicio público opera únicamente en el seno de la función administrativa *stricto sensu*, y que en diversas figuras (arts. 318-320, 341, 476, 479, 520, 606-609) el legislador tutela la regularidad del ejercicio de la primera más rigidamente que la regularidad de la prestación del segundo. La ubicación de estas definiciones en el ámbito de los delitos contra la Administración pública y no en la Parte General o en los Títulos de los delitos contra la Administración de Justicia o contra el orden constitucional es respetuosa, nuevamente, con la tradición legislativa italiana: cfr. Tagliarini, *Il concetto...*, cit., p. 127, con indicaciones sobre los artículos 297 del Código Zanardelli de 1889 y 165 del Código penal toscano de 1853.

³⁷ El legislador ha modificado nuevamente la materia con las leyes 146/1990, de 12 de junio y 181/1992, de 7 de febrero, abrogando los artículos 330 (abandono colectivo de oficios públicos, empleo, servicios o trabajos) y 333 (abandono individual de un oficio público, servicio o trabajo) e integrando alguna de las carencias e imperfecciones técnicas de la ley 86/1990. La ley 181/1992, concretamente, ha insertado las palabras “o de las Comunidades Europeas” en el artículo 316 bis y la referencia al supuesto disciplinado por el artículo 319 ter en el texto del artículo 321. Además, ha especificado el destinatario del precepto del artículo 322. 21 (el “culpable”) y provisto de una suerte de interpretación auténtica a la norma del artículo 357, sustituyendo en su primer apartado, la palabra “jurisdiccional” por la de “judiciaria” y redactando nuevamente el segundo en los términos siguientes: “A los mismos efectos es pública la función administrativa disciplinada por normas de Derecho público y actos autoritativos y caracterizada por la formación y por la manifestación de la voluntad de la Administración Pública o por desarrollarse por medio de poderes autoritativos o certificativos”.

³⁸ Se trata del Decreto-ley 2844/1985, de 22 de abril, presentado por el Gobierno, y de las propuestas de ley 410/1985, 1780/1985, 2709/1985 y 2793/1985, de diversos partidos. Para su análisis y el de sus precedentes legislativos pueden verse G. Vassalli, “La riforma dei delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione”, *QG*, n° 46, 1985, pp. 1 y ss.; R. Li Vecchi, “La riforma dei delitti dei PP. UU. contro la Pubblica Amministrazione. Osservazioni e rilievi”, *RP*, n° 2 de 1989, pp. 117 y ss.; M. Petrone, “La nuova disciplina dei delitti degli agenti pubblici contro la P. A.: Dalle prospettive di riforma alla legge n. 86/90”, *RIDPP*, n° 3 de 1993, pp. 917 y ss.

estatuto penal adecuado a los nuevos módulos de intervención estatal en la economía. Un estatuto que preservase el ejercicio de la discrecionalidad inherente a las funciones de gestión económico-administrativa³⁹ y que permitiese desterrar definitivamente los riesgos de «suplencia» de los jueces penales de competencias de control propias de las autoridades administrativas. Del fructífero debate desarrollado alrededor de este último fenómeno, en particular, había emergido en los años ochenta un

³⁹ A la hora de perfilar las exactas dimensiones de la reforma se apreciaban, sin embargo, discrepancias metodológicas. Las opiniones de los especialistas recorrían dos caminos alternativos: el del reajuste en la configuración técnica de las normas que mayor polémica y dificultades de aplicación habían provocado -las del peculado por distracción (art. 314) e interés privado en actos del oficio (art. 324)- y el de la revisión general del sistema sobre bases constitucionalmente orientadas. La tesis del reajuste se alimentaba de la latitud del ámbito de aplicación jurisprudencial de los artículos 314 y 324 de la redacción *Rocco*. La figura del artículo 314, en particular, venía habitualmente escindida en las de peculado por apropiación, por distracción en beneficio privado y por distracción en beneficio de un ente público diverso de aquél al que los bienes distraídos pertenecían, de forma que aunque los estudios monográficos referían su existencia únicamente a las distracciones en interés particular, privado (cfr. G. Leone, en *Delitto di peculato e illecito amministrativo. Atti del convegno tenutosi presso l'ISLE il 26 maggio 1966*, Milano, 1967, p. 23; A. Pagliaro, *Principi di Diritto penale. Parte Speciale. Delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, Milano, 1977, pp. 32 y 33; V. Scordamaglia, voz "Peculato", *ED*, Vol. XXXII, Milano, 1982, pp. 606 y ss., todos ellos argumentando sobre la base del respeto a los principios constitucionales de igualdad jurídica y legalidad del delito y la pena, a la tradición histórica del peculado y al valor interpretativo de la relación conceptual entre la apropiación y la distracción), era preciso proporcionar a los tribunales una pauta irrefutable de actuación en relación con los usos patrimoniales disconformes con las prescripciones dictadas para el funcionamiento interno del ente de pertenencia. De otra parte, a la propia norma sobre el peculado por distracción se recurría para castigar operaciones de riesgo realizadas por los administradores o dependientes de los entes públicos económicos que infringían reglas establecidas por reglamentos internos o por la misma práctica para disciplinar la erogación del crédito. Desencadenando una encendida polémica acerca de la cualificación jurídica de las actividades bancarias dirigidas a la recogida del ahorro y al ejercicio del crédito -especialmente desde que la sentencia de las Secciones Unidas de la Corte de Casación de 10 de octubre de 1981 atribuyese a los dependientes de los entes públicos y privados competentes para dichas tareas la cualificación de encargados de servicio público-, el excesivo rigor en la apreciación del delito en los supuestos de concesión irregular de créditos concienció a los especialistas sobre la necesidad de su distinción de los meros ilícitos disciplinarios contenidos en la normativa bancaria. En atención a la diversidad de las técnicas de tutela características de los bienes jurídicos público-institucionales y económicos, a la irreducibilidad de las operaciones de riesgo comercial a los esquemas típicos de actuación de la Administración burocrática y a los problemas de verificación de la culpabilidad determinados por las características propias

sentir unánime sobre la atribución de esa función «sustitutiva» del juez al formalismo de las normas de los delitos contra la Administración Pública y a su propia insuficiencia para abarcar todas las corruptelas merecedoras de sanción penal⁴⁰. A la realización de estos criterios de máxima, hechos

de la actividad profesional de riesgo y su distorsión respecto de los criterios tradicionales de imputación subjetiva en el Derecho penal administrativo, se postulaba mayoritariamente la creación de una disciplina particular respecto de la actividad *iure privatorum* de la Administración. Cfr. C. Pedrazzi, “Problemi e prospettive del diritto penale dell’impresa pubblica”, *RIDPP*, n° 2 de 1966, pp. 349 y ss.; I. Caraccioli, “Operazioni bancarie e peculato”, *RIDPP*, n° 4 de 1982, pp. 1339 y ss.; F. Lemme, “Società a partecipazione statale e reati contro la Pubblica Amministrazione”, *GP*, Vol. XCII (XXVIII de la 7ª Serie), Parte Seconda, 1987, pp. 198 y ss.; G. Marinucci, “Gestione d’impresa e Pubblica Amministrazione: nuovi e vecchi profili penalistici”, *RIDPP*, n° 2 de 1988, pp. 424 y ss.; S. Prosdocimi, “Esercizio del credito e responsabilità penali”, *RIDPP*, n° 3 de 1988, pp. 984 y ss. La segunda corriente doctrinal aludida preconizaba la discusión y resolución de los problemas de técnica incriminatoria en el contexto de una reconstrucción general del grupo a la luz de los bienes jurídicos individualizados por el artículo 97. 1 de la Constitución (“Los oficios públicos son organizados según disposiciones de ley, de modo que sean asegurados el buen andamiento y la imparcialidad de la Administración. En el ordenamiento de los oficios son determinadas las esferas de competencia, las atribuciones y las responsabilidades propias de los funcionarios”. A partir de la verificación y valoración (política) de estos principios -criterios de realización de la actividad administrativa con vínculos jurídicos precisos- este sector afrontaba la problemática de la determinación de los comportamientos a prohibir, las causas de justificación a considerar y la gravedad de las penas a establecer. Su atención se dirigía preferentemente, por lo tanto, al aparato burocrático de la Administración Pública *stricto sensu* como objeto de tutela. Entre sus principales representantes, Bricola, “Tutela penale della Pubblica Amministrazione...”, cit., pp. 123 y ss.; A. Bartulli, “Buon andamento della Pubblica Amministrazione: profili penali”, *QG*, n° 35, 1985, pp. 65 y ss.; R. Rampioni, “Progetto di riforma ed oggetto della tutela dei delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione”, en A. M. Stile (a cura di), *La riforma dei delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Napoli, 1987, pp. 63 y ss.; A. M. Stile, voz “Amministrazione Pubblica (delitti contro la)”, *DDP*, Vol. I, Ristampa, Torino, 1994, pp. 129 y ss.

⁴⁰ Como hace notar M. Almerighi, es asimismo en la década de los sesenta cuando la definición de suplencia referida a la actividad judicial recibe la acepción peyorativa de extralimitación del poder judicial de sus competencias institucionales, esto es, de infracción del principio de separación de los Poderes del Estado (cfr. “Ragioni e limiti della supplenza giudiziaria rispetto alla Pubblica Amministrazione”, *GP*, Vol. LXXXV (XXII della 7ª Serie), Parte Terza, 1980, p. 115). A menudo, estimulada por sus implicaciones con la reciente historia política, la doctrina polemizaba sobre la influencia de la suplencia sobre la capacidad de decisión de los administradores públicos a la hora de poner en práctica su esfera de valoración discrecional, sobre la compatibilidad de términos como “distracción”, “abuso”, “beneficio”, “utilidad” o “daño” con los postulados constitucionales de determinación y taxatividad y sobre la operatividad de los instrumentos administrativos de control interno en

propios por la Relación de la Comisión de Justicia del Senado sobre el proyecto gubernamental, se orientan las líneas de actuación reconocibles en la ley 86/1990. Entre los principios generales aludidos por aquélla se incluyen: a) las modificaciones de las precedentes definiciones legislativas de oficial público (art. 357) y encargado de servicio (art. 358), al fin de hacer explícita la necesidad de recurrir a la disciplina de la actividad como parámetro de delimitación entre las actividades adscribibles al área de lo “público” y de lo “privado”; b) la supresión de la multa como pena concurrente con las privativas de libertad en los delitos más representativos; c) la incriminación del peculado de uso (art. 314) y de la malversación en perjuicio del Estado (art. 316); d) la abrogación de la malversación en perjuicio de los particulares (art. 315); e) la equiparación de los regímenes punitivos del cohecho pasivo propio antecedente y subsiguiente (art. 319); f) la previsión de la tentativa del funcionario en el cohecho pasivo (art. 322. 3º y 4º); g) la desaparición del peculado por distracción y el interés privado como incriminaciones autónomas; y h) el endurecimiento y completa reestructuración del abuso de oficio⁴¹. Con relación a este

orden a garantizar la satisfacción de las exigencias de legalidad, imparcialidad y eficiencia de la función pública. Cfr. L. Violante, “Per una moderna e chiara separazione dei poteri”, *QG*, n° 45, 1985, pp. 11 y ss.; G. Iadecola, *La riforma dei delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione. Note di commento alla legge 26 aprile 1990 n. 86*, 2ª ed. integrata dalla legge 7 febbraio 1992 n. 181 e dalla Rassegna di giurisprudenza, Torino, 1992, pp. 9 y ss.; en especial, G. Cerquetti, *Tutela penale della Pubblica Amministrazione e tangenti*, Napoli, 1996, pp. 1 y ss., con referencia al cuadro histórico-político en el que nacen los procedimientos penales sobre conmixtiones ilícitas entre negocios y política (“*tangentopoli*”) y a las diversas tesis (metodológicas y sociológicas) sobre la legitimidad e ilegitimidad de las actuaciones “suplentes” de la magistratura.

⁴¹ El texto de la Relación (Relación *Battello*) puede verse en Iadecola, *La riforma dei delitti...*, cit., pp. 121 y ss. Para el estudio de los contenidos de la reforma pueden verse G. Fiandaca / E. Musco, *Diritto penale. Parte Speciale. Appendice. La riforma dei delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, Bologna, 1991, passim; V. Russo, *I reati contro la Pubblica Amministrazione a seguito della legge n. 86/1990*, pp. 2 y ss.; A. Segreto / G. de Lúca, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione dopo le leggi 26 aprile 1990 n° 86; 12 giugno n° 146 e 7 agosto n° 241*, Milano, 1991, pp. 1 y ss.; L. Balsano, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione. La legge 26 aprile 1990 n° 86*, Cosenza, 1991, pp. 5 y ss.; Iadecola, *op. cit.*, pp. 7 y ss. Tras la entrada en vigor de la ley 86/1990, la doctrina ha examinado concienzudamente la relación existente entre los principios por los que se rige la sucesión de leyes en el sistema penal italiano con vistas a dilucidar si la nueva normativa supone una total abrogación de leyes preexistentes (art. 2. 2 CP) o, de acuerdo con el criterio del «hecho concreto», una simple diversidad de leyes incriminatorias que corresponde interpretar a la

último principio -capital en la *ratio* de la reforma-, el nuevo artículo 323 ha sustituido la cláusula de reserva subsidiaria de la anterior regulación por una cláusula de consunción y extendido el ámbito de aplicación del delito a los encargados de servicio⁴².

luz del art. 2. 3 CP, que prescribe la aplicación de la disposición más favorable para el reo. La postura mayoritaria -también en la jurisprudencia: cfr. Pagliaro, *Principi di Diritto penale. Parte Speciale*, 7ª ed., cit., pp. 28 y 29, nota 45- defiende que mientras los hechos constitutivos de malversación deben castigarse con arreglo a la ley antigua, que prevé un régimen más tenue, los de interés privado cometidos con abuso de las funciones, ora como interés privado del abrogado art. 324, ora como abuso no patrimonial, han de sancionarse conforme la ley más favorable. La modificación normativa operaría en el sentido de hacer retroactivamente lícitos los hechos de interés privado cometidos sin abuso de las funciones. Una exposición de la problemática y diversas opiniones en C. Guglielmini, "L' art. 323 CP nella nuova formulazione della legge 26 aprile 1990 n. 86; successioni delle leggi nel tempo ed abolitio criminis", *GP*, Vol. XCVI (XXXII della 7ª Serie), Parte Prima, 1991, pp. 95 y ss.; M. C. Germani, "L' abrogazione dell' art. 324 CP del 1930", en F. Coppi (a cura di), *Reati contro la Pubblica Amministrazione*, Torino, 1993, pp. 283 y ss.; G. Contento, voz "Interesse privato in atti d' ufficio", *DDP*, Vol. VII, Torino, 1993, pp. 217 y 218.

⁴² Las razones para la adscripción del abuso al encargado de servicio, que se ha traducido en la transformación de la locución «abuso de los poderes inherentes a las funciones» en la de «abuso del oficio», parecen haber sido la llamada de atención de la doctrina tradicional sobre el dispar tratamiento de los oficiales y encargados de servicio y la necesidad de no dejar impune la distracción de dinero realizada por un encargado de servicio público, tipificada en el derogado artículo 314 (cfr. Pagliaro, *Principi di Diritto penale. Parte Speciale*, 7ª ed., cit., p. 231). Frente a ello, no ha dejado de ponerse de manifiesto, sin embargo, el carácter impreciso que adquiere el abuso del encargado, de impronta orgánico-institucional. Si de la limitación del círculo de autores a los oficiales públicos podía seguirse la referencia -más o menos directa- de la conducta al acto administrativo y a las reglas de su formación, la medida de operatividad de la disciplina penal del servicio público *ab externo* de la tipicidad del procedimiento administrativo podría dar lugar a interpretaciones extensivas, basadas en un mero disfrute de la posición institucional (Vid. P. Severino di Benedetto, "Le nuove definizioni delle figura di pubblico ufficiale ed incaricato di un pubblico servizio nel testo riformato degli artt. 357 e 358 CP", en Coppi (a cura di), *Reati contro la Pubblica Amministrazione*, cit., pp. 338 y ss.; S. Preziosi, "La riforma della fattispecie incriminatrice di abuso d' ufficio", *ibidem*, pp. 171 y 172; R. Rampioni, "L' abuso di ufficio", *ibidem*, pp. 110 y 111). Sobre esta figura es de resaltar, además, la equiparación de los abusos con finalidad de procurar ventajas patrimoniales injustas al cohecho propio. Importantes divergencias interpretativas ha originado también la introducción de la injusticia del daño o de la ventaja como elemento de caracterización del dolo específico del delito. Para una corriente de opinión, encabezada por S. Seminara ("Il delitto di abuso di ufficio", *RIDPP*, n° 2 de 1992, pp. 572 y ss.), la referencia a la injusticia servirá simplemente para subrayar la necesidad de verificar la ilegitimidad de la conducta, esto es, su contrariedad a los fines institucionales del ente público al que pertenece el sujeto. Una ilegitimidad que deberá enjuiciarse con arreglo a parámetros for-

2. CRITERIOS DE DELIMITACIÓN DE LA CATEGORÍA. CONCEPTO JURÍDICO-PENAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. PRINCIPIOS QUE FUNDAMENTAN LA CATALOGACIÓN DE LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO ILÍCITOS “FUNCIONALMENTE ORIENTADOS”.

Es fácil advertir que, al socaire de este sistema legislativo, las cuestiones sistemáticas que preocupan a la bibliografía española y alemana resultan relegadas en el trabajo doctrinal. Se reconocen, ciertamente, deficiencias técnicas en la clasificación por materias sentada por el Código. La concurrencia del ejercicio de la función o servicio -como elemento constitutivo o agravante específica- en figuras pertenecientes a variados sectores de la Parte Especial pone de manifiesto las limitaciones del Título II como sede formal por excelencia de los delitos contra la Administración Pública⁴³. Y, además, pareciera que la malversación en perjuicio del Estado (art. 316), la instigación al cohecho (art. 322) o la sustracción de bienes sometidos a secuestro dispuesto en procedimiento penal o por la autoridad administrativa (art. 334) debieran figurar en el Capítulo de los delitos cometidos por

malizados, so pena de incurrir en la inseguridad jurídica que supondría delegar en el juez la competencia para delimitar los abusos justos e injustos a través de una «inadmisible» fiscalización del mérito de las actividades administrativas. En otro sentido, A. D'Avirro (“Il requisito dell' ingiustizia del vantaggio o del danno nella nuova ipotesi di abuso di ufficio”, *RTDPE*, nº 4 de 1992, pp. 922 y ss.) y V. Scordamaglia (“L' abuso di ufficio”, en Coppi (a cura di), *Reati contro la Pubblica Amministrazione*, cit., pp. 218 y ss.) entienden que la determinación de la eficiencia e imparcialidad de la Administración Pública como bienes protegidos por la norma reduce los peligros de valoraciones extrajurídicas o metajurídicas del requisito de la injusticia, siendo así que al juez le corresponderá únicamente verificar si la ventaja que se proponía realizar el agente daría lugar a situaciones preferenciales o discriminatorias frente a los otros ciudadanos. Si la ilegitimidad del acto operase como elemento constitutivo del abuso o como elemento justificante de la injusticia -escriben-, integraría un requisito pleonástico, cuando en tanto elemento especial de la antijuridicidad sirve a la función de diferenciar la antijuridicidad penal de un hecho de la ilegitimidad de los actos administrativos eventualmente requeridos para su comisión.

⁴³ Así, entre las falsedades (Capítulo III del Título IV, arts. 476, 477, 478, 479, 480, 487 y 493), las ofensas a la moralidad pública y las buenas costumbres (Capítulo I del Título IX, art. 520, y Capítulo III del Título IX, art. 452), los delitos contra la libertad personal (Sección II del Capítulo III del Título XII, arts. 605, 606, 607, 608, 609), los delitos contra la inviolabilidad domiciliaria (Sección IV del Capítulo III del Título XII, arts. 615 y 615 bis) y los delitos contra la inviolabilidad de los secretos (Sección V del Capítulo III del Título XII, arts. 617, 617 bis, 617 ter, 619, 620).

particulares, al no venir sus respectivos sujetos activos cualificados en los términos de los artículos 357 y siguientes.

La literatura es, sin embargo, condescendiente con estas imperfecciones formales. El tratamiento disperso de los delitos de los oficiales públicos se valora como un indicio del carácter pluriofensivo de buena parte de ellos. Se ejemplifica con el secuestro y arresto ilegal (arts. 605 y 606), en los que convergerían la lesión de la libertad personal de actuar y la del interés institucional en la práctica legítima, legal, de tales medidas cautelares⁴⁴. Juntamente con la influencia de la Codificación Napoleónica en la disposición e incluso estilo lingüístico de algunos de los Títulos o Capítulos afectados⁴⁵, es esa naturaleza pluriofensiva lo que viene principalmente en consideración cuando se constatan las irregularidades en la ubicación de estos delitos en el texto punitivo⁴⁶.

⁴⁴ Cfr. G. M. Flick, "Libertà individuale (delitti contro la)", *ED*, T. XXIV, Torino, 1974, p. 544, así como los autores citados por G. Portilla Contreras, *El delito de práctica ilegal de detención por funcionario público*, Madrid, 1990, pp. 71 y 72. Un planteamiento similar -con la lógica modulación de los bienes protegidos- en E. Grande, voz «Falsità in atti», *DDP*, Vol. V, Ristampa, Torino, 1994, p. 58, y M. Bartolino, en Crespi / Stella / Zuccalà, *Commentario breve al Codice penale*, cit., p. 1161, al hilo del delito de conjunción carnal cometido con abuso de la cualidad de oficial público (art. 520), en ambos casos con indicaciones.

⁴⁵ Sobre ello, con relación a las falsedades documentales del Capítulo III del Título VII, Grande, voz "Falsità in atti", cit., pp. 54 y 55. En el supuesto de los delitos del Capítulo III del Título XI, el modelo de penalización propuesto por el Código de Napoleón deja sentir mediatamente su influencia a través de ciertos textos preunitarios, en particular del Código Sardo de 1859. Información en D. Brunelli, "Il sequestro di persona con finalità tipica: profili storici e dogmatici", *IP*, Anno XXIV, n° 2, 1990, pp. 558 y ss.

⁴⁶ Cfr. S. Riccio, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Torino, 1955, pp. 28 y 29; G. Spinelli, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Milano, 1964, p. 549; F. Infantini, *L'abuso della qualità o delle funzioni di pubblico ufficiale in Diritto penale*, Milano, 1974, pp. III y ss., 8 y ss.; Stortoni, *L'abuso di potere...*, cit., p. 57; Pagliaro, *Principi di Diritto penale. Parte Speciale*, 7ª ed., cit., p. 3. Conviene señalar que a juicio de un significativo sector de opinión, la pluriofensividad representa asimismo un atributo común a la mayor parte de los delitos de los oficiales públicos del Título II. Con apoyo en una sugerente sinopsis de C. F. Grosso ("Intervento penale e discrezionalità amministrativa", en G. Neppi Modona / G. Fiandaca / C. Fiore / A. Fiorella / C. F. Grosso / N. Mazzacuva / D. Pulitanò / F. Sgubbi / G. Tessitore, *Materiali per una riforma del sistema penale*, Roma, 1984, pp. 337 y 338), suelen diferenciarse los delitos consistentes en ilícitos enriquecimientos o ventajas (reales o potenciales) de los oficiales públicos, encargados de servicio o terceros obtenidos mediante la instrumentalización de los poderes conexos al ejercicio de la función o del servicio (peculado por apropiación, cohecho y concusión), y aquéllos otros que por su amplia formulación son susceptibles de ser también aplicados en hipótesis de meros abusos de poder discrecional (el abuso de

Por otra parte, la opinión mayoritaria coincide también en la idoneidad de la distinción entre los delitos de los Capítulos I y II con vistas a establecer una gradación material de las formas de agresión a la Administración. La infracción de deberes jurídico-públicos dotaría a las conductas de los oficiales y encargados de servicio de un mayor poder de menoscabar el bien jurídico, mientras que en el Capítulo II, en cambio, el perjuicio para los intereses estatales vendría de la mano de sujetos ajenos al ámbito de actividad pública afectado por el delito, cuya actuación afectaría en menor grado el interés tutelado. En esta tesitura, la inserción en el Capítulo I de los referidos delitos de particulares se justifica por su íntima relación con figuras propias de oficiales o encargados de servicio⁴⁷. La malversación, al margen también de esa concesión formal, representa en esta lectura la única excepción a una clasificación “lógica e insuprimible”, en tanto basada sobre la naturaleza de los hechos delictivos⁴⁸. Por lo que se alcanza a ver, únicamente Bricola y Picotti

oficio y la omisión de actos del oficio). Mientras en la primera categoría de figuras, junto al interés en el correcto funcionamiento de la actividad administrativa adquiriría una dimensión precisa el dato patrimonial o en general la ventaja del oficial público o de un tercero, los delitos de la segunda se orientarían específicamente a la protección de la eficiencia y la imparcialidad de la actividad administrativa, independientemente del daño que pudiese sufrir la Administración y del beneficio que pudiese conseguir el oficial público o el tercero. En esta línea, entre otros, P. Violante, “Sulle proposte di riforma dei reati contro la Pubblica Amministrazione”, *GP*, Vol. XC (XXVI de la 7ª Serie), 1985, Parte Prima, p. 156; Stile, voz “Amministrazione Pubblica (delitti contro la)”, cit., p. 133; Balsano, *I delitti dei pubblici ufficiali...*, cit., pp. 58 y ss.; Preziosi, “La riforma della fattispecie incriminatrice di abuso d' ufficio”, cit., p. 140, nota 23.

⁴⁷ La instigación al cohecho se regula en el artículo 322, tras las diversas modalidades de cohecho pasivo (arts. 318 a 321). El art. 334 otorga eficacia atenuante a la condición de propietario del sujeto activo en el quebrantamiento de secuestro, construido en su tipo básico como un delito especial de los administradores o custodios judiciales o administrativos.

⁴⁸ Cfr. Riccio, *I delitti...*, cit., p. 31. En el mismo sentido, Spinelli, *I delitti...*, cit., pp. 557 y 558; R. Pannain, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, Napoli, 1960, pp. 7 y 8; G. Pisapia, *Istituzioni di Diritto penale*, 3ª ed., Padova, 1975, p. 237; V. Manzini, *Trattato di Diritto penale italiano*, Vol. V, 5ª ed. a cura di P. Nuvolone, Torino, 1982, p. 2; F. Antolisei, *Manuale di Diritto penale. Parte Speciale - II*, 11ª ed. integrada e aggiornata a cura di L. Conti, Milano, 1995, pp. 256 y 257; entre los autores más recientes, Russo, *I reati contro la Pubblica Amministrazione*, cit., p. 5; especialmente Stile, voz “Amministrazione Pubblica (delitti contro la)”, cit., p. 134: “El capítulo II recoge una serie de normas dirigidas a tutelar la Administración Pública en referencia a bienes jurídicos pertinentes a ella frente a agresiones de sujetos que o no pertenecen al aparato público o cuya pertenencia (a nivel de

valoran negativamente el tratamiento de la responsabilidad de los funcionarios en el seno de un grupo general de delitos contra la Administración Pública, apoyándose para ello en el rol simplemente concurrente que el ejercicio de actividades funcionales tiene en la estructura de los delitos de tutela pasiva de la Administración⁴⁹.

calificación) no se refleja inmediatamente sobre la acción típica y sobre el objeto específico de la tutela”. Sobre la ubicación del art. 316 bis, críticamente, Antolisei, *op. cit.*, pp. 290 y 291; G. Marconi, “Malversazione di danni dello Stato”, en Coppi (a cura di), *Reati contro la Pubblica Amministrazione*, cit., p. 57; Coppi, “Profili dei reati...”, cit., p. 61: “tan clara es la impropiedad de la sistematización que de ella no deberían derivar grandes inconvenientes para la interpretación de la nueva dicción normativa”.

⁴⁹ En su desaprobación de la identificación de los ámbitos de tutela activa y pasiva de la Administración Pública, F. Bricola (“Tutela penale della Pubblica Amministrazione e principi costituzionali”, en *Studi in onore di F. Santoro-Passarelli*, Vol. VI, Napoli, 1972, pp. 146 y 147) maneja dos argumentos: la conculcación del principio de *ultima ratio* por la extensión del tipo del desacato a todo sujeto cualificable como “oficial público” y la imposibilidad de hallar paralelismos entre las ofensas que se desarrollan *ab externo* para todas las nacidas *ab interno*. Por pura lógica, sólo en punto a las primeras podrían jugar exigencias objetivas, como la eficiencia o la imparcialidad. Picotti (“Le nuove definizioni...”, cit., pp. 294 y 295), por su parte, pone de manifiesto que la estructura de los delitos de violencia o amenaza a un oficial público o ultraje lleva a excluir que el objeto de la tutela se reduzca al correcto ejercicio de las “actividades funcionales” objetivamente consideradas. Se trata, bien al contrario, de hechos merecedores de específica tutela penal por la subyacente relación jurídica del sujeto cualificado con la Administración Pública - sujeto pasivo. El tratamiento legislativo de la responsabilidad de los funcionarios en el seno de un grupo general de delitos contra la Administración Pública no puede merecer un juicio positivo. Como categoría dogmática, los delitos de los funcionarios son expresión de una peculiar técnica de tipificación. De la doctrina alemana examinada resulta ya que el ejercicio de la función constituye el fundamento de su tipicidad, sirviendo no sólo para delimitar el ámbito de la autoría, sino, fundamentalmente, para connotar las conductas típicas como desarrollos defectuosos -pero también efectivos- de la misma. Ahora, la estructura del más representativo de los delitos de los particulares contra la Administración Pública, el atentado (regulado como delito contra el orden público en el Capítulo II del Título XXII del Código penal español de 1995), obliga a descartar desde un primer momento que los criterios de interconexión entre el ejercicio de la función y el tipo de injusto puedan verificarse en idénticos términos. Su bien jurídico no puede contraerse al correcto ejercicio de las “actividades funcionales públicas”, toda vez que el efectivo perjuicio funcional de ese ejercicio no es un elemento del tipo. De hecho, basta con que la relación ofensiva de violencia o amenaza frente a la persona física cualificada se produzca “con ocasión del ejercicio de funciones”, en atención a funciones ya ejercidas o que van a realizarse (cfr. J. Cerezo Mir, “Los delitos de atentado propio, resistencia y desobediencia”, *REP*, Año XXII, n° 173, 1966, pp. 331, notas 52 y 53, y 334). Por lo demás, entre los propios comentaristas sudamericanos -cuya legislación acusa claras influencias de la italiana- se reconoce que la comprensión como contrarios a la Administración Pública de

En líneas generales, son problemas dogmáticos y político-criminales relativos a la delimitación del bien jurídico protegido y a la estructura de los tipos del Capítulo I los que han concitado la atención de los especialistas y los que siguen estando en las actuales propuestas de revisión. Y es al hilo de ellos cuando la doctrina conviene en las contradicciones materiales, de fondo, en que incurre el texto punitivo.

En primer lugar, no llega a identificarse en la rúbrica del Título II un elemento significativo en la interpretación teleológica del grupo. Una absoluta autonomía entre los Títulos II (“De los delitos contra la Administración Pública”) y III (“De los delitos contra la Administración de Justicia”), se observa, postularía la comprensión en éste de todas las ofensas a la función jurisdiccional, fueren sus autores *intranei* o *extranei* a la organización estatal, y, en este segundo caso, perteneciesen a la organización burocrática administrativa o a la jurisdiccional. Y sin embargo, y aunque la práctica totalidad de las figuras previstas en el Título III constituyen efectivamente delitos comunes (arts. 364, 365, 367, 368, 369, 377, 378) o delitos especiales de sujetos que se hallan en particular relación con la función judicial (intérpretes y peritos -arts. 366 y 373-, testigos -art. 372-, partes -art. 371- o abogados -arts. 380, 381 y 382), la realidad es que el Capítulo I del Título II contiene una disciplina indiferenciada para los órganos jurisdiccionales y administrativos, y que su Capítulo II acoge delitos

un conjunto de figuras de naturaleza tan diversa obliga al intérprete a efectuar ulteriores subdivisiones en razón de los bienes jurídicos ulteriormente afectados (cfr. C. Fontán Balestra, *Derecho penal. Parte Especial*, 12^a ed. puesta al día sobre la base del Tratado de Derecho penal actualizado por G. A. C. Ledesma, Buenos Aires, 1989, p. 790); y en España, E. Octavio de Toledo y Ubieto ha constatado que la directa comunicación entre los delitos de atentado, desacato y desobediencia y los delitos contra la Administración Pública, sin ulteriores matizaciones, favorece el deslizamiento hacia una amplísima noción de orden público como objeto de protección penal, siendo así que el dato histórico muestra, por el contrario, la existencia de una constante -“loable”- postura legislativa, desde la Codificación penal, de mantener el escalonamiento de barreras penales en el ámbito de los delitos contra el Estado (cfr. “El bien jurídico protegido en los Capítulos VI y VII del Título II del Código penal”, *CPC*, n° 1 de 1977, pp. 132 y 133). Con A. Torío López procede asumir, conclusivamente, que las diferencias en la orientación de los tipos entre los delitos contra la autoridad del Estado y contra la función pública y la presencia de un bien jurídico propio de los delitos de los funcionarios impiden su unificación bajo el intitulado “Delitos contra la Administración Pública” (cfr. “Delitos contra la Administración Pública. Indicaciones críticas generales”, en L. de la Barreda Solórzano / Z. Fellini Gandulfo (coord.), *Estudios de Derecho penal y criminología en honor de Javier Piña y Palacios*, México, 1985, pp. 427 y 428).

contra sujetos intráneos a la Administración de Justicia (el ultraje a un cuerpo político, administrativo o judicial del art. 342, la violencia o amenaza a un cuerpo político, administrativo o judicial del art. 338, el ultraje a un magistrado en audiencia del art. 343).

De todo ello se concluye que el concepto de Administración Pública aludido en la rúbrica no se compadece con el técnico-jurídico dimanante de la teoría de la división de poderes. El legislador ha hecho del concepto de Administración Pública un simple esquema técnico orientado a evitar vacíos de tutela, los provocados por la no inclusión de ciertas actividades funcionales públicas en las figuras de los Títulos I (Delitos contra la soberanía) y III (Delitos contra la Administración de Justicia)⁵⁰. Es verdad que la razón última para este uso omnicompreensivo del término es polémica: su preeminencia en la creación de las condiciones para el desarrollo de toda suerte de actividades funcionales del Estado⁵¹, la irrelevancia del principio de separación de poderes desde el punto de vista del cumplimiento de los fines propios del Derecho penal⁵² o la comprensión autoritaria del principio de separación de poderes como

⁵⁰ La opinión dominante verifica a nivel normativo la expresa toma de posición del Guardasigilos en la Relación Ministerial sobre el Proyecto de Código penal de 1929 (cfr. Manzini, *Trattato di Diritto penale italiano*, Vol. V, cit., p. 2, nota 2) en el sentido de excluir de la categoría de los delitos de los oficiales públicos contra la Administración Pública únicamente aquéllos que ofenden a los órganos constitucionales del Estado, colocados en el Título I, o los que perturban la especial actividad de los órganos judiciales y que por razones tradicionales o técnicas -caso del art. 361, en consideración a la mayor especificidad del objeto de tutela- reciben una consideración independiente en el Título III. Vid. E. Altavilla, "Concezione penalistica della Pubblica Amministrazione", en *Scritti Giuridici in memoria di E. Massari*, Napoli, 1938, pp. 95 y ss.; Riccio, *I delitti...*, cit., pp. 29 y 30; Pannain, *I delitti...*, cit., pp. 2 y 3; Manzini, *Trattato di Diritto penale italiano*, Vol. V, cit., pp. 1 y 2; R. Rampioni, *Bene giuridico...*, cit., pp. 5 y 6; Stile, voz "Amministrazione Pubblica (delitti contro la)", cit., pp. 129 y 130. Con posterioridad a la ley 86/1990, Russo, *I reati...*, cit., pp. 1 y 2; Pagliaro, *Principi di Diritto penale. Parte Speciale*, 7ª ed., cit., p. 3; Antolisei, *Manuale di Diritto penale. Parte Speciale - II*, cit., pp. 255 y 256; I. Caraccioli, *Delitti contro l'Amministrazione della Giustizia*, Torino, 1995, p. 4. Como tendremos ocasión de ver, las divergencias en el seno de esta persistente línea exegética surgen en el plano formal de las cualificaciones, en el momento de conceder una mayor o menor relevancia a las vertientes subjetiva, objetiva o subjetivo-objetiva del concepto de Administración Pública.

⁵¹ Cfr. N. Levi, "Delitti contro la Pubblica Amministrazione", en E. Florian (coord.), *Trattato di Diritto penale*, 4ª ed., Milano, 1935, pp. 3 y ss.; Riccio, *I delitti...*, cit., pp. 9 y 10.

⁵² Cfr. *Principi di Diritto penale. Parte Speciale*, 7ª ed., cit., p. 3.

criterio de distribución de atribuciones o competencias⁵³, según las diversas tesis. Pero al margen de estas controversias, existe acuerdo en negar al intitulado validez exegética. Como referencia a un interés categorial, vago, impreciso, deberá ceder ante los resultados que arroje el estudio individualizado de las normas, el único que posibilitará la determinación de las funciones protegidas, de los comportamientos desvalorados y de los concretos sujetos del delito⁵⁴.

Ya en otro orden de cosas, la formulación indiferenciada de la mayoría de las figuras del Capítulo I resulta, cuando menos, inadecuada frente a la diversidad de estructuras y finalidades de los poderes públicos y a la importancia de los entes empresariales que actúan en régimen privatístico pero que se caracterizan por una prevalente participación del Estado. En consecuencia, como indica Stile, el intérprete se ve obligado a estudiar, caso por caso, la adaptabilidad de cada una de las normas a las conductas de los titulares de la función judicial y de las funciones institucionales de los órganos constitucionales, en particular de la legislativa y de gobierno⁵⁵, y también a ponderar las características constitucionales

⁵³ En particular, a tenor de los estudios de Bricola, Tagliarini y Rampioni: a) la disciplina unitaria de los delitos contra las funciones estatales contradice las bases institucionales con arreglo a las que debe articularse la organización del Estado, la difusión de la soberanía y la asignación de autónomas características y principios a las tres funciones; b) La exigencia de comprender bajo una única referencia conceptual todos los atributos específicos de las diversas funciones públicas predispone a una investigación meramente sintética del bien jurídico; c) La fuerza absorbente desplegada por la Administración Pública *stricto sensu* entendida provoca la lectura de la totalidad de las figuras del Título a la luz de los principios propios de la materia administrativa; y d) la genericidad de la propia objetividad jurídica determina la formalización y subjetivización de las conductas típicas, y su examen desde la perspectiva de la accesoriadad del Derecho penal, que no admitiría en este terreno planos diversos de ilicitud no soluciones de continuidad entre los ilícitos administrativos y los penales. Cfr. Bricola, "Tutela penale della Pubblica Amministrazione...", cit., pp. 127 y ss.; Tagliarini, *Il concetto...*, cit., pp. 121 y ss. y 239; Rampioni, *Bene giuridico...*, cit., pp. 47 y ss.

⁵⁴ Cfr., con distintos matices, Tagliarini, *Il concetto...*, cit., pp. 129 y 295; Stortoni, *L'abuso di potere...*, cit., pp. 120 y ss.; Manzini, *Trattato di Diritto penale italiano*, Vol. V, cit., pp. 1 y 2; Rampioni, *Bene giuridico...*, cit., pp. 71 y 72; Stile, voz "Amministrazione Pubblica (Delitti contro la)", cit., pp. 129 y 130; Seminara, en Crespi / Stella / Zuccalà, *Commentario breve al Codice penale*, cit., p. 691; Pagliaro, *Principi di Diritto penale. Parte Speciale*, 7ª ed., cit., p. 4.

⁵⁵ Cfr. voz "Amministrazione Pubblica (delitti contro la)", cit., p. 132. Así como *ab interno* del grupo de los delitos contra la Administración Pública parecen encontrar tutela penal adecuada los principales valores-fines dictados por la Constitución en salvaguarda de la

de la Administración con relación a la actividad desarrollada por los sujetos integrados en los modelos organizativos reconducibles a la noción de empresa pública, señaladamente en los entes públicos económicos y en el sistema del accionariado público.

Esta regulación unitaria, monolítica, constituye, a tenor de las exposiciones posteriores a la Ley 86/1990, la prueba más evidente de su precariedad a la hora de actuar el proceso de selección de valores constitucionalmente orientado que daría fundamento definitivo a estos delitos. La disciplina resultante de la reforma viene, en efecto, examinada desde posiciones netamente críticas por la práctica totalidad de sus comentaristas. Haciendo hincapié en las incertezas surgidas en cuestiones tan relevantes como el idéntico o diverso desvalor de los delitos cometidos para la obtención de ventajas propias y de la Administración, la debilidad de la respuesta sancionadora en el abuso o de oficio y la introducción de la atenuante de especial tenuidad del artículo 323 bis, Conti, por ejemplo, se cuestiona la realización de una verdadera voluntad de abandonar los principios del texto antecedente, “sin duda en contraste con las reglas del Estado de Derecho”⁵⁶. F. Bricola constata que la revisión de las figuras no se ha hecho preceder de un análisis riguroso de los bienes tutelados, desconociéndose las necesidades de diversificación de la normativa de acuerdo con las exigencias de protección de las varias funcio-

función jurisdiccional, problema de no poco calado representa la configuración de delitos como el peculado con relación a los poderes políticos de los altos cargos gubernamentales. La literatura penal examina esta cuestión considerando su implicación con la de la fiscalización jurisdiccional de los actos políticos (nombramientos, dimisiones, dispensas de servicio, etc.), institucionalmente sustraídos a cualquier control judicial por el amplísimo poder discrecional reconocido por la Constitución (art. 113) al Gobierno. La responsabilidad de los parlamentarios por delitos contra la Administración Pública, por su parte, se propone como una lógica derivación de un orden constitucional caracterizado, por un lado, por el principio de la irresponsabilidad por los votos y las opiniones expresadas en el ejercicio de las funciones (art. 68, apartado 11 Const.), por el principio de parcialidad en la representación de los intereses políticos y por la prerrogativa de decidir el propio tratamiento económico; y, por otro lado, por la no sujeción de los parlamentarios mismos al principio de imparcialidad o eficiencia. La doctrina se divide entre quienes sobre estas bases ponen de manifiesto la limitada compatibilidad del estatuto penal de la Administración Pública con el *status* de parlamentario y quienes apuntan las gravísimas consecuencias de una tajante irresponsabilidad penal, especialmente después de la entrada en vigor de la normativa sobre la financiación de los partidos políticos.

⁵⁶ Vid. Antolisei, *Manuale di Diritto penale, Parte Speciale - II*, cit., p. 261.

nes y actividades públicas⁵⁷. Palazzo lamenta la preterición de las técnicas premiales en el cohecho, la no tipificación del cohecho ambiental o del peculado de energía laboral y el no ingreso en el tipo de la omisión de actos del oficio del elemento del perjuicio funcional⁵⁸. Seminara, en fin, califica de *reformatio in peius* la subsunción del peculado por distracción y el interés privado en actos del oficio en una disposición -la del abuso de oficio- que por su dilatado ámbito operativo y su configuración como tipo de *dolo específico* está en condiciones de facilitar las injerencias judiciales en el ámbito de las decisiones administrativas de carácter discrecional⁵⁹.

⁵⁷ Cfr. “La riforma dei reati contro la Pubblica Amministrazione: cenni generali”, en Coppi (a cura di), *Reati contro la Pubblica Amministrazione*, cit., pp. 14 y ss., espec. p. 16: “Las polémicas, también jurisprudenciales, sobre el estatuto penal de la empresa pública y de la empresa bancaria habían creado la expectativa de una solución definitiva concerniente a la aplicabilidad o no al sector de los artículos 314 y ss... Frente a tales exigencias el legislador habría podido construir una disciplina penal de la empresa diferenciada según la tipología de empresa y, al mismo tiempo, eliminar o reducir el ámbito de la categoría de servicio público, responsable de haber creado notables incertezas sobre el mismo terreno aplicativo”.

⁵⁸ Cfr. “La riforma dei delitti...”, cit., p. 817, notas 6, 7 y 8.

⁵⁹ Cfr. “Il delitto di abuso...”, cit., p. 697. En general los estudios posteriores a la reforma censuran la derogación del peculado por distracción y del interés privado en actos del oficio, que ocasiona importantes lagunas legales. Una ventaja o daño injustos realizados mediante actos legítimos, por ejemplo, no podría reconducirse al artículo 323, debiendo permanecer impune en ausencia de una norma como la del abrogado artículo 324. Del mismo modo, la abolición de la distracción de la conducta de peculado excluye la relevancia jurídico-penal de la realización de un beneficio propio o ajeno mediante una utilización no momentánea de dinero disponible por razón de oficio o servicio, ofreciéndose como única solución al intérprete su subsunción en el tipo del abuso de oficio junto con comportamientos de contenido de injusto absolutamente distante. Positivamente se enjuician, por contra, el no establecimiento de cláusulas expresas de no punibilidad para los supuestos de peculado por interés público -que habría tenido por consecuencia el sindicato del juez sobre la actividad discrecional de la Administración con vistas a comprobar la concurrencia de un fin de ventaja exclusiva de ella misma, de una necesidad pública o de un interés público- y la inclusión en la descripción normativa de la cualificación de la ventaja o daño como injustos, a lo que el legislador se habría visto movido por la necesidad de garantizar la imparcialidad en la acción administrativa frente a la protección de los derechos y de los intereses de los particulares (arts. 28 y 113 de la Constitución). *Vid.* Preziosi, “La riforma della fattispecie incriminatrice di abuso d’ufficio”, cit., pp. 128 y ss.; Rampioni, “L’abuso...”, cit., pp. 109 y ss.; D’Avirro, “Il requisito dell’ingiustizia...”, cit., pp. 905 y ss.; Scordamaglia, “L’abuso di ufficio”, cit., pp. 191 y ss.; Seminara, “Il delitto...”, cit., pp. 563 y ss. Para un ajustado balance entre las virtudes -apertura formal del proceso de reforma de los sistemas de control jurídico

El entendimiento dogmático -y no meramente exegetico o expositivo- de los delitos contra la Administración Pública representa uno de los tradicionales empeños de la literatura a la hora de afrontar el estudio del Libro II del Código penal⁶⁰. Una aspiración a la que no es ajena la influencia ejercida por la denominada “teoría general” de la Parte Especial del Código penal⁶¹. Pero que, antes que nada, debe alinearse con los requerimientos de trabajo específico sobre presupuestos conceptuales jurídico-administrativos o jurídico-constitucionales que las normas del Título II dirigen al intérprete, así como con las indicaciones que el propio texto punitivo proporciona acerca de la estructura típica de estas figuras.

El legislador italiano, en efecto, recurre generosamente a técnicas de reenvío respecto de nociones extraordinariamente complejas en la ciencia del Derecho público⁶². Hasta en tres grupos de normas de la Parte Especial podrían distribuirse, siguiendo a Tagliarini, las referencias

de la actividad administrativa, revisión de las definiciones de las figuras subjetivas, tipificación de ciertas conductas socialmente desvaliosas- y defectos -descoordinación con las leyes 142/1990, sobre entes locales, y 241/1990, sobre el procedimiento administrativo y el acceso a los documentos administrativos, anacrónico debilitamiento de la respuesta sancionadora a los delitos más graves, irresolución del problema de la suplencia- de la nueva configuración del Capítulo II del Título II, Petrone, “La nuova disciplina...”, cit., pp. 937 y ss.

⁶⁰ Ya F. Carrara (*Programma del Corso di Diritto Criminale*, Vol. V, Lucca, 1868, parágrafo 2514) y Lollini (“Dei delitti contro la Pubblica Amministrazione...”, cit., p. 102) singularizaban los delitos de los oficiales públicos por la presencia en su estructura de un abuso jurídico como elemento de ilicitud penal. Con vistas a la definición de la noción de abuso de oficio del artículo 175 del Código de 1889, ambos autores apelaban a la distinción entre abuso ontológico -uso con destino diverso del natural- y jurídico -uso en modo o con finalidad ilícitos-, para declarar la completa extraneidad del primero a los fines del derecho.

⁶¹ Alentada por ella -escribe Rampioni (*Bene giuridico...*, cit., p. 10)- la investigación en este terreno no se ha limitado a una mera elaboración “hermenéutica”, en términos puramente descriptivos, sino que ha aspirado a construir una unicidad sistemática, tanto desde la perspectiva del bien jurídico protegido, como, fundamentalmente, desde la de la estructura de las figuras particulares. El sustrato natural de estas palabras debe verse en las premisas metodológicas expresamente asumidas por autores como Chiarotti (voz “Delitti contro l’ Amministrazione Pubblica”, cit., p. 241) y, especialmente, Riccio (*I delitti...*, cit., pp. 4 y 31).

⁶² Se hacen eco de ello F. Grisogni, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Roma, 1953, pp. 16 y ss.; Riccio, *I delitti...*, cit., pp. 5 y ss.; Tagliarini, *Il concetto...*, cit., pp. 107 y ss.; Infantini, *L’ abuso delle qualità...*, cit., p. VII; M. Leone, “Delitti contro la Pubblica Amministrazione ed illecito amministrativo”, *GP*, Vol. LXXXII (XIX de la 7ª Serie), Parte Seconda, 1977, pp. 1 y ss.; Stortoni, *L’ abuso di potere...*, cit., p. 56; Li Vecchi, “La riforma dei delitti...”, cit., pp. 113 y 114.

jurídico-administrativas y constitucionales contenidas en el Código Rocco⁶³: las que proporcionan específica tutela al Estado en sus atributos soberanos y en el ejercicio de sus funciones fundamentales (las de los Títulos I, II y III del Libro II), las que amparan la dignidad y el prestigio de la autoridad pública⁶⁴ y las alusivas a los instrumentos patrimoniales y medios de actuación de los poderes públicos, radicadas entre los delitos contra el patrimonio o la incolumidad pública⁶⁵. Y si nos ceñimos al Derecho penal de la función pública, la discriminación conceptual entre las situaciones jurídicas de poder y de deber viene reclamada ya en la propia Parte General, por la agravante genérica del apartado 9º del artículo 61⁶⁶, en tanto que la estructura formal de los tipos del Capítulo I

⁶³ Vid. Tagliarini, *op. loc. cit.*

⁶⁴ Por ejemplo, los artículos 595. 41 (difamación a un cuerpo político, administrativo o judicial, o a su representación) y 596. 11 (disposición sobre la exclusión de la prueba liberatoria), configurados como delitos contra el honor en el Capítulo II del Título XII, Libro II.

⁶⁵ Así, el incendio doloso de los edificios públicos (art. 425. 1) y la estafa agravada para la consecución de erogaciones públicas (art. 640 bis).

⁶⁶ A tenor del artículo 61. 9 agrava el delito -cuando no represente un elemento constitutivo o una circunstancia agravante específica- la comisión "con abuso de los poderes, o con violación de los deberes inherentes a una función pública o a un servicio público, o bien a la cualidad de ministro de culto". De acuerdo con la doctrina mayoritaria (cfr. A. Santoro, *Le circostanze del reato*, 2ª ed., Torino, 1952, p. 282; Pannain, *I delitti dei pubblici ufficiali...*, cit., pp. 156 y 157; T. Padovani, voz "Circostanze del reato", *DDP*, Vol. II, Torino, 1988, p. 219), el abuso consiste en una desviación del poder público del fin para el que es reconocido al sujeto por el ordenamiento jurídico, en tanto que la violación de los deberes implica la inobservancia de una obligación jurídica específica, esto es, no simplemente de deberes genéricos de corrección y de probidad habitualmente conexos a la cualificación subjetiva misma. A juicio de Pagliaro (*Principi di Diritto penale. Parte Speciale*, 7ª ed., cit., pp. 113 y 237), el aspecto objetivo del abuso de poder podría consistir también en su no ejercicio, toda vez que cualquier abuso comporta una transgresión de deberes funcionales y que el único elemento capaz de caracterizar la *speciès* del abuso dentro del *genus* de la infracción es la orientación subjetiva hacia la desviación del poder de su causa típica. Diversa opinión sostienen quienes, aun conviniendo en que el abuso se sustancia también en la infracción de los deberes relativos al ejercicio del poder, parten de la consideración de que el oficio público fundamenta derechos-deber a cargo de los sujetos que lo sirven para reconducir toda inobservancia voluntaria de un deber del oficio a un abuso del poder conexo (así, Infantini, *L'abuso della qualità...*, cit., pp. 131 y ss., así como los autores citados por Pagliaro en *op. ult. cit.*, p. 237, nota 25). La circunstancia alude claramente a una modalidad de la conducta (por todos, Padovani, *op. loc. cit.*; F. Antolisei, *Manuale di Diritto penale. Parte Generale*, 12ª ed.

denota la presencia de elementos normativos de caracterización de la conducta, del objeto material o del elemento subjetivo del injusto asimismo alusivos a construcciones jurídicas típicas del Derecho público, haciendo necesaria una indagación en las relaciones existentes entre las locuciones penales y las iuspublicísticas y en los criterios de demarcación entre los ilícitos penales y los ilícitos administrativos⁶⁷.

En otro sentido, a tenor del artículo 360 el funcionario cesado puede ser llamado a responder de hechos ejecutados con medios o condiciones proporcionados por actividades públicas desarrolladas con anterioridad⁶⁸. Esta disposición sirve para singularizar -una vez más- al Código penal italiano frente a sus homólogos español y alemán, que se limitan a indicar la necesaria concurrencia de la cualidad personal en el sujeto

aggiornata e integrata da L. Conti, Milano, 1991, p. 397). Pero permanece abierta la cuestión de su comunicabilidad con arreglo a los criterios establecidos por el artículo 70 para solventar los problemas de coordinación entre las normas sobre el delito monosubjetivo y sobre el delito en concurso. Para las diversas posturas, G. Marini, *Lineamenti del sistema penale*, Ristampa emendata ed aggiornata, Torino, 1993, p. 679; A. Pagliaro, *Principi di Diritto penale. Parte Generale*, 4ª ed., Milano, 1993, p. 460.

⁶⁷ Vgr. “abuso de la cualidad o poderes” (art. 317), “acto contrario a los deberes del oficio” (art. 319), “abuso del oficio público” (art. 323)... A juicio de algún autor, los delitos contra la Administración Pública representan por ello el sector «más caótico, tortuoso, oscuro y difícil» de la Parte Especial (así, Li Vecchi, “La riforma dei delitti...”, cit., pp. 113 y 114). En una visión más equilibrada, Stortoni (*L'abuso di potere...*, cit., pp. 4 y 5) dibuja sobre la descripción del delito de abuso de oficio (art. 323) las “notables dificultades” originadas por la interferencia del carácter normativo extrapenal de numerosos conceptos típicos en la problemática de los delitos contra la Administración Pública: “La casi absoluta indeterminación de la conducta carente de elementos descriptivos de tipificación al margen de la referencia al ‘abuso de los poderes’ mismo, las consiguientes divergencias interpretativas por parte de la doctrina y de la jurisprudencia que sobre ella se han desarrollado, las dificultades de determinación del objeto de la tutela y la consiguiente ambigüedad del real significado político, además de jurídico, de la figura”.

⁶⁸ El artículo 360 dispone que “Cuando la ley considera la cualidad de oficial público, o de encargado de un servicio público, o de ejerciente de un servicio de necesidad pública, como elemento constitutivo o como circunstancia agravante de un delito, el cese de tal cualidad, en el momento en el que el delito es cometido, no excluye la existencia de éste ni la circunstancia agravante, si el hecho se refiere al oficio o al servicio ejercitado”. La doctrina italiana ha argumentado a partir de esta disposición para afirmar que la cualidad especial del sujeto debe subsistir “en el momento en que el delito es cometido”, en el momento de la acción (*tempus commissi delicti*) (Vid. Levi, “Delitti contro la Pubblica Amministrazione”, cit., p. 106; Pannain, *I delitti dei pubblici ufficiali...*, cit., p. 39).

activo, sin precisar el momento de su posesión; pero lo que interesa traer ahora a colación es su contenido, su caracterización de los delitos contra la Administración Pública como *ilícitos funcionalmente orientados*. A partir de ella, escribe Pagliaro, debe concluirse que el vínculo entre la cualificación y las conductas típicas no es de orden temporal, sino que tiene carácter funcional, “en el sentido de que el hecho debe referirse al oficio o servicio ejercitado”⁶⁹.

Pues bien, el propio ámbito de aplicación de esta norma ha operado como un primer factor -legislativamente preestablecido- para llamar la atención sobre las diversas tipologías de los delitos contra la Administración Pública. Pues a la vista de las exposiciones al uso, la disciplina sentada por el artículo 360 se compadecería únicamente con aquellos delitos en que la conducta típica encuentra *su presupuesto* -como el peculado (art. 314) o la utilización de invenciones o descubrimientos conocidos por razón del oficio (art. 325) - o *su fin* -por ejemplo el cohecho por un acto del oficio (art. 318) o contrario a los deberes del oficio (art. 319)- en el ejercicio de la función o servicio. No con aquéllos cuyo tipo presupone la existencia de una *relación de contextualidad* entre la conducta y el

⁶⁹ Cfr. *Principi di Diritto penale. Parte Speciale - II*, cit., p. 21. En el mismo sentido, Levi, “Delitti contro la Pubblica Amministrazione”, cit., p. 106; Riccio, *I delitti...*, cit., p. 52; Spinelli, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, cit., p. 575; P. Severino di Benedetto, *I delitti dei pubblici ufficiali contra la Pubblica Amministrazione. Le qualifiche soggettive*, Milano, 1983, p. 155; Seminara, en Crespi / Stella / Zuccalà, *Commentario breve al Codice penale*, cit., p. 803; Segreto / de Luca, *I delitti...*, cit., p. 31; Antolisei, *Manuale di Diritto penale. Parte Speciale - II*, cit., pp. 277 y 278. Es doctrina pacífica que la relación entre los hechos delictivos y las funciones o servicios que fundamenta la tipicidad de los delitos contra la Administración Pública podría verificarse en los supuestos de cese en sentido estricto, suspensión del ejercicio de las funciones o del servicio, dimisión, revocación o supresión del oficio público, pero no en referencia a una cualidad por asumir. En contra, aisladamente, Pagliaro, *op. loc. cit.* En la determinación de la naturaleza y contenido de esa relación funcional surgen discrepancias. Segreto / de Luca (*I delitti...*, cit., p. 31) advierten en la norma del artículo 360 la ficción jurídica de una cualidad inexistente. Para Santoro (*Manuale di Diritto penale*, Vol. II, cit., p. 239) y, quizá, Severino di Benedetto (*I delitti dei pubblici ufficiali...*, cit., p. 155), el ejercicio de la función temporalmente destacado no es reducible en el momento consumativo a un presupuesto puramente fáctico del delito, a una actuación no valorable a la luz de criterios normativos. Las obligaciones de no revelar los secretos aprehendidos por razón del oficio o de restituir los bienes en que se está en posesión por el mismo título son obligaciones jurídicas que no cesan con la dimisión o revocación. Ahí radicaría el verdadero fundamento de la norma.

ejercicio actual de la función o servicio, como acontecería con la concusión (art. 317), el abuso innominado (art. 323), la omisión o rechazo de actos del oficio (art. 328) y el rechazo o retardo de obediencia (art. 329)⁷⁰.

Al hilo de este material legislativo los autores italianos ha incidido en la técnica de tipificación reconocible en las descripciones de estos delitos, basada en la constante relación en que se hallan el hecho delictivo y el ejercicio de la función pública legislativa, judicial o administrativa o del servicio público; y han tratado de clarificar el rol desplegado por dicho elemento funcional en el tipo de injusto, adoptando como premisa para ello ora el significado “objetivo” de las definiciones legislativas de oficial público y encargado de servicio público⁷¹, ora el concepto material de delito especial⁷².

⁷⁰ Cfr. Riccio, *I delitti...*, cit., p. 51; A. Santoro, *Manuale di Diritto penale*, Vol. II, Parte Speciale : Delitti contro lo Stato, Torino, 1962, p. 239; Manzini, *Trattato di Diritto penale italiano*, Vol. V, cit., p. 101; Seminara, en Crespi / Stella / Zuccalà, *Commentario breve al Codice penale*, cit., p. 803; Severino di Benedetto, *I delitti dei pubblici ufficiali...*, cit., p. 155, nota 18.

⁷¹ En esta perspectiva se ubican las aportaciones de especialistas como Seminara (en Crespi / Stella / Zuccalà, *Commentario breve al Codice penale*, cit., pp. 691 y ss.), Pagliaro (*Principi di Diritto penale. Parte Speciale*, cit., pp. 6 y ss.) y, especialmente, Stortoni (*L'abuso di potere...*, cit., pp. 119 y ss.), quienes apelan al concepto “delito de funcionario” como una verdadera categoría dogmática configurada a partir de lo que denominan “interpretación objetiva” de los elementos especiales de la autoría. Con arreglo a ella, las posiciones jurídicas subjetivas requeridas por los delitos contra la Administración Pública se derivarán exclusivamente del ejercicio de la función o servicios públicos. Un ejercicio que, al proyectarse, caso por caso, sobre elementos a los que corresponde un significado funcional diverso en el seno del tipo de injusto -la conducta típica en el abuso de oficio, situaciones típicas diversas de ella en el peculado o la revelación de secretos, el elemento subjetivo del injusto en el cohecho- impedirá reducir a unidad la estructura de estas figuras.

⁷² Sobre ello debe verse Severino di Benedetto, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, cit., pp. 145 y ss. Para esta autora, en la base del delito especial se asistirá siempre a un fenómeno de recepción de normas jurídicas extrapenales que confieren a los sujetos que se hallan en ciertas condiciones un conjunto de poderes y deberes jurídicos, y será la infracción de esas situaciones jurídicas activas la que, al traducirse en una lesión de la legalidad e imparcialidad de la actividad pública desarrollada por los tres poderes estatales, determine la intervención del Derecho penal.

C. FRANCIA.

I. ORIGEN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CONTROL PENAL DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA. LA REPERCUSIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO. TRATAMIENTO DEL GRUPO EN EL CAPÍTULO II DEL TÍTULO III, LIBRO IV, DEL CÓDIGO PENAL DE 1992: CAMPOS TÍPICOS DE INCIDENCIA. LOS NUEVOS PRINCIPIOS MATERIALES Y FORMALES DEL DERECHO PENAL DE LA FUNCIÓN PÚBLICA.

La historia de la responsabilidad penal de los funcionarios públicos en el Derecho francés se halla íntimamente ligada a la de los sistemas de protección organizados en torno a las actuaciones, incluso delictivas, que podían desarrollar en el ejercicio de sus funciones. A pesar de que el Código penal de 1810 asumió íntegramente las incriminaciones legadas por el Derecho Romano y conservadas -bajo el término de “malversación de oficiales públicos”- por el Derecho medieval⁷³, el Derecho histórico y la cultura administrativa tradicional franceses se oponían a la idea de que un servidor público pudiera ser procesado por los tribunales penales por causa de decisiones presuntamente tomadas en interés de la ciudadanía⁷⁴. De esta forma, si el régimen penal sustantivo no se hacía eco de ninguna clase de reticencias a la hora de admitir que un funcionario pudiera ser penalmente sancionado por la realización de actos propios de su cargo, sí se habían arbitrado prerrogativas jurisdiccionales especiales que dificultaban su persecución⁷⁵. La atracción del funcionariado ante los órganos de la justicia penal ha precisado, por ello, de importantes reformas legislativas, fundamentalmente de la abrogación de los artículos 75 de la Constitución del año 8, que condicionaba la apertura de un proceso penal contra

⁷³ Cfr. A. Vitu, en R. Merle / A. Vitu, *Traité de Droit Criminel. Droit pénal spécial*, Paris, 1982, p. 208, en la que indica que dicha nomenclatura designaba delitos como la malversación de caudales públicos, la concusión, la prevaricación y el cohecho, para los que se reservaban penas profesionales y de multa e incluso la muerte.

⁷⁴ Vid. J. Viret, “La responsabilité de l'administration et de ses agents à l'épreuve du droit pénal contemporain”, *AJDA*, nº 11, 20 de noviembre de 1995, p. 765; J. Pradel / M. Danti-Juan, *Droit pénal spécial*, Paris, 1995, p. 735.

⁷⁵ Véanse sobre ello G. Liet-Veaux, “La caste des intouchables ou la ‘théorie’ des délits de service”, *RDS*, 1952, p. 133; J. Spiteri, “Du fait du prince à la responsabilité pénale, ou de l'Etat de droit”, *RDS*, 1993, p. 242; E. Breen, “Responsabilité pénale des agents publics: l'exemple de l'affaire du sang contaminé”, *AJDA*, nº 11, 1995, p. 782.

cualquier funcionario a la existencia de la correspondiente autorización por parte del Consejo de Estado, y 679 a 688 del Código de Procedimiento Penal, que ordenaban el reenvío automático de la causa a la cámara criminal de la Corte de Casación para que aquélla designase, a su vez, la jurisdicción encargada de la instrucción y el enjuiciamiento⁷⁶. En la actualidad, la condición de los funcionarios públicos de “ciudadanos de derecho común”, sometidos a las reglas del Derecho penal general y especial, resulta tanto de las declaraciones contenidas en ciertos textos legales especialmente significativos⁷⁷, como de la letra y el espíritu del Código penal, que le atribuye un sentido claramente agravatorio.

El nuevo texto punitivo, promulgado por cuatro leyes de 11 de julio de 1992 y en vigor desde el 1 de marzo de 1994, retiene así el criterio que subyacía a la abrogada figura de la *forfaiture* del Código de Napoleón, si bien no recurre para ello -cuando menos, no de forma preferente- a la creación de delitos especiales impropios. De hecho, la agravación subyacente a dicha cualidad se hace efectiva bajo la forma de una circunstancia específica, tal y como sucede en los delitos de tortura y agresión con ensañamiento (art. 222-3 7^a), lesiones (arts. 222-8 7^a, 222-10 7^a y 222-12 7^a), proxenetismo (art. 225-7 6^a), y falsedades (arts. 441-2 1^a, 441-4 1^a y 441-5 1^a), o de una pena facultativa complementaria, que es lo que sucede con la previsión de la inhabilitación de empleo o cargo público en los artículos 313-7 2^a (en relación con la estafa y las infracciones afines a ella), 314-10 2^a (para la apropiación indebida), 324-7 1^a (para el blanqueo simple y agravado) y 422-3 2^a (para el terrorismo). En él, la represión de las conductas penalmente relevantes protagonizadas por los funcionarios públicos en el

⁷⁶ Las mencionadas abrogaciones se hicieron operativas a través del decreto legislativo de 19 de septiembre de 1870 y de la Ley 93-2, de 4 de enero de 1993. Con la entrada en vigor de ésta última, dichos sujetos se someten a las jurisdicciones territorialmente competentes, si bien la propia ley prevé que, en interés de una buena administración de justicia, la Corte de Casación, a requerimiento del procurador general o del procurador general territorialmente competente, pueda ordenar la remisión de la causa a otra jurisdicción.

⁷⁷ Cfr. artículo 29 de la Ley 83-634 de 13 de julio de 1983, que aprueba el estatuto general de la función pública: “toda falta cometida por un funcionario en la ejecución o con ocasión de la ejecución de sus funciones lo expone a una sanción disciplinaria son perjuicio, dado el caso, de las penas previstas por la ley penal”.

ejercicio de sus cargos descansa en los artículos 432-1 a 432-17, integrados en el Capítulo II, Título III, de su Libro IV, que lleva por rúbrica “De los delitos contra la Administración Pública cometidos por personas que desempeñen una función pública”. Dicho Capítulo trata la materia a lo largo de cuatro secciones, dedicadas, además de a las “penas accesorias” (sección 4ª, art. 432-17,), a “los abusos de autoridad dirigidos contra la Administración” (sección 1ª, arts. 432-1 a 432-3), a “los abusos de autoridad dirigidos contra particulares” (sección 2ª, arts. 432-4 a 432-9) y a la “corrupción pública” (sección 3ª, arts. 432-10 a 432-16). En ésta última se comprende una no muy extensa lista de delitos que coinciden con las figuras más significativas del Título XIX del Código penal español: el cohecho (§ 1, art. 432-10), la corrupción pasiva y el tráfico de influencias cometido por personas ejercen una función pública (§ 2, art. 432-11), el cobro ilegal de comisiones (§ 3, arts. 432-12 y 432-13) y los delitos contra la libertad de acceso y la igualdad de los candidatos en los mercados públicos y en las delegaciones de servicio público (§ 4, art. 432-14) y la sustracción y malversación de bienes (§ 5, arts. 432-15 y 432-16).

Modificaciones posteriores han venido de la mano de las leyes 92-1336, de 16 de diciembre de 1992, que incorpora un cuarto apartado al artículo 432-17, relativo a las penas accesorias; 95-127, de 8 de febrero de 1995, que reforma ligeramente la redacción del artículo 432-14, dedicado a los delitos “contra la libertad de acceso y la igualdad de los candidatos en los mercados públicos y en las delegaciones de servicio público”; y, finalmente, 2000-595, de 30 de junio de 2000, que transpone al derecho interno francés la convención firmada por los Estados miembros de la Unión Europea en Bruselas, el 26 de mayo de 1997, relativa a la lucha contra la corrupción de los funcionarios de los Estados miembros de la Unión europea, así como la Convención de la OCDE de 17 de diciembre de 1997, sobre la lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, y en virtud de la cual, además de incorporarse al texto punitivo los artículos 435-2 y 435-3, se ha modificado la redacción técnica de los artículos 432-11, 433-1 y 434-9. A este último respecto, conviene indicar que la doctrina había venido poniendo de relieve las insuficiencias de los artículos para luchar contra un fenómeno tan extendido como la corrupción administrativa, así como la excesivamente restrictiva definición de los delitos de cohecho y tráfico de influencias activos que sentaba el primero de los

preceptos, como proponer, sin derecho a ello, “directamente o indirectamente, ofertas, promesas, dádivas, regalos o beneficios cualesquiera para conseguir de una persona depositaria de la autoridad pública”, o que cumpliera o se abstuviera de cumplir un acto de su función, o que abusara de sus influencias reales o supuestas. En particular, se había subrayado que si, por una parte, representaba una verdadera paradoja el sancionar al funcionario que solicitaba la dádiva a cambio de dictar un acto ilegal para dejar en la impunidad al que la reclamaba después de haberlo ejecutado ya⁷⁸, por otra no siempre era posible probar la anterioridad del pacto de corrupción⁷⁹. Estas dificultades probatorias se hacían evidentes a la hora de establecer el momento en que debía empezar a contar el plazo de prescripción del delito, coincidente con el acuerdo o con la recepción de la contraprestación, mostrándose partidaria la jurisprudencia de acudir en detrimento del cohecho a figuras como el abuso de bienes sociales, cuyo plazo comienza cuando “el delito ha podido ser descubierto y constatado en las condiciones que permiten el ejercicio de la acción pública”⁸⁰. Para obviar estos problemas teóricos y prácticos, la Ley 2000-595 suprime la exigencia típica de la anterioridad del pacto de corrupción, insertando en los artículos 432-II, 433-I y 434-9, las palabras “en todo momento” y transmutando, con ello, el propio concepto del delito. Desde ese momento, el Derecho penal francés sanciona, al igual que lo hacen el español, el italiano y el alemán, cualquier recepción de dádivas o regalos posterior al acto ejecutado por el funcionario, recepción que marcará

⁷⁸ Incidían en ello Vid. A. Vitu, “Crimes et délits contre la chose publique”, *RSC*, n° 4, 1968, p. 850; J.-P. Delmas Saint-Hilaire, “Infractions contre la chose publique”, *RSC*, n° 3, 1987, pp. 685 y 686; Pradel / Danti-Juan, *Droit pénal spécial*, cit., p. 739; P. Gattegno, *Droit pénal spécial*, Paris, 1995, p. 312.

⁷⁹ Vid. I. Luc / E. Alt, *La lutte contre la corruption*, Paris, 1997, pp. 52 y 53; M. E. Cartier / C. Mauro, “La loi relative à la lutte contre la corruption des fonctionnaires étrangers (Loi n° 2000-595 du 30 juin modifiant le code pénal et le code de procédure pénale relative à la lutte contre la corruption)”, *RSC*, n° 4, 2000, p. 741. En la práctica, no obstante, la Corte de Casación venía recurriendo a una suerte de presunción de la anterioridad del pacto en los supuestos en que quedase suficientemente acreditada la existencia de relaciones regulares y permanentes entre el corruptor y el corrupto: vid. M. Véron, *Droit pénal spécial*, 4ª ed., Paris, Milan, Barcelone, 1995, p. 252; Cartier / Mauro, *op. loc. cit.*

⁸⁰ Vid. Cartier / Mauro, “La loi relative...”, cit., p. 742.

también el momento en que deberá comenzar a correr el plazo de prescripción⁸¹.

En el terreno de los principios, el primordial de los objetivos del legislador de 1992 y de las mencionadas reformas y modificaciones parciales ha sido el de cohonestar el régimen penal con las nuevas realidades de la Administración Pública del período contemporáneo, sin duda, “el más fértil en modificaciones que jamás ha conocido la función pública” francesa⁸². Como se ha señalado, las disposiciones relativas a la “cosa pública” habían recibido contadas modificaciones desde los tiempos del Imperio, resultando en su mayor parte desfasadas o incluso contrarias al orden legal vigente⁸³. En favor de una tajante intervención legislativa prevenía, en particular, la situación legal de “desamparo” de la ciudadanía ante las infracciones perpetradas por funcionarios contra la inviolabilidad del domicilio, el derecho a la no discriminación y la libertad individual del ciudadano, habida cuenta de la excesiva lenidad de las sanciones previstas en el Código de Napoléon. Junto con ello, se había puesto de manifiesto, asimismo, el dato de la inidoneidad de la jurisdicción administrativa a la hora de individualizar las responsabilidades personales,

⁸¹ La disciplina del cohecho había sufrido constantes modificaciones a lo largo de los prácticamente dos siglos de vigencia del Código de Napoléon, como subraya F. Goyet (*Droit pénal spécial*, 80 ed. enteramente refundida y puesta al día por M. Rousselet / P. Arpaillange / J. Patin, Paris, 1972, p. 91). Así, las Leyes de 13 de mayo de 1863 y de 9 de marzo de 1928 extendieron su ámbito de operatividad originario -concercente, según Goyet (*op. loc. cit.*) a “los funcionarios o agentes de las administraciones públicas”- a las actuaciones de los “expertos” y a las de los militares y los médicos, respectivamente. La Ley de 16 de febrero de 1919, por su parte, incriminó el cohecho de los empleados de las empresas privadas. Finalmente, la Ley de Vichy de 16 de marzo de 1943 y la Ordenanza de 8 de febrero de 1945 transformaron el crimen en delito, castigándolo con penas extraordinariamente severas. Sobre todo ello, Goyet, *op. loc. cit.*

⁸² Cfr. M. Piquemal / F. Lecot, *Les nouvelles fonctions publiques*, Paris, 1986, citado por Spiteri, “Du fait du prince...”, cit., p. 242. En el mismo sentido, G. Giudicelli-Delage, “Livre IV. Les crimes et délits contre la nation, l’État et la paix publique”, *RSC*, n° 3, 1993, pp. 498 y 503.

⁸³ Cfr. H. Charles / R. Bernardini, “Fonctionnaire public”, *EDall*, 1983, n° 4; F. Desportes / F. Le Gunehec, “Présentation des dispositions du nouveau Code pénal (Lois n. 92-683 à 92-686 du 22 juillet 1992)”, *LSJ*, 1992, p. 434. Las reflexiones vertidas en ambos trabajos convergen a la hora de resaltar que si las exigencias de imparcialidad, probidad y obediencia del funcionariado eran piezas claves en el funcionamiento de la maquinaria administrativa a comienzos del siglo XIX, se hacía imprescindible su adecuación a la nueva estructura, organización y dimensión de los servicios públicos.

explicativo del importante incremento del número de procesos penales abiertos contra funcionarios públicos⁸⁴. Los grandes referentes “de fondo” para esa labor de adecuación han sido, pues, la acentuación de la naturaleza “vicaria” del poder que la Administración ejerce en nombre del Estado, su nueva realidad jurídica en términos de derechos y deberes del funcionariado y de su sujeciones y prerrogativas frente al juez penal, la satisfacción de las crecientes exigencias de confianza y transparencia dirigidas por la ciudadanía en el marco de las nuevas relaciones Administración-administrado y también la acomodación del texto punitivo a la masiva penetración del derecho francés por los reglamentos, directivas y decisiones comunitarios⁸⁵.

La nueva ley penal se inscribe decididamente en esa corriente de “revalorización” de la imagen de la jurisdicción penal a los ojos de la ciudadanía que describe Hermann⁸⁶, incorporando nuevos principios jurídicos (v.gr., la gestión de los servicios públicos)⁸⁷ y argumentos de práctica judicial y de evolución política y económica del Estado que hacen valer el valor de los tiempos. Este cambio de política legislativa viene perfectamente ilustrado con el nuevo régimen punitivo de las figuras de la Sección 2ª del mencionado Capítulo IV, comprensiva de los

⁸⁴ Cfr. Viret, “La responsabilité...”, cit., p. 765; y, sobre todo, J. Hermann, “Le juge pénal, juge ordinaire de l’administration?”, *RD*, 1998, p. 196, que proporciona una imagen muy gráfica del fenómeno: “la lógica propia de la responsabilidad administrativa privilegia largamente la falta del servicio, falta “impersonal”, que, para los requirientes, oculta las responsabilidades individuales. El proceso administrativo no permite la personalización de las responsabilidades, es a menudo percibido como un falso proceso, ‘un proceso entre gentes en buena compañía’. El recurso al juez penal parece entonces ‘natural’”. La tradicional baja frecuencia en la aplicación de estas disposiciones penales, motivada, al parecer por la excesiva dureza de las sanciones de carácter profesional y el consecuente retraimiento de las autoridades administrativas a la hora de denunciar los hechos, es lugar común en los comentarios doctrinales. *Vid.* J.-M. Forges, *Droit de la fonction publique*, Paris, 1986, p. 261; Desportes / Le Guehec, “Présentation...”, cit., p. 434.

⁸⁵ *Vid.* Breen, “Responsabilité pénale...”, cit., pp. 782 y ss.; Spiteri, “Du fait du prince...”, cit., pp. 241 y ss.; Giudicelli-Delage, “Livre IV. Les crimes...”, cit., pp. 493 y ss.; Cartier / Mauro, “La loi relative...”, cit., pp. 737 y ss.

⁸⁶ Cfr. Hermann, “Le juge penal...”, cit., p. 196.

⁸⁷ Todos los artículos de la sección 30, Capítulo II, del Título III, a excepción del 432-13, mencionan a los encargados de misiones de servicio público como sujetos idóneos de los delitos de “corrupción pública”.

delitos contra la libertad individual (§ 1, arts. 432-4 a 432-6), de las discriminaciones (§ 2, art. 432-7), de los delitos contra la inviolabilidad del domicilio (§ 3, art. 432-8) y de los delitos contra el secreto de la correspondencia (§ 4, art. 432-8), en los que se ha operado una significativa exasperación del régimen punitivo para estimarlos más graves que los correlativos atentados producidos inter privados⁸⁸.

Hay que conceder, no obstante, que el grueso de las modificaciones -cuando menos, las más llamativas- reviste tintes formales o sistemáticos. Así, en el plano estrictamente formal, junto con la desaparición de la terminología tradicional, destaca la reubicación sistemática de la materia. En una regulación carente de lógica interna, el Código Penal de 1810 dedicaba a los atentados contra el orden administrativo perpetrados por agentes públicos la sección segunda del Capítulo IV (“De los crímenes y delitos contra la paz pública”) del Título I de su Libro III, integrada por los artículos 166 a 198⁸⁹. Los “crímenes y delitos contra la nación, el Estado y la paz pública”, en los que se enmarca la materia, no inauguran ya la Parte Especial del Código de 1992, ubicándose, en cambio, con posterioridad a los “crímenes y delitos contra las personas” y a “los crímenes y delitos contra los bienes”, en el Título III del Libro IV, que disciplina, por este orden, los atentados a la paz pública (Capítulo I, arts. 431-1 a 431-21), los atentados a la Administración Pública cometidos por personas que

⁸⁸ Vid. Véron, *Droit pénal spécial*, cit., p. 245; Desportes / Le Guehec, “Présentation...”, cit., p. 436; Breen, “Responsabilité pénale...”, cit., p. 784; Giudicelli-Delage, “Livre IV. Les crimes...”, cit., p. 505.

⁸⁹ La Sección se refería, por este orden, a la forfaiture y a sus consecuencias jurídicas (arts. 166 a 168), a las sustracciones cometidas por los depositarios públicos (arts. 169 a 173), a las concusiones (art. 174), a la participación en negocios o en actividades comerciales incompatibles con la condición de funcionario (arts. 175 y 176), al cohecho de los funcionarios y de los empleados de empresas privadas (arts. 177 a 183), a los abusos de autoridad contra los particulares (arts. 184 a 187. 2), a los abusos de autoridad contra la cosa pública (arts. 188 a 191), a los delitos relativos a la tenencia de actas del estado civil (arts. 192 a 195), al ejercicio de la autoridad pública ilegalmente anticipado o prolongado (arts. 196 y 197) y a las disposiciones particulares al Capítulo (art. 198). Las críticas más frecuentemente dirigidas al sistema de tratamiento legislativo de los delitos del cargo en el Código de Napoléon se centraban en su dispersión y en su falta de acomodación a patrón sistemático alguno. Vid. A. Chauveau / F. Hélie, *Théorie du Code pénal*, 2ª ed., Bruxelles, 1863, n° 1746, recogiendo la opinión de Berlier; R. Garraud, *Traité théorique et pratique du Droit pénal français*, T. IV, Paris, 1922, p. 310; Charles / Bernardini, “Fonctionnaire public”, cit., n° 23.

ejercen una función pública (Capítulo II, arts. 432-1 a 432-17), los atentados a la Administración Pública cometidos por particulares (Capítulo III, arts. 433-1 a 433-25) y, finalmente, los atentados a la Administración de Justicia (Capítulo IV, arts. 434-1 a 434-47). En la escala de valores suscrita por el legislador reciben, por lo tanto, una consideración secundaria frente a los derechos fundamentales y cívicos del individuo⁹⁰. A su vez, la ordenación de los diversos grupos de delitos contenidos en el Libro IV del Código responde también a una escala de gravedad descendente, situándose los atentados contra la autoridad del Estado (Título III) entre las infracciones de naturaleza política que atentan contra la existencia misma de la nación o de sus instituciones (“atentados a los intereses fundamentales de la nación” y “terrorismo”, Títulos I y II, respectivamente) y las que podrían denominarse infracciones de Derecho común (“atentados a la confianza pública” y “participación en una asociación de malhechores”, Títulos IV y V)⁹¹.

También entre los aspectos claramente positivos de la reforma, la doctrina suele destacar la readaptación del vocabulario legal a los modos de expresión modernos, así como la mayor claridad y sencillez de la presentación de la materia. Ésa es la filosofía que parece haber inspirado, por ejemplo, la distinción sentada por el Título III entre las infracciones protagonizadas por los funcionarios (Capítulo II) y aquellas otras que tienen como autores a los particulares y a través de las cuales se incriminan comportamientos que constituyen una puesta en peligro tanto de la autoridad y credibilidad estatales -la oposición a la ejecución de trabajos públicos, la rebelión, el ultraje, la usurpación de funciones, títulos y signos públicos, el uso de un vehículo que presentan semejanzas con los de la Administración- como de la imparcialidad de los propios funcionarios -el cohecho activo, el tráfico de influencias- (Capítulo III, arts. 433-1 a 433-25)⁹². La distinción venía siendo justificada, sobre el plano político-criminal, en atención al diverso contenido de injusto de una y otra clase

⁹⁰ Cfr. Giudicelli-Delage, “Livre IV. Les crimes...”, cit., p. 494.

⁹¹ *Vid.* Giudicelli-Delage, “Livre IV. Les crimes...”, cit., pp. 495 y 496.

⁹² *Vid.* Desportes / Le Gunehec, “Présentation...”, cit., p. 3615; Giudicelli-Delage, “Livre IV. Les crimes...”, cit., p. 505. El nuevo modelo de incriminación de los delitos en el cargo propuesto por el legislador francés se aproxima, pues, al adoptado por los Códigos penales italianos de 1889 y 1930.

de atentados al orden administrativo. El funcionamiento normal de la Administración -explica Vitu- no sólo exige que los depositarios de la confianza pública y, en general, las personas encargadas de actuar en nombre de la colectividad “sean probos y no abusen de los poderes que detentan”, sino también que los administrados “sean respetuosos con las funciones públicas y no demuestren insubordinación alguna frente a las autoridades”⁹³.

Las diferencias entre la regulación de los “crímenes y delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones”, de la Sección II del Capítulo IV, Título I, Libro IV, del Código de 1810, y la de los delitos contra la Administración Pública del nuevo texto punitivo son sustanciales. Por lo que se refiere a su factura formal, la sección no se ha mostrado ajena a las directrices reformistas que han inspirado la redacción del Libro IV, plasmándose nuevamente en ella la voluntad de modernizar y simplificar estos delitos, y de hacerlos fácilmente reconocibles⁹⁴. Ello explica la decisión de unificar en el artículo 431-11 el tratamiento del cohecho pasivo y del tráfico de influencias, anteriormente contemplados 177 y 178 CP. La misma disciplina del cohecho sirve, además, para poner de manifiesto que el pensamiento del bien jurídico ha sido determinante a la hora de proceder a la ordenación de la materia, toda vez que el cometido por un magistrado en beneficio o perjuicio de un procesado por un delito grave, por los miembros de los jurados o por cualquier otra persona que integre un órgano jurisdiccional, así como por los peritos o por las personas encargadas por la autoridad judicial de misiones de conciliación o mediación viene contemplado como delito contra la Administración de Justicia en la Sección 2^a (“obstrucción del ejercicio de la acción de la Justicia”), artículo 434-9, del Capítulo IV⁹⁵. Por otra parte, si la

⁹³ Cfr. Vitu, en Merle / Vitu, *Traité de Droit criminel. Droit pénal spécial*, cit., p. 206. Sobre ambas categorías, asimismo, Charles / Bernardini, “Fonctionnaire public”, cit., n^o 11.

⁹⁴ Cfr. Giudicelli-Delage, “Livre IV. Les crimes...”, cit., pp. 495 y 503.

⁹⁵ Pradel / Danti-Juan, *Droit pénal spécial*, cit., p. 737. El Derecho penal francés conoce también supuestos de cohecho disciplinados extramuros del Código penal. El art. 152-6 del Código del Trabajo reprime el cometido por todo director o asalariado al recibir o aceptar dones o presentes con el fin de llevar a cabo o de abstenerse de cumplir un acto de su función. Los arts. 365-1, 376-2 y 3 y 510-9-4 del Código de la Sanidad Pública sancionan lo que Pradel / Danti-Juan (*op. loc. cit.*) denominan como “cohecho en materia médica”, relativo a los

protección del Estado había llevado conducido al legislador a crear incriminaciones de contornos claramente mal definidos, deliberadamente vagas, el nuevo texto se cohonesta mejor con las exigencias del principio de legalidad, en un afán por aportar mayores grados de concisión y uniformidad a las figuras⁹⁶. La actuación más significativa en este terreno ha sido la abrogación del crimen de *forfaiture*, previsto en los artículos 166 a 168 del Código de 1810. Dichos preceptos, regulados en la Sección II bajo el título “De la *forfaiture* y de los crímenes y delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones”, tenían su origen en los artículos 641 y ss. del Código de Brumario y castigaban con la pena de degradación cívica los crímenes para los que la ley no hubiera previsto penas más graves. La figura carecía, no obstante, de toda significación práctica, habida cuenta de que para recurrir a la mencionada pena la actuación delictiva de que se tratase debía venir descrita como crimen en un texto legal, y cuando esto sucedía la normativa común hacía ya obligada su imposición como pena principal o accesoria⁹⁷. El Senado, constituido en Alta Corte de Justicia, se había referido a estos artículos, en su *arrêt* de 6 de agosto de 1918, por medio del cual, haciendo uso de los derechos que le reconocía el artículo 12 de la ley de 16 de julio de 1875, condenó a cinco años de destierro al ministro Malvy por haber traicionado los deberes de su cargo de ministro del interior. Dicha decisión generó, no obstante, toda clase de polémicas, entendiendo un sector muy representativo de la doctrina que el carácter soberano de dicha Alta Corte no podía servir para conculcar el principio de legalidad criminal⁹⁸.

La nueva concepción de estos delitos no se ha traducido, en cambio, en la creación de nuevos delitos, ni siquiera en un “crecimiento” o “extensión” de la gama de incriminaciones susceptibles de provocar la exigencia de responsabilidades penales anteriormente existentes. Bien al contrario, y con la mirada puesta en el catálogo de delitos contenido en

miembros de las profesiones médicas que reciben ventajas de empresas que fabrican productos puestos a cargo de la Seguridad Social.

⁹⁶ Cfr. Giudicelli-Delage, “Livre IV. Les crimes...”, cit., p. 494, 495 y 497.

⁹⁷ Cfr. Goyet, *Droit pénal spécial*, cit., p. 61; Vitu, en Merle / Vitu, *Traité de Droit criminel. Droit pénal spécial*, cit., p. 212.

⁹⁸ Sobre el *arrêt* Malvy, vid. E. Garçon, *Code pénal annoté*, Nouvelle édition refondue et mise à jour par M. Rousselet / M. Patin / M. Ancel, T. I, Paris, 1952, p. 645; Vitu, en Merle / Vitu, *Traité de Droit criminel. Droit pénal spécial*, cit., p. 213, con cita de Duguit.

la Sección II del Capítulo IV, Libro III, del Código de Napoleón, lo que parece haber ocupado el primer lugar en el orden de las preocupaciones reformistas del legislador ha sido la necesidad de hacer desaparecer la cláusula de agravación del artículo 198, que permitía castigar más severamente a los funcionarios y oficiales públicos enumerados en los artículos 22 y siguientes del texto legal (básicamente, a los magistrados, a los oficiales y a los agentes de la policía judicial) que hubieran participado en crímenes o en delitos que tuviesen la obligación, por razón de sus funciones, de vigilar o de reprimir. La estructura y composición de las distintas figuras arrojan, sin embargo, la voluntad de dotar al grupo de una verdadera lógica interna, de una coherencia en términos sistemático-valorativos de la que hasta el momento carecía, de acuerdo con la mejor doctrina.

Así, y al margen de las modificaciones de carácter material o sustancial sufridas por ciertas figuras con el objeto de situarlas a tono con las realidades y sensibilidades jurídicas actuales⁹⁹, el texto punitivo expresa un reequilibrio en la escala de penas adoptada por el texto derogado, expresivo, a su vez, de la nueva jerarquía axiológica con la que comulga. A resultas de ello, han visto conservado su marco punitivo la concusión (§ 1, art. 432-10) y el cohecho y el tráfico de influencias pasivos (§ 2, art.

⁹⁹ Uno de los aspectos claves de la nueva disciplina es la reforma del antiguo delito de injerencia del artículo 175 del Código de Napoleón, que castigaba la conducta del funcionario que tomaba o recibía algún interés en los actos, adjudicaciones, empresas o administraciones de cuyas administración o vigilancia estuviese encargado, total o parcialmente, en el momento del acto. Según señala Forges (*Droit de la fonction publique*, cit., p. 261), la jurisprudencia venía auspiciando una interpretación extensiva del precepto, trayéndolo en aplicación sin entrar a valorar el nivel jerárquico del agente, la forma o duración de la participación o la clase de actividad de la empresa implicada. Con los nuevos delitos de cobro ilegal de comisiones el legislador ha tratado de conciliar el régimen penal de aquella figura con las nuevas realidades económicas, a cuyo efecto el artículo 432-13 equipara a la empresa privadas a “toda empresa pública que ejerza su actividad en un sector de la competencia y conforme a las reglas del derecho privado”. Además, el artículo 432-12 ha extendido las modalidades comisivas hasta abarcar también la conservación o retención del interés recibido en el negocio, lo que ha transmutado la naturaleza del delito -que deviene permanente- y modificado radicalmente su régimen de prescripción. Vid. Desportes / Le Gunehec, “Présentation...”, cit., p. 3615; Gattegno, *Droit pénal spécial*, cit., p. 314; Véron, *Droit pénal spécial*, cit., p. 255; Viret, “La responsabilité...”, cit., p. 764, nota 10.

432-II) y, ya entre los delitos de los particulares contra la Administración Pública del Capítulo III del Título III, el cohecho y el tráfico de influencias activos (sección 1ª, arts- 433-1 y 433-2). Acusan, en cambio, una rebaja en la respuesta punitiva el delito de adopción de medidas destinadas a impedir la ejecución de la ley, incluido en la sección 1ª (art. 432-I), y la sustracción y malversaciones de bienes, dentro de la sección 3ª (art. 432-15). Las penas previstas para la toma o recepción de participación en empresas privadas (art. 432-12) se han modificado al alza.

En otro sentido, si bien los delitos cometidos en el ejercicio del cargo no se circunscriben sistemáticamente a los tipos delictivos mencionados en las secciones 1ª y 3ª del Capítulo II, Título III, es importante hacer notar que la agrupación delictiva formada en torno a ellas no puede tacharse ya, en modo alguno, de residual o insatisfactoria en un sentido lógico-sistemático. Ambas examinan las infracciones que conciernen a los abusos de autoridad, poder o función dirigidos contra el orden administrativo, excluyendo, además de a los delitos cometidos contra los derechos constitucionales a la libertad, a la no discriminación, a la inviolabilidad y a la intimidad de la correspondencia (sección 2ª del Capítulo II), a aquéllos otros que a juicio del legislador francés contienen preferentemente ataques dirigidos contra otros bienes jurídicos supraindividuales (la Administración de Justicia, la defensa nacional)¹⁰⁰.

¹⁰⁰ En efecto, el artículo 434-7 1ª, situado en la sección 2ª (“de la obstrucción del ejercicio de la Justicia”, del Capítulo IV (“De los delitos contra la Administración de Justicia”), tipifica la conducta del “magistrado, persona integrante de un órgano jurisdiccional o cualquier autoridad administrativa” que se niegue a administrar justicia tras haber sido requerido en este sentido y que persevere en su negativa tras haber recibido una comunicación o un exhorto de sus superiores”. Dentro del mismo capítulo, los artículos 434-33 y 434-35, ubicados en el § 2 (“Del quebrantamiento de condena o medidas cautelares”) de su sección 3ª (“De los delitos contra la autoridad de la justicia”), se refieren, respectivamente, al encargado de la vigilancia del detenido y a toda “persona que esté habilitada por sus funciones para penetrar en un establecimiento penitenciario o que, por cualquier circunstancia, pueda acercarse a los detenidos” que faciliten o preparen la fuga de un detenido, y al “encargado de la vigilancia de detenidos” y a aquél cuyas funciones le habiliten “para penetrar en un establecimiento penitenciario” o que, “por cualquier circunstancia”, pueda acercarse a los detenidos y que entregue o haga llegar a alguno de ellos, o que reciba o transmita “sumas de dinero, correspondencia, objetos o sustancias al margen de los casos autorizados por los reglamentos”. Por su parte, el artículo 413-10, integrado en la sección 2ª

2. RECEPCIÓN DE LA REFORMA: LA MODERNA LITERATURA EN LA MATERIA. LA TEORÍA GENERAL DE LOS DELITOS EN EL EJERCICIO DEL CARGO: PROPUESTAS, MODELOS TEÓRICOS Y FOCOS DE INTERÉS.

Las objeciones dirigidas a las nuevas disposiciones han versado fundamentalmente sobre tres puntos.

En primer lugar, sobre el hecho de que, si el Código penal francés contiene numerosos preceptos destinados a los funcionarios públicos, no proporciona, sin embargo, definición alguna aplicable a dicho término.

A diferencia de los códigos italiano, alemán y español, el francés no se ha esforzado tradicionalmente, en efecto, en precisar el sentido de la expresión “funcionario público” para la aplicación de sus disposiciones. Según interpretación constante de la jurisprudencia, la cualidad concernía a todos los ciudadanos depositarios, por cualquier título, de una parcela del poder, con independencia de su nivel jerárquico y de la naturaleza técnica o jurídica de sus actividades: la prestación de servicios públicos, el ejercicio de potestades de naturaleza pública o la detentación de alguna clase de mandato público¹⁰¹. La tesis era admitida, en general, por la doctrina, en la que existía acuerdo a la hora de atribuir en este punto una gran autonomía al Derecho penal, manifestada en su no supeditación a las definiciones que puedan ofrecer los textos legales relativos al régimen de la función pública o las elaboraciones teóricas del Derecho administrativo¹⁰².

(“De los atentados contra los secretos relativos a la defensa nacional”), Capítulo III (“De los demás delitos contra la defensa nacional”), del Título I (“De los delitos contra los intereses fundamentales de la nación”) castiga, en su párrafo primero, al que “bien por estado o profesión, bien debido a una función o misión temporal o permanente, siendo depositario de una información, un procedimiento, objeto, documento, dato informatizado o fichero que tenga carácter secreto para la defensa nacional, los destruye, se los apropia, los sustrae o reproduce, o bien los hace públicos o los da a conocer al público a una persona no autorizada”, y en el segundo al “depositario que permite que un tercero se apropie, sustraiga, reproduzca o divulgue la información, el procedimiento, el objeto, el documento, el dato informatizado o el fichero señalado en el párrafo anterior”.

¹⁰¹ *Vid.* los numerosos ejemplos citados por Charles / Bernardini, “Fonctionnaire public”, cit., n^{os} 4 y ss.; y Pradel / Danti-Juan, *Droit pénal spécial*, cit., p. 738.

¹⁰² *Vid.* Vitu, en Merle / Vitu, *Traité de Droit criminel. Droit pénal spécial*, cit., p. 209; Vouin, *Droit pénal spécial*, cit., pp. 600 y 601; Breen, “Responsabilité pénale...”, cit., p. 781; Spiteri, “Du fait du prince...”, cit., p. 243.

Aunque Vitu había visto en ello una ventaja, con la mirada puesta en el carácter “fluctuante” de las definiciones en cuestión y en las dificultades técnicas de formular una que resulte suficientemente equilibrada como para no frenar el desarrollo de la interpretación penal¹⁰³, la opinión mayoritaria venía subrayando críticamente que la expresión “funcionario público” -utilizada para reunir todas las denominaciones empleadas por el Código penal para designar a los sujetos activos de las infracciones contra el orden administrativo- carecía de sentido uniforme *ab interno* del propio texto punitivo, lo que obligaba a indagar, caso por caso, al margen de principios generales, cuáles eran los sujetos activos aludidos por cada disposición legal¹⁰⁴. En esta línea, uno de los criterios más extendidos de exposición de la materia era el que distinguía entre aquellas infracciones que podían cometer indiscriminadamente todo tipo de funcionarios públicos, como el cohecho pasivo, el tráfico de influencias o la toma o recepción de participación, y aquellas otras que eran imputables únicamente a ciertos funcionarios, como la malversación de caudales públicos¹⁰⁵. El nuevo texto punitivo lleva a su extremo esa tendencia a conferir a dichas nociones un valor autónomo en términos funcionales y conceptuales. Así, los sujetos activos de las infracciones del Capítulo II son habitualmente designados con la fórmula genérica de “persona depositaria de la autoridad pública o encargada de una misión de servicio público”¹⁰⁶, empleada también en los Libros II y III del Código para determinar agravaciones específicas por la cualidad del autor o de la víctima de la infracción. Ello no ha evitado, sin embargo, que los tipos recurran por doquier, incluso en el ámbito del propio Capítulo II, a nociones como las de funcionario público (art. 432-13), agentes del

¹⁰³ Cfr. Vitu, en Merle / Vitu, *Traité de Droit criminel. Droit pénal spécial*, cit., p. 209.

¹⁰⁴ En este sentido, Charles / Bernardini, “Fonctionnaire public”, cit., n° 9; Vouin, *Droit pénal spécial*, cit., p. 601; Forges, *Droit de la fonction publique*, cit., pp. 18 y 259.

¹⁰⁵ Vid. Vouin, *Droit pénal spécial*, cit., pp. 601 y ss. Alude a ello también Forges, *Droit de la fonction publique*, cit., p. 259.

¹⁰⁶ Vid. los arts. 432-3, 432-10, 432-11, 432-12, 432-14, 432-15, 432-16. Los artículos 432-11, 432-12, y 432-14 incorporan también a quienes ostenten un mandato electivo público, en tanto que el 432-1 alude exclusivamente a los depositarios de la autoridad pública. Ésta es la expresión que algunos autores patrocinan como elemento aglutinador de las múltiples nociones aludidas en el Capítulo II, en la medida en que serviría asimismo para designar a los oficiales públicos y a los ministeriales (Vid. Desportes / Le Gunehec, “Présentation...”, cit., p. 3615; Giuducelli-Delage, “Livre IV. Les crimes...”, cit., pp. 498 y 505, nota 33).

Estado, de las entidades territoriales, de los establecimientos públicos, de las sociedades de economía mixta de interés nacional encargadas de una misión de servicio público, de las sociedades locales de economía mixta (art. 432-14), encargados de la contabilidad pública o de un depósito público (art. 432-15 y 432-16), sin contar con las disposiciones especiales contenidas en algunos de ellos y relativas a grupos especiales de sujetos que ejercen funciones públicas o asimiladas, como es el caso de los alcaldes, tenientes de alcalde o concejales municipales delegados, en el artículo 432-12, y de los agentes de los establecimientos públicos, de las empresas nacionalizadas, de las sociedades de economía mixta y de las empresas públicas, en el artículo 432-13. Con relación al texto punitivo derogado, por lo tanto, el abanico de denominaciones de los sujetos activos de estos delitos no ha hecho sino enriquecerse, echándose en falta una definición de funcionario que evite estas repeticiones y sobrecargas formales.

Por otra parte, y con relación a la redacción recibida por el artículo 432-1, se ha entendido que la restricción del círculo de la autoría a las personas depositarias de la autoridad pública desconoce los mecanismos de distribución del poder jerárquico en la gestión administrativa, que permitiría que las medidas destinadas a hacer fracasar la ejecución de las leyes procediesen de grupos de funcionarios no comprendidos en aquella noción¹⁰⁷. Además, se ha hecho notar también que, literalmente, la disposición abarcaría tanto las hipótesis en que el agente público trata de impedir la puesta en práctica de la ley misma, como aquéllas otras constitutivas de actos de protesta contra sus contenidos o de meras ilegalidades de los correspondientes actos de ejecución, con lo que viene a hacer de la responsabilidad penal una consecuencia automática de la ilegalidad de la acción administrativa¹⁰⁸.

Finalmente, la ampliación en el artículo 432-12 del régimen de excepciones previsto por la Ley 77-167, de 16 de junio de 1967, en favor de los alcaldes, tenientes de alcalde, concejales municipales delegados y quienes sustituyen al alcalde en los municipios que cuenten con un máximo de 3.500 habitantes, hasta comprender la adquisición de bienes pertenecientes al

¹⁰⁷ Cfr. Spiteri, "Du fait du prince...", cit., p. 243.

¹⁰⁸ De esta opinión, Breen, "Responsabilité pénale...", cit., p. 787. Véron subraya que la naturaleza de la medida adoptada es completamente irrelevante con vistas a dar vida al delito (*Droit pénal spécial*, cit., p. 244). Para Spiteri, el precepto "propone un texto cuya generalidad... interpela al jurista" (*op. loc. cit.*).

municipio para el inicio o desarrollo de sus actividades profesionales, se ha considerado excesiva y poco sensible a las reivindicaciones de la opinión pública acerca de una mayor transparencia en la gestión administrativa¹⁰⁹.

En el terreno de la interpretación teleológica del grupo, el pensamiento de la infracción de obligaciones inherentes a la condición de representante del Estado como elemento clave en la interpretación teleológica del grupo ha ido dejando paso a la idea de servicio al interés general, a cuyo efecto se han hecho valer su naturaleza de delitos cometidos en el ejercicio de la función pública, esto es, protagonizados por quien dispone, sólo o formando parte de un órgano colegiado, de un poder de decisión con el que puede afectar los intereses de la colectividad pública¹¹⁰, como el dato de que la mayor parte de las obligaciones profesionales que reciben tutela penal en el Capítulo II vinculan al conjunto de los agentes públicos, y no sólo a los funcionarios¹¹¹.

Los límites de la jurisdicción reconocida al juez penal para el examen de la legalidad administrativa en relación con los actos discrecionales, la necesaria precisión de los principios que deben regir la distribución de responsabilidades penales en el seno de la estructura jerarquizada de la Administración Pública, con vistas a prevenir la creación de espacios de irresponsabilidad en el seno de las estructuras administrativas, y la relación en que se hallan los conceptos de falta personal y responsabilidad administrativa en el marco de los delitos ahora reagrupados en el Capítulo II del Título III del Libro IV, componen otros focos de atención en los estudios de la literatura jurídica francesa sobre el régimen jurídico-penal de la función pública¹¹². A

¹⁰⁹ Cfr. Giudicelli-Delage, "Livre IV. Les crimes..." cit., p. 505. A juicio de Véron, sin la previsión de la cláusula de excepción la incriminación imposibilitaría el "funcionamiento normal" de los pequeños ayuntamientos (*Droit pénal spécial*, cit., p. 256).

¹¹⁰ Así, Vitu, en Merle / Vitu, *Traité de Droit criminel. Droit pénal spécial*, cit., p. 269; Spiteri, "Du fait du prince..." cit., p. 241; Forges, *Droit de la fonction publique*, cit., p. 258, en relación con la sanción penal y disciplinaria de las infracciones de los deberes de neutralidad y probidad de los funcionarios públicos, que justifica en la medida en que puedan repercutir sobre la propia neutralidad de la Administración; en la misma línea, centrándose en el cohecho pasivo, Pradel / Saint-Juan, *Droit pénal spécial*, cit., p. 738.

¹¹¹ *Vid.* Forges, *Droit de la fonction publique*, cit., p. 259.

¹¹² A propósito de la revisión de la legalidad de los actos administrativos, Hermann ("Le juge pénal..." cit., p. 198) indica que el artículo 111-5 del nuevo texto punitivo ("Los jueces y tribunales penales son competentes para interpretar los actos administrativos, reglamentarios o individuales, y para decidir acerca de su legalidad cuando de este examen depende la decisión

este último respecto, se ha puesto de manifiesto cómo el tradicional criterio jurisprudencial de privar de todo vínculo con el servicio a las infracciones más graves, haciendo de ellas instrumentos de depuración de las responsabilidades penales de su autor, se ve en alguna medida contradicho por la propia realidad normativa, en la medida en que algunas de ellas impiden, por causa de naturaleza, que la Administración se libere de su responsabilidad subsidiaria frente al particular perjudicado¹³. Esto es lo que ocurriría con el delito del artículo 432-3, relativo al depositario de la autoridad pública, al encargado de una misión de servicio público o al sujeto que se halle cumpliendo un mandato público de carácter electivo que continuén ejerciendo sus funciones después de que aquéllas hayan concluido de forma oficial. En este supuesto, como indica Viret, la “teoría del funcionario de hecho” obligaría a aquélla a asumir las consecuencias de la situación desde el momento en que pueda identificarse un administrado lesionado en su ámbito de derechos e intereses¹⁴. Otra figura que respondería a esta estructura es la de la

del proceso penal que se les somete”) extiende indudablemente el campo de competencia del juez penal, si bien “el legislador no ha hecho sino adecuarse en la materia a la posición clásica de la Corte de Casación”. A tenor de la Circular 14 de mayo de 1993, citada por C. Aránguez Sánchez / E. Alarcón Navío, *El Código penal francés*, Granada, 2000. p. 24, nota 5, “Las disposiciones del artículo 111-5 son, sin lugar a dudas, las más innovadoras del capítulo primero. En la actualidad, ningún otro texto fija el alcance de los poderes del Juez sancionador en cuanto a la interpretación y al control de la legalidad de los actos administrativos. Dichos poderes... están delimitados por la jurisprudencia del Tribunal de conflictos y de la Corte de Casación, y presentan numerosos puntos divergentes. El artículo 111-5 resuelve las incertidumbres actuales dándole un fundamento legal a la excepción de ilegalidad. Al margen de las restricciones previstas por la jurisprudencia, les confiere a las jurisdicciones penales los más amplios poderes. Éstas podrán interpretar y valorar la legalidad de todos los actos administrativos con la única condición de que de este examen dependa el resultado del proceso penal. De esta manera, ya no se mantendrá la distinción entre actos individuales y reglamentarios, o entre los actos penalmente sancionados y los demás. En efecto, el Parlamento ha decidido que prevalezca sobre cualquier consideración la protección de la libertad individual, que el juez penal debe salvaguardar. A este respecto, conviene precisar que al conferirles a las jurisdicciones penales el derecho de dictaminar ‘la legalidad’ de un acto administrativo, el Parlamento no ha pretendido privarlos del derecho de valorar su constitucionalidad. La expresión de control de la legalidad implica la posibilidad de controlar que el Reglamento se ajuste al conjunto de normas jurídicas superiores bajo reserva de que este control no implique una apreciación de la constitucionalidad de un texto legislativo. No se cuestionan, pues, las soluciones contempladas al respecto por la Jurisprudencia”. El argumento de la impunidad “de hecho” de los altos cargos ministeriales está presente en Breen, “Responsabilité pénale...”, cit., pp. 784 y ss.

¹³ En estos términos, Viret, “La responsabilité...”, cit., p. 764.

¹⁴ *Vid.* Viret, *op. loc. cit.*

concusión (art. 432-10), que al prever la posibilidad de que el agente del Estado actúe exclusivamente con la finalidad de mejorar la situación de las arcas públicas, esto es, sin interés personal alguno, permitirá al inducido a pagar repetir contra aquél, como beneficiario¹¹⁵.

¹¹⁵ *Vid.* Viret, *op. loc. cit.* Sobre las diferencias entre esta figura y el cohecho pasivo vid. Pradel / Danti-Juan, *Droit pénal spécial*, cit., p. 738; Gattegno, *Droit pénal spécial*, cit., p. 311. Hay que tener presente que en el Derecho francés, a tenor del artículo 11. 2 de la Ley de 13 de julio de 1983, la obligación de la Administración Pública de responder de las consecuencias pecuniaras civiles de una falta del servicio encuentra su límite en las hipótesis en que la infracción constituya una falta personal desvinculada del servicio e imputable exclusivamente al funcionario.

CAPÍTULO II

LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL SISTEMA PENAL ESPAÑOL

A. FORMACIÓN Y ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL GRUPO.

I. DERECHO HISTÓRICO ESPAÑOL. EL JUICIO DE RESIDENCIA. LA BUROCRACIA BORBÓNICA. EL DECRETO DE CORTES DE 24 DE MARZO DE 1813.

Los modernos sistemas de responsabilidad jurídico-penal de los funcionarios públicos por las actuaciones desarrolladas en el ejercicio de sus cargos encuentran su origen histórico en las instituciones de control formal de los oficios públicos aparecidas en la Baja Edad Media, en el marco de un significativo fenómeno de profesionalización y tecnificación de la función pública¹.

¹ Vid. ampliamente J. Barrachina Juan, *La función pública. Su ordenamiento jurídico. Parte General*, Tomo I, Barcelona, 1991, pp. 75 y 76; J. Lalinde Abadía, *Iniciación histórica al Derecho español*, Barcelona, 1983, p. 496: "Siempre que el poder público alcanza un cierto grado de fortaleza procede a exigir con caracteres de generalidad la responsabilidad en los que ejercen los cargos públicos. Por ello, sólo está prácticamente ausente en la Alta Edad Media, y en los demás períodos sólo escapan a ella el propio titular del poder público o rey, sus órganos altamente representativos, y más raramente, algunos otros órganos supremos muy cercanos a la persona del rey". Según este mismo autor los concilios y las disposiciones procesales demuestran la gran expansión que habían alcanzado el cohecho en la Administración de Justicia y la prevaricación consistente en el incumplimiento doloso del deber en el período visigótico, delitos que se mantendrán constantemente a lo largo de la Edad Moderna (*Iniciación histórica...*, cit., p. 638, donde describe curiosas disposiciones dadas por Carlos I para Aragón en 1533 y Fernando II para Cataluña en 1510 para reprimir dichos delitos). En la tesis doctoral de Lalinde puede seguirse la evolución de los procedimientos nominados e innominados a través de los cuales se articula la responsabilidad penal de los oficiales reales "entre los dos períodos límite, de una responsabilidad totalmente indiscriminada -Alta Edad Media, período de dispersión normativa-... y el de una responsabilidad plenamente discriminada -período constitucional-" (*vid. Los medios personales de gestión del poder público en la Historia española*, Madrid, 1970, pp. 179 y ss.). Como ejemplos de procedimientos innominados se refiere al de la bailía de Barcelona en el siglo XIV respecto de sus componentes, al de la absolución o condena de los oficios trienales en materia de cuentas por el maestre racional en Cataluña desde 1481 y al de la jurisdicción palatina, en general, sobre los cortesanos (*op. cit.*, p. 186).

Efectivamente, si bien durante los siglos xv y xvi la relación de empleo de los oficiales reales presenta todavía las características necesarias que permitirían su catalogación como una relación jurídica de Derecho público², en este momento se asistirá a un importante incremento del número de funcionarios, en respuesta a los requerimientos de un Estado que se halla en constante expansión y que asume nuevos fines y competencias en los terrenos económico, intelectual y religioso³. El auge del

² Durante los siglos xv y xvi el monarca absoluto es la cabeza de la Administración, dirige a los funcionarios y dispone lo necesario en los asuntos más importantes, contando siempre con la ayuda de su Consejo. El rey absoluto nombra y destituye libremente a los agentes y oficiales reales, rigiéndose la relación funcional por principios propios del Derecho privado. De hecho, los oficios públicos podían enajenarse por una determinada cantidad de dinero, y no se excluía la posibilidad de ingreso en la función pública, sobre todo local, a título hereditario (*Vid.* ampliamente Lalinde Abadía, *Los medios personales...*, cit., pp. 98 y ss.). La venta de oficios públicos -escribe M. Cuartas ("La venta de oficios públicos en el siglo xvi", en *Actas de IV Symposium de Historia de la Administración*, Madrid, 1983, pp. 225 y ss.) representa a la par que una forma habitual de financiación del Tesoro público, una técnica de fortalecimiento del poder estamental en pugna con el monarca: los adquirentes eran, por regla general, burgueses con pretensiones de integrar a su familia en el estamento aristocrático, cuyos intereses y mentalidad asumen. Sobre esta concepción del oficio público, muy gráficamente, A. Nieto García, *Estudios históricos sobre Administración y Derecho administrativo*, Madrid, 1986: "Los juristas clásicos del siglo xvii, al desarrollar sus materias conforme a la metodología tradicional de personas, cosas y acciones, no encajaban los temas, que hoy denominamos burocráticos, en el capítulo de las personas, sino en el de las cosas, puesto que entonces el punto de gravedad no se encontraba en el empleado sino en el empleo. Y el empleo era jurídicamente una cosa, susceptible de arrendamiento, de enajenación y de herencia, como cualquier otra. Por esta razón se concibe a la Burocracia como un patrimonio o conjunto de bienes de contenido esencialmente económico".

³ Cfr. Octavio de Toledo y Ubieto, *La prevaricación...*, cit., p. 157, apoyándose en Sombart. J. A. Santamaría Pastor (*Fundamentos de Derecho Administrativo I*, Madrid, 1991, pp. 106 y 107) indica que esta nueva actitud del Estado tiene tres clases de razones. En un primer momento, es consecuencia directa de las necesidades militares ("la recaudación de los recursos precisos para el sostenimiento de las campañas exigía fomentar la creación de fuentes de riqueza tributables en el interior del propio país". En los siglos xvi y xvii encontrará justificación teórica en la doctrina económica reinante, el mercantilismo: "constituido en principio básico de la economía estatal la acumulación máxima de metales preciosos, la actividad pública debía tender a favorecer el tráfico comercial, activar la producción interior y las exportaciones, y por el contrario, contener la importación de bienes". Finalmente, otra justificación teórica aparecerá en el siglo xvii, a través de la filosofía política del iluminismo, que dará lugar al absolutismo o despotismo ilustrado: "la justificación del poder estatal se halla en la consecución del máximo bienestar de los súbditos, estándole autorizado, para ello, intervenir en todos los ámbitos de la vida social, incluso en el de la libertad personal".

componente funcionarial *ab interno* de la incipiente burocracia absolutista se ve impulsado asimismo por la tendencia a la diferenciación entre los cargos políticos y los técnicos, que corre pareja a las mayores exigencias de especialización y cualificación personales⁴. Unos y otros factores se traducirán en la cada vez mayor concentración en manos de los agentes públicos de un poder cuya gestión resultará paulatinamente más difícil al monarca⁵. Será en este estado de cosas en el que se establezcan por vez primera instituciones de control procedimental, al objeto de determinar si en el cumplimiento de sus funciones los oficiales habían respetado las directrices reales o si

Santamaría subraya cómo el Consejo de Guerra pasó de producir sólo dos o tres legajos de documentación anual entre 1560 y 1570 a treinta legajos anuales entre 1590 y 1600 (*op. cit.*, p. 107).

⁴ Barrachina Juan, *La función pública. Su ordenamiento jurídico. Parte General*, Tomo I, cit., p. 75; F. Garrido Falla, voz "Función administrativa", *NEJ*, Tomo X, Barcelona, 1960, p. 488; Nieto García, *Estudios históricos...*, pp. 94 y 95, quien habla de "indiferenciación orgánica y diferenciación tendencial" de órganos, funciones y poderes en el seno del aparato político-administrativo del Antiguo Régimen: "De acuerdo con esto, aquí se sostiene que la fórmula revolucionaria y constitucional tuvo un significado primario de naturaleza ideológica y política, que debe ser admitido sin reservas. Pero, en cambio, -y prescindiendo de las instituciones constitucionales supremas, articuladas sobre la base de las relaciones entre el Monarca y las Cortes- la transformación institucional fue menos profunda de lo que ordinariamente se cree, puesto que se limitó a explicitar lo que antes ya existía, aunque de una manera latente". En *op. cit.*, pp. 96 y ss. comprueba su tesis sobre la planta de la Corona de Castilla en el Antiguo Régimen, basándose en el esquema trazado por Dou y Bassols. En la especialización de la burocracia jugó un papel esencial la denominada "técnica comisarial". Sobre ello, A. Morales Moya, "Política y Administración en la España del siglo XVIII (Notas para una sociología histórica de la Administración pública)", *RAP*, n° 105, 1984, pp. 167 y ss.).

⁵ Cfr. Barrachina Juan, *La función pública. Su ordenamiento jurídico. Parte General*, Tomo I, cit., p. 175; Octavio de Toledo y Ubieto, *La prevaricación...*, cit., pp. 154 y 155, apoyándose en la exposición de G. Villapalos (*Los recursos contra los actos de gobierno en la Baja Edad Media. Su evolución histórica en el reino castellano (1252-1504)*, Madrid, 1976, pp. 18 y 35), destaca que los rasgos de ese nuevo planteamiento jurídico son: "1° El rey va siendo progresivamente valorado como un administrador del reino que ha de obrar en el ejercicio de su poder con sujeción a la legalidad, pudiéndose impugnar aquellos actos reales que lesionen un derecho o un interés del súbdito a través del recurso extraordinario de 'suplicación', que había de presentarse ante el mismo rey para que revisase lo mal hecho (esta sumisión del rey a la legalidad no es sino consecuencia de la progresiva extensión del régimen jurídico-público, que cada vez regulaba nuevos aspectos limitando la discrecionalidad del poder); 2° Los oficiales, por su parte, dejan de ser puros mandatarios reales, pasando a atribuirseles una esfera de competencia propia y definida, al tiempo que se procura, cada vez más, responsabilizarles personalmente a ellos de sus actos, independientemente del rey".

habían incurrido en abuso de autoridad en perjuicio de terceros. El Juicio de Residencia castellano, con su equivalente en el Reino de Cataluña de la “Purga de Taula”, y la Visita se orientarán a asegurar, de esta forma, una administración honesta, recta y eficiente por parte de los funcionarios. Como ha señalado García de Valdeavellano, la integración de la Residencia en el Derecho Castellano medieval fue resultado de la recepción del Derecho Romano a través del “poderoso instrumento de romanización jurídica que fueron las Partidas”, pues éstas habrían incluido en sus textos preceptos tomados de antiguas Leyes Justinianas sobre la responsabilidad de los oficiales de la Administración del Imperio⁶. También a la Visita o inspección de las provincias por los comisionados del Rey se recurrió como instrumento de reforma administrativa e incluso como fuente de creación normativa, trayendo consigo su puesta en práctica modificaciones sustanciales, tanto en el régimen de gobierno de los distritos del reino como en el funcionamiento de la Administración de justicia⁷.

⁶ Cfr. L. García de Valdeavellano, “Las Partidas y los orígenes medievales del juicio de residencia”, *BRAH*, Tomo CLIII, 1963, p. 212. B. González Alonso lo define como la cuenta que se tomaba de los actos cumplidos por un funcionario público al terminar el desempeño del cargo (“Residenciados y jueces de residencia en tiempos de los Reyes Católicos”, *Resumen de comunicaciones de la VI Semana de Historia del Derecho Español*, Tomo I, Madrid, 1983, p. 3). Este mismo autor expone que las sentencias dictadas por el juez de residencia tenían carácter ejecutivo para el residenciado y existía la posibilidad de apelación, y que las condenas eran personales y también pecuniarias (*op. loc. cit.*). La “Purga de Taula” viene definida por J. Lalinde Abadía como “el procedimiento periódico de exigencia de responsabilidad peculiar del Derecho catalán de los siglos XII a XVII que, consistente en un juicio contradictorio, se aplica a los oficiales reales con jurisdicción ordinaria y carácter temporal que se desarrolla a cargo de jueces elegidos por el rey, que actúan casi exclusivamente a instancia de parte” (“La purga de taula”, en *Libro Homenaje a Vicens Vives*, Tomo I, Barcelona, 1965, p. 499). Los funcionarios que debían someterse al procedimiento eran oficiales bajos que usaran jurisdicción ordinaria, con función pública de carácter temporal predeterminada por ley (Lalinde Abadía, “La purga...”, *cit.*, p. 514). Por lo que se refiere a los intereses enjuiciados, escribe Lalinde que las faltas objeto de enjuiciamiento podían consistir en: a) la negligencia en la custodia o mantenimiento de la jurisdicción y derechos regios; b) el fraude por dinero o por otra razón con daño al rey y perjuicio de su jurisdicción; c) la falta de observancia de los estatutos o de las ordenaciones de las Cortes Generales; d) injuriar a universidades, prelados, eclesiásticos, ciudadanos, ricos hombres, caballeros o personas de otra condición; y e) todos los demás hechos que realizaran en el desempeño de su oficio. Cfr. “La purga...”, *cit.*, p. 517.

⁷ Cfr. Lalinde Abadía, *Los medios personales...*, *cit.*, pp. 183 y 184. Según expone L. Fernández Vega (*La Real Audiencia de Galicia, órgano de Gobierno en el Antiguo Régimen (1140-*

De entre las reformas introducidas por los Borbones en la organización administrativa durante el siglo XVIII merece destacarse el reconocimiento expreso del derecho a ocupar un cargo público⁸, esto es, la declaración de inamovilidad de los funcionarios, sancionada por el Real Decreto de 18 de enero de 1721. Con dicha norma llega a su fin el arbitrio de los secretarios del Rey para remover a los oficiales de las Secretarías, limitándose en lo sucesivo a los supuestos en que, mediando una orden

1808), Tomo II, La Coruña, pp. 261 y ss.), la visita se efectuaba tanto a gobernantes o funcionarios concretos como a organismos colegiados, con la finalidad de examinar su actuación administrativa. Con precedente castellano, su máximo exponente eran las comprobaciones que se efectuaban en América por orden del rey de España o del Consejo de Indias. Y su materia era amplísima: abarcaba todos los abusos relacionados de una u otra forma con el ejercicio del cargo, ya fuesen abusos comunes a todos los miembros del organismo visitado, ya abusos particulares de cada funcionario. La propia autora refiere las faltas que más frecuentemente eran cometidas en esa institución: la faltas jurídicas o jurisdiccionales de la Audiencia, como por ejemplo la negación de apelaciones a la Chancillería de Valladolid o los conocimientos indebidos en primera instancia; el abuso tolerado por la Audiencia en el envío de comisionados y ejecutores en el cobro de derechos; las infracciones en las cuentas y la moralidad de los miembros de la Audiencia. Sobre este último extremo, subraya Fernández Vega (*op. cit.*, pp. 265 y ss.), las faltas más graves eran las del personal subalterno, abogados, procuradores, alguaciles, receptores, relatores, escribanos y oficiales de todos ellos. Otra institución fiscalizadora de la actividad de los oficiales reales fue la pesquisa, instaurada según indica B. González Alonso ("Control y responsabilidad de los oficios reales: Notas en torno a una pesquisa del siglo XVIII", en *Actas del II Symposium de Historia de la Administración*, Madrid, 1971, p. 399), por las Leyes de Estilo y utilizada bajo el reinado de los Reyes Católicos. La pesquisa -señala Lalinde (*Los medios personales de gestión...*, cit., p. 181)- consistía en la designación *ex officio* de agentes denominados «pesquisidores», a los que se encargaba la investigación de determinadas conductas, poseyendo un carácter más específico que la visita -puesto que el pesquisador era un juez de lo criminal, mientras- y distando más que la residencia de los procedimientos de carácter ordinario. Complementando esa caracterización, González Alonso atribuye a la pesquisa función fundamentalmente punitiva, en tanto el visitador actuaba en materia civil y administrativa ("Control y responsabilidad...", cit., p. 404).

⁸ Sobre ello *vid.* Santamaría Pastor, *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, cit., pp. 111 y 112; Barrachina Juan, *La función pública. Su ordenamiento jurídico. Parte General*, Tomo I, cit., pp. 78 y ss., que mencionan, entre otras novedades, la aparición de los Secretarios de Despacho, la creación de los intendentes territoriales para fiscalizar el funcionamiento administrativo de los ejércitos, la creación de los diputados del común, la implantación del patrón castellano en la administración de los antiguos reinos, la reglamentación de los sueldos con cargo al Tesoro Público, en 1750, y la creación de un escalafón que comprendía a todos los funcionarios de la Administración central y con arreglo al cual aparecían divididos en tres categorías: entrada, ascenso y término.

real, quedasen acreditados la insuficiencia o demérito del sujeto o su incursión en delito⁹. Es en este contexto en el que deben examinarse la compleja normativa emanada para disciplinar las competencias y las responsabilidades de los empleados de la Hacienda Pública, de la que da cumplido testimonio Marcos Gutiérrez¹⁰, y, lo que reviste mayor interés a los efectos aquí considerados, el proceso de tipificación de que fueron objeto las “justas causas” de cese, en particular las que aludían al abuso del cargo y a las actuaciones delictivas¹¹. A este respecto, y ante la insuficiencia de los delitos oficiales clásicos del Derecho Romano mencionados en el Fuero Real, en las Leyes del Estilo, en las Partidas y en el Ordenamiento de Alcalá, se convirtió en práctica habitual -como explica Nieto García- la inclusión en los contratos de servicios y en los documentos de nombramiento de listados casuísticos, costumbre que terminaría por desembo-

⁹ El Real Decreto de 18 de enero de 1721 establecía que los oficiales de las secretarías -la Administración del Estado- no debían tener otros empleos cuando ocupasen plazas fijas en aquéllas, poniendo en relación el principio de incompatibilidad de empleos con la inamovilidad. De esta regulación, dice J. A. García-Trevijano Fos, “arranca todo el derecho de funcionarios moderno: aparecen plantillas y escalas; el funcionario se tecnifica como consecuencia de hacerlo las mismas Secretarías y, en general, la Administración; los letrados invaden la mayor parte de empleos; se distinguen los cargos políticos y los técnicos, que se entregan normalmente a los hombres de ley, etc.” (*Tratado de Derecho administrativo*, Tomo III, Vol. I, Madrid, 1970, p. 105). En esa misma dirección, García-Trevijano Fos se hace eco del contenido del Real Decreto de 18 de marzo de 1789: “dispone que los dependientes que obtengan empleo por un título real no deben ser privados de sus empleos hasta que, previa audiencia en juicio formal, se les imponga dicha pena; y si el nombramiento procede del superintendente general o sus subdelegados, podrán ser privados por providencia económica de todos sus empleos” (*op. cit.*, p. 105). Estos principios básicos se perfilarán definitivamente a través de los diversos Estatutos que se van a ir aprobando según los regímenes políticos imperantes. La reforma de López Ballesteros de 1825 será la que consolide el sistema de categorías y clases, a efectos de dotaciones y ascensos. Tras el precedente del Real decreto de 18 de enero de 1721 habrá de esperarse al denominado Estatuto O' Donnell de 1866 para ver reconocida una potestad disciplinaria ligada al reconocimiento expreso de la inamovilidad en el cargo.

¹⁰ M. Gutiérrez, *Práctica criminal*, Tomo III, 3ª ed., Madrid, 1824, p. 138. Este autor alude a la siguiente normativa: Real Decreto de 5 de mayo de 1764, confirmado y declarado por otro de 17 de noviembre de 1790; Real cédula de 22 de julio de 1768 referente a los dependientes de la Real Hacienda; Real Decreto de 18 de marzo de 1789, especificador del procedimiento a seguir para la privación de oficio de los dependientes -usurpadores del erario, así como de las consecuencias de ello-.

¹¹ Cfr. Barrachina Juan, *La función pública. Su ordenamiento jurídico. Parte General*, Tomo I. cit., p. 80.

car en la tipificación de cláusulas residuales comprensivas de todas las infracciones de las obligaciones específicas del cargo en cuestión no enumeradas de modo explícito¹². Con carácter general, el punto de inflexión que representará el desarrollo de la burocracia borbónica en el íter histórico de la afirmación de la responsabilidad penal de los funcionarios por extralimitaciones o abusos cometidos en el ejercicio del cargo viene evidenciado por las numerosas referencias a las conductas delictivas de aquéllos descritas en la Novísima Recopilación¹³.

Los criterios fundamentales de tecnificación y estructuración orgánica, a través de la inserción en plantillas, así como de división entre Cuerpos generales y especiales constituyen la herencia que recogerá la Administración decimonónica¹⁴. En este marco histórico de creciente importancia formal de la función pública en los esquemas administrativos se inscribe el

¹² Vid. A. Nieto García, "Problemas capitales de Derecho disciplinario", *RAP*, nº 63, 1970, p. 51, que traza en los términos indicados en el texto la oposición entre los delitos tradicionales típicos determinados *-delicta nominata-* y las infracciones realizadas contra las peculiaridades del cargo no enumeradas de forma exhaustiva *-delicta innominata-*. Octavio de Toledo y Ubieto (*La prevaricación...*, cit., p. 145) informa sobre la presencia de los primeros en el Fuero real (prevaricación de jueces y abogados y cohecho), las Leyes de Estilo (infidelidad en la custodia de presos, hurtos con abuso de oficio sobre las cosas del Rey, apropiación indebida y prevaricación cometidas por los alcaldes), las Partidas (violación de secretos oficiales por los escribanos, prolongación de funciones públicas, prevaricación, cohecho pasivo y activo, infidelidad en la custodia de documentos y de presos, malversación, exacciones ilegales y negociaciones prohibidas a los funcionarios) y el Ordenamiento de Alcalá (prolongación de funciones, revelación de secretos, prevaricación y cohecho de jueces, cohecho pasivo de oficiales, desobediencia e infidelidad en la custodia de presos).

¹³ Cfr. Octavio de Toledo y Ubieto, *La prevaricación...*, cit., pp. 158 y 159, donde menciona las previsiones de dicho texto legal en materia de prevaricación, exacciones ilegales, cohecho, negociaciones prohibidas a los funcionarios, respeto al secreto, desobediencia y prevaricación de abogados. Octavio subraya que si bien tales figuras no se incluían en el catálogo legal de los delitos de lesa majestad, tampoco poseían una independencia absoluta con respecto de ellos, puesto que en la época del Estado absoluto los fines del Estado vienen confundidos con los de la monarquía. "Si esto es así, el castigo de los ataques a la función pública provenientes de aquellos que la actúan, lo será en la medida en que impiden el logro de los fines perseguidos por el rey, o en la medida en que no se ajustan a la manera querida por el rey para la realización de las funciones. En todo caso, pues, encierran un ataque, más o menos directo, contra el Estado (que es el monarca). La proximidad a los delitos de lesa majestad es clara" (cfr. *La prevaricación...*, cit., p. 159).

¹⁴ Como destaca Nieto García, hasta la aparición de la RO de 19 de agosto de 1825 no puede hablarse de la existencia de una reglamentación general de la condición jurídica del funcionario (*Estudios históricos...*, cit., p 300). Dicha disposición clasifica de una manera unifor-

Decreto de Cortes de 24 de marzo de 1813, que detalla las “Reglas para que se haga efectiva a responsabilidad de los empleados públicos”. Casabó Ruiz ha llamado la atención sobre la extraordinaria relevancia de esta disposición, “una auténtica ley penal que describe los distintos delitos que pueden cometer tanto los magistrados y jueces, como los demás empleados”¹⁵. Según detalla este autor, el Decreto dedicaba su Capítulo I a los delitos de los jueces y magistrados, describiendo como tales la prevaricación, el soborno o cohecho, los abusos contra la honestidad por parte de funcionarios, su incontinencia pública, el fallar contra ley expresa por descuido o falta de instrucción y la omisión en la vigilancia de los inferiores y subalternos, así como el procedimiento para su investigación y castigo¹⁶. El Capítulo II, por su parte, castigaba la prevaricación, el soborno o cohecho, el mal uso del oficio por descuido o ineptitud, y la omisión en la vigilancia de sus inferiores realizados, todos ellos, por los empleados públicos¹⁷.

me las distintas categorías de empleados (meritorios, escribientes, oficiales y jefes), y normaliza el concepto de mérito como criterio fundamental de acceso a la función (*op. loc. cit.*). Pero con anterioridad, sin embargo, numerosas normas proporcionan una detallada regulación de ciertas vicisitudes de la carrera funcionarial. García-Trevijano Fos da noticia de las más importantes de ellas, relativas a la aprobación de las plantillas y escalas de empleados públicos y a la lucha contra la emigración política que había surgido como inevitable secuela del cambio político tras la reinstauración en 1814 de la vieja maquinaria administrativa (*Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III, Vol. I, cit., pp. 107 y 108). El irrefrenable crecimiento experimentado por la Administración central desde los inicios del siglo XIX, expone Santamaría Pastor (*Fundamentos de Derecho administrativo I*, cit., pp. 139 y ss.), acabaría forzando la adopción de estructuras internas “cada vez más complejas y racionalizadas” y, en última instancia, “de una identidad orgánica propia dentro del poder ejecutivo”. En este proceso de estructuración interna se identifican, a juicio de este autor, tres hitos. En primer lugar, la puesta en funcionamiento de un modelo de organización jerárquica, esto es, “asentado sobre una red piramidal de órganos unipersonales”. En segundo lugar, “la división interna del trabajo de cada Secretaría mediante la vertebración e inserción del personal adscrito a la misma en unidades complejas o divisiones de denominación abstracta” (secciones, negociados y direcciones). Por último, la prolongación de la línea “monocrática de mando” en el campo territorial.

¹⁵ Vid. J. R. Casabó Ruiz, “Introducción al estudio de los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos”, en *Escritos penales*, Valencia, 1979, pp. 179 y 180. Hasta la investigación de Casabó, el Decreto de 1813 había pasado desapercibido en los estudios monográficos: cfr. Octavio de Toledo y Ubieta, *La prevaricación...*, cit., p. 161: “Estos... delitos... aparecen amalgamados con los demás delitos sin un criterio sistematizador que los singularice respecto de éstos (como todos los demás, según la característica generalizada en las leyes penales anteriores a la codificación)”.

¹⁶ Vid. Casabó Ruiz, “Introducción al estudio...”, cit., p. 180.

¹⁷ Vid. Casabó Ruiz, “Introducción al estudio...”, cit., p. 180, donde indica que todas las figuras eran consideradas delitos públicos a los efectos persecutorios, a excepción de la sentencia contra ley expresa por ignorancia o descuido.

2. CONSOLIDACIÓN DE LOS DELITOS “EN EL EJERCICIO DEL CARGO” COMO GRUPO SISTEMÁTICO-LEGISLATIVO. REFERENCIA A LA CODIFICACIÓN PENAL ESPAÑOLA.

La sistematización esbozada por el Decreto de 1813 servirá de nexo para el elenco de figuras que, con una sorprendente “tradicción de estabilidad”, la totalidad de los Códigos penales españoles presentarán bajo el enunciado de delitos de los empleados o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos¹⁸. Así, siguiendo claramente la pauta marcada por

¹⁸ Cfr. T. Jaso Roldán, en J. A. Rodríguez Muñoz / T. Jaso Roldán / J. M. Rodríguez Devesa, *Derecho penal. Tomo II. Parte Especial*, Madrid, 1949, p. 192: “Quizá sea el actual Título VII del Libro II de nuestro Código penal el que menos variaciones sustanciales ha sufrido a través de los diversos textos punitivos españoles”; J. M^a Rodríguez Devesa / A. Serrano Gómez, *Derecho penal español. Parte especial*, 18^a ed. revisada y puesta al día, Madrid, 1995, p. 1123; Sainz de Robles Santa Cecilia, *Contribución...*, cit., p. 119: “Si las reformas que afectan a los delitos concretos de funcionarios son pocas, menores y menos intensas aún son las que se refieren al conjunto que forman. Y este dato no puede dejar de resultar sorprendente en una materia que, por sus características y las dificultades que presenta su integración en la Parte Especial, parece, en principio, más próxima al Derecho penal especial”; C. Méndez Rodríguez, *Sobre si el delito de malversación pertenece a la categoría de los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos*, ejemplar dactilografiado, p. 4; especialmente, Octavio de Toledo y Ubieto, *La prevaricación...*, cit., pp. 168 y ss. Argumentando a partir de una serie de criterios técnicos y político-criminales (la ubicación y contenido de los preceptos que disciplinan la usurpación de atribuciones, la amplitud de las normas de los correspondientes Títulos, el empleo del término “Poder”, la no referencia de la definición de “empleado público” al sector de la organización estatal al que pertenezcan los sujetos en cuestión, la consideración de la función pública de una forma indiferenciada a la hora de dotar de contenido al Título de los delitos de los funcionarios públicos, “de manera que a su conculcación podrían concurrir funcionarios administrativos, judiciales o legislativos”), este autor entiende que los códigos penales españoles no sustentan una idea de división de poderes según la que cada uno de ellos lleva a cabo la actividad que le es propia, «relacionándose con los otros a la manera de las partes en un contrato, sin que, por tanto, tal relación signifique la pérdida de su individualidad» (*La prevaricación del funcionario...*, cit., p. 187). El legislador habría construido, por el contrario, un grupo de delitos orientados a la tutela de una “administración pública” en la que se incluyen la legislación, la jurisdicción y la Administración. Dicha construcción teórica, con reminiscencias del concepto de Estado moderno absolutista, recibirá un “espaldarazo científico” por medio del reconocimiento de personalidad jurídica al Estado, en consonancia con las elaboraciones teóricas de los “idealistas alemanes” de mediados del siglo XIX (*op. loc. cit.*). La mejor prueba de ello, según Octavio de Toledo, sería que el Código penal de 1944 no necesitó modificar la disciplina que de estos delitos ofrecía el Código penal de 1932 para tutelar los intereses del nuevo régimen político (*La prevaricación del funcionario...*, cit., p. 208). La extensión al Estado de la técnica de la personificación

aquél y alejándose, paralelamente, del Plan de Código criminal de 1787¹⁹, el Código penal de 1822, dedicará el Título VI de su Parte Primera (“Delitos

jurídica ha sido, no obstante, objeto de un profundísimo debate doctrinal. En lo que aquí interesa -las consecuencias que el citado penalista extrae de ella en el marco de la tutela penal de la Administración Pública-, importa subrayar que, a tenor de un muy representativo sector de la doctrina publicista, con su admisión vendrían a eliminarse las dificultades teóricas que surgen a la hora de exponer la naturaleza y situación de entes no personificados, como la Corona, las Cortes o los Tribunales, al mostrarlos como órganos de la persona jurídica estatal. L. López Guerra, concretamente, pone de manifiesto que la negación de dicha personalidad traería consigo serias dificultades a la hora de explicar las relaciones jurídicas de dichos “órganos” con terceros particulares (“Sobre la personalidad jurídica del Estado”, *RDP*, nº 6, 1980, pp. 17 y ss.). Así, para analizar las relaciones de este tipo establecidas por las Cortes -al realizar un contrato de ejecución de obras, por ejemplo-, habría que suponer o bien que el Parlamento tiene personalidad jurídica propia, o bien que carece de la capacidad para obligarse, siendo sus contratos en realidad actos de la Administración. En esta misma línea, López Guerra (“Sobre la personalidad...”, cit., pp. 25 y ss.) resalta también que tal reconocimiento puede suponer un criterio de limitación del poder en el momento de determinar la competencia de los diversos órganos en temas no claramente regulados por la Constitución. Además, los eventuales conflictos constitucionales entre la Corona, el Parlamento y los jueces podrían verse más fácilmente resueltos si tales instituciones viniesen consideradas como órganos estatales con competencias derivadas de la Constitución y, por tanto, desprovistos de poderes autónomos. Como ulterior argumento, en fin, este autor trae a colación el reiterado empleo que la Constitución -fundamentalmente en el Capítulo III del Título VII- hace del término Estado en su acepción de Estado-aparato o Estado-poderes centrales. Así, si su artículo 147 indica que el Estado reconocerá y amparará los Estatutos de las CC. AA., los arts. 148 y 149 distribuyen las competencias que corresponden a uno y a las otras, diferenciación presente a lo largo de todo el Capítulo. Con arreglo a esta concepción restringida, opuesta a la del Estado como comunidad, aquél aparece, pues, como sujeto de obligaciones y competencias en el ámbito interno, atribuidas a sus órganos frente a ciudadanos y entidades no estatales; “y hay que destacar que tales competencias y obligaciones no se predicán sin embargo directamente de la Administración pública, a la que la Constitución no considera persona jurídica”. Para los términos del debate pueden verse además F. Garrido Falla, *Reflexiones sobre una reconstrucción de los límites formales del Derecho administrativo español*, Madrid, 1982, pp. 23 y ss.; L. Parejo Alfonso, *Estado social y Administración Pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Madrid, 1983, pp. 112 y ss.

¹⁹ El Plan de Código criminal, en cuya formación resultaba indudable la influencia de la “Ciencia de la Legislación” de Filangieri, atendía en la clasificación de los diferentes delitos al criterio del objeto protegido. Dentro de las infracciones dirigidas “contra el orden público” se describían el favorecimiento de la fuga de un delincuente, el cohecho o baratería de los jueces, dejarse sobornar los subalternos de la administración de justicia, la prevaricación de los abogados, el maltrato a los reos y presos y el facilitar la fuga de la cárcel. Entre los delitos contra el Estado, se situaban las exacciones ilegales y la usurpación de la Jurisdicción Real; por último, en el seno de los delitos “contra la fe pública” aparecían la

contra la Sociedad”) a los “delitos y culpas de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos”. El Título consta de doce capítulos, siendo de destacar el abandono del término “empleado”, que utilizaba el Decreto²⁰. Sobre el conjunto de las figuras debe apuntarse su casuismo y su falta de claridad²¹.

El Código penal de 1848 facilitará por vez primera una definición de lo que debe entenderse por funcionario público a los efectos penales: a tenor de su artículo 322 “todo el que desempeña un cargo público aunque no sea de real nombramiento ni reciba sueldo del Estado”. La materia vendrá recogida en los 17 capítulos del extenso Título VIII de su Libro II, que rescata para su intitulado la voz “empleado” (“De los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos”) y se muestra continua-

malversación de caudales públicos, el abuso de la firma o sellos reales y la punición de los escribanos reales. Cfr. J. R. Casabó Ruiz, “Los orígenes de la Codificación penal en España: el Plan de Código criminal de 1787”, *ADPCP*, 1969, pp. 331 y ss.

²⁰ Sobre este extremo escribe Casabó Ruiz (“Introducción al estudio...”, cit., p. 182): “Dejando aparte la posible influencia que en esta decisión tuvieron textos legales extranjeros, resulta verosímil pensar que se consideraban conceptos diferentes. El empleado era quien detentaba la titularidad de un empleo público, en cambio funcionario era todo aquél que participaba de la función pública, aunque se tratase de un particular”. Los doce Capítulos se refieren, por este orden, a la prevaricación (I), los sobornos, cohechos y regalos a quienes ejercen empleos o cargos públicos (II), el extravío, usurpación y malversación de caudales públicos (III), las extorsiones y estafas cometidas por funcionarios (IV), negociaciones incompatibles con la función (V), desobediencia (VI), mala conducta del funcionario, violencias cometidas en el ejercicio de sus funciones y abuso de autoridad o poder para asuntos particulares (VII), anticipación o prolongación indebida de funciones (VIII), omisiones en la persecución de delincuentes y denegación de auxilio a la Administración de Justicia (IX), extralimitaciones de los tribunales y jueces eclesiásticos (X), otros delitos y culpas de los funcionarios en la Administración de Justicia (XI), y fraudes cometidos por proveedores y empleados públicos que suministren, vendan o compren bienes por cuenta del Gobierno (XII). Los artículos 523, 524 y 525 contenían las disposiciones comunes a los capítulos precedentes.

²¹ Octavio de Toledo y Ubieto (*La prevaricación del funcionario...*, cit., p. 176) destaca que el CP de 1822 queda impregnado de las ideas de la Ilustración materializadas por la Revolución Francesa, en particular de la de la supremacía de la ley, plasmada en la protección de las atribuciones del órgano legislativo (en los arts. 193, 194 y 195). En el mismo sentido, para Casabó Ruiz (“Introducción...”, cit., p. 182), la inspiración liberal del Código penal de 1822 se hace evidente a través del dato de la práctica desaparición de estos delitos de los proyectos absolutistas de 1830 y 1834. Comparten estas ideas Sainz de Robles Santa Cecilia, *Contribución...*, cit., p. 107; Méndez Rodríguez, *Sobre si el delito...*, cit., p. 6.

dor del sistema diseñado por el Código anterior²², salvo por lo que se refiere a la desaparición de todas las modalidades de imprudencia específica previstas por aquél. Con fecha de 30 de junio de 1850 se promulgará una edición oficial reformada del CP de 1848, que no alteró apenas ni la redacción ni el catálogo de delitos²³.

La Constitución de 1869 obligó a una rápida adaptación del Código penal. El nuevo texto, publicado con fecha 30 de agosto de 1870 y corre-

²² Sainz de Robles Santa Cecilia subraya que el CP de 1848 contiene el grupo más amplio de comportamientos punibles de toda la historia de la codificación española (*Contribución...*, cit., p. 108). Los diecisiete capítulos que lo integran contemplaban los siguientes delitos: prevaricación (I), infidelidad en la custodia de presos (II), infidelidad en la custodia de documentos (III), violación de secretos (IV), resistencia y desobediencia (V), denegación de auxilio y abandono de destino (VI), nombramientos ilegales (VII), abusos contra particulares (VIII), abusos de los eclesiásticos en el ejercicio de sus funciones (IX), usurpación de atribuciones (X), prolongación y anticipación indebidas de funciones públicas (XI), disposición general a los capítulos precedentes (XII), cohecho (XIII), malversación de caudales públicos (XIV), fraudes y exacciones ilegales (XV), negociaciones prohibidas a los empleados (XVI) y disposición general (XVII). El traslado al título de los delitos contra la función pública de los preceptos que en el Código penal de 1822 dedicaba a la tutela de los derechos individuales (los “delitos contra la libertad individual de los españoles” -Cap. IV del Título I de la Parte Primera- y los “delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes” -Sección Segunda del Capítulo II del Título II del Libro II-) responde -dice Octavio de Toledo y Ubieto- “al calificativo de ‘autoritario liberal’ que da Antón al Código de 1848”, así como a la ‘concepción semiautoritaria imperante en el Estado’ cuando se dictó dicho texto legal, a la que se refiere el propio autor en otro lugar” (*La prevaricación del funcionario...*, cit., p. 177). La disposición del art. 322, relativa al concepto de empleado, fue concebida por sus comentaristas en términos de una extrema generalidad, aunque sistemáticamente circunscribía su ámbito de validez al articulado del propio Título VIII. *Vid.* J. F. Pacheco, *El Código penal concordado y comentado*, 3ª ed., Madrid, 1867, Tomo II, p. 394, que da entrada en ella a “toda persona pública”, esto es, a quien “tiene un carácter en la sociedad dirigido a su ordenación según la ley”. En la misma línea, J. Castro Orozco / M. Ortiz de Zúñiga, *Código penal explicado para la común inteligencia y fácil aplicación de sus disposiciones*, Granada, 1848, pp. 232 y 233. Con carácter general, J. F. Lasso Gaité destaca que el Código penal del 48, “obra de la política conservadora moderada que personifica Bravo Murillo”, sirvió de puente con el de 1822 en el ámbito de los delitos de funcionarios, al igual que en el de los delitos contra el derecho de gentes, falsedades y lesiones. *Cfr. Crónica de la codificación española*, Tomo V, Codificación penal, Vol. I, Madrid, 1970, p. 391.

²³ El legislador de 1850 modificó el tipo del delito de violación de secretos del CP de 1848, al que se añadió un segundo párrafo, distinguiéndose si los papeles o cartas ocupados o intervenidos por el empleado público eran “de otro” o si se trataba, por el contrario, de pliegos oficiales. Además, incluyó en el artículo 285 el delito de desobediencia grave a la autoridad o a sus agentes en asuntos del servicio público, inclusión estimada como desafortunada por Pacheco, *El Código penal...*, Tomo II, cit., p. 434.

gido por decreto ministerial de 1 de enero de 1871, se significó en su aspecto político por la protección de los derechos individuales y supuso además un paso adelante en la mitigación de las penas que exigía el ambiente histórico²⁴. Como pone de manifiesto Casabó Ruiz, la reforma revistió una relevancia especial en materia de delitos de funcionarios, ya que introdujo novedades que afectaron tanto al contenido del Título correspondiente -el VII del Libro II- como a la propia estructura de las figuras en particular²⁵. Así, desaparecieron los capítulos que los códigos penales de 1848 y de 1850 dedicaban a los “abusos contra los particulares”. Salvo los denominados “abusos contra la honestidad”, que pasarían a integrarse en el Capítulo VIII, dichas disposiciones compondrían el Capítulo II del Título II, dedicado a los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales garantizados por la Constitución²⁶. Se incluyeron hipótesis especiales de imprudencia, dejando a un lado el

²⁴ Cfr. J. Antón Oneca, “El Código Penal de 1870”, *ADPCP*, 1970, pp. 236 y 250. En cambio, en el aspecto técnico -según escribe L. Jiménez de Asúa (*Tratado de Derecho penal*, Tomo I, 4ª ed., Buenos Aires, 1964, p. 763)- trajo consigo mejoras muy modestas, no constituyendo sino una mera reforma del anterior Código. F. Castejón hace notar que en el momento de su nacimiento primaban las ideas de “la escuela correccionalista instaurada en España a consecuencia de la doctrina krausista, aplicada al Derecho penal, singularmente a través de la interpretación de Harens, cuyas teorías introdujo Sanz del Río en nuestro país” (“Las ideas penales en la época del Código penal de 1870”, *Commemoración del centenario de la Ley provisional sobre organización del Poder Judicial y el Código penal de 1870*, Madrid, 1970, p. 63). En lo político, enseña J. A. Sáinz Cantero el CP de 1870 es “netamente liberal”, como conviene al espíritu del texto constitucional recién inaugurado, expresión de la restauración conocida con el nombre de “la Gloriosa” (*Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 3ª ed., Barcelona, 1990, p. 235).

²⁵ Cfr. Casabó Ruiz, “Introducción...”, cit., pp. 184 y ss. *Vid.* asimismo Rodríguez Devesa / Serrano Gómez, *Derecho penal español. Parte Especial*, cit., p. 1124; Sainz de Robles Santa Cecilia, *Contribución...*, cit., pp. 112 y 113. El contenido del Título VII se distribuye en trece Capítulos, dedicados a la prevaricación (I), la infidelidad en la custodia de documentos (II), la violación de secretos (III), la desobediencia y denegación de auxilio, (IV) la anticipación, prolongación y abandono de funciones públicas (V), la usurpación de atribuciones y nombramientos ilegales (VI), los abusos contra la honestidad (VII), el cohecho (VIII), la malversación de caudales públicos (IX), los fraudes y exacciones ilegales (X), las negociaciones prohibidas a los empleados (XI) y la disposición general referida al concepto de funcionario público.

²⁶ Octavio de Toledo y Ubieto indica que es en esa transferencia de delitos en lo que se percibe el mayor liberalismo representado por este texto punitivo *La prevaricación del funcionario...*, cit., pp. 178 y 179, nota 534). Expresando la misma idea, Casabó Ruiz, “Introducción...”, cit., p. 185; Sainz de Robles Santa Cecilia, *Contribución...*, cit., p. 112.

sistema unitario seguido en 1848 y en 1850²⁷. Se estableció el concepto de funcionario público que, con pequeñas modificaciones, llegará hasta el vigente Código penal, pasando dicho término a ser el empleado a lo largo de todo el articulado, aun cuando la rúbrica seguirá rezando “De los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos”. Finalmente, desaparecerá la clausula general prevista por los Códigos de 1848 y de 1850 para castigar los excesos que no habían sido específicamente sancionados²⁸. En esta reordenación de materias tendrá su origen el sistema recibido por el Código penal de 1973²⁹.

El CP de 1928, reflejo, como es sabido, de la Dictadura de Primo de Rivera, presenta dos modificaciones significativas en la regulación de estas figuras, destinadas a conseguir una ampliación del ámbito de la función pública en sede penal. La noción de funcionario, que hasta ese momento se ubicaba en el propio título de los delitos en el ejercicio del cargo, se verá desplazada al Libro I, en el que recibirá un tratamiento conjunto con las recién creadas de “autoridad” y “agente de la autoridad”³⁰. La segunda de las modificaciones tiene por objeto el contenido del Título V del Libro II, comprensivo de los “delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos y otros análogos” y en el que se pone de

²⁷ Se castigan la prevaricación del juez que dictara resolución manifiestamente injusta, la del funcionario público que dictara o consultara providencia o resolución manifiestamente injusta en negocio contencioso-administrativo o meramente administrativo y la del abogado que perjudicara a su cliente, así como la malversación del funcionario público que “por abandono o negligencia inexcusables” diera ocasión a que otros sustrajeran los efectos públicos.

²⁸ Efectivamente, el artículo 113 del Código penal de 1858 (304 del de 1848) se dirigía al empleado público que, en el ejercicio de su cargo, cometiera algún abuso que estuviera “penado especialmente en los Capítulos precedentes”.

²⁹ Cfr. Rodríguez Devesa / Serrano Gómez, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., pp. 1123 y 1124; Sainz de Robles Santa Cecilia, *Contribución...*, cit., p. 115; F. J. Álvarez García, *El delito de desobediencia de los funcionarios públicos*, Barcelona, 1987, p. 133.

³⁰ Decía el art. 214 del CP de 1928: “Para los efectos penales se reputará Autoridad a quien, por sí solo, o como miembro de alguna corporación o Tribunal ejerza jurisdicción propia.- Se reputarán también Autoridades los funcionarios del Ministerio fiscal.- Se considerarán agentes de la Autoridad no sólo los funcionarios que con tal carácter dependan del Estado, de la Provincia o el municipio, sino los de otras entidades que realicen o coadyuven afines en aquéllos y los que tengan a su cargo alguna misión general o determinada y, en disposición reglamentaria o nombramiento expedido por Autoridad competente o delegado de ésta, se exprese el carácter de tal agente”.

manifiesto la “minuciosidad” que define a este cuerpo legal, claramente influido por el Proyecto de Código penal de 1884³¹. Además de introducir algunos tipos secundarios³², el legislador recuperó en el Capítulo VI del referido Título V la cláusula general de punición de las «infracciones de los deberes del cargo, no comprendidas en otras disposiciones de este Código, o de leyes especiales», que no sobrevivirá en el Código de 1932³³.

Si bien sometiéndos a ciertas modulaciones provocadas por la necesidad de acomodación de la disciplina penal a la nueva Constitución y a la legalidad republicana en general, el Código de 1932 respetará en su esencia los principios inspiradores del Código penal de 1870³⁴. El nuevo texto no se destacará, en términos generales, por la trascendencia de las modificaciones en el régimen de estos delitos, contemplado en su Título

³¹ Cfr. J. Antón Oneca, “Los Proyectos decimonónicos para la reforma del Código penal español”, *ADPCP*, Vol. XXV, 1972, pp. 429 y ss.

³² De entre ellos (cfr. arts. 425, 428, 429, 430, 31, 433 a 436, 440 a 442, 447, 448, etc.) sobresale el del artículo 476, que castigó el “tráfico de influencias”, sancionando a quien “aparentando crédito, influencia o relaciones cerca de las autoridades, agentes de éstas o funcionarios públicos, recibiere o se hiciere prometer dinero u otras cosas, como recompensa de su mediación o resolución favorable de un asunto que de aquellos dependiese”.

³³ La rúbrica de la cláusula es -escribe Octavio de Toledo y Ubieto (*La prevaricación...*, cit., p. 207)- “una de las mas claras expresiones de corte totalitario que posee este Código”. Para Sainz de Robles Santa Cecilia (*Contribución...*, cit., p. 116, nota 27), las modificaciones relativas a la clasificación “son más bien de carácter formal”, en tanto que las que corresponden a los delitos particulares “pueden ser atribuidas más bien a los principios y técnica generales que a una reflexión específica sobre aquéllos”. El Título V se integra de los siguientes capítulos: prevaricación (I), infidelidad en la custodia de presos (II), infidelidad en la custodia de documentos o de otros objetos (III), violación de secretos y publicación indbeida de documentos (IV), desobediencia y denegación de auxilio (V), infracciones de los deberes del cargo no comprendidas en otras disposiciones de este Código o de leyes especiales (VI), anticipación, prolongación y abandono de funciones públicas (VII), usurpación de atribuciones y nombramientos ilegales (VIII), abusos contra la honestidad (IX), cohecho (X), malversación de caudales públicos (XI), fraudes y exacciones ilegales (XII), negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos (XIII).

³⁴ Cfr. Lasso Gaite, *Crónica...*, cit., Tomo V, p. 779; E. Cuello Calón, *Derecho penal. Parte General*, 4ª ed., Barcelona, 1977, p. 149. Por lo demás, la Exposición de Motivos del Código republicano avanza las reformas introducidas en él, que son de cuatro clases: las impuestas por la nueva Constitución, las que corrigen errores materiales de técnica legal, las tendentes a humanizar el texto punitivo y los supuestos de “reforma excepcional”. De este cuadro sinóptico de novedades se desprenden las pocas aspiraciones de la reforma de que fue objeto el Código penal de 1870.

VIII. Del Código penal de 1928 recogerá únicamente únicamente la denominación del mismo, puesto que el artículo 410, que proporciona el concepto de funcionario público en sentido jurídico-penal, contraerá nuevamente su eficacia al formularse “para los efectos de este Título y de los anteriores”. En lo referente a sus contenidos, el Título se sitúa en la órbita del Código penal de 1870³⁵.

La “nueva edición refundida y ligeramente modificada del Código penal de 1932” que encarna el Código penal 1944 respetará la sistemática y estructura del texto de 1932, debiendo achacarse a los nuevos postulados políticos la eliminación, a lo largo de todo el articulado, de las alusiones a la Constitución y al régimen de la división de poderes³⁶. El legislador volverá a incluir el concepto de funcionario público en la Parte General (art. 119), reconociéndole eficacia “a los efectos penales”³⁷, y reformará con mayor o menor alcance la redacción de algunos de los artículos del Título VII³⁸.

³⁵ Componen el Título VIII los Capítulos dedicados a la prevaricación (I), la infidelidad en la custodia de presos (II), la infidelidad en la custodia de documentos (III), la violación de secretos (IV), la desobediencia y denegación de auxilio (V), la anticipación, prolongación y abandono de funciones públicas (VI), la usurpación de atribuciones y nombramientos ilegales (VII), los abusos contra la honestidad (VIII), el cohecho (IX), la malversación de caudales públicos (X), los fraudes y exacciones ilegales (XII), las negociaciones prohibidas a los empleados (XII) y la disposición general que contiene el concepto de funcionario público (art. 410).

³⁶ Cfr. Octavio de Toledo, *La prevaricación...*, cit., pp. 209 y 210, quien considera reformas “políticas” las de los artículos 372 (en el que se sustituirá la referencia al “cargo público de elección popular” por la mención al “cargo público obligatorio”) y 377 (en el que la expresión “atribuciones del Poder legislativo” es reemplazada por la de “atribuciones legislativas”).

³⁷ Bajo la rúbrica “Disposiciones generales”, el art. 119 del Código de 1944 contiene, además, la delimitación del término autoridad a efectos penales (quien “por sí solo o como individuo de alguna corporación o Tribunal tuviere mando o ejerciere jurisdicción propia”). Hasta entonces, la noción se había apoyado exclusivamente en la nota de la “jurisdicción propia” (arts. 277 CP 1870, 213 CP 1928 y 270 CP 1932).

³⁸ En sede de delito de desobediencia, la reforma modifica el sistema de excepciones al deber de obedecer las órdenes de los superiores jerárquicos, al reemplazar la referencia “precepto constitucional” por la de “ley” en la fórmula “no dar cumplimiento a un mandato que constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de ley”, y al extender la posible exculpación a los funcionarios no constituidos en autoridades. En los tipos del cohecho, dio entrada entrada al comportamiento de “solicitar”, y en el de la malver-

Ni la composición tradicional ni la estructura y sistema del grupo se verían alterados por las innovaciones puntuales incluidas en determinados preceptos por el “Código penal texto revisado” de 1963 y por el Decreto de 14 de septiembre de 1973³⁹. El Título VII del texto punitivo de 1973 se dividía en doce capítulos, con los siguientes encabezados: “De la prevaricación”, “De la infidelidad en la custodia de presos”, “De la infidelidad en la custodia de documentos”, “De la violación de secretos”, “De la desobediencia y denegación de auxilio”, “De la anticipación, prolongación y abandono de funciones públicas”, “De la usurpación de atribuciones y nombramientos ilegales”, “De los abusos contra la honestidad”, “Del cohecho”, “De la malversación de caudales públicos”, “De los fraudes y exacciones ilegales y de las negociaciones prohibidas a los funcionarios”. En virtud de la LO 9/1991, de 22 de marzo, dicho Código sufrió las últimas reformas en esta materia, consistentes en la modificación de la redacción de los artículos 367, 368 y 390, relativos a la revelación de secretos y al cohecho pasivo impropio, y en la regulación, en los artículos 404 bis a, bis b y bis c, del delito de tráfico de influencias⁴⁰.

sación imprudente a la posibilidad de reintegro de los caudales. Finalmente, para impedir que el autor del delito de exacciones ilegales pudiera aducir que la sanción establecida en el Código penal no podía alcanzarle, al venir contemplado el reintegro en otras leyes y reglamentos, el artículo 402 recibió la siguiente redacción: “El funcionario público que exigiere, directa o indirectamente, mayores derechos de los que le estuvieren señalados por razón de su cargo...”. Sobre la trascendencia de dichas modificaciones pueden verse Álvarez García, *El delito de desobediencia...*, cit., pp. 237 y ss.; I. Valeije Álvarez, *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, Madrid, 1996, pp. 79 y ss.

³⁹ Octavio de Toledo y Ubieto, *La prevaricación...*, cit., p. 210. Probablemente la más importante de ellas vino de la mano de la cláusula “o a su disposición”, integrada en el tipo de la malversación de caudales públicos para completar los títulos de gestión de los fondos públicos definitivos del sujeto activo. Sobre ello hacen notar Rodríguez Devesa / Serrano Gómez que el inciso se introdujo por el Decreto de 24 de enero de 1963 a título de defecto de redacción, “extendiendo la responsabilidad criminal sin que lo autorizase la ley de bases”. Cfr. Rodríguez Devesa / Serrano Gómez, *Derecho penal español. Parte Especial*, cit., p. 1183, nota 11.

⁴⁰ En lo que atañe a la revelación de secretos, la Reforma de 1991: a) unificó en el delito del artículo 367 los secretos oficiales y los de los particulares; b) extendió el ámbito de incriminación en el artículo 368 a las hipótesis en que el funcionario o autoridad utilizaba un secreto o una información privilegiada con la intención de conseguir un beneficio patrimonial para sí o para un tercero; y c) excluyó del tipo del art. 367 la expresión “o entregare indebidamente papeles o copia de papeles que tenga a su cargo u no deban ser publicados”, en opinión de L. Morillas Cueva / G. Portilla Contreras (“Los delitos de revelación de secretos, uso de información privilegiada, cohecho impropio y tráfico de influencias”, *CLP*,

3. CONCLUSIONES.

La literatura ha venido subrayando que el proceso de formación y consolidación del grupo de los delitos contra la Administración Pública a través de los diversos textos punitivos se implica históricamente con la irrupción del Poder Judicial en el campo de acción propio del Poder Ejecutivo y con el establecimiento de mecanismos para la revisión jurisdiccional de la legalidad de las actuaciones administrativas completamente independientes de la hipotética declaración de responsabilidad penal individual del funcionario⁴¹. Desarrollando la primera de las ideas, en particular, Casabó Ruiz, Sainz de Robles Santa Cecilia y Méndez Rodríguez apuntan que en la decisión de abrir los recursos propios del Derecho penal a este ámbito ha pesado significativamente el afán por poner término a la situación de impunidad en que pudieran hallarse con anterioridad los abusos de los funcionarios⁴². Los esfuerzos de la Administración

Tomo XVI, 1994, p. 207), debido a que el término “revelare” abarcaba ya los casos de entrega indebida. Con relación al nuevo delito de cohecho pasivo impropio (art. 390), las diferencias con el texto vigente hasta la citada reforma estribaban: a) en la extensión del ámbito de lo punible se extendió también a la recepción de dádivas; b) en la sustitución de las expresiones “en consideración a su oficio” y “para la consecución de un acto justo” por las de “en consideración a su función” y “para la consecución de un acto no prohibido legalmente”; y c) en la modificación de la sanción de suspensión y multa por la de arresto mayor y multa. Para un amplio comentario sobre la nueva disciplina recibida por ambas figuras, con indicaciones doctrinales, Morillas Cueva / Portilla Contreras, “Los delitos...”, cit., pp. 173 y ss. Sobre los nuevos tipos del delito de tráfico de influencias, M. Díaz y García Conlledo / I. Olaizola Nogales, “La evolución legislativa del delito de tráfico de influencias”, *AJA* 223, 1995, pp. 1 y ss.

⁴¹ Vid. R. Parada Vázquez, *Apuntes de Derecho Administrativo II*, Tomo V, Madrid, 1973-1974, pp. 210 y ss.; Lalinde Abadía, *Introducción histórica...*, cit., p. 637.

⁴² Cfr. Casabó Ruiz, *Introducción al estudio...*, cit., p. 182: “Los liberales españoles pretenden en definitiva, y desde los primeros momentos, sujetar a todos los funcionarios públicos a una responsabilidad efectiva de sus actos a través del órgano cuya misión es la realización práctica del derecho, es decir, los tribunales”. Sainz de Robles Santa Cecilia destaca que este debate político no tiene reflejo en los textos legales, “que resisten los cambios de regímenes políticos de signo diverso y aun opuesto”, sino que se desarrolla en el ámbito de los debates parlamentarios (*Contribución...*, cit., p. 120). Ella misma (*op. loc. cit.*) y Méndez Rodríguez (*Sobre si el delito...*, cit., p. 7) se hacen eco de la cita de Casabó sobre el discurso del senador Armendáriz en contra del proyecto de 1848 en el sentido de entender al grupo incompatible con el principio de división de poderes: “la Administración debe ser eficaz, activa, independiente del Poder Judicial en todo lo que sea administración; y que sólo debe conocer de algunos delitos marcados, pero previa la venia del gobierno, para no dar

por sustraerse a la acción de la justicia penal tendrán todavía plasmación, no obstante, en la exigencia de permiso para poder proceder criminalmente contra los funcionarios -estatuida por las órdenes de 27-I-1840 y 25-10-1844, por la Ley de 2 de abril de 1845 y por el Real Decreto de 17 de Marzo de 1850- e, incluso, en la creación de figuras específicas de imprudencia en el Código de 1870, “quizás para mitigar la supresión de la autorización administrativa previa llevada a cabo por el artículo 30 de la Constitución de 1869”⁴³.

Pero la caracterización formal del sistema que históricamente han constituido los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos es tributaria, asimismo, del modelo de tratamiento de la responsabilidad funcional adoptado por el Código de Napoléon, dato, quizá, insuficientemente destacado por la doctrina⁴⁴. Buena prueba de ello la constituyen tanto la sistemática inaugurada por el Código penal de 1870, al trasladar al Capítulo II del su Título II -reproduciendo los esquemas sistemáticos del texto punitivo francés- los delitos dirigidos contra los derechos individuales sancionados por la Constitución, como la rúbrica que encabeza la Parte Primera del Título VI del Código penal de 1822 (“delitos y culpas de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos”), muy similar a la que precedía a la Sección II del Título I, Capítulo IV, del Libro III del Código de Napoléon (“*De la forfaiture et des crimes et délits des fonctionnaires publics dans l'exercice de leurs fonctions*”). A la vista, entre otros elementos, de esta última, Stock había destacado que los delitos de los funcionarios públicos no entrañaban, en el pensamiento del

lugar a que jamás el Poder Judicial se entrometa en actos de pura administración”. Cfr. Casabó Ruiz, “Introducción...”, cit., p. 192. La cita la toma Casabó, a su vez, del Diario de Sesiones de las Cortes. Senado, Legisl. 1847-1848, 20 ed., Madrid, 1887, p. 469.

⁴³ Cfr. Casabó Ruiz, “Introducción”, cit., p. . Sobre ello, J. R. Parada Vázquez, “La responsabilidad criminal de los funcionarios públicos y sus obstáculos: autorización previa, prejudicialidad administrativa y cuestiones previas”, *RAP*, n° 31, enero - abril 1960, pp. 95 y ss.

⁴⁴ Sí incide en ello Sainz de Robles Santa Cecilia, *Contribución...*, cit., p. 118. Es bien conocido que sobre el Código penal de 1822 actuaron dos principales focos de influencia: las doctrinas de Bentham, en el terreno más puramente teórico e ideológico, y el propio texto punitivo francés, como punto de referencia formal. *Vid.* J. M. Alonso y Alonso, “De la vigencia y aplicación del Código penal de 1822”, *REP*, n° 11, 1946, pp. 3 y 4; J. Cuello Contreras, “Análisis de un informe anónimo aparecido en Sevilla sobre el Proyecto de Código penal de 1822”, *ADPCP*, Vol. XXX, 1977, p. 90; J. Antón Oneca, “Historia del Código penal de 1822”, *ADPCP*, Vol. XVIII, 1965, p. 263.

legislador francés de 1810, meras infracciones de los deberes dimanantes de la relación de servicio que vinculaba al Estado con sus agentes, sino acciones perjudiciales para los intereses de la comunidad⁴⁵. Ésa habrá de ser también la filosofía que inspire la decisión de abandonar toda referencia estamental en la presentación de la materia en el Código español de 1822, que se nutre de las nuevas concepciones liberales sobre la función pública⁴⁶.

Cabe recordar en este sentido que, aunque en la Constitución de 1812 no puede hallarse determinación genérica alguna del ámbito conceptual y de los fines de la acción administrativa, su artículo 13 menciona como fin de toda sociedad política “el bienestar de los individuos que la componen”. Como encargada principal de cumplir ese cometido, la Administración Pública empieza a distinguirse ya en este momento, como indica Barrachina Juan, “por su especial naturaleza vicarial”, por su carácter de “organización intermedia entre el Gobierno y la comunidad a la que ha de servir”⁴⁷. El fin de la relación institucional de empleo público en el incipiente Estado liberal es, en definitiva, la mejora del servicio como medio de satisfacción de las necesidades de la comunidad⁴⁸. Ello es lo que explica, en última instancia, que el cohecho y la prevaricación sean objeto de acción popular con arreglo al artículo 255 del propio Texto Fundamental, y, también, que el intitulado que el legislador reserva a la disciplina penal de la Administración Pública apunte a su vertiente dinámica, funcional o de actividad, en detrimento de la puramente estatutaria

⁴⁵ Vid. Stock, *Entwicklung...*, cit., pp. 184, nota 2, y 186.

⁴⁶ Precisamente la adopción del modelo francés es lo que, según Rodríguez Devesa / Serrano Gómez (*Derecho penal español. Parte especial*, cit., pp. 1167 y 1168) explica que tradicionalmente la infracción del deber haya supuesto en el cohecho un criterio secundario a la hora de determinar la gravedad de los comportamientos típicos, al prevalecer en él la integridad del funcionario como bien jurídico protegido. En esa misma dirección, el parentesco lineal de los artículos 463 a 467 del Código penal de 1822, Cap. III, del Título VI con las correlativas normas del Código francés había sido resaltado ya por F. García Goyena (*Código criminal español según las leyes y práctica vigentes, comentado y comparado con el Código penal de 1822, el francés y el inglés*, Tomo I, Madrid, 1843, p. 12).

⁴⁷ Cfr. Barrachina Juan, *La función pública. Su ordenamiento jurídico. Parte General*, Tomo I, cit., p. 89. De interés sobre el tema, también, S. Martín-Retortillo y Baquer, *Administración y Constitución*, Madrid, 1981, pp. 49 y 55.

⁴⁸ Cfr. Barrachina Juan, *op. loc. cit.*

o subjetiva. El inmovilismo legislativo en la materia, su impermeabilidad a todo proceso de adaptación a las vicisitudes políticas y económicas sufridas por el Estado a lo largo de dos siglos, perpetuarán en las rúbricas de los Títulos de los correspondientes textos punitivos la referencia al ejercicio del cargo como criterio sistematizador⁴⁹.

B. EL TÍTULO XIX DEL CÓDIGO PENAL DE 1995: CARACTERIZACIÓN, ESTRUCTURA, VIRTUDES Y DÉFICITS DE LA REFORMA. FUNDAMENTO FORMAL Y MATERIAL DEL SISTEMA: DELIMITACIÓN DE LA “ADMINISTRACIÓN PÚBLICA” COMO OBJETO DE TUTELA. AUSENCIA DE UNA TEORÍA GENERAL DEL GRUPO.

En una valoración compartida con carácter general por la literatura especializada, la construcción de los delitos contra la Administración

⁴⁹ A la luz de esta referencia histórica puede entenderse el sentido último de la rúbrica del Título VII CPTR73 (“De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos”). La generalidad de la doctrina destacaba críticamente su ruptura del método de sistematización habitualmente seguido por el texto punitivo español. Estaba de acuerdo así en que la existencia del Título VII denotaba la pretensión de integrar ciertos contenidos a partir de un criterio de unificación (la condición especial del sujeto activo) situado fuera de la propia esencia de las infracciones penales. Y por ello se reclamaba del legislador una tarea de reagrupación de las diversas figuras alrededor de un intitulado expresivo de la comunidad de bien jurídico agredido (cfr. A. Ferrer Sama, *Comentarios al Código penal*, Tomo IV, Madrid, 1956, p. 57; Jaso Roldán, en Rodríguez Muñoz / Jaso Roldán / Rodríguez Devesa, *Derecho penal, Tomo II, Parte Especial*, cit., p. 192; Cobo del Rosal, «Examen crítico...», cit., p. 250; A. Quintano Ripollés, *Curso de Derecho penal*, Tomo II, *Parte Especial*, Madrid, 1963, p. 549; E. Orts Berenguer, en T. S. Vives Antón / J. Boix Reig / E. Orts Berenguer / J. C. Carbonell Mateu / J. L. González Cussac, *Derecho penal. Parte Especial*, Valencia, 1993, p. 437; Casabó Ruiz, *Introducción al estudio...*, cit., pp. 190 y 196). Esas opiniones habían sido contestadas por Octavio de Toledo y Ubieto (*La prevaricación...*, cit., pp. 137 y 138) y García Arán (*La prevaricación...*, cit., p. 30) quienes habían puesto de manifiesto la incorrección que representaba la aplicación a este ámbito delictivo de afirmaciones generalizantes extraídas de la más o menos defectuosa redacción de las rúbricas del Código penal, cuando debería ser la investigación particularizada para cada una de aquéllas la que determinase su referencia o no a un bien jurídico. De acuerdo con estos autores, una interpretación declarativa de los términos “delitos de los funcionarios públicos” con arreglo a su auténtico sentido normativo -el que les proporcionaba el párrafo 31 del art. 119 CPTR73- enunciaba el propósito del legislador de contener bajo la rúbrica del Título VII CPTR73 las figuras que preservaban a la función de los ataques provinientes de la organización burocrática del Estado. La tesis aquí sugerida podría venir, quizá, en apoyo de esta línea interpretativa.

Pública como un grupo técnico, esto es, no meramente legislativo, se revela como una tarea compleja, mediatizada por una pluralidad de factores técnicos y político-criminales⁵⁰.

Centrándonos en primer lugar el dato técnico, cabe afirmar que la literatura española ha visto tradicionalmente en la atención dispensada por el Código penal al funcionario como sujeto activo del delito un importante factor de confusión con vistas a la comprensión del sistema⁵¹.

⁵⁰ *Vid.*, con carácter general, J. L. González Cussac, “La nueva regulación de los delitos de los funcionarios públicos en el Código penal de 1995: La prevaricación”, *CDJ*, 1996, pp. 15 y 16, en las que sintetiza los principales rasgos sustantivos y procesales del “nuevo” Derecho penal de la función pública: empleo de leyes penales en blanco, de conceptos indeterminados y de cláusulas abiertas, recurso a los delitos de peligro, prejudicialidad del orden administrativo, etc. En relación con las exigencias propias del principio de ofensividad, E. Octavio de Toledo y Ubieta, “El delito de prevaricación de los funcionarios públicos en el Código penal”, *LL*, n° 4139, 8 de octubre de 1996, p. 1516: “La apelación a las ‘funciones públicas’, efectivamente, puede considerarse la *ratio* de este conjunto de incriminaciones o, a lo más, el ‘bien jurídico de la categoría’. Pero tomada sin mayor concreción, configura un objeto de tutela tan amplio que haría de todos los delitos a ellas directamente referidos delitos de peligro potencial o abstracto; pues, evidentemente, su magnitud impediría a la ley penal crear tipos que exigieran su destrucción o amplio menoscabo o lesión. Por ello, aunque sirve para generar la agrupación y para determinar las coordenadas en que ha de desenvolverse la averiguación del bien jurídico protegido por cada subgrupo de incriminaciones o por cada una de éstas, no se identifica con él, aunque lo abarca”. Aluden también a las dificultades para hallar un elemento unificador en orden al injusto típico F. Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte Especial*, 14ª ed., Valencia, 2002, p. 928; G. Portilla Contreras, *El delito de práctica ilegal de detención por funcionario público*, Madrid, 1990, p. 134, tomando como referencia el Título VII CPTR73; R. Rebollo Vargas, *La revelación de secretos e informaciones por funcionario público*, Barcelona, 1996, p. 42, nota 47; M. Cugat Mauri, *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, Barcelona, 1997, p. 73, poniendo el acento en la ductilidad de los valores constitucionales de la Administración y en el proceso de interacción a que se hallan sujetos; O. Morales García, *Los delitos de malversación: apropiación, utilización temporal y administración desleal de caudales públicos*, Elcano (Navarra), 1999, pp. 67 y 68, apuntando lo complejo que resulta extraer “conclusiones provechosas” de las técnicas de tipificación características de los intereses difusos y de los bienes jurídicos colectivos de referente individual.

⁵¹ *Vid.* S. Viada y Vilaseca, *El Código penal reformado de 1870 concordado y comentado*, Vol. 21, 40 ed., Madrid, 1890, p. 532; M. Cobo del Rosal, “Examen crítico del párrafo 3º del artículo 119 (sobre el concepto de funcionario público a efectos penales)”, *RGLJ*, 1962, pp. 248 y 250; F. Muñoz Conde / A. Salas Holgado, voz “Delitos contra la función pública”, *EJB*, Tomo II, Madrid, 1995, p. 2067; C. Méndez Rodríguez, “Sobre la naturaleza de los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos”, en *Estudios Jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, Vol. II, Valencia, 1997, pp. 349 y 350.

El Derecho español no le reserva exclusivamente infracciones cometidas “contra la Administración Pública”, sino que acusa -con respecto a la delincuencia que le es propia- un marcado proceso de dispersión sistemática en cuyo origen se identifica la influencia ejercida por la Constitución liberal de 1869 sobre el Código penal de 1870, que por vez primera disoció los delitos de los funcionarios “contra el ejercicio de los derechos de las personas reconocidos por las leyes” de los delitos perpetrados “en el ejercicio de sus cargos”. La consolidación de esta subdivisión formal y la previsión en otros Títulos de tipos y causas personales de agravación asimismo dirigidos a esta clase de sujetos cualificados (arts. 131, 159, 222. 1º, 241, 302, 305 y 308, entre otros) hicieron de la delincuencia funcional en el Código penal de 1973 un terreno inconexo, no sujeta a principios generales y de distribución residual⁵².

El Código penal de 1995 sustenta el sistema clasificatorio del Derecho derogado, si bien modificaciones secundarias y matices de redacción han reformado el contenido global de los capítulos más significativos. El Capítulo V del Título XXI (arts. 529 y ss.) prevé los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales, revistiendo especial significado a los efectos de este trabajo el innovador planteamiento recogido en la regulación de las detenciones ilegales (arts. 530 y 531), de la entrada ilegal en domicilio (arts. 204) y de la interceptación, divulgación y revelación de las informaciones contenidas en correspondencia privada (art. 535), inculcados ya en los Títulos VI y X (arts. 167, 198 y 204), en los supuestos en que en su realización, en lugar de mediar causa por delito, esté presente simplemente una extralimitación con respecto a las correspondientes cláusulas legales de habilitación. Al igual que sus precedentes de los Proyectos de Código penal de 1980 y de 1992 (Libro II, Títulos X y XVI, respectivamente) y de la Propuesta de Anteproyecto de Código penal de 1983 (Libro II, Título XVI), el Título XIX, por su parte, aglutina, bajo la rúbrica «Delitos contra la Administración Pública», la mayoría de las

⁵² Cfr. Sainz de Robles Santa Cecilia, *Contribución...*, cit., pp. 167 y ss; Quintero Olivares, “La autotutela, los límites del poder sancionador de la Administración Pública y los principios inspiradores del derecho penal”, *BIMJ*, nº 4608 a 1610, 1991, p. 26.; J. M^a Rodríguez Devesa / A. Serrano Gómez, *Derecho penal español. Parte Especial*, 16^a ed. revisada y puesta al día, Madrid, 1993, p. 1124; A. Quintano Ripolés, *Curso de Derecho penal. Parte Especial*, Tomo II, Madrid, 1953, pp. 550 y 551.

figuras descritas en el Título VII del CP de 1973⁵³. A lo largo de sus nueve capítulos, el Título IX tipifica los delitos de prevaricación de funcionarios (art. 404), nombramientos ilegales (art. 405), aceptación por particular del nombramiento ilegal (art. 406), abandono de destino (art. 407), omisión del deber de perseguir delitos (art. 408), abandono colectivo de servicio público (art. 409), de desobediencia (arts. 410 y 411), denegación de auxilio (art. 412), de infidelidad en la custodia de documentos (arts. 413 a 415), infidelidad en la custodia de documentos por particular encargado de su custodia (art. 416), violación de secretos (art. 417), aprovechamiento por particular del secreto o de la información privilegiada (art. 418), cohecho (arts. 419 a 427), tráfico de influencias (arts. 428 a 430), malversación de caudales públicos (arts. 432 a 435), fraudes (art. 436), exacciones ilegales (art. 437), estafa o apropiación indebida con abuso del cargo (art.

⁵³ Enjuician favorablemente la nueva rúbrica M. García Arán, “Los delitos contra la Administración Pública en el Código penal de 1995”, en A. Asúa Batarrista (ed.), *Jornadas sobre el nuevo Código penal de 1995*, Bilbao, 1998, p. 217; F. Morales Prats / M^a J. Rodríguez Puerta, en G. Quintero Olivares (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 3^a ed., Cizar Menor (Navarra), 2002, p. 1598: “la nueva rúbrica que ha pasado a encabezar el Título... confirma esta nueva orientación político-criminal, puesto que permite identificar como interés común a todos los tipos comprendidos en este Título el correcto desempeño de la función pública, comprensiva de la actividad legislativa, administrativa, judicial y legislativa”; Rebollo Vargas, *La revelación...*, cit., p. 50, en cuya opinión el nuevo intitulado facilitará la interpretación del bien jurídico desde el marco constitucional; H. Roldán Barbero, “El delito de desobediencia funcional”, *LL*, 1996-4, p. 1799; y Morales García, *Los delitos de malversación...*, cit., p. 46, si bien reconociendo que el “Título en sí se muestra inexpresivo en relación con el bien jurídico categorial” y que sólo del análisis de sus contenidos pueden obtenerse “conclusiones satisfactorias”. En contra, Octavio de Toledo y Ubieto, “El delito de prevaricación de los funcionarios...”, cit., p. 1517: “Lo que sugiere la rúbrica actual al referirse a la ‘administración pública’... es que frente a los delitos que se reúnen en este Título se protege ‘al conjunto de organismos encargados de cumplir esta función’ de administrar y no la función misma de ‘administración’ en tanto que ‘acción o efecto de administrar’ o la ‘administración pública’ concebida como ‘acción del gobierno (y de otros entes, habría de añadirse) al dictar y aplicar las disposiciones necesarias, para el cumplimiento de las leyes y para la conservación y fomento de los intereses públicos, y al resolver las reclamaciones a que dé lugar lo mandado’... Si esto es así... debe concluirse, como mal menor, que la rúbrica del Título XIX es totalmente inexpresiva del bien jurídico. Pues lo que expresa tanto en sí cuanto, sobre todo, en conexión con su contenido, es contrario a la Constitución”. Se muestran también críticos, al entender que invita a referir el objeto de tutela a la Administración misma o a su relación con el funcionariado y no a la idea de servicio que legitima su existencia, E. Orts Berenguer, en T. S. Vives Antón (coord.), *Comentarios al Código penal de 1995*, cit, p. 1771; I. Olaizola Nogales, *El delito de cohecho*, Valencia, 1999, p. 79; Casabó Ruiz, “Introducción...”, cit., p. 194.

438), negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos (arts. 439 a 441), uso de secretos o informaciones privilegiadas (art. 442) y abusos contra la libertad sexual (arts. 443 y 444). De la relación de conductas mencionadas en éste han desaparecido únicamente las prevaricaciones judicial, de abogados y procuradores, la incomparecencia de testigos y peritos ante los Tribunales de Justicia y la infidelidad en la custodia de presos, que se han adscrito al grupo de los delitos contra la Administración de Justicia⁵⁴ y las usurpaciones de atribuciones, ubicadas ahora como delitos contra las instituciones del Estado y la división de poderes en la Sección II del Capítulo III del Título XXI⁵⁵. La exposición de la materia correspondiente a los delitos protagonizados por los funcionarios públicos en el vigente texto punitivo se completa con los tipos que hallan su marco legal en los Títulos VI (delitos contra la libertad, art. 167), VII (tortura y otros delitos contra la integridad moral, arts. 174 y 175), X (delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, arts. 198 y 204), XII (delitos contra las relaciones familiares, art. 222) y XIX bis (delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales, art. 445 bis)⁵⁶.

Situada ante este panorama legislativo, la doctrina, que tradicionalmente había puesto de relieve la conveniencia de revalorizar el punto de vista sistemático como criterio preferente en la reconstrucción interpretativa del grupo de los “delitos en el ejercicio del cargo”, hablará de “profesionalidad” y “dispersión” para caracterizar el sistema punitivo español de tratamiento de la responsabilidad funcional⁵⁷. Si bajo la vigencia del

⁵⁴ Vid. arts. 446 a 449, 463, 466, 467 y 471, Título XX.

⁵⁵ Vid. arts. 506 a 509.

⁵⁶ La adición al Código penal, por LO 3/2000, de 11 de enero, de una variante de cohecho orientada a prevenir la corrupción en las transacciones internacionales responde a la ratificación por España, el 17 de diciembre de 1997, del convenio de la OCDE de “lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales”.

⁵⁷ Vid. Méndez Rodríguez, *Sobre la naturaleza...*, cit., p. 3; A. Serrano Gómez, *Derecho penal. Parte Especial II (2). Delitos contra la colectividad*, Madrid, 1997, p. 804; Octavio de Toledo y Ubieto, “El delito de prevaricación de los funcionarios...” cit., p. 1517, a cuyo juicio “no deja de haber cierto capricho en la ubicación de las incriminaciones”; M. Polaino Navarrete, en M. Cobo del Rosal (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte Especial II*, Madrid, 1997, p. 268, que escribe que muchos de esos delitos “y precisamente no pocos de los más graves” son

Título VII del Código penal de 1973 el criterio legislativo de agrupación sistemática fundamentaba la ya conocida observación crítica de que “ni todos los delitos cometidos por funcionarios constituían delitos en el cargo, ni todos los delitos en el cargo tenían por sujetos activos a los funcionarios públicos”, a la vista de los criterios de reorganización introducidos por el Código de 1995 un sector de opinión rescata dicha apreciación como característica estructural de los delitos contra la Administración Pública⁵⁸.

Efectivamente, si por algo se distingue el Título XIX es por su enorme complejidad, por la heterogeneidad de sus contenidos típicos. Muestras de ello son el carácter pluriofensivo de algunas de las figuras⁵⁹

dejados fuera del Título XIX “en perseverancia normativa de una extraña estrategia de dispersión normativa”, y que el grupo “resulta incompleto e imperfecto, y además manifiestamente asistemático y carente de respeto a las exigencias de la proporcionalidad punitiva”; F. Manzanedo González, “Delitos contra la Administración Pública (I)”, *CGC*, nº 15, 1996, p. 354; F. Alonso Pérez, *Delitos cometidos por los funcionarios públicos en el nuevo Código penal*, Madrid, 2000, p. 211; A. Calderón Cerezo / J. A. Choclán Montalvo, *Derecho penal*, Tomo II, *Parte Especial*, 2ª ed., Barcelona, 2001, p. 491; C. Mª Landecho Velasco / C. Molina Blázquez, *Derecho penal español. Parte Especial*, 2ª ed., Madrid, 1996, p. 395, quienes indican que puesto que cuando el delito puede cometerse tanto por un particular como por un funcionario el Código penal incluye el tipo del funcionario a continuación del particular con independencia del Título de que se trate, “quedan reservados para el Título XIX sólo los delitos cuyo sujeto activo puede ser tan sólo una autoridad o un funcionario público”. La propuesta interpretativa de estos autores no se acomoda, por supuesto, al Derecho positivo.

⁵⁸ Vid. Serrano Gómez, *Derecho penal. Parte Especial II* (2), cit., p. 804; Polaino Navarrete, en Cobo del Rosal (Dir.), *Curso de Derecho penal. Parte especial II*, cit., p. 268; Méndez Rodríguez, “Sobre la naturaleza...”, cit., p. 350; “Delitos contra la Administración Pública en el Nuevo Código penal”, en J. D. Martín Espino (coord.), *Estudio y aplicación práctica del Código penal de 1995*. Tomo II. *Parte Especial*, Madrid, 1997, pp. 419 y 420; Calderón Cerezo / Choclán Montalvo, *Derecho penal*, Tomo II, *Parte Especial*, cit., p. 491.

⁵⁹ La de la pluriofensividad es, a tenor de los estudios monográficos existentes en la materia (Vid. Octavio de Toledo y Ubieto, *La prevaricación...*, cit., pp. 144 y ss.; García Arán, *La prevaricación...*, cit., pp. 31 y 32; F. Morales Prats, *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*, Barcelona, 1984, pp. 243 y ss.; Méndez Rodríguez, “Sobre la naturaleza...”, cit., p. 365; Mª J. Rodríguez Puerta, *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de los funcionarios*, Pamplona, 1999, p. 34, nota 41), una característica común a la mayor parte de los delitos contra la Administración Pública. Si algunas de las normas en cuestión parecen tutelar claramente -aunque sea de forma indirecta- también intereses privados, individuales (la revelación de secretos privados, las exacciones ilegales, los abusos contra la libertad sexual), en otras la ofensa a la Administración Pública se concreta en la negación de varios

y, sobre todo, la integración en él, en algún caso como figuras verdaderamente emblemáticas, de conductas protagonizadas por sujetos que en modo alguno pueden representar a la Administración Pública, al no haber accedido a la condición de funcionario público ni siquiera en el sentido más amplio del Derecho penal⁶⁰. En este contexto, la idiosincrasia, en tanto delitos de sujeto indiferenciado, del cohecho activo de los artículos 423 y 424 y del tráfico de influencias del artículo 429 parece de obligada mención.

De esa contraposición formal, típica, entre delitos de funcionarios y de particulares se derivan para la generalidad de los autores extraordinarias dificultades a la hora de afirmar el carácter técnico de la categoría, al impedir, cabalmente, hacer del ejercicio abusivo del cargo el núcleo de la tipicidad de todas las figuras que la integran. Por imperativo legal, la infracción del deber del cargo no podrá representar ya, por consiguiente, el elemento sobre el que pivotan los delitos contra la Administración Pública, con independencia de su posible eficacia como característica típica de fundamentación o modificación del injusto de ciertas figuras⁶¹.

de los principios que integran su estatuto constitucional. En cambio, adjudica a los particulares directamente perjudicados únicamente el rol de sujetos pasivos de la acción I. Valeije Álvarez, "Consideraciones sobre el bien jurídico protegido en el delito de cohecho", *EPC*, Vol. XVIII, 1995, p. 312, nota 22.

⁶⁰ Vid. Méndez Rodríguez, "Sobre la naturaleza...", cit., pp. 361, 362 y 368; Rebollo Vargas, *La revelación de secretos...*, cit., p. 50; Morales García, *Los delitos de malversación...*, cit., p. 70; J. M^a Paz Rubio / M. Covián Regales, en C. Conde-Pumpido Ferreiro (dir.), *Código penal. Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo III, Madrid, 1997, p. 3822; López Garrido / García Arán, *El Código penal de 1995...*, cit., p. 176; E. Mestre Delgado, en C. Lamarca Pérez (coord.), *Manual de Derecho penal. Parte Especial*, Madrid, 2001, p. 550; B. Feijoo Sánchez, "Delitos contra la Administración Pública: consideraciones generales, nuevas figuras y modificación de otras conocidas", *LL*, 1997-1, p. 1678; Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte Especial*, cit., pp. 931 y 932, quien pone en conexión la presencia de tipos como los de los artículos 322 -que extiende las penas del cohecho a los jurados, árbitros, o cualesquiera personas que participan en el ejercicio de la función pública-, 453. 31 -que castiga con las penas del funcionario al depositario o administrador de caudales embargados- y 416 -que castiga a los particulares encargados del despacho o custodia de documentos- con la necesidad de extraer el concepto de funcionario del ámbito de cada tipo en cuestión teniendo presente la finalidad político-criminal buscada por el legislador con su creación.

⁶¹ Méndez Rodríguez (*Sobre la naturaleza...*, cit., pp. 6 y 7) apunta la existencia de tres posibles interpretaciones de los deberes del cargo en tanto elemento constitutivo de los tipos del Título XIX. "En primer lugar, la visión tradicional en torno a estos delitos que cifra toda la ofensividad de los mismos en la infracción del deber de que se trate. En segundo lugar,

Sólo podrá hablarse de una cierta coherencia sistemática entre todas ellas apelando a la dirección objetiva que presentan las conductas, como agresiones a un ejercicio de la función pública respetuoso con los cánones constitucionales originadas en el interior o en el exterior de la organización administrativa, esto es, *adoptando como eje del sistema un principio teleológico, no estructural*. Ésa será, entonces, la razón que explique y justifique la ubicación en el Título XIX del subgrupo normativo de los delitos de

quienes, asumiendo la infracción de deberes como paso previo y común a la entera categoría complementan el contenido de injusto a través de la determinación de algún otro bien jurídico que suele -aunque no siempre- vincularse al ejercicio de las actividades desempeñadas a través de las cláusulas de pureza, correcto desenvolvimiento, prestigio, etc., de la Administración Pública. Estas concepciones se caracterizan por mantener, de todas formas, la infracción del deber como elemento desencadenante de la unidad del título porque en estos casos es común diversificar después la categoría en función de la determinación de diversos bienes jurídicos o de diversos intereses representados por ese correcto desarrollo o pureza de la Administración Pública. Es decir, que estas posiciones centrarían la unidad más en la acción que en el bien jurídico. Y en tercer y último lugar, habría que citar la posición de quienes tratan de dotar de un suficiente contenido material al elemento de las infracciones del deber del cargo, vinculándolo o identificándolo con la lesión de algún bien jurídico, desnaturalizando así, en cierta forma, el sentido tradicional de esta expresión como elemento típico". LLevada esta imagen al terreno de la bibliografía, esas tres referencias deben extenderse, al menos, hasta abarcar a dos construcciones más de la infracción del deber del cargo como momento del tipo. Procediendo según el orden establecido por Méndez Rodríguez, la primera de las opciones sería la que expone Jaso Roldán, en Rodríguez Muñoz / Jaso Roldán / Rodríguez Devesa, *Derecho penal*, Tomo II, *Parte Especial*, cit., p. 192: "lo que da unidad a estos delitos es la infracción del deber, y sólo en segundo término, bien para establecer formas agravadas... o bien para configurar ciertas especies delictivas... ha tomado en cuenta -el Código penal- las especiales lesiones de los bienes jurídicos que aquellas conductas contrarias al deber llevan consigo". En esta misma dirección *Vid.* los planteamientos de I. Sánchez Tejerina, *Derecho penal español*, Tomo II, *Parte Especial*, 4^a ed., Madrid, 1945, p. 179; Ferrer Sama, *Comentarios al Código penal*, Tomo IV, cit., p. 57; G. Quintero Olivares, "El delito de desobediencia y la desobediencia justificada", *CPC*, n^o 12, 1980, pp. 61 y ss., quien, con referencia al delito de desobediencia del artículo 369 CPTR73, situaba las tesis opuestas en el terreno del puro voluntarismo interpretativo; A. Sabán Godoy, *El marco jurídico de la corrupción*, Madrid, 1991, ubicando la noción jurídica de corrupción en el terreno subjetivo de la deslealtad en el cuidado de los intereses "cuya defensa nos viene confiada en virtud de un acto de voluntad de quien legítimamente es titular de las mismas"; E. Casas Barquero, "Algunos aspectos de los delitos del funcionario y del particular relativos a dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas", en *Estudios penales. Libro homenaje al Prof. J. Antón Oneca*, Salamanca, 1982, p. 658, alineando, como bienes jurídicos autónomos y de idéntico rango axiológico, el deber "relativo al fiel desempeño de la función del cargo" y "la confianza consustancial a la titularidad de la función, que en el funcionario se deposita por el Estado y por la propia sociedad en general, cuyo sentir

los particulares, al margen de que algunos de ellos puedan presentar adicionalmente conexiones normativas con los abusos de los funcionarios⁶².

Como rasgo altamente significativo, en el sistema punitivo español la Administración Pública, el Estado o los aparatos estatales reciben, pues, protección ya no sólo frente a las desviaciones en el ejercicio de los cargos públicos, sino también a los ataques conducidos *ab externo*, por *extranei*.

dentro del respeto a las exigencias de un orden de derecho corresponde a cada uno de los integrantes de la misma". La segunda de las posibilidades (infracción del deber como criterio aglutinante pero supeditado a la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos de diversa índole) se corresponde con la opinión de E. Bacigalupo Zapater ("Sobre la reforma de los delitos de funcionarios", *DJ*, monográfico dedicado a la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal, Vol. II, n^{os} 37-40, 1983, p. 1099) sobre el grupo en su globalidad: "los tipos penales de los delitos de funcionarios deben alcanzar comportamientos que, en primer lugar, importen un ejercicio contrario al deber de la función pública, pero además importen una lesión de la confianza pública en el ejercicio del poder administrativo o judicial de acuerdo a los principios del Estado de Derecho". Similares son las consideraciones de Rebollo Vargas (*La revelación...*, cit., p. 54) y de Morillas Cueva / Portilla Contreras, "Los delitos...", cit., p. 191. Ejemplifican la interpretación "material" de la infracción del deber del cargo que menciona Méndez Rodríguez en tercer lugar Octavio de Toledo y Ubieto (*La prevaricación del funcionario...*, cit., p. 243), García Arán (*La prevaricación...*, cit., p. 37) y Olaizola Nogales (*El delito de cohecho*, cit., pp. 87 y 88), autores que indican que el deber jurídico-penalmente relevante en orden al injusto de estas figuras es el deber de la Administración Pública de servir a los administrados. "Mas esto -escribe Octavio de Toledo y Ubieto- ya no es un deber en sentido técnico, sino que se dibuja como el contenido esencial de la antijuridicidad de los tipos de referencia" (*op. loc. cit.*). Al margen de ello, sin embargo, en la doctrina penal española se ha defendido también, como veremos, la integración de la infracción de los deberes del cargo en el tipo de injusto en calidad de medio utilizado en la ejecución del delito. Para Rodríguez Puerta, por ejemplo, es precisamente una concepción subjetiva del deber lo que permite "explicar la necesaria referencia de algunos delitos a la infracción de deberes, no ya como objeto de tutela, sino como expresión de los modos, formas o medios de menoscabo del bien jurídico" (*El delito de cohecho...*, cit., p. 33, nota 36).

⁶² Cfr. Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte Especial*, cit., p. 930: "estos delitos no son delitos cometidos por funcionarios públicos, pero sí delitos contra la Administración Pública, que lógicamente no requieren la incorporación del sujeto a la actividad pública, aunque su conducta pretenda conculcar el recto funcionamiento de la misma"; Morales Prats / Rodríguez Puerta, en Quintero Olivares (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, cit., pp. 1600 y 1601: "Con la incorporación al catálogo de delitos contra la Administración Pública de estos comportamientos, adquiere refrendo legal la concepción doctrinal según la cual la infracción de los deberes del cargo no constituye el objeto jurídico del tutela en el Título XIX. Por consiguiente, el bien jurídico tutelado no es otro que la función pública, merecedora de tutela penal tanto frente a los ataques que, en el seno interno de la Administración, protagonizan quienes desempeñan funciones públicas, como frente a los

Si bien el sistema de determinación del círculo de la autoría que rige en el Título que nos ocupa no supone, ni mucho menos, un modelo unitario, que fíe sus consecuencias político-criminales a la construcción de un grupo delictivo semejante al que se estila en el Código penal italiano, lo cierto es que al hilo de ese dato se ha venido formulando, quiza, la más relevante de las críticas de que, tanto *de lege lata* como *de lege ferenda*, estas infracciones son objeto: las dificultades que supone la identificación en todas y cada una de ellas de comportamientos que importen la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico habilitado para cumplir el rol de

atentados externos perpetrados por personas ajenas a esa función”; López Garrido / García Arán, *El Código penal de 1995...*, cit., p. 176: “Esta concepción explica satisfactoriamente la agrupación sistemática de estos delitos, en alguno de los cuales no concurre la condición de funcionario en el sujeto activo..., pero se afecta a la prestación de funciones públicas objetivamente consideradas”; Polaino Navarrete, en Cobo del Rosal (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte Especial II*, cit., p. 268: “El legislador considera, no obstante, que determinadas formas de incidencia de los particulares en la Administración Pública, bien en connivencia con los funcionarios públicos, bien en contra de los mismos y en propio provecho personal, por lesionar esencialmente los intereses públicos, asimismo merecen ser incorporadas entre los supuestos típicos incluidos en el presente Título XIX”. En contra, Feijoo Sánchez (“Delitos contra la Administración Pública...”, cit., pp. 1678, 1680 y 1681) y Méndez Rodríguez (“Sobre la naturaleza...”, cit., pp. 360 y ss.). Feijoo distribuye los delitos de los particulares en dos grupos: los constituidos por conductas “que favorecen o motivan o pueden favorecer o motivar una actuación antijurídica por parte de un funcionario”, es decir, “relacionados con la idea de la participación criminal, aunque algunos de ellos no se puedan calificar formalmente como inducción, cooperación necesaria o complicidad en el delito especial correspondiente” (arts. 418, 423, 429 y 430), y los supuestos de agresión directa contra los intereses de la Administración Pública, representados únicamente por la figura del artículo 414. 2. Más importante todavía, a los efectos aquí considerados, es su idea de que los delitos de los artículos 422, 435.3, 438 y 440 -que reclamarían como autores a particulares colocados en una posición jurídica similar a la de los funcionarios- no tienen en cuenta a la Administración como objeto de tutela. De todo ello Feijoo colige que la *ratio* del Título XIX no reside, ni en la exigencia típica de que las conductas presenten rasgos estructurales comunes, ni en el dato de que sólo cobren relevancia en la medida en que afecten a la función constitucional de la Administración Pública. A la vista de la disciplina sentada por el Título VII CPTR73, Méndez Rodríguez, por su parte, concluía que lo que justificaba la selección de figuras operada por el legislador era “la similar posición, respecto a la afección, tanto del funcionario público como del particular” y que apuntaría al ejercicio de “determinadas facultades o competencias de carácter público”. La referencia de la misma al bien jurídico “ejercicio del poder público” abonaría la configuración de los delitos “en el ejercicio del cargo” como un grupo teleológica y estructuralmente homogéneo. A nuestro entender, es justamente el dato de la concurrencia en todos ellos de las conductas fácticas y jurídicas

límite del poder punitivo del Estado y que actúe, además, como factor de propulsión de aquellos valores político-constitucionales que deben hacerse operativos en este terreno⁶³.

necesarias para agredir el bien jurídico institucional en juego lo que permite descifrar los criterios utilizados por el legislador para atribuir a los particulares la autoría de ciertos delitos contra la Administración Pública. El primero de ellos puede descubrirse en la existencia en el Título XIX de estructuras típicas de participación necesaria. Los artículos 406 y 423, reverso de los delitos pluripersonales de los artículos 405 y 419 a 421, respectivamente, contienen de esta forma cláusulas de individualización de la punibilidad de los particulares intervinientes en la relación delictiva descrita por aquéllos. El 418, por su parte, muestra al particular que se aprovecha de los secretos o informaciones obtenidos del funcionario autor de los delitos de los artículos 417 ó 422. En este caso, el presupuesto de la sanción supone un plus con respecto a su contribución a las precitadas figuras de participación necesaria, al requerirse el uso de la información ilícitamente conseguida con ánimo de lucro, por lo que en puridad es al propio artículo 418 al que cabrá adjudicar la condición de delito pluripersonal. En un segundo estrato se ubican los artículos 414.2, 429 y 430, interpretables a la luz de los criterios teleológicos que inspiran el Título, como agresiones externas, a pesar de carecer de vínculo estructural alguno con otros preceptos del mismo. Tratándose del tráfico de influencias del artículo 429 es, en palabras de Cugat Mauri, la “asimilación de la influencia a las formas de participación” lo que permite su inclusión entre los delitos contra la Administración Pública, “pues en su trasfondo puede aparecer una conducta delictiva del funcionario influido, que es quien puede lesionar la imparcialidad en la función” (*La desviación...*, cit., p. 192). La legitimidad de la incriminación de la conducta del artículo 430 viene puesta en entredicho por la doctrina dominante, lo que no empece a que el tipo dibuje claramente un ámbito de vigencia material que se corresponde con comportamientos asimilables a los actos preparatorios de los más genuinos delitos contra el ejercicio de las funciones públicas. Finalmente, en los artículos 416, 422, 435 y 440 se contienen cláusulas de asimilación conceptual de ciertos *extranei* que participan en el ejercicio de la función pública -y que por lo tanto pueden interferir en él- a quienes ostentan la cualidad de funcionarios públicos a los efectos penales. Con relación a este tercer grupo de supuestos, precisamente, M^a A. Rueda Martín ha criticado, acertadamente, la incoherencia del legislador al no fijar siempre idéntico *quantum* de pena a los particulares “asimilados” que a los funcionarios que perpetran esas mismas conductas. Sobre ese plano, los artículos 440 -cuya pena supera a la señalada en el artículo 339- y 416 -que reserva a los particulares encargados de la custodia y despacho de documentos una sanción inferior a la aplicable a los funcionarios que realizan el mismo comportamiento- contrasta con la disciplina sentada por los artículos 422 y 435. Cfr. “Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la Administración Pública”, *RDPC*, n^o 8, 2001, pp. 150 y 151.

⁶³ Ilustran el estado de opinión sobre este extremo con anterioridad a la entrada en vigor del Código penal de 1995, Bacigalupo, “Sobre la reforma...”, cit., pp. 1095 y ss.; Queralt Jiménez, *Derecho penal español. Parte Especial*, cit., pp. 557 y 558; y Portilla Contreras (*El delito de práctica ilegal...*, cit., pp. 58 y 59), que proponía una reforma que, descriminalizando las infracciones que contradecían exclusivamente el deber del cargo y dispensando un trata-

En opinión de un sector doctrinal, el punto de vista esencial para esta tarea lo proporcionan con carácter general las ideas del “correcto” funcionamiento externo de los aparatos oficiales, de la confianza de la comunidad en el mismo o de un ejercicio del poder público sin ninguna clase de desviaciones. En favor de esta acepción amplia de la “Administración Pública” en tanto objeto de la tutela jurídico-penal se pronuncian, señaladamente, Morales Prats / Rodríguez Puerta, quienes escriben que el bien jurídico común a los delitos incluidos en el Título XIX “no es otro que el correcto desempeño de las distintas actividades públicas desde la perspectiva de una Administración prestacional, plenamente sometida al Derecho y al resto de principios constitucionales que ordenan su funcionamiento”⁶⁴, y Morales García, partidario de entender que aquél “no

miento independiente a las que afectaban a bienes jurídicos distintos de la función pública, reservase el intitulado para aquellos delitos “que infrinjan intereses generales de los ciudadanos mediante el desarrollo de la función pública y no estén previstos en algún otro título del Código penal”. Con la mirada puesta en el vigente Título XIX, Morales Prats / Rodríguez Puerta inciden en que la única forma de interpretar el grupo en clave constitucional pasa por restringir la sanción penal “a aquellos comportamientos más graves, atentatorios directamente al modelo constitucional de Administración, que no pueden ser adecuadamente resueltos por otras ramas del Ordenamiento jurídico” (en Quintero Olivares (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, cit., pp. 1598 y 1599); y López Garrido / García Arán (*El Código penal de 1995...*, cit., p. 176), P. Crespo Barquero (en I. Serrano Butragueño (coord.), *Código penal de 1995 (Comentarios y Jurisprudencia)*, Granada, 1998, pp. 1607 y 1608) y J. A. Mora Alarcón, *Suma de Derecho penal. Parte General y Especial*, Madrid, 1996, p. 578, en términos similares, en que la Administración Pública como objeto de protección no hace referencia ni a las relaciones internas entre los funcionarios y sus cargos ni a su dignidad o prestigio.

⁶⁴ Vid. Morales Prats / Rodríguez Puerta, en Quintero Olivares (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, cit., pp. 1599 y 1600. Ya con anterioridad García Arán se había mostrado proclive a la adopción de un concepto amplio de Administración Pública que unificase los ataques a la actividad pública en sus diversas manifestaciones, al estimarlo coherente con la finalidad última perseguida por el legislador penal en este campo, la de castigar con rigor los abusos más graves en el ejercicio de las funciones públicas evitando la aparición de vacíos o lagunas de tutela (*La prevaricación...*, cit., pp. 37 y ss.). Suscriben la tesis de la confianza, E. Casas Barquero, “Algunos aspectos de los delitos del funcionario y del particular relativos a dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas”, *Estudios Penales. Libro homenaje al Prof. J. Antón Oneca*, Salamanca, 1982, p. 658, quien con relación a los tipos penales del cohecho habla de “la confianza consustancial a la titularidad de la función, que en el funcionario se deposita por el Estado y por la propia sociedad en general, cuyo sentir dentro del respeto a las exigencias de un orden de derecho corresponde a cada uno de los integrantes de la misma”; C. Mir Puig, *Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código penal*, Barcelona, 2000, p. 19; Crespo Barquero, en Serrano Butragueño (coord.), *Código penal...*,

se limita a la tutela más o menos extensa e intercambiable de los principios constitucionales de la Administración Pública sino que, de modo más amplio y con carácter meramente aglutinador, bajo su rúbrica se atiende a la protección de cuantos principios de actuación legitiman la necesaria intervención de los poderes públicos en su conjunto”, justificándose a su juicio la alusión a la Administración en exclusiva e atención a que “la capacidad prestacional por excelencia es, sin duda, la desarrollada por este organismo que, de modo únicamente simbólico, englobaría la idea prestacional que luego se refleja en los tipos”⁶⁵.

Otros autores se muestran escépticos, sin embargo, con relación al rendimiento interpretativo de un concepto de Administración Pública formulado en tales términos. Concebida como supraentidad comprensiva del conjunto de las funciones estatales (administrativas, judiciales y legislativas), la Administración evoca una realidad institucional “sólo cohonestable -escribe Octavio de Toledo y Ubieto- con idearios similares al de la extinta Ley Orgánica del Estado y su «unidad de poder y coordinación de funciones”⁶⁶. Aun asumiendo que todas las expresiones (materiales, jurídicas) del Estado social y democrático de Derecho están imbuidas de la filosofía prestacional que se halla en la base misma de su existencia, se haría imprescindible, por lo tanto, proceder a una especificación de las actividades públicas implicadas en la realización de cada uno de los delitos, como paso previo en la exacta determinación y definición de los

cit., p. 1607; Bacigalupo Zapater (“Sobre la reforma...”, cit., p. 1099) y J. López Barja de Quiroga, *Manual de Derecho penal. Parte Especial*, Tomo III, Madrid, 1992, p. 173, que extiende la referencia a la exégesis de todo el grupo. Las principales objeciones que ha merecido este tipo de discurso pueden verse en A. Asúa Batarrita, “La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración. Cuestiones político-criminales, criterios de interpretación y delimitación respecto a la potestad disciplinaria”, en A. Asúa Batarrita (ed.), *Delitos contra la Administración Pública*, Bilbao, 1997, pp. 22, 25 y 26; Amelung, “Die Zulässigkeit...”, cit., p. 510; Cugat Mauri, *La desviación...*, cit., pp. 69 y 70; Olaizola Nogales, *El delito de cohecho...*, cit., pp. 86 y 87, que considera a la confianza de la ciudadanía, con todo, “una de las condiciones básicas de funcionamiento de la Administración, para que ésta pueda prestar su servicio correctamente”, adscribiéndose con ello a la construcción de Loos.

⁶⁵ Cfr. Morales García, *Los delitos de malversación...*, cit., pp. 46 y 47. *Vid.* asimismo Feijoo Sánchez, “Delitos contra la Administración Pública...”, cit., p. 1678, quien destaca que la referencia a la Administración Pública como objeto de protección no plantea “problemas político-criminales de legitimidad”.

⁶⁶ Cfr. “El delito de prevaricación de los funcionarios públicos...”, cit., p. 1516.

intereses institucionales -relativos al desarrollo de las funciones públicas- que el legislador ha querido preservar⁶⁷. Con arreglo a este punto de vista, el cumplimiento por parte de la noción de Administración Pública de una verdadera función dogmático-hermenéutica pasaría por situar su actividad en el marco del artículo 103. 1 de la Constitución española (“La Administración sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, coordinación y sometimiento pleno a la ley y al Derecho”), para intentar, en un segundo momento, una reunificación del grupo en torno al parámetro de valoración jurídica de las actividades administrativas que se estima esencial o prioritario⁶⁸. La intervención penal obtendría su legitimidad, por todo ello, de la puesta en peligro de los intereses de la comunidad a través de actuaciones ilegales, ineficaces o imparciales⁶⁹.

⁶⁷ Vid. Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte Especial*, cit., p. 928: “la Administración Pública de la que se habla en la rúbrica de todo el Título XIX no es más que el marco en el que se realizan los delitos que en él se tipifican, pero luego hay que identificar en cada caso el aspecto de la Administración que en cada uno de ellos se cuestiona”. En términos parecidos, López Garrido / García Arán, *El Código penal de 1995...*, cit., p. 176; Landecho Velasco / Molina Blázquez, *Derecho penal español. Parte Especial*, cit., p. 396; Roldán Barbero, “El delito de desobediencia...”, cit., p. 1799; Asúa Batarrita, “La tutela penal...”, cit., pp. 20 y 21; González Cussac, “La nueva regulación...”, cit., pp. 17 y 18, para quien la decisión legislativa de otorgar un marco de autonomía propia a los delitos contra la Administración de Justicia es coherente con el distinto grado de sometimiento de los jueces al derecho. Esta vía interpretativa permite captar, en efecto, la desigualdad de naturalezas y principios de organización y funcionamiento que en el Derecho continental europeo distinguen al Parlamento, al juez y a la Administración Pública. Como enseña García de Enterría, no debe olvidarse que mientras el primero se construye sobre el principio de representación política y el segundo es *viva vox iuris*, no integrándose jerárquicamente en su función “sentenciadora” en organización alguna, la Administración trae consigo una organización dependiente y precisada de justificación por su servicio a la comunidad, de modo que su rasgo primordial ante el mundo del Derecho es su personalidad jurídica. Cfr. E. García de Enterría / T.-R. Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. I, 11ª ed., Madrid, 2002, pp. 29 y ss.

⁶⁸ Para una sistematización de las distintas propuestas Vid. 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”).”, *EPC*, Vol. XXII, 2000, pp. 361 y 362.

⁶⁹ Vid. Morillas Cueva / Portilla Contreras, “Los delitos...”, cit., p. 186; Rebollo Vargas, *La revelación de secretos...*, cit., pp. 52 y 54; Cugat Mauri, *La desviación...*, cit., pp. 76 y ss; Mestre Delgado, en Lamarca Pérez (coord.), *Manual de Derecho penal. Parte Especial*, cit., pp. 549 y 550.

De lo que no cabe duda alguna es de que a través de estas concepciones se da entrada a un objeto jurídico que, al poner de relieve los servicios que la ciudadanía ha de recibir de la Administración, permite fiscalizar la “legitimidad material” de todas las decisiones de aquélla⁷⁰ ha de prestar a la ciudadanía. Ésta no representa -tal y como resulta configurada en el modelo estatal sancionado en los artículos 1.1, 9 y 10 de la Constitución- un bien jurídico genérico o formal, privado de todo contacto con la esfera de bienes e intereses de los particulares. Bien al contrario, la previsión de una disciplina penal específicamente destinada a ella encuentra su razón de ser en su significado de “mecanismo prestacional”, de cauce de satisfacción -con “eficacia indiferente”- de intereses generales -y no de intereses del Gobierno, de partido o de la organización burocrática administrativa- y, en última instancia, de garante del libre desarrollo de la personalidad de los ciudadanos⁷¹. A esas referencias cabe reconocerles, por lo tanto, el rango axiológico y la sustantividad de los que carece la tradicional noción de “deberes del cargo”⁷². Cabe cuestionarse, no obstante, si no merece ninguna clase de reproche la apelación, en el marco del Derecho penal propio de un Estado social y democrático de Derecho, a nociones que no permiten medir, escalonar o graduar en absoluto la ofensa acarreada por las figuras delictivas a cuya

⁷⁰ En este sentido, Cugat Mauri, *La desviación...*, cit., p. 72.

⁷¹ Para el concepto de interés general y sus implicaciones con otros análogos, A. Nieto García, “La Administración sirve con objetividad los intereses generales”, *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje a E. García de Enterría*, Tomo III, Madrid, 1991, 2228 y ss.

⁷² Vid. Octavio de Toledo, *La prevaricación...*, cit., p. 243; F. J. Álvarez García, *El delito de desobediencia de los funcionarios públicos*, Barcelona, 1987, p. 222; C. Martínez Pérez, “Lo objetivo y lo subjetivo en el delito de prevaricación de funcionarios. (A propósito de la sentencia del T. S. sobre el ‘caso Barreiro’)”, *ADPCP*, Tomo XLIV, 1991, p. 389; González Cussac, “La nueva regulación...”, cit., p. 17; Morales García, *Los delitos de malversación...*, cit., pp. 68 y 69; L. Rodríguez Ramos, “Transfuguismo retribuido y cohecho”, *AP*, 1994-1, pp. 443 y ss.; Rodríguez Puerta, *El delito de cohecho...*, cit., pp. 32 y 33; Olaizola Nogales, *El delito de cohecho...*, cit., pp. 87 y 88; Crespo Barquero, en Serrano Butragueño (coord.), *Código penal de 1995...*, cit., pp. 1607 y 1608; Feijoo Sánchez, “Delitos contra la Administración Pública...”, cit., p. 1678; J. J. Queralt Jiménez, “Delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código penal. Una aproximación desde la nueva regulación de la prevaricación administrativa”, en V. Gimeno Sendra / J. J. Queralt Jiménez / J. A. Martín Pallín / M. Marchena Gómez, *Estudio y aplicación práctica del Código penal de 1995*, Tomo II, *Parte Especial*, Madrid, 1997, pp. 418 y 419; Cugat Mauri, *La desviación...*, cit., pp. 70 y ss. En la Jurisprudencia pueden verse, entre otras, las SSTs de 10 de marzo de 1992, de 22 de septiembre de 1993, de 29 de junio de 1995, de 10 de julio de 1995, de 28 de septiembre de 1995, de 14 de marzo de 1996 y de 5 de marzo de 1997.

interpretación teleológica se orientan. No hay que olvidar que ninguno de los ámbitos o sectores de la realidad abarcados por los precitados conceptos constituye un objeto afectable -ideal o materialmente- *por lo que hace o provoca* cualquiera de los autores de un delito del cargo⁷³. En España, en línea con estos posicionamientos, la configuración de la Administración Pública como objeto de protección global ha intentado explicarse dogmáticamente acudiendo a la tesis de los delitos con “bien jurídico intermedio espiritualizado” o con bien jurídico “con función representativa”, con la que se pretende poner en relación el concepto tradicional de “delito de peligro abstracto” con las técnicas de tipificación seleccionadas por el legislador para tutelar aquellos bienes jurídicos cuya perturbación se produce únicamente a través de una repetición generalizada de comportamientos delictivos⁷⁴. Con arreglo a ella, sería a las “condiciones básicas de funcionamiento de la Administración imprescindibles para su vigencia e indemnidad” -el “bien jurídico representante” de estos delitos-, a las que le correspondería desempeñar el papel técnico y político-criminal del concepto bien jurídico, un papel que el “bien representado” -la Administración Pública, el “buen funcionamiento” de los aparatos del Estado- se muestra incapaz de asumir por su desmesurada extensión. Pero no parece que con ello se haya obtenido ganancia alguna para solventar

⁷³ *Vid.*, en esta línea, Méndez Rodríguez, “Sobre la naturaleza...”, cit., p. 367, denunciando la inoperatividad de la referencia “actividades del Estado” como “criterio material unificador de actividades de afección” y los riesgos de que con semejante definición del bien jurídico la ofensividad de los tipos termine por perfilarse “acudiendo a criterios alejados de cualquier grado de afección a intereses generales de la comunidad”. Admiten la necesidad de operar con “concreciones” del bien jurídico común “Administración Pública” para descubrir en los diversos tipos conductas de lesión o de riesgo, Crespo Barquero, en Serrano Butragueño (coord.), *Código penal de 1995...*, cit., p. 1608; Feijoo Sánchez, “Delitos contra la Administración Pública...”, cit., p. 1679, que cataloga, con todo, como delitos de “lesión del correcto funcionamiento de la Administración Pública” los de los artículos 404, 409 párrafo 21 y 434.

⁷⁴ La tesis de los delitos con bien intermedio viene formulada en el seno de las diversas clasificaciones propuestas para diferenciar las técnicas de tipificación de los delitos de peligro abstracto. En la doctrina española, con relación a los delitos contra la Administración Pública es defendida en la actualidad por T. Rodríguez Montañés, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid, 1994, pp. 300 y ss.; Olaizola Nogales, *El delito de cohecho...*, cit., p. 103; E. Demetrio Crespo, “Consideraciones sobre la corrupción y los delitos contra la Administración Pública”, en J. C. Ferré Olivé (ed.), *Fraude y corrupción en la Administración Pública. Delitos financieros, fraude y corrupción en Europa*, Vol. III, Salamanca, 2002, p. 186.

el problema, pues, al margen de merecer otras consideraciones de orden material e incluso ético-social que serán objeto de consideración en un momento posterior⁷⁵, la adopción de un planteamiento de estas características arrastraría numerosas perturbaciones en orden a la construcción lógico-científica del presente conjunto de delitos. Su caracterización como meras infracciones formales de deberes estatutarios ni siquiera se acomoda al Derecho vigente, desde el momento en que ninguno de los coeficientes presentados para medir la adecuación de las conductas típicas para perjudicar a lo “básico en la función pública” (v. gr., en el ámbito del cohecho, la concreta naturaleza del acto a cuya ejecución se ha comprometido el funcionario, la cuantía de la dádiva, el rango jerárquico del agente público) guarda relación con los criterios de graduación de las penas previstos por el legislador para las figuras del Título XIX⁷⁶.

Sopesando argumentos tanto de tipo técnico como político-criminales -entre ellos, algunos de los anteriormente expuestos-, la doctrina expresa mayoritariamente una opinión crítica sobre la disciplina recibida por este sector de la Parte Especial en el Código penal de 1995⁷⁷. Los

⁷⁵ Por todos, M. Polaino Navarrete, *El bien jurídico en el Derecho penal*, Sevilla, 1974, pp. 21 y 22. En el rechazo que ha merecido la doctrina del deber del cargo como objeto de protección ha pesado considerablemente su proximidad a los planteamientos de la Escuela de Kiel, que defendía una concepción del delito en la que lo básico, más que la violación de la ley formal o la lesión de un bien jurídico, era la actitud ética del sujeto ante los valores comunitarios. Estas propuestas interpretativas otorgarían a los delitos de los funcionarios la tesitura de meras desobediencias, de delitos formales sin reprobabilidad social real, a través de cuya tipificación se perseguiría el logro de una determinada actitud interna frente al Estado. Para una crítica global a la configuración de los delitos del cargo como delitos que agotan su contenido de injusto en la infracción del deber Octavio de Toledo y Ubieta, *La prevaricación...*, cit., pp. 239 y ss.; Rebollo Vargas, *La revelación...*, cit., pp. 62 y 63; Asúa Batarrita, «La tutela penal...», cit., p. 20; Álvarez García, *El delito de desobediencia...*, cit., pp. 211 y ss.; Olaizola Nogales, *El delito de cohecho*, cit., pp. 82 y 83; Valeije Álvarez, “Consideraciones...”, cit., pp. 321 y ss.; González Cussac, “La nueva regulación...”, cit., pp. 16 y 17.

⁷⁶ Tal y como reconoce Olaizola Nogales, *El delito de cohecho*, cit., p. 104.

⁷⁷ Morales Prats / Rodríguez Puerta [en Quintero Olivares (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, cit., pp. 1599 y ss.] exponen, sin embargo, una valoración enteramente positiva de la nueva disciplina. Sintetizando los principales criterios que les permiten llegar a dicha conclusión, para estos autores: a) al despenalizar la anticipación, prolongación y abandono de funciones, el delito de renuncia o negativa a desempeñar un cargo público obligatorio sin excusa legal y las formas imprudentes de prevaricación y malversación, el legislador ha sancionado un modelo de intervención penal respetuoso con los principios de subsidiariedad y fragmentariedad (*op. cit.*, p. 1171); b) todas las modificaciones operadas en

motivos de insatisfacción son variados. Se señala, en primer lugar, que, a pesar de que los principios y reglas que integran el estatuto constitucional de la Administración representan un criterio altamente utilizable en sede de diferenciación entre ilícito penal y disciplinario, al inducir a reservar éste para los incumplimientos o transgresiones de pautas de organización interna marcadas por la propia Administración o por el legislador ordinario⁷⁸, éste no ha conseguido dibujar una línea de demarcación entre ambos que respete el sentido que la amenaza punitiva debe revestir en un Estado de Derecho⁷⁹. En segundo lugar, a la reforma cabrá probablemente reprocharle su escaso éxito en la consecución de lo que

el Título y, de forma específica, en las figuras que componen el Capítulo IX sirven al objetivo de “ofrecer un adecuado tratamiento penal de conductas delictivas que se habían revelado lesivas de los principios y valores propios de una Administración democrática, cuyo encaje en los tradicionales delitos de funcionarios resultaba difícil” (*op. cit.*, p. 1772); y c) la utilización de nuevos criterios de agrupación de las figuras responde a la voluntad de racionalizar la casuística y heterogénea agrupación delictiva ofrecida por el Código derogado. Deteniéndonos someramente en este último punto, hay que reconocer, en efecto, que el legislador ha facilitado notablemente la comprensión de la materia, al concentrarla en tres grandes bloques temáticos: en primer lugar, el de los ataques más graves al principio de legalidad (prevaricación y otros comportamientos injustos y abandono de funciones públicas); en segundo lugar, el de las agresiones a otros principios de carácter esencialmente organizativo (desobediencia, denegación de auxilio, infidelidad en la custodia de documentos y violación de secretos); y, por último, el de los delitos cuyo móvil es la obtención de una ganancia ilícita (cohecho, tráfico de influencias, malversación) (*op. cit.*, p. 1773). Claramente críticos se muestran, por el contrario, Polaino Navarrete, en Cobo del Rosal (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial II*, cit., pp. 268 y 269; Octavio de Toledo y Ubieto, “El delito de prevaricación...”, cit., p. 1517; Queralt Jiménez, “Delitos contra la Administración Pública...”, cit., pp. 418 y 419; Asúa Batarrita, “La tutela penal...”, cit., p. 28.

⁷⁸ En este sentido, Valeije Álvarez, *El tratamiento...*, cit., p. 28; Olaizola Nogales, *El delito de cohecho*, cit., p. 88; Rodríguez Puerta, *El delito de cohecho...*, cit., p. 67; Asúa Batarrita, “La tutela penal...”, cit., pp. 20 y 25.

⁷⁹ *Vid.* Serrano Gómez, *Derecho penal. Parte Especial II (2)*, cit., p. 805: “El Derecho penal, no respetando el principio de intervención mínima, criminaliza conductas de los funcionarios que debían resolverse en vía administrativa”. Mir Puig (*Los delitos contra la Administración Pública...*, cit., pp. 19 y 20) identifica en el grupo ilícitos en los que se protege “de un modo directo e inmediato el aspecto *interno* (de organización, o de relación Administración-funcionarios)”, y sólo de forma indirecta el funcionamiento de la Administración en su vertiente de servicio público (cursivas en el original). A ese patrón responderían los nombramientos ilegales y la desobediencia funcional. Vigente el CPTR73, auspiciaba ya la remisión de los nombramientos ilegales al terreno del derecho disciplinario S. Mir Puig, voz “Nombramientos ilegales”, *NEJ*, Tomo XVII, Barcelona, 1982, p. 346. En la misma línea, Méndez Rodríguez (“Sobre la naturaleza...”, cit., pp. 362 y 363) apelaba a la necesidad de “depurar” los

se anunciaba como uno de sus objetivos primarios: la plena cohesión de la regulación de la delincuencia relacionada con la Administración Pública con los nuevos principios y valores constitucionales⁸⁰. La literatura técnica, desde los años setenta, se había ocupado en la tarea de elegir y precisar los valores últimos a los que debería tender el ordenamiento jurídico-penal en este campo: la imparcialidad, la eficiencia y la legalidad de la Administración, conviniendo en la necesidad de articular una tutela diferenciada para las diversas funciones públicas (legislativa, administrativa y judicial)⁸¹. A pesar de hacerse eco de la sustancial modificación de las relaciones entre la ciudadanía y el Estado operada por la Constitución española de 1978, el articulado del Código penal de 1995 no respalda, ni mucho menos, dicha alternativa. El legislador ha modelado los diversos delitos a la vista de un concepto monolítico de organización estatal, en el que la máxima de la división de poderes parece quedar reducida a una simple regla de distribución de las competencias en el seno de la burocracia pública y la figura del funcionario a una noción formal que abarca indistintamente al personal de la organización administrativa, a los parlamentarios y a los jueces⁸². En este sentido deberá reconocerse con Octavio de Toledo y Ubieto que el nuevo Título XIX no ha puesto en marcha una auténtica reforma orgánica de la materia, al haber respetado

contenidos del Título VII, Libro II, del CPTR73, con respecto al cual el actual Título XIX muestra, en líneas generales, pocas variaciones. Su diagnóstico se apoyaba en el frecuente recurso a injustos de carácter disciplinario y en la justificación de “la mayor parte de los tipos” por la “posibilidad de imposición de la pena de inhabilitación”. Los vigentes artículos 404, 407. 1 y 2 y 408 describen sanciones de naturaleza exclusivamente profesional.

⁸⁰ Vid. Octavio de Toledo y Ubieto, “El delito de prevaricación de los funcionarios...”, cit., pp. 1517 y ss.; Queralt Jiménez, “Delitos contra la Administración Pública...”, cit., p. 419.

⁸¹ Vid. Octavio de Toledo y Ubieto, *La prevaricación...*, cit., pp. 312 y ss.

⁸² Cfr. Octavio de Toledo y Ubieto, “El delito de prevaricación de los funcionarios...”, cit., pp. 1517 y 1526, nota 16. Delitos como los nombramientos ilegales, el abandono de destino y la omisión del deber de perseguir delitos y la desobediencia o denegación de auxilio, la infidelidad en la custodia de documentos y la violación de secretos, el cohecho el tráfico de influencias, la malversación, los fraudes y exacciones ilegales, las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios y los abusos en el ejercicio de su función pueden ser cometidos, así, tanto por funcionarios administrativos como por jueces y funcionarios judiciales. Además, tampoco cabe desechar la posibilidad, como subraya Octavio de Toledo y Ubieto (*op. loc. cit.*), de que en el desempeño de las distintas funciones necesarias para la realización de las actividades propias de las cámaras parlamentarias puedan perpetrarse, por quienes las protagonizan o colaboran en su ejercicio, delitos como los nombramientos ilegales, la infidelidad en la custodia de documentos, la violación de secretos, el cohecho, el

el concepto de Administración Pública que podía extraerse ya del texto punitivo de 1870⁸³. Esta conclusión no se ve contradicha por el hecho de que los artículos 410. 1 y 412. 1 se refieran, respectivamente, a los delitos de desobediencia a “resoluciones judiciales” y de “no prestación del auxilio debido a la Administración de Justicia”, ni porque el artículo 424 contemple un supuesto de inexigibilidad parcial o una excusa absolutoria, según las diversas interpretaciones, cuando el soborno media en una causa criminal y en favor del reo y es realizado por su cónyuge o por otra persona a la que se halle ligado establemente por análoga relación de afectividad, por algún ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o por personas afines en los mismos grados. Con relación a éste último precepto, es bueno recordar que una disposición similar venía siendo recogida en el marco de los delitos de cohecho desde el Código penal de 1848, y como reflexión general aplicable a los tres, que son precisamente buenos ejemplos de la recepción marginal de dicho orden de ideas.

Por otra parte, el estatuto penal establecido por el Código de 1870 para una Administración a la que le correspondían, por aquel entonces, reducidos espacios de intervención en el sector de la economía, y cuya actuación se ajustaba, por lo tanto, más al esquema de los actos formales que al de la actividad técnica o económica, había venido sufriendo una progresiva extensión en los estudios doctrinales y, en menor medida, en las decisiones jurisprudenciales⁸⁴. Las dudas sobre el régimen penal de la

tráfico de influencias, la malversación, los fraudes o las negociaciones prohibidas. De Morales García puede tomarse el ejemplo de la condonación en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, con efectos retroactivos, de deudas jurídicamente exigibles por la Administración Tributaria y cuyo costo no puede utilizarse ya en la previsión de ingresos del Estado, comprobándose “el nexo entre la financiación irregular del partido que sustenta la mayoría parlamentaria que defiende y aprueba la condonación y los beneficiarios de la misma” (*Los delitos de malversación...*, cit., p. 70. nota 32).

⁸³ Cfr. Octavio de Toledo y Ubieto, “El delito de prevaricación de los funcionarios...”, cit., p. 1517. Este autor llega a calificar la decisión del legislador de 1995 de proteger de forma indiferenciada las diferentes cualidades que han de respetarse en la ejecución de las actividades parlamentarias, judiciales y administrativas como “patrocinio” de un concepto de Administración Pública “similar al del Código italiano del fascismo”.

⁸⁴ Para una visión global sobre los pronunciamientos jurisprudenciales en esta materia, con alusión a las sentencias más significativas, *Vid.* I. Valeije Álvarez, “Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y personas que desempeñan una función pública”, *CPC*, 1997, n° 62, pp. 479 y ss.

empresa pública se habían resuelto de esta forma, por un sector de opinión, defendiendo la aplicación directa de los tipos del Título VII del Código penal de 1973⁸⁵. Frente a ello, no obstante, y con buen tino, otros autores e incluso el prelegislador de 1992 habían preconizado la inclusión en el texto punitivo de una disposición (común a los delitos contra la Administración Pública) que flexibilizase la rigidez de las figuras decimonónicas en beneficio de los abusos de gestión protagonizados por el personal laboral de las entidades del sector público, como solución más coherente “atendiendo estrictamente a criterios de afección al bien jurídico protegido”⁸⁶.

Tampoco se han hecho efectivas estas premisas en la nueva regulación de los delitos contra la Administración Pública, esforzándose los escasos monografistas actuales en dilucidar cuál de las dos soluciones resulta, a la postre, la más apropiada para eliminar o, cuando menos, reducir la inseguridad jurídica sobre el terreno de la aplicación de la ley penal sin generar, al propio tiempo, esferas de inmunidad. La opinión mayoritaria, quizá, se pronuncia a favor de reconducir, sin más, tales hipótesis al núcleo de la disciplina penal de la función pública, por entender que dicha operación no implicaría en modo alguno forzar su letra o su espíritu⁸⁷. De forma aislada, Valeije Álvarez apuesta, por su parte, por una reforma del propio artículo 24 “a fin de introducir un mayor rigor en el

⁸⁵ Vid. I. Borrajo Iniesta, “El intento de huir del Derecho Administrativo”, *REDA*, n.º 78, 1993, p. 245. De la misma opinión, A. Luzón Canovas, “Los caudales de las empresas públicas como posible objeto del delito de malversación”, *AJA*, año VI, n.º 276, pp. 1 y ss., que incluye en el ámbito de tipicidad de la malversación a las entidades de Derecho público con personalidad jurídica que por ley están obligadas a ajustar sus actividades al ordenamiento jurídico-privado y a las empresas de servicios públicos. En relación con las sociedades mercantiles de naturaleza pública que respondan al patrón de la sociedad anónima con participación pública, mayoritaria o no, se pronuncia, en cambio, en sentido contrario, puesto que en su opinión decaería el carácter público de los caudales. Finalmente, la respuesta no le parece “clara” con respecto a las sociedades cuyo capital es exclusivamente público.

⁸⁶ Vid. Rebollo Vargas, *La revelación...*, cit., pp. 108 y ss. Hay que dejar constancia, no obstante, de que para este autor la primera de las opciones no implicaría “forzar el tenor de las normas” (*op. cit.*, p. 123). El artículo 425 del Proyecto de Código penal de 1922, integrado en el Título XVI del Libro II, rezaba: “Si el autor de los hechos perpetrados en el presente Título no tuviera la condición profesional de funcionario público podrá imponérsele, por el Juez o Tribunal, como pena accesoria a la prevista para el delito de que se trate, la de inhabilitación especial para el empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años”.

⁸⁷ Vid. E. Montoya Martín, *Las empresas públicas sometidas al Derecho privado*, Madrid, 1996, pp. 595 y 598 y ss.

concepto de función pública”, de modo que el mismo pueda dar cabida a “lo que hoy en día son ‘fórmulas flexibles de administración’ (gestión de servicios por parte de la Administración mediante la creación de sociedades mercantiles)”⁸⁸. En cualquier caso, se ha extendido la convicción de que el silencio del legislador obedece más a su resistencia a afrontar el problema que a la consciente decisión de dejar al margen del Código penal los fenómenos más complejos y delicados de la actividad económica del Estado.

Las soluciones adoptadas para responder a los requerimientos de modificación de la ubicación y contenido específicos de ciertas normas, ampliamente planteados por la literatura especializada, no merecen tampoco una valoración enteramente positiva. Favorablemente se ha acogido el nuevo enclave sistemático de los delitos de prevaricación judicial y de abogados y procuradores, usurpación de atribuciones e infidelidad en la custodia de presos⁸⁹, que viene examinado en el contexto del proceso general de racionalización introducido en la estructura del Código penal⁹⁰. Asimismo no parecen existir dificultades a la hora de hallar justificación para la agravación del tipo básico sufrida por diversos delitos de irregular distribución a lo largo del articulado del texto legal, identificada en la

⁸⁸ Vid. Valeije Álvarez, “Reflexiones...”, cit., pp. 491 y 492. Esta autora se muestra partidaria de reservar la disciplina penal de la función pública a las actividades de las sociedades mercantiles “cuyo objeto social consista en la prestación de servicios públicos”, con exclusión de aquellas otras que “aun nutriéndose de fondos públicos desempeñen exclusivamente actividades de carácter comercial” (cursivas en el original).

⁸⁹ Cfr. arts. 351 a 354, 360, 361 y 362 CPTR73.

⁹⁰ El desplazamiento de los tipos en cuestión del Título dedicado a los delitos “en el cargo” venía siendo largamente demandado por la doctrinal. Cfr. G. Quintero Olivares, “Los delitos contra la Administración de Justicia”, *RJC*, 1980, p. 192; M. J. Magaldi / M. García Arán, “Los delitos contra la Administración de Justicia ante la reforma penal”, *DJ*, Monográfico dedicado a la PANCP, Vol. II, 1983, pp. 1125 y 1128; D. M. Luzón Peña, “Consideraciones sobre la sistemática y alcance de los delitos contra la Administración de Justicia”, en *La reforma penal y penitenciaria*, Santiago de Compostela, 1980, pp. 515 y ss.; Morales Prats, *La tutela penal...*, cit., p. 250; mismo autor, “Privacy y reforma penal: la Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código penal (1983)”, *DJ*, Monográfico dedicado a la PANCP, Vol. I, 1983, pp. 605 y ss. Tras la entrada en vigor del nuevo texto punitivo subrayan las ventajas sistemáticas de la decisión legislativa Landecho Velasco / Molina Blázquez, *Derecho penal español. Parte Especial*, cit., p. 395; Morales Prats / Rodríguez Puerta, en Quintero Olivares (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, cit., pp. 1601 y 1602; Rodríguez Puerta, *El delito de cohecho...*, cit., pp. 35 y ss.; Crespo Barquero, en Serrano Butragueño (coord.), *Código penal de 1995...*, cit., p. 1608.

facilidad comisiva proporcionada por el abuso de los cargos públicos⁹¹. Es con motivo del enjuiciamiento de las previsiones destinadas a algunas de las figuras nucleares del grupo que la doctrina censura claramente la deficiente técnica de tipificación acogida. En sede de malversación de caudales públicos, por ejemplo, no han dejado de resaltarse los graves problemas de solapamiento a que conduce la redacción de los artículos 432, 433 y 434⁹², ni las dificultades de coordinación entre las características del sujeto activo de los artículos 432 y 434 y las requeridas en punto a la malversación impropia por el artículo 435, que reserva la autoría, en términos aparentemente mucho más amplios que aquéllos, a todo el que se hallare encargado por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos de las Administraciones Públicas⁹³. En la regulación de la prevaricación, señala Virto Larruscain, la reforma “ha abierto nuevos frentes de discrepancia, al introducir en el tipo el elemento ‘arbitrariedad’, que añade un variable más a la nunca pacífica discusión sobre el significado del requisito de la ‘injusticia’”⁹⁴. Por otra parte, con la preservación del discutible delito de tráfico de influencias del artículo 430, consistente en el ofrecimiento de influencias o en la aceptación del ofrecimiento o de la promesa de influencias, el legislador de 1995 ha optado por la incriminación de una suerte de acto preparatorio de las conductas de los artículos 428 y 429 o de los delitos clásicos contra la función pública, según las distintas versiones, lo que supone una exagerada anticipación de la intervención penal que colisiona con su propia resolución de castigar sólo en casos excepcio-

⁹¹ Vid. los artículos 222, 391, 394, 398, 499 a 501, 562 y 616. En opinión de M. García Arán (*La prevaricación judicial*, Madrid, 1990, p. 32), el ejercicio abusivo del cargo facilita la realización del hecho base, “con independencia de que ello lesione indirectamente la función desempeñada por el sujeto activo, pero sin que ésta sea la razón de la cualificación”. En el mismo sentido, Rebollo Vargas, *La revelación...*, cit., p. 53; Rodríguez Puerta, *El delito de cohecho...*, cit., p. 34, nota 41.

⁹² Vid. los términos del debate en J. Muñoz Cuesta, “El delito de malversación”, *LL*, 1996 - 1, pp. 1571 y 1573; X. Etxebarria Zarrabeitia, “Malversación de caudales públicos”, en Asúa Batarrita (ed.), *Delitos contra la Administración Pública*, cit., pp. 180 y 182; A. Castro Moreno, *La malversación de caudales públicos en el Código penal de 1995*, Valencia, 2001, pp. 353 y ss.

⁹³ Vid. Muñoz Cuesta, “El delito...”, cit., p. 1573; Etxebarria Zarrabeitia, “Malversación...”, cit., pp. 200 y 201; F. Morales Prats / O. Morales García, en Quintero Olivares (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, cit., pp. 1762 y 1777.

⁹⁴ Cfr. M^a J. Virto Larruscain, “El delito de prevaricación de funcionario público”, en Asúa Batarrita (ed.), *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 120.

nales dicha clase de actuaciones⁹⁵. Ciertas reparos han suscitado, también, la abrogación de los tipos imprudentes en la prevaricación y en la malversación, que puede abocar a forzar la apreciación de dolo eventual para sancionar conductas de cierta gravedad⁹⁶, y el ejercicio de retórica legislativa representado por la descripción del círculo de posibles sujetos

⁹⁵ Cfr. Cugat Mauri, *La desviación...*, cit., pp. 241 y 243; M. Díaz y García Conlledo, “El delito de tráfico de influencias”, en A. Asúa Batarrita (ed.), *Delitos contra la Administración Pública*, Bilbao, 1997, p. 175; E. Octavio de Toledo y Ubieto, “Los delitos relativos al tráfico de influencias”, *LL*, 1998 - 4, pp. 1522 y 1523. Argumentando en ese mismo sentido, reconocía la desincriminación de la figura del antiguo artículo 404 bis c, introducido por la LO 9/1991, de 22 de marzo, I. Berdugo Gómez de la Torre, “Anotaciones sobre el delito de tráfico de influencias”, en *CDJ*, 1994, p. 209.

⁹⁶ En el actual Derecho positivo, el desconocimiento de la arbitrariedad de la resolución prevaricadora, valorada como un elemento normativo jurídico, excluye totalmente el dolo del juez tanto si es vencible como invencible si se trata conforme a las reglas de error de tipo. La desaparición de la cláusula general de imprudencia del anterior impide incluso en casos de error aplicar la modalidad imprudente en el art. 404 CP. Como indica gráficamente Virto Larruscain, el sistema vigente sólo deja dos alternativas: o el funcionario y autoridad sabían o conocían la ilegalidad, procediendo entonces apreciar dolo directo, o no, y entonces, y aunque actúe con imprudencia o ignorancia inexcusable, sus conductas gozarán del respaldo del ordenamiento jurídico (Cfr. “El delito de prevaricación...”, cit., p. 159). La opción político-criminal del CP de 1995 ha sido defendida por González Cussac y Morales Prats / Rodríguez Puerta, quienes insisten en que la abrogación de la prevaricación imprudente no puede considerarse en ningún caso como una “huida del Derecho penal”, habida cuenta de que los límites de incriminación responden a la necesidad de fortalecer la seguridad jurídica, y en que extramuros del texto punitivo quedan expeditas otras vías para obtener la revocación del acto administrativo, la indemnización de los posibles perjuicios causados o incluso la sanción disciplinaria del funcionario (cfr. Morales Prats / Rodríguez Puerta, en Quintero Olivares (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, cit., pp. 1605 y 1606; González Cussac, *El delito de prevaricación...*, cit., pp. 122 y 123). Por el contrario, Octavio de Toledo hace evidentes las reservas con que debe apelarse a a subsidiariedad y fragmentariedad del Derecho penal a la hora de justificar la despenalización de “resoluciones afectadas de la injusticia más evidente (‘manifiestamente injustas’); producidas con tan mínimo cuidado (es decir, con la máxima imprudencia: ‘negligencia o ignorancia inexcusables’)...; y dictadas, de ordinario, por profesionales (‘funcionarios públicos’), entre los que están los de mayor nivel, o por quienes ostentan responsabilidades políticas (‘autoridades’)” (cfr. Octavio de Toledo y Ubieto, “El delito de prevaricación...”, cit., p. 1520). Aquí se comparte este punto de vista. El legislador solicita la producción de una resolución ajustada a la normativa que le es aplicable de aquellos profesionales cualificados que en el ámbito de la Administración Pública tienen encomendada esa precisa tarea, los funcionarios públicos competentes para resolver asuntos administrativos. Su desconocimiento de las normas que provocan que deba tacharse de arbitraria o la negligencia en su aplicación no debería saldarse en un privilegio de impunidad. Como escribe Orts Berenguer, “el

activos efectuada a lo largo del articulado del Título, teniendo en cuenta que con arreglo a los conceptos de “autoridad” y de “funcionario público” establecidos por el artículo. 24. 2º CP cualquier “autoridad” es, para la ley penal, un “funcionario público”⁹⁷.

Como tendremos oportunidad de explicar en un momento posterior, a partir del trabajo de Cobo del Rosal sobre el concepto penal de funcionario, la doctrina española ha venido entendiendo que el elemento capital del concepto jurídico-penal de funcionario público (“la participación en el ejercicio de las funciones públicas”) sirve, a la vez, para caracterizar las conductas típicas ejecutadas aquéllos en el marco del Título destinado por el Código penal a los delitos contra la Administración Pública. Ya *de lege lata*, en efecto, la simple titularidad de un cargo público es insuficiente para determinar la existencia de un delito de funcionario público, requiriéndose la conexión entre el delito y las competencias funcionales, entre la conducta y el contenido del cargo o función. En él, el funcionario proyecta el abuso de sus facultades o poderes precisamente sobre la función o actividad que le corresponde desarrollar como órgano de la Administración.

La constatación de que, situado frente a la necesidad de arbitrar procedimientos específicos para tutelar penalmente a la Administración Pública, el legislador se desentiende del comportamiento del funcionario al margen de la función pública no ha servido, sin embargo, para consolidar un trabajo doctrinal de delimitación material de la categoría. Dicha nota parece haber preconditionado, por el contrario, su valoración como una agrupación particular, distinta, en la que ni la estructura de la autoría y participación ni el fundamento del injusto coincidirían con los de los restantes delitos. Con la mirada puesta en la versatilidad sistemática que se atribuye a la infracción del deber del cargo en el marco de su injusto típico (elemento de cualificación del autor, medio comisivo, componente de la ofensa típica), da la impresión de que ese alineamiento del bien jurídico que les es propio con la misión global que

funcionario sabe -debe saber- cuál es su ámbito competencial y dentro de él como debe procederse” (Orts Berenguer, en Vives Antón (coord.), *Comentarios al Código penal de 1995*, Vol. II, cit., p. 1782).

⁹⁷ Cfr. Octavio de Toledo y Ubieta, “El delito de prevaricación de los funcionarios...”, cit., pp. 1517 y 1518; Roldán Barbero, “El delito de desobediencia...”, cit., p. 1800.

la Administración tiene atribuida en el Estado prestacional en orden a la garantía de las necesidades existenciales de la comunidad no tiene otra incidencia en el terreno interpretativo que la de evitar apriorísticas y desfasadas concepciones sobre el alcance de la tutela penal de las actividades públicas. A ello ha contribuido, probablemente, la utilización de un procedimiento interpretativo puramente exegético, en virtud del cual cada una de las normas que componen el actual Título XIX ha venido examinándose y justificándose en tanto eslabones de un sistema de preceptos, esto es, en función de las restantes. Así, la pretensión legislativa de reunir estos delitos a partir de un criterio formal basado en la condición especial del sujeto activo, como ocurría en el Código penal de 1973 venía en apoyo de una concepción subjetiva del injusto típico, fundamentada en la infracción de deberes profesionales de lealtad y fidelidad al Estado⁹⁸. Del mismo modo, los esquemas clasificatorios predominantemente objetivos aceptados por el Código de 1995 han llevado a la doctrina a concentrar sus esfuerzos en extraer del modelo constitucional de Administración Pública los argumentos y pautas interpretativas con que refrendar la conveniencia político-criminal y la viabilidad técnica de reunir en un único título todas las conductas delictivas perpetradas en el ejercicio de la función pública administrativa o contra él.

En la segunda parte de este trabajo nos ocuparemos de los delitos de funcionarios contra la Administración Pública como categoría dogmática y de los peculiares esquemas de tipificación que como tal les corresponden. Las páginas que siguen se dedican al estudio de los tres principales obstáculos de técnica legal -derivados de la propia técnica empleada por el legislador al describir y ubicar estas figuras- que, a tenor de las exposiciones al uso, debe superar cualquier intento de dotar al sistema normativo que componen de un fundamento material. Hablamos de su distinción material con el otro gran grupo de delitos de funcionarios dotado de autonomía sistemática en la Parte Especial del texto punitivo (los delitos contra las garantías constitucionales), de su coexistencia con el Derecho disciplinario de los funcionarios públicos y, finalmente, de su articulación con el régimen general de la circunstancia agravante de prevalimiento del carácter público, del artículo 22. 7^a del Código penal.

⁹⁸ Cfr. Casabó Ruiz, "Introducción...", cit., pp. 190 y ss.

CAPÍTULO III

EL CRITERIO BÁSICO DE SISTEMATIZACIÓN DE LOS DELITOS DE LOS FUNCIONARIOS EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL: LA DISTINCIÓN ENTRE LOS “DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA” (TÍTULO XIX) Y LOS “DELITOS COMETIDOS POR LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS CONTRA LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES” (CAPÍTULO V, TÍTULO XXI)

A. INTRODUCCIÓN. LA NUEVA DISCIPLINA DE LOS DELITOS “CONTRA LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES”. PERVIVENCIA DEL CRITERIO SISTEMÁTICO DEL CÓDIGO PENAL DE 1870. IMAGEN DE LA DOCTRINA MODERNA: LA OPINIÓN DE BACIGALUPO.

La decisión de reservar en la sistemática del Código penal un lugar específico para la tutela del ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes frente a los abusos funcionariales ha sido compartida por la práctica totalidad de los textos punitivos españoles¹, si bien no halla respaldo en el Derecho comparado, que no otorga a estos delitos “un tratamiento sistemático tan relevante”². Fiel a la tradición de los Códigos de orientación liberal de 1822, 1870 y 1932, el Código penal de 1995

¹ Para un estudio general de los antecedentes histórico-legislativos del actual Capítulo V del Título XXI CP véanse F. Puig Peña, voz “Delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes”, *NEJ*, Tomo VI, Barcelona, 1954, pp. 622 y ss.; J. Córdoba Roda, *Comentarios al Código penal*, Tomo III, Barcelona, 1978, pp. 362 y 363; L. Rodríguez Ramos, “Protección y limitación penal de los derechos fundamentales (opciones sistemático-legislativas)”, *ADH*, 1981, pp. 277 y ss.; F. Bueno Arús, “Los ‘delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución’ en la ‘Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código penal’ de 1983”, *DJ*, nºs 37-40, Vol. 2, Enero-Diciembre 1983, pp. 1309 y ss.

² Cfr. Bueno Arús, “Los ‘delitos cometidos por los funcionarios...’”, cit., p. 601. En los ordenamientos de nuestro entorno jurídico únicamente el Código penal francés distingue en el seno del Título III de su Libro IV, en la sección 20 del Capítulo II, dedicado a los delitos contra la Administración Pública cometidos por personas que desempeñan una función pública, los abusos de autoridad cometidos contra particulares (arts. 432-4 a 432-9), mencionando como tales los delitos contra la libertad (§ 1, arts. 432-4 a 432-6), las discriminaciones (§ 2, art. 432-7), los delitos contra la inviolabilidad del domicilio (§ 3, art. 432-8) y los delitos contra el secreto de la correspondencia (§ 4, art. 432-9). Ni el Código italiano ni el alemán contemplan un capítulo o título específico semejantes al español, regulándose

ha incluido entre los delitos contra la Constitución (Título XXI) los cometidos por los funcionarios contra las garantías constitucionales³. Subrayando el elevado rango constitucional de los bienes jurídicos que protegen, el legislador les ha reservado un capítulo autónomo (el V), aislándolos del grupo menos homogéneo de los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales⁴, habiendo procedido asimismo a una importante reordenación de sus contenidos. La propia Exposición de Motivos da a conocer el aspecto más significativo de la misma, al declarar

algunas de estas conductas entre los delitos contra la Administración Pública o entre los cometidos en el ejercicio de la función pública, respectivamente, y otras como modalidades agravadas de los delitos cometidos por los particulares.

³ El Código penal de 1822 sancionaba en su Parte Primera (“De los delitos contra la sociedad”, Título primero (“De los delitos contra la Constitución y orden político de la Monarquía”), Capítulo IV, los “delitos contra la libertad individual de los españoles” (arts. 242 a 246). El de 1870 en el Capítulo II, sección segunda, Título II (“De los delitos contra la Constitución”), del Libro II, bajo el epígrafe “De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos individuales sancionados por la Constitución” (arts. 204 a 235). Los Códigos posteriores acusan diferencias de redacción que ponen de relieve la ideología de los regímenes que inspiraron su elaboración. Así, el de 1928 remitió la regulación de la sección segunda del Capítulo II, Título II, del Libro II -“De los delitos contra los poderes públicos y contra la Constitución”-, relativa a los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución, a “las leyes especiales que al efecto se dicten”, lo que provocó que continuaran vigentes los artículos 204 a 235 del Código de 1870. El de 1932 recuperó la nomenclatura del de 1870 en el epígrafe del Título II (“De los delitos contra la Constitución”), pero no en el de la sección segunda del Capítulo II, que alude a los “Delitos cometidos por los funcionarios públicos con infracción de los deberes constitucionales” (arts. 190 a 227). El de 1944 recurrió a las rúbricas “De los delitos contra la seguridad interior del Estado” y “De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes” para presentar los contenidos de los Títulos II de su Libro II y de la sección segunda del Capítulo II (arts. 178 a 204), respectivamente. En los Códigos penales de 1963 (Texto Revisado) y de 1973 (Texto Refundido), los “Delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las Leyes” seguirán previéndose en los artículos 178 a 204, dentro la sección segunda, Capítulo II, del Título II (“De los delitos contra la seguridad interior del Estado”) de su Parte Especial. Por su parte, los Códigos de 1848 y 1850, aunque prefirieron incriminar esta clase de conductas en el Título VIII, relativo a los «delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos», mantuvieron la autonomía sistemática de la materia, destinándole un capítulo especial: el de los “abusos contra los particulares” (arts. 282 a 294 del texto de 1848 y 291 a 303 del de 1850).

⁴ Cfr. J. M^a Tamarit Sumalla, en Quintero Olivares (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, cit., p. 2063.

que: “en consonancia con el objeto de tutela y respecto a los derechos fundamentales, se ha eliminado el régimen de privilegio de que hasta ahora han venido gozando las injerencias ilegítimas de los funcionarios públicos en el ámbito de los derechos y libertades de los ciudadanos. Por tanto, se propone que las detenciones, entradas y registros en el domicilio llevadas a cambio por autoridad o funcionario fuera de los casos permitidos por la Ley, sean tratadas como formas agravadas de los correspondientes delitos comunes, y no como hasta ahora lo han venido siendo, esto es, como delitos especiales incomprensible e injustificadamente atenuados”.

Con mayor detalle, los criterios que han presidido dicha reorganización, insistentemente reclamada por la doctrina⁵, pueden sintetizarse

⁵ La doctrina censuraba, en primer lugar, la ubicación sistemática de los delitos atentatorios a los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos, en el Código penal Texto Refundido de 1973, en el seno de un grupo de delitos contra la Seguridad Interior del Estado, que suponía arrancar de la idea de que las conductas contrarias a las libertades cívicas significaban en primer lugar una agresión a la seguridad estatal y, por tanto, una “divinización del Estado” (*Vid.* L. Rodríguez Ramos, *Libertades cívicas y Derecho penal*, Madrid, 1975, p. 345; Morales Prats, *La tutela penal...*, cit., p. 271). A esas consideraciones críticas se añadía el rechazo que merecía la excesiva lenidad de las penas previstas. Como señalaba el propio Rodríguez Ramos (*Libertades públicas...*, cit., p. 347), el privilegio que expresaban, en comparación con las asociadas a los delitos perpetrados por particulares con ocasión del ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes, manifestaba el carácter defensivo de los valores del Estado de la legislación penal española. Intentando controlar los efectos más perniciosos del sistema, la LO 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código penal, dio entrada a la disposición del artículo 204 bis a, a cuyo tenor las penas previstas en la sección segunda del Capítulo 21 del Título II únicamente serían de aplicación en los casos en que el delito común de referencia no previese una pena más grave para el mismo hecho. Con independencia de los problemas técnicos suscitados en el momento de su aplicación, sobre los que nos extendemos en un apartado posterior, dicho precepto dejaba irresuelto el problema de fondo, al limitarse a equiparar las sanciones de los abusos de los funcionarios a las de los delitos cometidos por los particulares, en lugar de someterlos a la procedente agravación. Para una valoración crítica de la disposición, J. M. Paredes Castañón, voz “Delitos de funcionarios contra derechos y libertades cívicas (Dº penal)”, *EJB*, Vol. II, Madrid, p. 2059. La literatura solía hacerse eco asimismo de las reservas de A. Quintano Ripollés sobre la oportunidad de las normas de la Sección 20, Capítulo II, del Título II CPTR73: “La ausencia casi total de Jurisprudencia es argumento bastante elocuente acerca de la legitimidad de las dudas sobre la eficacia de preceptos penales de esta naturaleza, tan eminentemente sutil, pues forzoso será confesar que en tantos años transcurridos no habrán sido precisamente las ocasiones de comisión de delitos de este género las que habrán escaseado” (Cfr. *Comentarios al Código penal*, Tomo II, Madrid, 1946, p. 76). Sobre ello, asimismo, Bueno Arús, “Los ‘Delitos cometidos por los funcionarios...’”, cit., p. 600; y H. Roldán

como sigue⁶: a) la reubicación en otros lugares, tratándolos como delitos comunes, de algunos de los delitos de la Sección 2^a, Capítulo II, del Título II CPTR73, señaladamente del delito de tortura⁷; b) la adscripción al nuevo Capítulo IV del Título XXI de ciertas figuras destinadas específicamente a los funcionarios públicos en la regulación anterior, como el delito de discriminación del art. 165 CPTR73, tipificado ahora en el artículo 511 como delito especial de los encargados de servicio público provisto de una cláusula de agravación aplicable en los supuestos en que venga cometido por quienes posean condición funcional; c) la desprotección de derechos garantizados en el texto punitivo precedente, como el derecho al pluralismo político o sindical y a la libertad de enseñanza⁸, y, viceversa, el otorgamiento de carta de naturaleza a nuevas situaciones jurídicas, como los derechos a la asistencia letrada y a ser informado de las razones de la detención⁹; y d) el establecimiento de nuevos criterios para articular las relaciones normativas entre los delitos de los funcionarios públicos y las formas agravadas de determinados delitos comunes, en lo que debe verse una de las cuestiones nucleares del proceso de reforma. El modelo finalmente instaurado se plasma en un desdoblamiento en el

Barbero, "Sobre el alcance del término 'derechos cívicos' a los efectos del artículo 194 del Código penal. Aportación a una teoría jurídico-penal sobre la protección de los derechos fundamentales contra los abusos de poder", *LL*, 1991-3, pp. 956 y 957, señalando que el hecho de que dichas normas no se aplicasen podría ser "síntoma de la higienización operada en la vía administrativa, o también de un encomiable efecto de prevención que sobre los administrantes ejercen los tipos penales", pero que podría deberse también "a una serie de inhibiciones y controles corporativos que de manera consciente las mantienen desengrasadas", tesis por la que se decantaba. Portilla Contreras exponía las dos opciones habitualmente barajadas en orden a la transformación de la agrupación: su supresión y trasvase a los restantes títulos del texto punitivo, y su transmutación en un conjunto delictivo que preservase las garantías constitucionales de las arbitrariedades de las Fuerzas de Seguridad del Estado (*El delito de práctica ilegal...*, cit., pp. 39 y ss.)

⁶ Vid. L. Portero García, "Delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales", *EDJ*, n° 2, 1996, pp. 513 y ss.; Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte Especial*, cit., pp. 811 y ss.; Tamarit Sumalla, en Quintero Olivares (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, cit., pp. 2063 y 2064; H. Roldán Barbero, "El delito de impedir el ejercicio de los derechos cívicos", *LL*, 1996 - 2, pp. 1599 y ss.

⁷ Cfr. art. 174, Título VII, Libro II.

⁸ Vid. arts. 195.3 y 197 CPTR73.

⁹ Vid. art. 537 CP.

tratamiento penal de las conductas, que se describen de forma diferenciada, a través de una cláusula de exclusión expresa, por un lado, como tipos agravados de los correspondientes delitos con sujeto activo indiferenciado¹⁰, y, por otro, como tipos especiales, en el Capítulo V del Título XXI, cuando los hechos presentan relación directa con una causa penal por delito¹¹.

Si la opción clasificatoria acogida por el Código penal de 1995 ha sido secundada por la generalidad de la doctrina, que ha destacado sus ventajas tanto frente a la ofrecida por el texto de 1973 como frente a las ofrecidas por los Proyectos de 1980 y 1992 y por la Propuesta de Anteproyecto de 1983¹², la intelección de este sistema binario de tratamiento de la responsabilidad del funcionario público no puede hacerse de espaldas al dato histórico. La protección penal de las garantías jurídico-políticas

¹⁰ Así sucede en los artículos 167, 198 y 204 CP.

¹¹ *Vid.* arts. 530, 531, 534, 535 y 536 CP. Con referencia a lo delitos contra las garantías de la intimidad, los perfiles sistemáticos o ámbitos de relación con relación a los cuales el legislador aborda la tutela penal de la libertad o intimidad han sido definidos con precisión por F. Morales Prats (“Los delitos contra la intimidad en el Código penal de 1995: reflexiones político-criminales”, *EDJ*, n.º 2, 1996, pp. 267 y ss) en los términos que siguen. Los artículos 197 a 200 (con exclusión del art. 198) y arts 202 y 203 se orientan a la tutela de la intimidad frente a conductas protagonizadas por particulares. A los artículos 198 a 204 acceden las conductas protagonizadas por funcionarios públicos o autoridades, con prevalimiento de su cargo y fuera de los casos permitidos por la Ley, pero sin intermediación de una causa legal por delito. En este segundo ámbito de tutela, el bien jurídico “intimidad” se inscribe en el marco de las relaciones macrosociales que vinculan al Estado o a la Administración pública con la ciudadanía, preservándose frente a actos especialmente insidiosos y dotados, por ello, de un plus de desvalor. Por último, los artículos 534 a 536 describen los atentados ejecutados en el marco de investigaciones judiciales por delito, a modo de extralimitaciones en beneficio de la función. Mediante ellos se asegura la vigencia en el seno del proceso penal, singularmente en su fase instructoria, de determinadas garantías contenidas en los números 1 y 2 del artículo 18 CE. Las actuaciones que les dan vida consistirán en la adopción de medidas que quebranten la inviolabilidad de domicilio o de las comunicaciones sin haber observado las garantías constitucionales preceptivas, y en particular la relativa a la preexistencia de una específica autorización judicial. El régimen punitivo aplicable a este tercer ámbito de tutela es menos gravoso que el previsto para los artículos 198 y 204, al presentar las conductas típicas un menor contenido de injusto.

¹² Cfr. G. Portilla Contreras, en M. Cobo del Rosal (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte Especial II*, Madrid, 1997, pp. 766 y ss.; Roldán Barbero, “El delito de impedir...”, cit., pp. 1599 y 1600; F. Morales Prats, en Quintero Olivares (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, cit., p. 2079, si bien lamentando la ausencia de una figura relativa al abuso

en el Capítulo II, sección segunda, del Título II del Código penal de 1870 -verdadero origen del actual Capítulo V del Título XXI¹³- supuso una de las llamadas *reformas políticas* operadas en el ordenamiento punitivo por consecuencia del momento político y de la entrada en vigor de la Constitución liberal de 1869¹⁴. En consonancia con la extraordinaria amplitud con que ésta reguló los derechos y libertades fundamentales, el legislador penal hizo por primera vez de su garantía penal el objeto de un grupo delictivo separado del correspondiente a los «delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos» y expresivo de los supuestos y condiciones en que el ciudadano recibía tutela frente al empleo arbitrario del poder por parte de los órganos estatales¹⁵. La independencia sistemática de los delitos contra el ejercicio de los derechos fundamentales es resultado, pues, de la influencia del Iluminismo¹⁶. Ya que aquéllos delimitaban la esfera de libertad del ciudadano frente a “lo público”, a las intromisiones o injerencias del Estado que vayan más allá de los casos y de las formas legalmente estatuidos asociará el legislador liberal la más grave de las sanciones

informático sobre los datos personales del ciudadano; J. Landa Gorostiza, “Impedimento de derechos civiles y otros delitos de funcionarios contra las garantías constitucionales”, en A. Asúa Batarrita (ed.), *Delitos contra la Administración Pública*, Bilbao, 1997, pp. 351 y ss. Como mejora sustancial, en particular, suele aludirse a la eliminación del Título relativo a la Seguridad Interior del Estado y a su reemplazo por los dedicados a los delitos contra la Constitución (T. XXI) y contra el orden público (T. XXII), dándose al traste de esta forma, sobre el plano sistemático, con la concepción totalitaria representada por el Título II del Código derogado.

¹³ Cfr. Puig Peña, “Delitos cometidos por los funcionarios...”, cit., p. 622; Casabó Ruiz, “Introducción...”, cit., 1979, p. 185.

¹⁴ Cfr. R. Núñez Barbero, *La reforma penal de 1870*, Salamanca, 1969, p. 35; J. Antón Oneca, “El Código penal de 1870”, *ADPCP*, Tomo XXIII, Mayo-Agosto 1970, pp. 237 y ss.; M. Barbero Santos, “Principios político-criminales del sistema punitivo español desde el Código de 1848”, *Criminalia*, n^{os} 3 y 4, marzo-abril 1974, pp. 237 y ss. En opinión de J. Latour Brotóns, “la proyección histórica de la reforma, en cuanto a los derechos políticos, demuestra el equilibrio logrado por Montero Ríos entre los principios de libertad y autoridad, base de la Sociedad, que enunciara Cánovas del castillo”. Cfr. “Las libertades religiosas y políticas en el Código penal de 1870”, en *Commemoración del Centenario de la Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial y del Código penal de 1870*, Madrid, 1970, p. 147, citado por Bueno Arús, “Los delitos cometidos por los funcionarios...”, cit., p. 598.

¹⁵ Cfr. M. Barbero Santos, *Política y Derecho penal en España*, Madrid, 1977, pp. 43 y ss.; Casabó Ruiz, “Introducción al estudio...”, cit., p. 185; C. Sainz de Robles Santa Cecilia, “El artículo 204 bis a del Código penal”, en *Estudios penales en memoria del Prof. A. Fernández Albor*, Santiago de Compostela, 1989, pp. 655 y 656.

¹⁶ Cfr. Octavio de Toledo y Ubieto, *La prevaricación...*, cit., pp. 169 y 256.

establecidas por el ordenamiento jurídico, al considerar que atentan contra la estructura social que pretende implantarse en el “nuevo” Estado¹⁷.

Un destacado sector doctrinal no comparte, sin embargo, ni atendiendo a un punto de vista sistemático ni sobre la base de argumentos político-criminales, la decisión del legislador histórico, cuestionándose la clase de relación existente entre ambos grupos de abusos de los funcionarios públicos y la legitimación material para su pervivencia en el texto punitivo. Ya Rodríguez Ramos apuntó en su momento que los delitos cometidos en el ejercicio del cargo protegían los mismos bienes jurídicos que los preceptos de la sección segunda, Capítulo II, Título II CPTR73, lo que dificultaba considerablemente, a su juicio, la comprensión de la sistemática legal y ponía de manifiesto el “defensismo” y la “divinización” de la seguridad del Estado latentes en el citado texto punitivo¹⁸. Pero ha sido, sobre todo, Bacigalupo quien, en un artículo de amplia repercusión en la doctrina española, ha puesto en tela de juicio la clasificación de los delitos de los funcionarios públicos en el Código penal, argumentando para ello a partir de la existencia de amplias superposiciones entre los contenidos en de los actuales Títulos XIX y XXI, Capítulo V¹⁹.

¹⁷ Vid. Octavio de Toledo y Ubieto, *La prevaricación...*, cit., p. 169, nota 498; Sainz de Robles Santa Cecilia, “El artículo 204 bis a...” , cit., pp. 655 y 656. A. Groizard y Gómez de la Serna explicaba que estos delitos constituían en esencia un «abuso» por parte de los funcionarios públicos “de las atribuciones que les están conferidas”, perturbando “el libre ejercicio de los derechos individuales sancionados por la Constitución” (cfr. *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, Tomo III, Burgos, 1874, pp. 244 y 284). En opinión de Núñez Barbero, “es preciso resaltar la importancia de la reforma de 1870, desde el momento en que introduce y regula por vez primera el ejercicio de los derechos individuales que la Constitución del 69 garantizaba y que el Código había de sancionar en consecuencia”. El mismo autor indica que “a estas infracciones podríamos clasificarlas, siguiendo el orden legal, en infracciones contra la garantía legal, procesal, libertad individual, inviolabilidad del domicilio, inviolabilidad de correspondencia, libertad de residencia, legalidad de los impuestos y derechos cívicos” (*La reforma penal...*, cit., pp. 43 y 44).

¹⁸ Cfr. *Libertades cívicas...*, cit., p. 347, nota II.

¹⁹ Cfr. Bacigalupo, “Sobre la reforma...”, cit., p. 1096; mismo autor, *Estudios sobre la Parte Especial del derecho penal*, Madrid, 1991, pp. 347 y 348. Comparten sus conclusiones López Barja de Quiroga, *Manual de Derecho penal. Parte Especial*, Vol. III, cit., p. 148; Portilla Contreras, *El delito de práctica ilegal...*, cit., p. 58; Queralt Jiménez, *Derecho penal español. Parte Especial*, cit., pp. 876 y 880; Portero García, “Delitos cometidos por los funcionarios públicos...”, cit., p. 514; L. Zúñiga Rodríguez, *Libertad personal y seguridad ciudadana*, Barcelona, 1993, p. 164, si bien esta autora termina justificando la sistemática legal sobre la base de la “diferencia formal de los bienes jurídicos de ambos grupos” (*op. cit.*, p. 165).

En opinión de este autor, en el grupo de los delitos contra la Administración Pública se inscriben figuras que afectan a derechos de las personas reconocidos por las leyes de no esencialmente distinta del modo en que lo hace aquéllos que vienen clasificados como delitos contra las garantías constitucionales, como las limitaciones a la libertad sexual y las exacciones ilegales²⁰. Por otra parte, explica, si la doble clasificación quisiera justificarse en el dato de que los delitos de funcionarios del Título XIX protegen a los particulares frente a la acción de aquéllos en tanto órganos del Estado, mientras que los del Título XXI miran al Estado mismo como objeto de tutela, se pasaría por alto, en primer lugar, el hecho de que éstos últimos amparan también bienes individuales, hasta el punto de que en más de uno de ellos -en la prevaricación y en las exacciones ilegales, por ejemplo²¹- la agresión al bien estatal se produce a través de la lesión del de un particular; y en segundo lugar, el de que entre los delitos del Título XIX se cuentan figuras que implican directamente a la seguridad interior del Estado, como la infidelidad en la custodia de documentos y la revelación de secretos²². Finalmente, tampoco el alineamiento de la sistemática legal con la distinción entre bienes jurídicos de naturaleza administrativa y constitucional o política le parece a Bacigalupo una solución satisfactoria. Ya la mera inclusión del cohecho judicial del artículo 424 entre los delitos contra la Administración Pública demostraría que el criterio carece de respaldo normativo en el Código penal vigente, toda vez que los bienes jurídicos garantizados por dicha figura -el “debido proceso” y la “confianza en la vigencia del Estado de Derecho”- excederían claramente del círculo de los intereses genuinamente administrativos. Otros ejemplos de la insuficiencia de esa regla para explicar la clasificación de los delitos de los funcionarios en su configuración actual los proporcionarían las exacciones ilegales del artículo 437, que al vulnerar el principio de legalidad de la Administración y, con ello, la garantía sentada en el artículo 9 CE difícilmente podría conside-

²⁰ Cfr. Bacigalupo, “Sobre la reforma...”, cit., p. 1095. En esa línea, subrayan la necesaria construcción de la revelación de secretos por funcionario como delito contra el derecho a la intimidad personal y familiar, Queralt Jiménez, *Derecho penal español. Parte Especial*, cit., p. 839; Portero García, “Delitos cometidos por los funcionarios públicos...”, cit., p. 514.

²¹ Cfr. Bacigalupo, “Sobre la reforma...”, cit., p. 1096.

²² Cfr. Bacigalupo, *op. loc. cit.*

rarse como un delito estrictamente profesional²³, y la entrega indebida de una causa criminal del artículo 529. 1, que a pesar de integrarse en el Título de los delitos contra la Constitución revestiría naturaleza primordialmente administrativa²⁴.

La situación legislativa de los delitos de los funcionarios públicos en el Código penal español es objeto de atención preferente en este trabajo. El examen de las interrelaciones entre los dos principales grupos de figuras que reclaman al funcionario como sujeto activo ha de ir precedido, sin embargo, de una clarificación de las premisas metodológicas que deben inspirarlo.

Lo primero que es obligado comentar a este respecto es que el punto de partida para la crítica o respaldo de la vigente sistemática legislativa no puede ser ya el tradicional en la doctrina española: la incongruencia de aquélla a la luz de un criterio de ordenación basado exclusivamente en la cualidad del sujeto activo²⁵. Sin perjuicio de remitirnos al lugar oportuno, simplemente debe hacerse notar aquí que el fundamento del injusto de los delitos contra la Administración Pública es análogo al de los demás delitos, por lo que se harán acreedores de los mismos criterios de ordenación científica que ellos.

En segundo lugar, conviene relativizar la trascendencia del elemento sistemático en el seno de la teoría de la interpretación de la ley penal. En ella representa, ciertamente, un elemento de diagnosis en la investigación dirigida a establecer el fin que pretende alcanzar la norma a cuyo examen se procede (elemento teleológico de la interpretación). Es bien sabido que los códigos penales vienen repartidos en cuadros lógico-jurídicos que hacen relación, siguiendo un orden que va de lo más general a lo más particular, a su contenido (libros, títulos, capítulos, secciones), y que en ese grado de progresión las indicaciones que resulten de las rúbricas de cada uno de ellos desplegarán una influencia considerable en la

²³ Cfr. Bacigalupo, *op. loc. cit.*

²⁴ Cfr. Bacigalupo, "Sobre la reforma...", cit., pp. 1096 y 1097.

²⁵ Vid. M. López-Rey, *Derecho penal (obra ajustada al programa de 24 de junio de 1935 para el primer ejercicio de las oposiciones a ingreso en el cuerpo de aspirantes a la judicatura)*, Tomo II, *Parte Especial*, Madrid, 1935, pp. 171 y ss.; F. Puig Peña, *Derecho penal*, Tomo III, *Parte Especial*, 6ª ed., Madrid, 1969, pp. 401 y ss.; Cobo del Rosal, "Examen crítico...", cit., pp. 248 y 249; Rodríguez Devesa / Serrano Gómez, *Derecho penal español. Parte Especial*, cit., p. 1124.

exégesis de las disposiciones que los componen²⁶. Ahora bien, tratándose en todo caso de materiales legislativos, el esencial valor interpretativo que debe atribuírseles es el de indicios (“síntomas” en la terminología de Rocco) en la determinación del *fundamento racional objetivo* de la norma. Y en ello ha de incidirse so pena de confundir el concepto material y político-criminal de bien jurídico con el sistemático e inmanente de *ratio legis*²⁷.

Las clasificaciones aceptadas por el legislador no prejuzgan, por lo tanto, su propia congruencia o validez científicas. Será el examen detallado de los tipos penales que acogen lo que confirme, bien su correspondencia con otras subyacentes y relativas a los diversos objetos de protección, bien, como avanzaban Rodríguez Devesa / Serrano Gómez en alusión al pretendido carácter «residual» de los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos del Título VII CPTR73, su signifi-

²⁶ Desde luego, por lo que a los Códigos penales españoles atiende, la doctrina ha subrayado tradicionalmente que la articulación de los tipos de la parte Especial adopta como punto de referencia el objeto a que el legislador pretende dispensar tutela, remitiéndose en prueba de ello a los propios enunciados o epígrafes que encabezan los diversos Títulos, Capítulos y Secciones. Un examen más atento revela, sin embargo, que así como las mismas indicaciones de la norma avalan la trascendencia de las consideraciones sistemáticas en el seno del texto punitivo (sobre ello, A. Beristain, “Concepto y método del Derecho criminal”, en *Estudios penales. Libro Homenaje al Prof. J. Antón Oneca*, Salamanca, 1982, pp. 100 y 101), la validez general de aquel postulado admite notables excepciones. J. Ortego Costales (*Teoría de la Parte Especial del Derecho penal*, Salamanca, 1988, p. 23) señalaba, por ejemplo, que en el Título III CPTR73 -“De las falsedades”-, el legislador había recurrido al criterio del medio empleado, en tanto que en el Capítulo I del Título I CPTR73 -“Delitos de traición”- venía expresado el quebrantamiento de deber de fidelidad a la patria, no la paz e integridad territorial -“verdaderos intereses protegidos”-. Las referencias siguen siendo válidas a la luz de la regulación sentada por el Código de 1995 (*Vid.* las rúbricas del Título XVIII y del Capítulo I del Título XXIII), en el que además el Capítulo IV del Título XXI alude meramente a los “delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas y al deber de cumplimiento de la prestación social sustitutoria”.

²⁷ Únicamente resulta congruente apelar al bien jurídico en tanto elemento de delimitación legislativa de la tutela penal con arreglo a una concepción que reduzca la labor del penalista a la sistematización, interpretación y comentario del Derecho positivo, tal y como propugnaba A. Rocco (cfr. “Il problema e il metodo della scienza del diritto penale”, *RDPP*, 1910, pp. 497 y ss.). En tal planteamiento, la determinación del bien jurídico (fin de la norma) no podría ser hecha sino a partir de los elementos constitutivos de cada figura delictiva y de aquellos otros que, sin integrarla, la complementan y clarifican (*Vid.* A. Rocco, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, Roma, 1932, pp. 577 y ss.). Debe quedar claro, no obstante, que ni el bien jurídico es inmanente al sistema legislativo ni el legislador *puede ser* omnípotente en sus decisiones de criminalización.

cado meramente formal, de agrupación de un conjunto de delitos para los que el legislador no halla otra ubicación más adecuada²⁸.

Por último, hay que recordar que cualquier propuesta racional de reforma sistemática del Código penal debe poder esgrimir un fundamento político-criminal nítido. De la consideración de que al ordenamiento punitivo le compete preservar los derechos y las libertades esenciales para el mantenimiento del orden constitucional no debe seguirse la necesidad de tratar las infracciones de todos los principios o valores que definen o se implican con el sistema político en un título reservado a los delitos contra la Constitución, con exclusión, por lo tanto, de otras alternativas. En ese mismo orden de cosas, parece claro que el legislador de un Estado democrático no puede seleccionar de un modo caprichoso las garantías jurídico-políticas ni los principios de organización y funcionamiento de los aparatos del Estado que merecen protección penal frente a las actuaciones delictivas de los funcionarios, pero sus decisiones deben compadecerse siempre con las máximas político-criminales de la fragmentariedad y de la subsidiariedad²⁹.

²⁸ Vid. Rodríguez Devesa / Serrano Gómez, *Derecho penal español. Parte Especial*, cit., p. 1124. En esa dirección, asimismo, Quintano Ripollés, *Curso de Derecho penal*, Vol. II, *Parte Especial*, cit., pp. 507 y ss.

²⁹ Más que la naturaleza jurídica específica de los bienes protegidos -de hecho, en ella se acumulan agresiones tanto a libertades o derechos públicos cuya esencia es la participación en la vida social y política como a genuinos derechos civiles, representativos de la esfera de la autonomía y de la seguridad de la vida privada de las personas-, lo que fundamenta la agrupación formada por los delitos de los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales es un dato puramente pragmático. El legislador aspira a reforzar la vigencia de aquellos derechos fundamentales que presentan mayor grado de vulnerabilidad frente al ejercicio de las prerrogativas estatales, esto es, cuya transgresión podría encontrar una justificación relativamente sencilla recurriendo al expediente de la realización habitual de las funciones estatales. En aras de ello, los derechos sobre los que no recae idéntica presión (la vida, la salud, el trabajo) vienen sujetos al régimen punitivo ordinario preestablecido en otros preceptos del texto punitivo, al propio tiempo que el grupo ha ido modulando sus esquemas para adecuarse a la evolución jurídica y sociológica sufrida algunas por sus figuras más representativas y extender su disciplina a nuevos derechos o a nuevas facetas de los mismos (v. gr. el derecho del detenido o del preso a la asistencia del abogado). Cfr. Bueno Arús, "Los 'delitos cometidos por los funcionarios...'", cit., pp. 1330 y 1331; Portero García, "Delitos cometidos por los funcionarios públicos...", cit., pp. 514 y ss., con referencias a la concatenación entre los derechos sujetos a la protección penal y la actividad de protección jurisdiccional en amparo ordinario o constitucional.

B. JUSTIFICACIÓN DE LA DISTINCIÓN. PROPUESTAS Y MODELOS DOCTRINALES.

I. CRITERIOS DELIMITATIVOS FORMALES: DELITOS ESPECIALES PROPIOS *VERSUS* DELITOS ESPECIALES IMPROPIOS.

En el marco de los delitos especiales, la doctrina española distingue con carácter general, como es sabido, entre los delitos especiales propios y los impropios, apelando como criterio rector de esa distinción a la “correspondencia” o no de la figura especial con un delito común³⁰. Al hilo de ello, la literatura tradicional ha articulado las relaciones entre los dos grupos de infracciones objeto de estudio a partir de la distinción entre delitos puros y delitos mixtos de los funcionarios públicos. Los delitos incluidos en el actual Título XIX ofenderían aquellos intereses de los que, en palabras de López-Rey, los funcionarios públicos “son órganos” y cuya garantía y conservación les vienen confiadas con carácter privativo. Las figuras del Título XXI no se conectarían esencialmente, por contra, con la violación de las obligaciones emanadas del desempeño de un cargo público, siendo susceptibles de comisión por sujetos no investidos de condición oficial³¹.

En apoyo de esta interpretación podría traerse la propia *voluntas legislatoris* expresada en el artículo 204 bis a CPTR73, que obligaba expresamente a recurrir al principio de alternatividad para dirimir los concursos de leyes existentes entre los delitos de la sección segunda, Capítulo

³⁰ Vid. por todos E. Gimbernat Ordeig, *Autor y cómplice en Derecho penal*, Madrid, 1966, p. 252; G. Quintero Olivares, *Los delitos especiales y la teoría de la participación en el Derecho penal español*, Barcelona, 1974, p. 31; E. Octavio de Toledo y Ubieto / S. Huerta Tocildo, *Derecho penal. Parte General. Teoría jurídica del delito*, 2ª ed., Madrid, 1987, p. 50.

³¹ Cfr. López-Rey, *Derecho penal*, Tomo II, *Parte Especial*, cit., pp. 172 y 173, subrayando, sin embargo, que si bien el Código penal exponía en el Título VIII del Código penal de 1932 (correspondiente al Título XIX del texto punitivo en vigor) los delitos puros, “en algunos casos quizás no merezcan íntegramente dicha calificación”. Entre éstos últimos, alude expresamente a la malversación de caudales públicos, “un hurto agravado en el cual el sujeto activo es un funcionario público y los caudales o efectos malversados son también, generalmente, públicos” (*op. cit.*, p. 193). Este planteamiento está presente ya en S. Viada y Vilaseca, *El Código penal reformado...*, Vol. 2º, cit., pp. 531 y 532, y es asumido por L. Jiménez de Asúa / J. Antón Oneca, *Derecho penal conforme al Código de 1928*, Tomo II, *Parte Especial*, Madrid, 1929, p. 101; Jaso Roldán, en Rodríguez Muñoz / Jaso Roldán / Rodríguez Devesa, *Derecho penal. Tomo II. Parte Especial*, cit., p. 194; Puig Peña, *Derecho penal, Tomo III, Parte Especial*, cit., p. 402; y, más recientemente, por E. Cuello Calón, *Derecho penal*, Tomo II, *Parte Especial*, Vol. I, 14ª ed. (reimpres.) revisada y puesta al día por C. Camargo Hernández, Barcelona, 1980, pp. 396 y 397.

II, del Título II CPTR73 -antecedente inmediato de la actual sección primera, Capítulo V, del Título XXI- y los correspondientes delitos comunes. Dicha disposición, introducida por la LO 8/1983, de 25 de junio, arrojaba -como señalaba Orts Berenguer- el propósito de excepcionar la vigencia del principio de especialidad para evitar el trato más favorable que el mencionado cuerpo legal dispensaba a determinadas conductas cuando eran protagonizadas por los funcionarios públicos³².

Ahora bien, y aún contando con ello, dicho precepto no dejaba de merecer para el propio Orts una “valoración altamente negativa”, que apoyaba en el argumento de que el legislador había incurrido en un error *procedendi* a la hora de apreciar la naturaleza jurídica de los delitos que lo precedían sistemáticamente y que, en realidad, ocupaban “parcelas distintas”³³. De esta forma, contradiciendo el espíritu de la disposición, el legislador habría terminado por introducir una regla de atenuación de la situación legal anterior, que correctamente interpretada debería haber desembocado en un concurso de delitos, nunca de leyes penales³⁴.

En efecto, sin entrar a debatir ahora sobre los diversos criterios de caracterización de los delitos especiales propios e impropios, procede

³² Cfr. E. Orts Berenguer, “Alternatividad expresa”, *CLP*, Vol. V, Tomo 2º, 1985, pp. 691 y ss. Compartía esta opinión, Sainz de Robles Santa Cecilia, “El artículo 204 bis a...”, cit., pp. 653 y 654. En otro sentido, por ejemplo, A. Jorge Barreiro, *El allanamiento de morada*, Madrid, 1987, p. 108, al señalar que el artículo 204 bis a establecía una simple cláusula de remisión de penalidad.

³³ Cfr. Orts Berenguer, “Alternatividad expresa”, cit., p. 695.

³⁴ Cfr. Sainz de Robles Santa Cecilia, “El artículo 204 bis a...”, cit., p. 654. Proponiendo la técnica del concurso de delitos, Bueno Arús, “Los ‘delitos cometidos por los funcionarios...’”, cit., p. 623; J. Bustos Ramírez, “El delito de práctica ilegal de la detención por parte del funcionario público”, *CPC*, n° 20, 1983, pp. 364 y 365, incidiendo en las dificultades prácticas en su apreciación; M^a Luisa Maqueda Abreu, *Los delitos contra la libertad y la seguridad de las personas*, Granada, 1988, pp. 78 y 79. Para Paredes Castañón, “en ocasiones” resultaba difícil dejar sentada la identidad de hecho entre el delito común y el especial, “ante la disparidad de redacciones”, siendo difícil “a veces” saber si lo que procedía era “la aplicación de la regla de la subsidiariedad propia del *concurso de leyes* (y la aplicación de uno solo de los preceptos, el de mayor pena)”, o si había que acudir “a la solución del *concurso de delitos*, por existir más de un desvalor sancionable”. Éste último sería el caso de la tortura en relación con el delito de lesiones. Cfr. “Delitos de funcionarios...”, cit., p. 2059. Jorge Barreiro (*El allanamiento de morada*, cit., p. 108, nota 89) afirmaba la existencia de una relación de exclusividad formal entre los tipos de los artículos 191. 1 y 490 CPTR73, sustancialmente coincidentes con los de los artículos 534 y 202 del Código vigente.

apuntar que la existencia o no de figuras más o menos correlativas carece de todo valor en orden a una sistematización científica de las materias en el Código penal. A tal fin, el único coeficiente significativo debe ser el que atiende a la naturaleza del injusto tipificado, por lo que de afección a un bien jurídico específico implica. El que los delitos contenidos en el Capítulo V del Título XXI poseen un contenido de injusto peculiar, propio, está fuera de toda duda. Aunque se hallen conectados con su articulado, su objeto de tutela inmediata no son la libertad, la intimidad o la propiedad individuales, sino la garantía jurídico-constitucional de los derechos humanos fundamentales, como elemento sobre el que pivota el Estado de Derecho. En ellos toma cuerpo un verdadero sistema de control de las actuaciones de los poderes públicos³⁵, un entramado de relaciones sociales y valoraciones jurídicas formalizado en la Constitución y en las leyes que la desarrollan y que Bustos Ramírez denomina “garantías constitucionales y legales”³⁶.

Dichas garantías -explicará este autor- componen un bien jurídico institucional, macrosocial, relacionado con el funcionamiento del sistema socio-político y que aspira a dotar de legitimidad al poder público, esto es, a lograr la identificación con él de la ciudadanía mediante procesos de adhesión y participación³⁷. El primordial de sus rasgos es su significado instrumental, de medios de garantía de ciertos ámbitos de inmunidad frente a la interferencia de las agencias del poder estatal, de

³⁵ Cfr. Bustos Ramírez, “El delito de práctica ilegal...”, cit., pp. 346 y 347; Bueno Arús, A Los ‘delitos cometidos por los funcionarios...’, cit., p. 617; Morales Prats, *La tutela penal...*, cit., p. 271; Portero García, “Delitos cometidos por los funcionarios...”, cit., pp. 514 y ss.; J. M. Zugaldía Espinar, “El Título V (‘Delitos contra la libertad’), del Libro II (‘Delitos y sus penas’) de la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código penal. Ministerio de Justicia. Madrid. 1983”, *DJ*, Vol. I, Enero-Diciembre 1983, p. 427; J. L. de la Cuesta Arzamendi, *El delito de tortura*, Barcelona, 1990, pp. 102 y ss.; Maqueda Abreu, *Los delitos contra la libertad...*, cit., p. 56; G. Portilla Contreras, *El delito de práctica ilegal de detención...*, cit., pp. 105 y ss.; M^a B. Sánchez Domingo, *Análisis del delito contra la inviolabilidad del domicilio del artículo 534 del Código penal*, Granada, 1998, pp. 57 y 58; Paredes Castañón, “Delitos de funcionarios...”, cit., p. 2058; Zúñiga Rodríguez, *Libertad personal...*, cit., pp. 87 y 89.

³⁶ Cfr. Bustos Ramírez, “El delito de práctica ilegal...”, cit., p. 347; mismo autor, *Manual de Derecho penal. Parte Especial*, Barcelona, 1986, p. 368; mismo autor, “Derechos de la persona reconocidos por las leyes y Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado”, *PC*, n^o 2, 1987, pp. 483 y ss. La propuesta de Bustos sobre la interpretación teleológica de estas figuras no ha recibido contestación en la doctrina española.

³⁷ Cfr. Bustos Ramírez, “Derechos de la persona...”, cit., p. 488.

presupuestos para el reconocimiento de los bienes jurídicos individuales, microsociales³⁸. En lugar de suponer nudas infracciones de derechos subjetivos de los particulares, los delitos contra las garantías constitucionales conllevan así una verdadera desnaturalización de las técnicas constitucional y legalmente articuladas para la preservación de aquéllos en su dialéctica con los poderes públicos y las facultades exorbitantes de que vienen investidos por el ordenamiento jurídico³⁹.

Los delitos de detención ilegal y de entrada y registro domiciliario llevados a cabo por la autoridad o funcionario fuera de los casos permitidos por la ley se acomodan fácilmente a este esquema. El texto punitivo de 1995 ha sistematizado los atentados a la libertad o a la intimidad realizados por funcionarios públicos utilizando como pauta el contexto en el que se verifican. Así, si son realizados en el marco de las relaciones entre los particulares y el Estado o la Administración Pública son vendrán en aplicación las figuras agravadas contenidas en los artículos 167, 198 y 204. en cambio, si la agresión tiene lugar en el ámbito de las relaciones jurídico-políticas existentes entre el Estado y la ciudadanía, concretamente en el marco de una investigación vinculada a una causa penal abierta contra el particular ofendido, serán operativos los preceptos de los artículos 530 y 534 a 536. Los demás tipos del Capítulo V del Título XXI pueden interpretarse asimismo a la luz del bien jurídico “garantías constitucionales”, con la excepción, quizá, del delito de impedir el ejercicio de los derechos cívicos (art. 542), en el que la formulación de la conducta típica en términos de compelimiento a realizar algo no querido abre formalmente la puerta a posibles concursos con el delito de coacciones del artículo 172. 2º, solventados por el propio legislador al declarar aplicable dicho precepto “salvo que el hecho tuviera señalada mayor pena” en otra norma⁴⁰.

³⁸ Cfr. Bustos Ramírez, “El delito de práctica ilegal...”, cit., p. 347; mismo autor, *Manual de Derecho penal. Parte Especial*, cit., pp. 368 y 369; mismo autor, “Derechos de la persona...”, cit., pp. 485 y 486.

³⁹ Cfr. Bustos Ramírez, “El delito de práctica ilegal...”, cit., pp. 346 y 347; mismo autor, *Manual de Derecho penal. Parte Especial*, cit., pp. 368 y 369; mismo autor, “Derechos de la persona...”, cit., p. 485.

⁴⁰ Con todo, no hay que perder de vista que los mencionados “derechos cívicos” no acceden al tipo en condición de bienes estrictamente individuales, sino en la medida en que alcancen a interactuar con el poder público. Defiende la solución recogida en el texto

Político-criminalmente, la adopción del tipo agravado o del delito especial impropio como técnica de tipificación, como proponía Rodríguez Ramos⁴¹, no dejaría de suscitar importantes reservas. Dicha opción, habitual en las últimas reformas parciales sufridas por la sección segunda, Capítulo II, Título II CPTR73⁴², privaría de tutela penal a un conjunto de garantías esenciales para el desarrollo de la libertad frente al Estado⁴³. Si en su reafirmación debe verse una de las piedras de toque para el reconocimiento de los derechos individuales, para la fiscalización de los abusos del poder estatal y, en definitiva, para el reforzamiento del sistema democrático⁴⁴, la reunión bajo una única rúbrica de los abusos que inciden directamente en aquéllas habrá de parecer a la fuerza una decisión

Roldán Barbero, “El delito de impedir...”, cit., p. 1602. En contra, Portero García, “Delitos cometidos por los funcionarios...”, cit., p. 534, que parece dar entrada al criterio de la especialidad para fundamentar la prevalencia del artículo 542 sobre el 172. 21 y admitir el concurso ideal cuando se aprecie violencia en el impedimento del ejercicio de los derechos cívicos o fundamentales.

⁴¹ Cfr. Rodríguez Ramos, *Libertades cívicas...*, cit., pp. 358 y 359.

⁴² Vid. Sainz de Robles, “El artículo 204 bis a...”, cit., p. 658, nota 28; Bustos Ramírez, “Derechos de la persona...”, cit., p. 487, apelando ambos autores como ejemplo paradigmático al delito de torturas del artículo 204 bis CPTR73. Convergían en la afirmación de su naturaleza derivada, entre otros, M^a L. Maqueda Abreu, “La tortura y otros tratos inhumanos o degradantes”, *ADPCP*, Tomo IXL, 1988, p. 466 y A. del Toro Marzal, “El nuevo delito de tortura”, en S. Mir Puig (ed.), *La reforma del Derecho penal*, Barcelona, 1980, p. 282. De otra opinión, J. Barquin Sanz, *Los delitos de tortura y tratos inhumanos o degradantes*, Madrid, 1992, p. 192; de la Cuesta Arzamendi, *El delito de tortura*, cit., pp. 187 y ss.

⁴³ Como pone de manifiesto Bustos Ramírez en relación con el delito de detenciones ilegales, con el establecimiento de un sistema en el que la cualidad de funcionario llevase aparejada meramente una agravación de los tipos genéricos que protegen los bienes jurídicos individuales el Código penal se desentendería del problema fundamental del Estado de Derecho democrático, el de la relación que debe existir entre control o intervención del Estado y libertad, para ocuparse sólo de la libertad ambulatoria como elemento de convivencia dentro de la sociedad civil. Con ello, el Derecho penal se colocaría de espaldas a la Constitución y a su carácter garantista y contradiría los principios fundamentales del Estado social y democrático de Derecho, al consagrar la primacía del Estado sobre el individuo. Cfr. “El delito de práctica ilegal...”, cit., pp. 365 y 366. En el mismo sentido, Portilla Contreras, quien denuncia que semejante opción político-legislativa traería consigo la irrelevancia jurídico-penal de las detenciones en las que no se respetasen las formalidades y garantías exigidas legalmente (*El delito de práctica ilegal...*, cit., pp. 120 y 121).

⁴⁴ La rapidez y eficacia de los mecanismos de protección con que la Constitución y las leyes que la desarrollan reservan a los derechos fundamentales y libertades públicas -la posibilidad de su alegación por el procedimiento normal ante los Tribunales ordinarios (art.

sistemática y político-criminalmente acertada, por mucho que el empleo de una técnica defectuosa obligue a una esforzada tarea de delimitación de los diversos tipos⁴⁵. Al poder democrático le corresponde desarrollar funciones de intermediación de conflictos y de remoción de obstáculos y promoción de condiciones para el desarrollo de los individuos y su participación en las relaciones sociales (art. 9. 2 CE)⁴⁶. Desechar la intervención penal con relación a ellas, esto es, restringirla a la indemnidad de los bienes microsociales, significa desconocer “ y desposeer de toda legitimidad a la actuación del poder público⁴⁷.”

2. CRITERIOS DELIMITATIVOS MATERIALES

A. LA DIVERSA NATURALEZA DEL “ABUSO” FUNCIONAL REALIZADO

La existencia de una distinción material en el fundamento de la sistemática adoptada por el legislador viene anudada por un primer grupo de opiniones a la diversa naturaleza de las conductas abusivas contemplada en ambos grupos de delitos de funcionarios. En esta línea, para Quintano Ripollés los delitos del actual Capítulo V del Título XXI garantizarían el ejercicio de los derechos individuales o personales reconocidos en el Estado de Derecho “frente al cumplimiento ilícito de un mal entendido deber del cargo”, esto es, frente a las extralimitaciones en el ejercicio del mismo llevadas a cabo con el propósito de servir a la función pública. De mediar algún tipo de interés personal, por contra, no sería ya el “abstracto derecho constitucional” lo ofendido, sino otros intereses

24. 2 CE en relación con el 53. 2 CE), el procedimiento preferente y sumario ante los Tribunales ordinarios y el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional para los “derechos fundamentales y libertades públicas” y el derecho a la igualdad del art. 14, el procedimiento estatuido por la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, de “Habeas Corpus”- contrasta con sus insuficiencias en el terreno preventivo. Una correcta -técnicamente hablando- disciplina de los abusos de los funcionarios dirigidos contra los derechos y libertades fundamentales debería ofrecer, como subraya de la Cuesta Arzamendi, posibilidades adicionales al respecto. Cfr. de la Cuesta Arzamendi, *El delito de tortura*, cit., p. 107.

⁴⁵ Cfr. De la Cuesta Arzamendi, *El delito de tortura*, cit., p. 108.

⁴⁶ Cfr. Bustos Ramírez, “Derechos de la persona...”, cit., p. 489.

⁴⁷ Cfr. Bustos Ramírez, “Derechos de la persona...”, cit., p. 490.

protegidos al margen de dicho capítulo, eventualmente, de existir correspondencia, en el Título XIX⁴⁸.

En términos similares, Rodríguez Devesa / Serrano Gómez señalan que las intromisiones del Estado en la esfera de los particulares pueden revestir una naturaleza muy distinta. Así, sería posible, en primer lugar, que el poder viniese abusivamente ejercido por “razones de índole política” por parte de quienes “llevan en su actuación la representación del Estado”. Ése sería el caso de los delitos contra las garantías constitucionales, a través de los cuales los funcionarios públicos, aspirando a ejecutar “aunque sea con extraviado celo” las tareas que les han encomendado, infringirían las formalidades legalmente preestablecidas de que debe acompañarse toda intervención pública dirigida a menoscabar el ejercicio de derechos individuales⁴⁹. Distinta caracterización correspondería a los delitos contra la Administración Pública, en los que el funcionario antepondría motivaciones privadas a las públicas. Su *ratio* estribaría únicamente en un abuso de poder asociado a la lesión o a la puesta en peligro de un bien jurídico, para cuya previsión habría sido suficiente con incluir una cláusula personal de agravación de la pena en la regulación de las figuras delictivas con las que guardan parentesco. La atribución a la malversación, por ejemplo, de un *nomen iuris* distinto del que recibe la misma conducta cuando es ejecutada por un particular induciría a entender - “erróneamente” - que “despojar al Estado desde el interior de la máquina burocrática tiene distinta trascendencia que el ataque a la propiedad de los particulares”, siendo así que una duplicidad de descripciones legales en la materia carecería de toda justificación técnica y criminológica⁵⁰.

⁴⁸ Vid. Quintano Ripollés, *Curso de Derecho penal*, Tomo II, *Parte Especial*, cit., pp. 530 y 536; mismo autor, *Compendio de Derecho penal*, Tomo II, *Parte Especial*, Madrid, 1958, pp. 29 y 30. En el mismo sentido, F. Puig Peña, *Derecho penal. Parte Especial*, 7ª ed., Madrid, 1988, p. 291, nota 2, indicando que todos los delitos del Título VII CPTR73 “suponen faltas personales del funcionario, lo cual tiene consecuencias prácticas en lo que atañe a la responsabilidad de la Administración por tales actos”.

⁴⁹ Vid. Rodríguez Devesa / Serrano Gómez, *Derecho penal español. Parte Especial*, cit., pp. 767 y 768.

⁵⁰ Vid. Rodríguez Devesa / Serrano Gómez, *Derecho penal español. Parte Especial*, cit., p. 1131. Idénticas reflexiones suscitan a estos autores la revelación de secretos e informaciones reservadas y las limitaciones a la libertad sexual.

Una tercera versión del planteamiento que nos ocupa es la que proporciona Valeije Álvarez, si bien esta autora opta por una formulación más taxativa del mismo. En su opinión, bajo el papel de las conductas todos los delitos contra las garantías constitucionales comportarían un verdadero abuso de las funciones públicas encomendadas al funcionario y no de la mera posición de poder que ocupa en el seno de la Administración Pública; abuso que se caracterizaría por la emanación de una disposición, decisión o acto que infringen “una norma de rango legislativo (relativa por tanto al orden de atribuciones y competencias del funcionario) que regula cómo se debe desarrollar la función pública que en el caso concreto se realiza (la potestad reglamentaria, impositiva, policial, sancionatoria...)”, y que “por su relevancia en las relaciones jurídicas que mantiene el ente público -del que el funcionario depende- con el ciudadano”, resultan directamente imputables a la Administración Pública⁵¹. Por el contrario, la malversación de caudales, las limitaciones a la libertad sexual, las negociaciones prohibidas a los funcionarios, la infidelidad en la custodia de documentos, la revelación de secretos e informaciones privilegiadas..., señala, “nada tienen que ver con las funciones que desempeña el sujeto”, sustanciándose simplemente en el empleo por parte del funcionario de “las ventajas que le depara ser el titular del cargo o el ejercicio de la función pública”⁵². El acceso de los particulares que desempeñan una función pública al círculo de la autoría de numerosos delitos contra la Administración Pública y la descripción de las conductas típicas de los delitos contra las garantías constitucionales por el mismo nombre que designa “la función pública ilegítimamente realizada” avalarían la bondad del criterio⁵³.

Estas indicaciones basculan, como se ve, sobre la diversa forma de actuación del funcionario al perpetrar una y otra clase de delitos, distinguiendo claramente según actúe “fuera del servicio” o “para el servicio”. En realidad, tratan de reconducir la sistemática legal a la distinción entre hechos personales del funcionario y hechos de la función, tesis avanzada ya por Jaso Roldán, para quien la nota esencial que caracterizaba a los

⁵¹ Cfr. Valeije Álvarez, “Consideraciones...”, cit., p. 314.

⁵² Cfr. Valeije Álvarez, “Consideraciones..”, cit., pp. 315 y 316.

⁵³ Cfr. Valeije Álvarez, “Consideraciones...”, cit., pp. 316 y 317.

delitos contra la Administración Pública y los diferenciaba “de otros aparentemente análogos” consistía en que todos ellos representaban faltas personales del funcionario⁵⁴.

En nuestra opinión deben ser desestimadas a partir de tres consideraciones. La primera es que si en la distinción entre delitos imputables y delitos no imputables al Estado podría verificarse, a lo sumo, un criterio interpretativo que evidencie una diversa forma de agresión al bien jurídico (en unos casos a través del ejercicio de actos o poderes revestidos de la autoridad y legitimidad del Estado, en otros de meras actuaciones privadas del funcionario, sin relación con la función pública), y ello en tanto en cuanto se dote de los suficientes elementos de concreción y determinación, pues en caso contrario no cabrá atribuirle otra utilidad que la de clasificar los delitos de funcionarios en atención a la subsistencia de una responsabilidad civil subsidiaria del Estado, conforme al artículo 121 CP, por su realización⁵⁵. Hay que incidir en que el único de los

⁵⁴ Cfr. Jaso Roldán, en Rodríguez Muñoz / Jaso Roldán / Rodríguez Devesa, *Derecho penal*, Tomo II, *Parte Especial*, cit., p. 193.

⁵⁵ Tal y como reconoce la propia Valeije Álvarez (“Consideraciones...”, cit., pp. 314 y 315), al asumir que si bien “puede existir cierto interés por parte de la Administración Pública en que no se le imputen actos ilegítimos que pueden ser lesivos de los derechos de los particulares”, en ningún caso podría hacerse del mismo “el bien jurídico protegido”. En el mismo sentido *Vid.* las críticas dirigidas por Méndez Rodríguez (“Sobre la naturaleza...”, cit., p. 364) al elemento de la “atribución a la Administración de las actividades realizadas” para dotar de contenido al elemento de la autoría de todos los delitos del Título VII CPTR73: “se constituye en un criterio demasiado amplio y ambiguo en su determinación (connotado generalmente en su elaboración de demasiados elementos valorativos) como para proporcionar las claves suficientes en la constitución del primer filtro delimitador. Aparte de que se configura, precisamente, como único filtro, sin que ni siquiera tenga relevancia suficiente para constituir un bien jurídico autónomo”. El art. 121 CP consagra la responsabilidad civil del Estado por los perjuicios derivados de un funcionamiento normal o anormal de la Administración. En línea de principio, la indemnización se establecerá en el proceso penal, que será preferente a la jurisdicción contencioso-administrativa, si bien el legislador penal le permite al perjudicado exigirla con arreglo a las normas que desarrollan el artículo 106. 1 CE, entre ellas, los artículos 144 a 146 LRJPAC, 121 y 123 LEF y 292 LOPJ. A este último respecto, debe tenerse presente que el artículo 146. 2 LRJPAC impone la no suspensión de los procedimientos de reconocimiento de responsabilidad patrimonial que se instruyan y la no interrupción de la prescripción, a no ser que la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesaria para el establecimiento de la responsabilidad patrimonial. Sobre los presupuestos y límites de dicha responsabilidad y su interpretación jurisprudencial, *Vid.* V. L. Montés Penadés, en T. S. Vives Antón, (coord.), *Comentarios al Código penal de 1995*,

posibles métodos de clasificación científica de las figuras que permite desarrollar una sistemática valorativa en la Parte Especial del texto punitivo es el que atiende al bien jurídico⁵⁶, y ello sin perjuicio de que, especialmente en los supuestos de entrecruzamiento de intereses de la comunidad y de los particulares, elementos como la posición social del autor, la gravedad de la infracción, la naturaleza del comportamiento descrito legalmente o la estructura de los tipos puedan y deban jugar un rol complementario⁵⁷.

Vol. I, Valencia, 1996, pp. 644 y ss.; J. L. Albácar López, en C. Conde-Pumpido Ferreiro (dir.), *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, Tomo I, Madrid, 1997, pp. 1513 y ss.; A. Aya Onsalo, "La responsabilidad civil subsidiaria de la Administración en los delitos de los funcionarios públicos", en A. Asúa Batarrita (ed.), *Delitos contra la Administración Pública*, Bilbao, 1997, pp. 71 y ss. Con carácter general, sobre la teoría del órgano como "artificio técnico" para la explicación del traslado de los actos de los agentes estatales y/o de la obligación indemnizatoria nacida de los eventuales efectos dañosos de los mismos, Santamaría Pastor, *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, cit., pp. 856 y ss.

⁵⁶ Tal y como explica J. Ortego Costales ("Bien jurídico: lesión y peligro", en *Libro Homenaje al Prof. J. Antón Oneca*, cit., p. 432), la existencia de títulos que no acotan un grupo definido de bienes trae consigo una importante distorsión en la tarea del intérprete, "que se ve obligado a partir del tipo como unidad autónoma, no sistematizadora". Sobre la función sistemática del bien jurídico, entre otros, E. Mezger, *Tratado de Derecho penal*, Tomo I, ed. revisada y puesta al día por J. A. Rodríguez Muñoz, Madrid, 1955, p. 385; Polaino Navarrete, *El bien jurídico*, cit., pp. 300 y ss.; P. Nuvolone, *Il sistema di Diritto penale*, Padova, 1975, pp. 222 y ss. Con relación a los intentos de adopción de principios clasificadores basados en los motivos del delito, la personalidad del autor o los medios comisivos, *vid.* A. Quintano Ripollés, *Tratado de la Parte Especial del Derecho penal*, Vol. I, 20 ed. puesta al día por E. Gimbernat Ordeig, Madrid, 1972, pp. 1 y ss. La revalorización del punto de vista teleológico en la ordenación de los delitos no es ajena a la concepción del Derecho penal como instancia de control social formalizado. Como señalan W. Hassemer / F. Muñoz Conde, la técnica clasificatoria le ofrece al legislador la posibilidad de configurar de un modo complejo, pero al propio tiempo claro, transparente, los presupuestos de la imputación penal, y, por ello, de proceder a su incremento y a su mayor control. los últimos tiempos una especial atención de la doctrina. *Vid. Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, Valencia, 1989, pp. 143 y ss.

⁵⁷ Ello no obsta, claro está, para que las categorías conceptuales en cuestión, unidas a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado y a otros elementos, puedan proporcionar un parámetro esencial para la comprensión e interpretación de cada una de las figuras delictivas. Aluden a ello G. Arzt, en C. Roxin / G. Arzt / K. Tiedemann, *Introducción al Derecho penal y al Derecho penal procesal*, versión española, notas y comentarios de L. Arroyo zapatero / J. L. Gómez Colomer, Barcelona, 1989, pp. 87 y 88; Polaino Navarrete, *El bien jurídico...*, cit., p. 302; R. Bettiol, *Diritto penale*, 11ª ed., Padova, 1982, p. 189.

En segundo lugar, el criterio se muestra incapaz de apoyar un proceso de simplificación que corrija ese teórico solapamiento de tipos. Baste recordar que el artículo 404, ubicado en el Título que habría de acoger las “faltas personales”, describe a la que deberá considerarse como paradigma de las conductas prevaricadoras castigadas en el Código penal, cuya estructura reproducen, por otra parte, diversos delitos adscritos tanto al propio Título XIX (los nombramientos ilegales del artículo 405) como al Capítulo V del Título XXI (v. gr. la expropiación ilegal del artículo 541)⁵⁸. La clasificación de los delitos de los funcionarios a la que se abre -“delitos de abuso de la función” *versus* “delitos de abuso de las ventajas del cargo”- tiene, pues, un valor absolutamente relativo. Se trata de una distinción de máxima que no precluye que los dos grupos legislativos de referencia incorporen “abusos de la función” en sentido estricto, no arrojando luz alguna sobre las verdaderas exigencias sistemáticas que han llevado al legislador a aceptar esa dualidad.

Finalmente, y con carácter general, cabe aducir que, frente a lo que parecen dar por supuesto las interpretaciones objeto de comentario, la doctrina administrativa y la jurisprudencia dominantes entienden que no hay razón para no seguir aplicando también en el ámbito de los delitos contra la Administración Pública las reglas generales de la imputación al ente público al que figuran adscritos de las actuaciones dañosas de los funcionarios o agentes administrativos. Si bien es verdad que, en la teoría, uno de los vértices de la teoría de la responsabilidad es el principio de que la cobertura de la Administración nunca alcanza a los daños derivados de los actos puramente personales de los funcionarios, ejecutados

⁵⁸ Bajo la vigencia del CPTR73, H. Roldán Barbero reservaba el calificativo de “prevaricaciones específicas” a los delitos de nombramientos ilegales, a la expropiación ilegal y a la ahora despenalizada clausura o disolución de un establecimiento privado de enseñanza (*Vid.* “De la prevaricación administrativa”, *RDPC*, nº 3, 1993, pp. 669 y 670). El Código penal de 1995 tipifica, además, prevaricaciones específicas en el ámbito de los delitos contra la ordenación del territorio (art. 320), la conservación del patrimonio artístico (art. 329) y la protección del medio ambiente (art. 322), que resultan sancionados, además de con la pena establecida en el artículo 404, con penas de prisión o multa. Sobre los complejos problemas técnicos que suscita la remisión al régimen penológico de la prevaricación genérica (esencialmente, la modificación de las reglas de la participación y la inversión de la relación penológica existente entre el tipo básico y los especiales agravados y la desproporción entre la valoración penal y la disciplinaria de dichos comportamientos) *Vid.* Virto Larruscain, “El delito...”, cit., pp. 1997, pp. 130 y ss.

“con desconexión total” del servicio, “sin relación alguna con el ejercicio de su función”⁵⁹, no puede olvidarse que el fin esencial de la institución resarcitoria “y el criterio que informa todos y cada uno de sus elementos” no es otro que la garantía patrimonial de la víctima⁶⁰, dato que, a la postre, ha llevado a aquéllas a preservar el vínculo de imputación en todos los casos en los que “la conducta del agente se manifiesta en el desempeño o ejercicio del cargo que éste ostenta en la organización administrativa, de forma que el daño se presenta externamente como expresión de funcionamiento del servicio”⁶¹. En esta tesitura, figuras como la prevaricación, la apropiación indebida agravada, las exacciones ilegales o los abusos contra la libertad sexual aparecerán como idóneas para actualizar los riesgos derivados del sistema de organización y funcionamiento del servicio público establecido por la Administración, por lo que acreditados el daño y la relación de causalidad, y sin perjuicio de su derecho a repetir contra el culpable, habrá de imputársele el correspondiente deber de reparación⁶². Al margen ya de otras consideraciones formales o científicas, disciplinar, por lo tanto, los delitos de los funcionarios en el texto

⁵⁹ Vid. E. García de Enterría / T. - R. Fernández, *Curso de Derecho administrativo*, Vol. II, 8ª ed., Madrid, 2002, p. 399. Los entrecomillados se toman del Dictamen del Consejo de Estado de 11 de abril de 1962 y de la STS de 20 de mayo de 1986, citados por García de Enterría / Fernández, *op. loc. cit.*

⁶⁰ Cfr. A. E. Navarro Munuera, “La ampliación de la responsabilidad patrimonial de la Administración a los daños ocasionados por sus funcionarios o agentes actuando al margen del servicio público”, *REDA*, nº 60, 1988, p. 389, a quien pertenecen el texto entrecomillado; García de Enterría / Rodríguez, *op. loc. ult. cit.*

⁶¹ Cfr. García de Enterría / Fernández, *op. loc. ult. cit.*

⁶² Vid. en este sentido Méndez Rodríguez, en cuya opinión el verdadero criterio aglutinador del Título VII CPTR⁷³ era precisamente el que “la actividad delictiva realizada por el sujeto agente” apareciese “como atribuible al ente público”, siendo así que frente a terceros la conducta aparecería como procedente -“desde luego genéricamente”- de un ente público (“Sobre la naturaleza...”, *cit.*, p. 368). García de Enterría / Fernández citan el Dictamen del Consejo de Estado de 18 de noviembre de 1985, “que declara procedente la indemnización a una empresa exportadora, a la que los servicios diplomáticos en Sierra Leona ayudaron a gestionar cerca de las autoridades de dicho país el cobro de los productos por ella mencionados, pero que no llegó a recibir el dinero por haber huido con él la cónsul honoraria de España que previamente se había ofrecido, más allá de lo que constituían las obligaciones propias de su cargo y como mandataria o representante de dicha empresa, a materializar el cobro” (cfr. *op. loc. ult. cit.*). Aya Onsalo trae a colación la STS de 4 de mayo de 1994, “en que se condenaba por apropiación indebida al encargado de la gestión administrativa y econó-

punitivo utilizando como parámetro el que tengan como sustrato actuaciones “en representación del Estado” o conductas “personales” supondría desconocer su naturaleza jurídica de figuras realizadas -todas ellas- “en el mal y delictivo ejercicio” de las funciones públicas, “pero dentro del mismo”⁶³.

B. HETEROGENEIDAD DE LOS BIENES SUPRAINDIVIDUALES IMPLICADOS EN UNO Y OTRO GRUPO DE DELITOS.

Octavio de Toledo y García Arán encuentran plenamente justificada la previsión sistemáticamente diferenciada de dos grandes grupos de delitos de funcionarios en el Código penal. Los delitos contra las garantías constitucionales, al vulnerar garantías individuales, vendrían a cerceñar el carácter democrático del Estado. El Título XIX, en cambio, acogería abusos e instrumentalizaciones del cargo dirigidas primordialmente contra la función pública, con independencia de que algunos de ellos puedan lesionar también, de forma accesoria, derechos individuales⁶⁴. Ésta es también la tesis que va a defenderse en este trabajo. Para articularla es preciso, no obstante, detenerse someramente en la compleja problemática del bien jurídico protegido en los delitos contra la Administración Pública.

Ya se ha avanzado que la doctrina mayoritaria adopta como punto de partida para el desarrollo de dicha tarea la existencia de una relación macrosocial entre el Estado y sus funcionarios, por una parte, y el colectivo ciudadano, por otra, lo que le lleva a cifrar el objeto de tutela del grupo en el conjunto de principios y directivas de organización y funcio-

mica de los pacientes ingresados en un instituto psiquiátrico dependiente de la Comunidad Autónoma de Madrid, pro haberse apropiado en su beneficio de las cantidades que en concepto de pensión percibían los enfermos” (“La responsabilidad civil...”, cit., p. 73). En el mismo trabajo pueden encontrarse alusiones a la prevaricación y a las exacciones ilegales (*op. cit.*, p. 71).

⁶³ Cfr. Aya Onsalo, “La responsabilidad civil...”, cit., p. 72.

⁶⁴ Cfr. Octavio de Toledo y Ubieto, *La prevaricación...*, cit., p. 169, nota 499, y 177, nota 530; M. García Arán, *La prevaricación judicial*, Madrid, 1990, pp. 31 y 32. Aceptan el criterio, C. Herrero Herrero, *Introducción al nuevo Código penal (Parte General y Especial)*, Madrid, 1996, pp. 334 y 440; Asúa Batarrita, “La tutela penal...”, cit., pp. 29 y 30; Landa Gorostiza, “Impedimento de derechos cívicos...”, cit., pp. 354 y 355; Zúñiga Rodríguez, *Libertad personal...*, cit., p. 168.

namiento de la Administración Pública contenido en el artículo 103 CE, que preceptúa que “la Administración Pública sirve a los intereses generales con objetividad y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización y coordinación con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”.

Tanto en el ámbito de los delitos del Título XXI como en el de los del Título XIX nos encontramos, pues, con bienes de carácter procedimental, esto es, con procedimientos formalizados de actuación esenciales para garantizar, en el marco de los valores y principios sancionados en la Constitución, el ejercicio de los derechos individuales y el desarrollo de las relaciones sociales⁶⁵. Si el reconocimiento del derecho a la libertad personal quedaría en papel mojado de permitirse a las autoridades practicar detenciones sin fundamento alguno, otro tanto sucedería con el de cualquiera de los intereses y bienes jurídicos microsociales si la Administración de Justicia o la Administración Pública pudiesen emitir resoluciones arbitrarias o condicionadas a los posibles beneficios económicos que pudiesen acarrearles⁶⁶. Ese rasgo viene evidenciado, antes que nada, por la técnica específica -no intercambiable con las que pueden reconocerse en otros sectores de la Parte Especial- empleada por el legislador español en la descripción de los delitos de los funcionarios, y que supone la conexión múltiple -esto es, a través de diversos elementos típicos- entre el ámbito de competencias de que es titular el sujeto y la conducta delictiva⁶⁷.

Sucede, sin embargo, que, mientras en el grupo de los delitos contra las garantías constitucionales esa extralimitación en la competencia se manifiesta en una lesión no justificada de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución a modo de límites formales y materiales

⁶⁵ Vid. Bustos Ramírez, *Manual de Derecho penal. Parte Especial*, cit., p. 365. Asimismo, con relación a la tutela de la Administración Pública, García Arán, *La prevaricación judicial*, cit., p. 30; Asúa Batarrita, “La tutela penal...”, cit., p. 24.

⁶⁶ Vid. Bustos Ramírez, *Manual de Derecho penal. Parte Especial*, cit., pp. 36y 365.

⁶⁷ Afirmar la variabilidad o invariabilidad de dicha conexión será la piedra de toque para construir un concepto “tipo” de delito de funcionario. Ello se abordará en la segunda parte de este trabajo. Por el momento, puede traerse a colación la tan reiterada -y sin embargo nunca suficientemente desarrollada - opinión de Cobo del Rosal de que al legislador penal no le interesan tanto los delitos que realizan los funcionarios públicos en el sentido que fuere, «como aquéllos que se realizan con ocasión del ejercicio de la función pública» (Vid. «Examen crítico...», cit., p. 241).

infranqueables a la acción de los poderes del Estado⁶⁸, en los delitos contra la Administración Pública se contrae al plano del interés que tiene la comunidad, el colectivo social, en que las relaciones “Administración Pública” - “administrado” se desarrollen con arreglo a los principios prefijados en el artículo 103. 1 de la Carta Magna. A la naturaleza de los primeros como delitos contra la Parte Dogmática de la Constitución, contra los principios políticos fundamentales representados por el reconocimiento y protección de los derechos individuales y de las libertades públicas, cabrá oponer así la de los delitos contra la Administración Pública en tanto

⁶⁸ Cfr. arts. 53, 54, 55 *in fine*, 81.1 y 168. 1 CE. La doctrina española ha venido utilizando la expresión “derechos políticos” para precisar los derechos del individuo protegidos en el Código penal frente a la intervención arbitraria de los agentes públicos (*Vid.* Quintano Ripollés, *Curso de Derecho penal*, Tomo II, cit., pp. 542 y 543; Córdoba Roda, *Comentarios al Código penal*, Tomo III, cit., p. 363; E. Mestre Delgado, “Responsabilidad penal de alcaldes y concejales”, en S. Muñoz Machado (dir.), *Tratado de Derecho municipal*, Tomo II, Madrid, 1988, p. 673). El término es, con toda claridad, incorrecto, al no compadecerse con la mención en el Capítulo V del Título XXI del derecho de propiedad -garantizado mediante el delito de expropiación ilegal del artículo 541-, ni con los postulados de la seguridad jurídica, pieza clave en un Estado de Derecho. A este respecto Roldán Barbero (“Sobre el alcance del término ‘derechos cívicos’...”, cit., p. 960) recuerda cómo los derechos a la tutela judicial efectiva y a la defensa no son en puridad “derechos políticos” y sin embargo resultan protegidos por el artículo 537. Tanto la propia rúbrica como la exégesis del Capítulo abogan, por el contrario, por el empleo del vocablo “derechos fundamentales” para designar el conjunto de garantías objeto de protección. Cuestión distinta es que la acepción con la que aquél debe ser recibido a estos efectos no coincida con la que le otorga un sector de la doctrina constitucionalista, como aquéllos contemplados en la Parte Dogmática de la Constitución (*Vid.* M. Atienza, “Sobre la clasificación de los derechos fundamentales en la Constitución”, *RFDUC*, n° 2, monográfico, 1979, pp. 125 y ss.; G. Peces Barba, “Reflexiones sobre la teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución”, *ibidem*, pp. 45 y ss.; P. Cruz Villalón, “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, *REDC*, n° 25, 1989, pp. 41 y ss.; A. Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, 1984, pp. 66 y ss.). La especial mención de que ha sido objeto el derecho de propiedad -incluido, no hay que olvidarlo, en la Sección 2ª del Capítulo II, Título I, de la Carta Magna, cuyo encabezamiento no alude a la naturaleza de “fundamentales” de los derechos que describe-, junto con el dato de que en la Parte Orgánica de aquélla se disponen situaciones jurídicas que no son otra cosa que “precipitados técnicos” de otras más amplias previstas en la Parte Dogmática -el derecho al ejercicio de la acción popular (art. 125), el derecho a acceder a los archivos y registros administrativos (art. 105)-, obligarán, en este sentido, a dar entrada a una concepción amplia, que integre a todos los derechos contemplados en la Constitución, también en su Parte Orgánica, siempre y cuando tengan su origen en alguno de los derechos fundamentales *stricto sensu* aludidos en la Parte Dogmática. Cfr. Roldán Barbero, “Sobre el alcance del término ‘derechos cívicos’...”, cit., p. 961.

infracciones de su Parte Orgánica, de las reglas para el establecimiento y función de los diferentes poderes y actividades y para el reparto de competencias. Ésa es la verdadera piedra del toque del sistema español de tratamiento de la responsabilidad penal de los funcionarios, la que lo dota de coherencia interna y lo hace técnica y político-criminalmente asumible.

3. CONCLUSIONES. DESARROLLO DEL CRITERIO TELEOLÓGICO. EXAMEN Y DISCUSIÓN DE LOS CASOS PROBLEMÁTICOS.

De lege lata todas las figuras que componen las dos categorías de delitos de funcionarios conocidas por el Código penal español presentan una estrecha conexión con el ejercicio de la función pública, hasta tal punto que en su realización concurre un *abuso del cargo*. Ese dato, que permite reservar para ellas el calificativo de “delitos en el ejercicio del cargo”, no debe llevar a confusión sobre su distinto contenido material.

La ofensa típica de los delitos contra las garantías constitucionales recaerá siempre sobre un sujeto complejo: la persona individual y la sociedad civil, que verá mediatamente perturbada su seguridad por la transgresión de las garantías procesales y constitucionales⁶⁹. La autonomía

⁶⁹ Cfr. Bustos Ramírez, “El delito de práctica ilegal de la detención...”, cit., p. 353; Portilla Contreras, *El delito de práctica ilegal...*, cit., p. 190, nota 389; de la Cuesta Arzamendi, *El delito de tortura*, cit., p. 109; Roldán Barbero, “El delito de impedir...”, cit., p. 1600. En definitiva, como explica Sánchez Domingo, si las garantías incorporadas por la Constitución con relación a los derechos fundamentales buscan establecer “un equilibrio entre la actuación de los poderes públicos y los derechos reconocidos a los ciudadanos”, la desestabilización del mismo equivale a poner en peligro “la seguridad del Estado, en el sentido de que está afectando a uno de los principios básicos que sirven de fundamento al Estado social y democrático de Derecho, conforme se regula en el artículo 1.1 de la constitución” (*Análisis del delito...*, cit., p. 38). No puede compartirse en este punto la postura de aquellos autores que, como Queralt Jiménez, atribuyen relevancia jurídico-penal exclusiva y excluyente a la vertiente colectiva, supraindividual, de los derechos fundamentales vulnerados (cfr. *Derecho penal español. Parte Especial*, cit., p. 776, en la que refiere el objeto de tutela de la categoría a “la propia existencia y consistencia del Estado de Derecho”). Esta clase de formulaciones no se cohonestan ni con su función esencial -que, como explica Barquín Sanz, no es la de proteger al Estado y a su sistema político frente a los abusos de los empleados públicos, sino la de preservar la individualidad de la persona frente a las injerencias estatales (*Vid. Los delitos de tortura*, cit., pp. 226 y 227)- ni con su significado primario, pues la libertad carece de sentido, incluso como mera representación ideológica, si no es ejercida singularmente por

sistemática de los delitos contra la Administración Pública no se justifica, en cambio, en su *impacto* sobre derechos fundamentales de rango constitucional, sino en su ofensa a los principios de organización y funcionamiento referidos por el artículo 103. 1 de la Carta Magna y, en esa medida, al sistema institucional de interacciones entre aquella y los ciudadanos. Los daños individuales que puedan anudarse a su realización -ocasionalmente aludidos o presupuestos en las propias descripciones típicas- no sirven para hacer del particular singularmente afectado el sujeto pasivo del delito. Las reflexiones de Octavio de Toledo sobre el sujeto ofendido por la prevaricación, perfectamente extrapolables a cualquiera de las restantes figuras uniofensivas del actual Título XIX, ilustran suficientemente sobre ello. Si con ocasión del ejercicio de las potestades administrativas -explica dicho autor- son siempre “actuables” derechos subjetivos de los particulares, los afectados por el delito de prevaricación son exclusivamente los llamados derechos “reaccionales o impugnatorios”, es decir, aquéllos cuya razón de ser estriba en la acción judicial concedida para eliminar los actos administrativos que, transgrediendo la ley, provocan un perjuicio personal a un ciudadano⁷⁰. Ésa sería la única figura jurídica que permitiría conectar el “derecho a la genérica legalidad de la Administración Pública” perjudicado por el tipo, cuya titularidad ostentaría la ciudadanía en general, con el sistema de acciones y recursos procesales legalmente otorgados a la misma en defensa de sus derechos e intereses individuales⁷¹.

cada ciudadano (cfr. Bustos Ramírez, “El delito de práctica ilegal de la detención...”, cit., p. 353; Portilla Contreras, *El delito de práctica ilegal...*, cit., p. 190, nota 389). Merece la pena recordar aquí la doctrina sentada por la STC 25/1981, de 14 de julio, sobre el doble carácter de los derechos fundamentales: “En primer lugar... son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un ‘status’ jurídico la libertad en un ámbito de la existencia. Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho” (Fundamento Jurídico 5°).

⁷⁰ Vid. Octavio de Toledo y Ubieto, *La prevaricación...*, cit., pp. 325 y 326, apoyándose en las consideraciones de E. García de Enterría (“Sobre los derechos públicos subjetivos”, *REDA*, n° 6, septiembre-diciembre 1975, pp. 428, 444 y 445).

⁷¹ Vid. Octavio de Toledo y Ubieto, *La prevaricación...*, cit., p. 326, en la que destaca que el cauce “natural” para hacer valer ese “abstracto interés en la legalidad” sería el ejercicio de acciones populares.

La cuestión de la titularidad del bien jurídico protegido en los delitos contra la Administración pública presenta unos perfiles bien definidos, conviniéndose sin excepciones en el carácter exclusivamente supraindividual del sujeto pasivo de la gran mayoría de las figuras⁷². Al igual que la prevaricación, los nombramientos ilegales, la infidelidad en la custodia de documentos, el cohecho, el tráfico de influencias o la malversación de caudales públicos, por aludir a las figuras más emblemáticas del grupo, deben su desvalor al ejercicio desviado del cargo público, a la ineficacia, imparcialidad o ilegalidad del comportamiento del funcionario. En las páginas que siguen examinaremos la viabilidad de esta construcción en relación con las figuras en las que el menoscabo a los derechos individuales parece cobrar mayor protagonismo: las exacciones ilegales de derechos y las limitaciones a la libertad sexual.

A. LAS EXACCIONES ILEGALES DE DERECHOS (ART. 437 CP).

El artículo 437 del Código penal tipifica la conducta de la autoridad o funcionario público “que exigiere exigiere directa o indirectamente derechos, tarifas o aranceles que no sean debidos o en cuantía mayor a la legalmente señalada”. Se trata de una figura de honda tradición legislativa y que ha experimentado, con la redacción que ha recibido en el texto punitivo de 1995, una extensión de su ámbito de aplicación, al haberse ampliado el círculo de los posibles sujetos activos e incriminarse la conducta de exigir cantidades no debidas en absoluto.

Con la mirada puesta en los escasos estudios doctrinales existentes en la materia, son sus relaciones técnico-jurídicas con los delitos de cohecho y de estafa las que han merecido un mayor esfuerzo de clarificación, resultando hasta cierto punto marginal la atención dispensada a las

⁷² Cabe, en principio, identificar las divergencias teóricas en este extremo con las posturas de Muñoz Conde (*Derecho penal. Parte Especial*, cit., pp. 25 y 27) y Rebollo Vargas (*La Revelación de secretos...*, cit., p. 180), por una parte, que sistematizan los delitos contra la Administración Pública entre los delitos contra el Estado, y Octavio de Toledo y Ubieto (*La prevaricación...*, cit., p. 326), Herrera Herrera (*Introducción al nuevo Código penal*, cit., p. 334), Asúa Batarrita (“La tutela penal...”, cit., p. 22), Valeije Álvarez (*El tratamiento exclusivamente...*, cit., p. 28) y Cugat Mauri (*La desviación...*, cit., p. 188), por la otra, que los configuran como delitos contra la sociedad o contra la comunidad. La última de las autoras mencionadas aporta argumentos técnicos y axiológicos difícilmente rebatibles.

cuestiones relativas a la configuración de su contenido de injusto⁷³. A los efectos aquí pretendidos, el primer dato de interés radica en el carácter consumativo de la simple exigencia. El delito cobra vida con una simple petición “imperiosamente” formulada, al margen de que venga seguida de la entrega material de las cantidades correspondientes a los derechos y de que desemboque, por consiguiente, en un detrimento o perjuicio patrimonial⁷⁴. La letra del precepto no describe sino un intento de defraudación caracterizado, como destacan Etxebarria Zarrabeitia, y Morales Prats / Rodríguez Puerta, por un conjunto de elementos (la imperatividad de las potestades de liquidación y ejecución de los derechos de la Administración Pública, la preservación de la legalidad de los correspondientes devengos, la inicial confianza con la que los particulares afrontan las reclamaciones dinerarias de los funcionarios competentes) que lo revisten de mayores probabilidades de éxito⁷⁵.

⁷³ Sobre la nueva regulación de las exacciones ilegales, E. Orts Berenguer, en T. S. Vives Antón / J. Boix Reig / J. C. Carbonell Mateu / J. L. González Cussac, *Derecho penal. Parte Especial*, 3ª ed., Valencia, 1999, pp. 774 y 775; X. Etxebarria Zarrabeitia, “Fraudes y exacciones ilegales”, en Asúa Batarrita (ed.), *Delitos contra la Administración Pública*, cit., pp. 219 y ss.; Morales Prats / Rodríguez Puerta, en Quintero Olivares (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, cit., pp. 1782 y ss. Sobre las relaciones conceptuales aludidas en el texto, con anterioridad a la entrada en vigor del Código penal de 1995, I. Valeije Alvarez, “Aspectos problemáticos del delito de concusión (diferencias con el cohecho)”, *RGD*, nº 597, 1994, pp. 6517 y ss.

⁷⁴ Cfr. Cuello Calón, *Derecho penal*, Tomo II, *Parte Especial*, Vol. I, 1982, p. 467; M. Alonso Álamo, “Problemas político-legislativos del delito de concusión”, en *Estudios penales en memoria del Profesor Agustín Fernández Albor*, Santiago de Compostela, 1989, pp. 18 y 19; Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte Especial*, cit., p. 878; Orts Berenguer, en Vives Antón / Boix Reig / Orts Berenguer / Carbonell Mateu / González Cussac, *Derecho penal. Parte Especial*, cit., p. 716, con referencias jurisprudenciales; Etxebarria Zarrabeitia, “Fraudes y exacciones ilegales”, cit., p. 221; Morales Prats / Rodríguez Puerta, en Quintero Olivares (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, cit., p. 1783.

⁷⁵ *Vid.* Etxebarria Zarrabeitia, “Fraudes y exacciones ilegales”, cit., p. 221. En opinión de Morales Prats / Rodríguez Puerta [en Quintero Olivares (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, cit., p. 1783], el tipo del artículo 437 abarca las hipótesis en que el funcionario engaña al particular con relación a la cuantía de la deuda o a su existencia, debiendo remitirse al ámbito del del artículo 438 (estafa o apropiación indebida con abuso del cargo) las conductas en que el funcionario, con la finalidad de conseguir el beneficio económico, hace creer al particular que el ejercicio de sus funciones está supeditado a la entrega de una cantidad de dinero o que es competente para emitir una determinada resolución. Subraya el carácter abierto del precepto en lo que a las modalidades de realización de la conducta de “exigir” se refiere, Orts Berenguer, en Vives Antón / Boix Reig / Orts Berenguer / Carbonell Mateu / González Cussac, *Derecho penal. Parte Especial*, cit., p. 774.

Un cotejo entre el régimen punitivo del artículo 437 y el previsto para la estafa común -más oneroso- confirma la necesidad de atribuirle al ataque al patrimonio de los particulares un rol secundario, accesorio, en la identificación de los distintos componentes de desvalor del delito⁷⁶. Lo que prejuzga esencialmente la gravedad de las conductas típicas de las exacciones de derechos es, pues, el abuso protagonizado por el funcionario frente al administrado destinatario de la exigencia, el mal ejercicio de su cargo en el marco de las relaciones jurídicas que por regla general devengan obligaciones económicas a cargo de los particulares. Parece claro, en suma, que el bien jurídico de las exacciones se sitúa claramente en la órbita de los principios y directivas aludidos por el artículo 103. 1 de la Constitución⁷⁷. Producido el devengo, al particular podrá reconocérsele únicamente el papel de perjudicado⁷⁸.

B. LAS LIMITACIONES A LA LIBERTAD SEXUAL (ARTS. 443 Y 444 CP).

También la ubicación de las denominadas “limitaciones a la libertad sexual” en los artículos 443 y 444 del Código penal se compadece con los principios de una sistemática científica. En línea de principio, la doctrina ha venido identificando en ellas una dualidad de objetos de protección: uno colectivo, implicado en la instrumentalización de la posición funcional para poner en práctica de forma ventajosa la solitud sexual, y otro individual, concretado en el derecho que asiste a toda

⁷⁶ Aluden a la afección sólo mediata de la conducta al patrimonio de los ciudadanos, Alonso Álamo, “Problemas políticolegislativos”, cit., p. 20; Etxebarria Zarrabeitia, “Fraudes y exacciones ilegales”, cit., p. 221. Naturalmente, no se opone a la plena operatividad de la estafa cuando concurren todos sus requisitos típicos, entre ellos la producción de un efectivo perjuicio económico (cfr. Alonso Álamo, “Problemas políticolegislativos”, cit., pp. 20 y 21; Etxebarria Zarrabeitia, “Fraudes y exacciones ilegales”, cit., pp. 225 y 226). Eso sí, atendidos los respectivos contenidos de injusto de una y otra figura, no parece que pueda apreciarse un concurso de leyes, que es la solución preconizada por Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte Especial*, cit., p. 983.

⁷⁷ En opinión de Alonso Álamo, las exacciones representan una agresión al principio jurídico-estatal reconocido en el artículo 31. 3 de la Constitución, que hace referencia a la legalidad de las prestaciones patrimoniales en general y no sólo de las tributarias. Cfr. “Problemas políticolegislativos...”, cit., p. 21.

⁷⁸ En contra, sin embargo, Etxebarria Zarrabeitia, “Fraudes y exacciones ilegales”, cit., p. 223, para quien los sujetos pasivos serán tanto la Administración como el particular afectado.

persona a manifestarse de modo enteramente libre, sin coacciones, en el desarrollo de su vida sexual⁷⁹. Vigente el Código penal Texto Refundido de 1973, la tesis claramente dominante era la que apostaba por la prevalencia de la dimensión comunitaria, supraindividual, del delito, para la que se hallaba apoyo en dos rasgos que presentaba su disciplina legal, en los artículos 383 y 384, y que servían, a la postre, para diferenciarlo de los modelos de delincuencia sexual que ofrecía el texto punitivo. El primero de ellos era su carácter de delito especial propio, o lo que es lo mismo, el dato de que lo que le otorgaba relevancia jurídico-penal a la conducta típica era el que viniera protagonizada por un funcionario público, al no corresponder con ningún delito común o de referencia⁸⁰. Por otra parte, se consideraba altamente significativo, también, el que su consumación viniese de la mano de la solicitud, esto es, que fuese ajena a cualquier lesión o daño efectivos de la libertad sexual del requerido. Con arreglo a la técnica de tipificación seleccionada por el legislador la figura mostraría un adelantamiento de las barreras de intervención penal *excesivo* para lo que se estilaba en el Título dedicado a las infracciones relacionadas con la libertad sexual -el IX CPTR73-, pero no con la mirada puesta en el abuso “implícito” de la función pública que en ellas tomaría cuerpo y que constituiría su verdadera esencia, su elemento nuclear⁸¹.

Hay que conceder que ambos argumentos han perdido cierto peso tras la entrada en vigor del Código penal de 1995. En el marco de los nuevos artículos 443 y 444, la consumación de los abusos contra la libertad sexual sigue anudándose a la solicitud, bien es cierto que en una de las líneas jurisprudenciales recaídas en la materia el Tribunal Supremo ha

⁷⁹ Cfr. M^a D. Fernández Rodríguez, “Los abusos contra la honestidad”, *CPC*, n^o 5, 1978, p. 58; E. Orts Berenguer, “Limitaciones a la libertad sexual”, *CLP*, Tomo XIV, Vol. II, 1992, pp. 176 y 177; mismo autor, en Vives Antón / Boix Reig / Orts Berenguer / Carbonell Mateu / González Cussac, *Derecho penal. Parte Especial*, cit., p. 779. Para M. A. Altés Martí el objeto de protección específicamente referido a la persona solicitada sería la esfera de su intimidad (“Solicitud sexual. Funcionario público y de prisiones”, en VV. AA., *Mujer y Derecho penal*, Valencia, 1995, p. 105.

⁸⁰ Cfr. Fernández Rodríguez, “Los abusos...”, cit., p. 59; Altés Martí, “Solicitud sexual...”, cit., p. 105.

⁸¹ Cfr. Fernández Rodríguez, “Los abusos...”, cit., p. 59; Altés Martí, “Solicitud sexual...”, cit., p. 100; Orts Berenguer, en Vives Antón / Boix Reig / Orts Berenguer / Carbonell Mateu / González Cussac, *Derecho penal. Parte Especial*, cit., p. 721.

venido exigiendo que se trate de solicitudes reiteradas e insistentes⁸², y que un sector de la doctrina más moderna defiende la necesidad de que aquélla se materialice en algo, es decir, que venga acompañada “de gestos, de un acercamiento, un agobio físico, un acoso”⁸³. La tipificación en el artículo 184 del Código del delito de acoso, que Mir Puig no alcanza a distinguir de los mencionados abusos⁸⁴, y cuyas relaciones concursales deberán resolverse, según la generalidad de los autores, dando preferencia a estos últimos⁸⁵, parece llamada, sin embargo, a introducir distorsiones en ese esquema.

La nota de la “especialidad” de los delitos de los artículos 443 y 444 puede seguir ofreciendo, no obstante, sus frutos. Mir vierte sus reflexiones sobre sus relaciones con la figura del acoso con anterioridad a la sustancial modificación operada en ella por la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril. Conforme a sus actuales descripciones típicas no es necesario -y hay que recalcarlo- que la solicitud que da vida a los abusos contra la libertad sexual produzca un impacto tan intenso, tan grave, como el requerido por el acoso, que para ser punible debe traducirse en una “situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante”. No cabe aducir, pues, que la abstracción de la circunstancia de que el solicitado tenga pretensiones pendientes de la resolución del funcionario o sobre las que éste debe informar o elevar consulta nos sitúa ante una genérica conducta de acoso. En este sentido, el radio de acción de los artículos 443 y 444 es, indudablemente, más amplio.

Eso no significa que no deba reservarse un espacio lógico autónomo en su estructura a la afección a la libre determinación en el ámbito sexual. Aunque el “mal” no aparece mencionado en las situaciones típicas que describen los artículos 443 y 444, nadie pone en duda que en el presupuesto de estos delitos se identifica la dependencia en que se halla la persona solicitada respecto de quien puede interferir -negativamente- en la tramitación y resolución de sus pretensiones ante la Administración

⁸² Vid. STS de 9 de julio de 1997.

⁸³ Vid. Catalán Sender, *Los delitos cometidos por autoridades...*, cit., p. 381, que sigue a J. A. de Vega Ruiz, *El acoso sexual como delito autónomo*, Madrid, 1991, p. 30.

⁸⁴ Cfr. S. Mir Puig, “Nombramientos ilegales. Negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función”, en *CDJ*, 1996, p. 335.

⁸⁵ Vid. E. Orts Berenguer / C. Suárez-Mira Rodríguez, *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Valencia, 2001, p. 178 y nota 69, con ulteriores referencias bibliográficas.

pública, la existencia de un mutuo e implícito condicionamiento entre la decisión y su sentido, por una parte, y a la efectiva prestación de lo que se solicita, por otra. Pero, al igual que sucedía con relación al delito de exacciones, el bien individual reviste aquí una importancia secundaria, accesoria. La “especialidad” de estos abusos, en los términos anteriormente reseñados, su régimen punitivo -considerablemente más gravoso que el previsto para el acoso cometido con preaviso de “situación laboral, docente o jerárquica” o “con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que aquélla pueda tener en el ámbito de la indicada relación” (art. 184. 2)-, su peculiar configuración típica -basada en el dato de que la prestación sea requerida precisamente a modo de contrapartida por la adopción de una resolución o la emisión de un informe o de una consulta -y la regla concursal del artículo 445 avalan su naturaleza de delitos en el ejercicio de la función.

CAPÍTULO IV

DERECHO PENAL Y DERECHO DISCIPLINARIO DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS. EL PRINCIPIO *NON BIS IN IDEM* Y LA EXTENSIÓN DE LAS GARANTÍAS SUSTANTIVAS PENALES AL ÁMBITO DISCIPLINARIO

A. INTRODUCCIÓN.

El principio comprendido bajo el aforismo latino *non bis in idem* guarda relación con un importante número de materias, entre ellas con la subsidiariedad del enjuiciamiento de las infracciones administrativas en España, y, por lo tanto, con la propia potestad sancionadora de la Administración. En efecto, al proscribir que los órganos administrativos actúen sobre una determinada cuestión cuando está siendo o ha sido objeto de conocimiento por los órganos pertenecientes al orden jurisdiccional penal funciona indudablemente como un límite al ejercicio de la misma. Sin embargo, en este apartado nos interesa sólo una de sus manifestaciones: la relativa a la concurrencia entre las normas penales y las administrativas sancionadoras en el ámbito subjetivo de la función pública.

En el marco general de la potestad sancionadora de la Administración, la doctrina y la jurisprudencia españolas han subrayado tradicionalmente la singularidad de las sanciones disciplinarias, las cuales por su especial finalidad, naturaleza o significado se harían acreedoras de una aplicación menos rígida de los principios que presiden el Derecho sancionador general. En realidad, el Derecho disciplinario ha constituido siempre en todos los países de nuestro entorno jurídico una rama autónoma, con estructura y principios específicos, íntimamente ligados a las características especiales de la relación que vincula al funcionario al ente público, e históricamente remisa a todo proceso de codificación¹. La

¹ Cfr. G. Baratti, *Contributo allo studio della sanzione amministrativa*, Milano, 1984, p. 203. En Italia, la Ley 689/1981, de 24 de noviembre, que contiene los principios materiales de naturaleza penal y el procedimiento sancionador para las infracciones administrativas, excluye de su ámbito de vigencia a las infracciones disciplinarias (art. 12), restringiendo su eficacia a las infracciones castigadas con sanciones pecuniarias. En la *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten* alemana se define asimismo el ilícito administrativo objeto de la regulación como “un hecho antijurídico y culpable que integra el tipo de una ley para el cual está establecido una pena pecuniaria” (art. 11). Para un panorama general del Derecho disciplinario comparado pueden

mejor prueba de ello la aceptación por el propio TEDH de la no aplicación de las garantías procesales previstas en el artículo 6 de la Convención de Roma al castigo de las sanciones disciplinarias salvo que así lo requieran su naturaleza o gravedad².

En este contexto teórico -y también, como veremos, político-legislativo- debe situarse e interpretarse el fenómeno jurídico de la compatibilidad entre las penas previstas para los delitos de los funcionarios públicos contra la Administración Pública y las sanciones correspondientes a las faltas disciplinarias. Una compatibilidad que se nutre de una importantísima elaboración dogmática en la tradición jurídico-penal y jurídico-administrativa española y que ha gozado del aval del propio Tribunal Constitucional, pero que la literatura más reciente sujeta a crecientes reservas por varios motivos.

El primero de ellos es el paulatino acercamiento del Derecho disciplinario al penal, verificable en la totalidad de los países pertenecientes a nuestra órbita jurídica³. En España ha supuesto un significativo paso adelante en este sentido el RDFCE, que da entrada en el ámbito disciplinario a instituciones propias del orden jurídico-penal, como por ejemplo la responsabilidad a título de inducción y de encubrimiento o la prescripción de las faltas y de las sanciones, y mejora sustancialmente las garantías del funcionario en el procedimiento sancionador, mediante la inclusión en el mismo del trámite de audiencia y vista del expediente (Capítulo IV del Título II). Ante esta nueva realidad normativa, la doctrina especializada ha venido proponiendo una revisión de los argumen-

verse W. Siburg, "La jurisdicción disciplinaria en la República Federal Alemana", trad. del alemán de A. Nieto García, *RAP*, n° 46, pp. 391 y ss., así como la comunicación presentada por I. Chapel al Primer Coloquio de los Institutos de las Ciencias Administrativas, celebrado en Bruselas los días 9 y 10 de octubre de 1964, publicada en *DA*, n° 103, pp. 99 y ss.

² Sobre ello pueden verse B. Lozano Cutanda, *La extinción de las sanciones administrativas y tributarias*, Madrid, 1990, pp. 45 y 53 y ss.; M^a G. Rubio, "Potestad sancionatoria de la Administración y garantías del administrado: comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de febrero de 1984: el caso Öztürk", *RAP*, n° 104, 1984, pp. 375 y ss.; C. E. Paliero, "'Materia penale' e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell' Uomo: una questione 'classica' a una svolta radicale", *RIDPP*, 1985, pp. 894 y ss.

³ *Vid.* R. Parada Vázquez, *Derecho Administrativo II, Organización y empleo público*, 15^a ed., Madrid, Barcelona, 2002, pp. 512 y ss.

tos con que se han sostenido históricamente las tesis diferenciadoras de una y otra clase de poderes sancionadores, entre ellos los relacionados con la eficacia del *bis in idem* procesal o con la posibilidad de determinar la infracción disciplinaria en el momento mismo de la imposición de la sanción⁴.

La conveniencia de nuevas aportaciones teóricas sobre los límites y presupuestos del *non bis in idem* viene indicada en segundo lugar por la entrada en vigor del Título IX LRJPAC. Con ella se ha difuminado toda posible justificación de la autonomía dogmática de la sanción disciplinaria en la carencia de una regulación general de las sanciones administrativas que permitiese diferenciarla de otros medios de coacción puntualmente catalogadas también como sanciones. Por el contrario, con la mirada puesta en la extensión por aquél de los principios garantistas de rango constitucional a la prácticamente todas las figuras sancionatorio-administrativas, parece que la noción que revestirá mayor importancia con vistas a la identificación de la actividad sancionadora de la Administración será la de sanción administrativa⁵.

Pero es básicamente la línea general de juridificación del poder sancionatorio de la Administración iniciada con la Constitución de 1978 la que impone un replanteamiento tanto de la integración de la potestad disciplinaria en lo que Parada Vázquez denominaba “zona pacífica” del Derecho administrativo sancionador⁶, como de la utilización de la etiqueta conceptual “relación especial de sujeción” para desposeer de parte de su fundamentación material a las distintas expresiones del principio de legalidad penal en el terreno del Derecho disciplinario de los funcionarios públicos.

⁴ Cfr. J. Suay Rincón, “Potestad disciplinaria”, en R. Gómez-Ferrer Morant (coord.), *Libro homenaje al profesor J. L. Villar Palasí*, Madrid, 1989, p. 1336.

⁵ Cfr. J. M. Trayter Jiménez, en J. M. Trayter Jiménez / V. Aguado i Cudolà, *Derecho administrativo sancionador: Materiales*, Barcelona, 1995, p. 33.

⁶ Cfr. J. R. Parada Vázquez, “El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal”, *RAP*, n° 67, p. 46. La idea que subyace a esa expresión -que retoma M. Bajo Fernández (*Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, Madrid, 1978, p. 87)- y con la que Parada pretendía poner de manifiesto la general indiscusión de que eran objeto la legitimidad y límites de ejercicio de la potestad disciplinaria, está presente en la opinión de la autorizada doctrina y jurisprudencia que distinguen entre las sanciones de “autoprotección” y las sanciones de “protección del orden general”.

El artículo 25. 1 del Texto Fundamental⁷, en efecto, al permitir la tipificación de injustos y sanciones administrativas, otorga carta de naturaleza a la potestad sancionadora de la Administración Pública, denotando, al propio tiempo, una concepción unitaria del ordenamiento punitivo que lleva aparejada la homogeneidad de principios y garantías materiales y procesales⁸. Situados en la perspectiva de esa refundación

⁷ “Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyen delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”.

⁸ Cfr. L. Martín-Retortillo Baquer, *Materiales para una Constitución*, Madrid, 1984, pp. 109 y ss., exponiendo la génesis del artículo 25; J. R. Parada Vázquez, “Evolución y constitucionalización de las infracciones administrativas”, *PJ*, n° 4, 1982, pp. 25 y 26; J. J. Zornoza Pérez, *El sistema de infracciones y sanciones tributarias (Los principios constitucionales del Derecho sancionador)*, Madrid, 1992, pp. 54 y ss. En el mismo sentido se expresa el legislador en el punto 14 de la Exposición de Motivos de la LRJPAC. Con anterioridad a la Constitución, el Tribunal Supremo y un extenso sector doctrinal habían propuesto reiteradamente el traslado de los principios inspiradores del Derecho penal al “primario y arcaico” régimen sancionador administrativo, en el caso del primero apelando tanto a unos principios del *Derecho público sancionador* como al ilícito como un supraconcepto del que el penal y el administrativo constituían simples manifestaciones (cfr. A. de Palma del Teso, *El principio de culpabilidad en el Derecho administrativo sancionador*, Madrid, 1996, pp. 35 y 36, nota 36). En la doctrina pueden verse L. Martín-Retortillo Baquer, “Sanciones penales y sanciones gubernativas”, en *Problemas actuales de Derecho Penal y Procesal*, Salamanca, 1971, pp. 11 y ss.; E. García de Enterría, “El problema jurídico de las sanciones administrativas”, *REDA*, n° 10, 1976, p. 409; M. Cobo del Rosal / T. S. Vives Antón, “Introducción general: sobre la reserva de Ley orgánica y ordinaria en materia penal y administrativa”, *CLP*, Tomo III, 1984, pp. 3 y ss.; J. R. Casabó Ruiz, “La capacidad sancionadora de la Administración en el Proyecto de Código Penal”, en *La reforma penal y penitenciaria*, Santiago de Compostela, 1980, pp. 272 y ss.; J. F. Mestre Delgado, “La configuración constitucional de la potestad sancionadora de la Administración Pública”, en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor E. García de Enterría*, Tomo III, Madrid, 1991, pp. 2493 y ss. La visión unitaria del fenómeno sancionador se ha visto confirmada por la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional básicamente en sus sentencias de 18/1981, de 8 de junio, 3/1988, de 21 de enero, 29/1989, de 6 de febrero, 246/1991, de 19 de diciembre y 146/1994, de 12 de mayo. Una amplia exposición de la jurisprudencia constitucional en materia de sanciones administrativas puede verse en A. Cano Mata, *Las infracciones administrativas en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Madrid, 1984; J. Suay Rincón, *Sanciones administrativas*, Bolonia, 1989, pp. 161 y ss.; E. Bacigalupo Zapater, *Sanciones administrativas (Derecho español y comunitario)*, Madrid, 1991, pp. 19 y ss. Para la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que hasta la entrada en vigor de la LRJPAC ha adoptado el mismo criterio de la unidad sustancial de ilícitos para cubrir las quiebras y lagunas del sistema sancionador administrativo, J. Suay Rincón, “Las sanciones administrativas, concepto y clases”, en J. A. Santamaría Pastor / L. Parejo Alfonso, *Derecho administrativo. Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, 1989, pp. 198 y ss.

del Derecho administrativo sancionador directamente impulsada por la Constitución, la aceptación de una categoría de sanciones no sometida a las reglas y criterios que limitan el *Ius puniendi* estatal no puede dejar de plantear dificultades⁹.

Esas dificultades aparecen, en primer lugar, en el campo de los principios generales, y ya no sólo porque la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9. 3 CE) no puede cohonestarse, claramente, con una potestad disciplinaria omnímoda e irrespetuosa con el núcleo esencial de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, sino también porque el principio de legalidad y sus derivados -que deben regir el ejercicio de dicha potestad- devienen por sí mismos auténticos derechos «fundamentales», lo que significa que su menoscabo o desconocimiento por los poderes públicos puede activar una tutela judicial reforzada: la ordinaria establecida en la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, como vía “sumaria” y “preferente”, y la constitucional, concretada en el recurso de amparo, según las indicaciones del artículo 53. 2 CE. El debate sobre la aproximación y generalización de los regímenes de todas las sanciones impuestas en el ámbito de relaciones jurídicas de Derecho público adquiere en este planteamiento una dimensión cualitativamente distinta, implicándose con las restricciones de los derechos subjetivos integrados en lo que frecuentemente se denomina «núcleo duro» del garantismo constitucional, así como con los esfuerzos del Derecho penal moderno por hacer valer los principios de intervención mínima y de proporcionalidad entre el delito y la pena.

Las objeciones a una sanción no subordinada a las limitaciones del *ius puniendi* estatal surgen asimismo en el terreno puramente pragmático, toda vez que si en la conflictiva cuestión de la duplicidad de sanciones pudiera apelarse a un legítimo criterio de ese orden -el dato real de que para conseguir la eficacia deseada la Administración debe estar en condiciones de expulsar de su seno a quienes la ponen en peligro-, lo que cabe

⁹ Para la concreción de los principios del Derecho penal aplicables al Derecho administrativo sancionador general, con carácter general, L. de la Morena y de la Morena, “¿Son trasplantables en bloque a la potestad sancionadora de la Administración las garantías que limitan el *ius puniendi* de los Tribunales?”, *LL*, 1989-2, pp. 985 y ss.; de Palma del Teso, *El principio de culpabilidad...*, cit., pp. 39 y 40; A. Nieto García, *Derecho administrativo sancionador*, 3ª ed. ampliada, Madrid, 2002, pp. 143 y ss. Además, las SSTC 46/1981, de 8 de junio, 22/1990, de 15 de febrero y 76/1990, de 26 de abril.

seguir cuestionando es el peso que debe otorgarse a la potestad disciplinaria cuando la propia Administración ha podido personarse en el proceso penal y poner de manifiesto el perjuicio que el delito ha provocado a los intereses públicos que gestiona, pudiendo influir así en la graduación de la pena que finalmente se imponga. Y ello contando con que en nuestra realidad positiva la pena preestablecida por el CP para los funcionarios que perpetren delitos en el ejercicio de sus cargos toma en consideración ya las consecuencias negativas de aquél sobre la relación de servicios profesionales que lo ligaba a la Administración.

En suma, puede razonablemente afirmarse que la justificación de la autonomía dogmática de las sanciones disciplinarias es hoy una cuestión abierta. Así lo pone de manifiesto la revisión que el Tribunal Constitucional ha venido haciendo de su propia jurisprudencia a través de sentencias como la 61/90, de 29 de marzo, y la 182/90, de 15 de noviembre de 1990.

Un análisis general de las restricciones o matizaciones que sufren los principios constitucionales del Derecho penal en su proyección sobre el Derecho disciplinario excede de los límites lógicos de este trabajo. Si de lo que se trata es de estudiar los elementos técnico-jurídicos fundamentales para la construcción de una teoría general de los delitos contra la Administración Pública, lo que interesa primordialmente será conocer los criterios a partir de los cuales se articulan en nuestro ordenamiento jurídico las relaciones normativas existentes entre las figuras penales destinadas a los funcionarios públicos y las faltas disciplinarias. En ello nos centraremos, preferentemente atendiendo a una perspectiva político-criminal. Las ya tradicionales soluciones doctrinales en la materia -las famosas teorías cuantitativas o cualitativas- serán examinadas con ayuda de un punto de vista estrictamente garantista, el que surge de mantener que el hallazgo de una diferencia meramente cuantitativa entre los ilícitos veta toda posibilidad de hacer dejación de las garantías jurídico-penales a la hora de aplicar las sanciones previstas para las faltas disciplinarias.

En la exposición se hará un recurrente empleo de bibliografía administrativista. Ello se justifica en atención a que la inexistencia del principio en el terreno que nos ocupa se encuentra directamente relacionada con la problemática relativa a la naturaleza del injusto disciplinario, con su pretendida sustantividad. A este respecto, puesto que la adopción de una determinada perspectiva en el estudio del bien jurídico de los delitos de los funcionarios representa un momento fundamental en el

estudio del principio, queremos dejar sentado ya desde este momento que la circunscripción de los bienes jurídicos comunitarios al ámbito de intervención del Derecho penal parece, cuando menos, discutible, y que a los efectos de la resolución de estos conflictos normativos damos por bueno cualquiera de los conceptos con que la elaboración doctrinal más moderna de los delitos contra la Administración Pública ha querido poner de manifiesto los servicios que aquélla debe prestar a los ciudadanos (“buen funcionamiento”, “función pública”, “capacidad prestacional”, “servicio a la comunidad” o “procedimientos administrativos de prestación de servicios”).

B. ESTUDIO DEL *NON BIS IN INDEM* SUSTANTIVO.

I. CONCEPTO, FUNDAMENTO Y RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL.

Con la mirada puesta en su formulación teórica, el principio *non bis in idem* encarna un concepto funcional puro, no referido a ningún objeto concreto y cuyos contenidos deben perfilarse en las distintas esferas en las que aspire a hacerse operativo¹⁰. Por ello, cualquier estudio teórico sobre el mismo debe adoptar como punto de partida la imposibilidad de encontrar un fundamento único -autónomo o derivado de otros principios- para todas y cada una las figuras jurídica en que se concreta (prohibición de aplicar penas y sanciones administrativas, cosa juzgada, prohibición de dualidad de enjuiciamientos o penas por parte de distintos Estados, incompatibilidad de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, etc.)¹¹.

¹⁰ Cfr. R. García Albero, “*Non bis in idem*” material y concurso de leyes penales, Barcelona, 1995, p. 229.

¹¹ La doctrina conviene en la necesidad de otorgar fundamentos jurídicos diversos a la cosa juzgada y al *non bis in idem* material, deduciendo la primera ora del derecho a un proceso con todas las garantías consagrado en el artículo 24 CE (Vid. F. Sanz Gandásegui, *La potestad sancionatoria de la Administración: la Constitución española y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1985, p. 135, nota 9; M. Cobo del Rosal/T. S. Vives Antón, *Derecho penal. Parte General*, 4ª ed., Valencia, 1994, p. 84; A. Cuerda Riezu, “El concurso de delitos en el borrador de anteproyecto de Código penal de 1989”, *ADPCP*, Tomo XLIV, 1991, p. 844; T. S. Vives Antón, “‘Ne bis in idem’ procesal”, en *La libertad como pretexto*, Valencia, 1995, p. 359), ora del principio de subordinación de la potestad sancionadora de la Administración a la autoridad judicial, basada a su vez en la existencia en la jurisdicción penal de una serie de garantías,

Por lo que respecta a su faceta material o sustantiva, el afianzamiento en la jurisprudencia de su virtualidad en la concurrencia de sanciones penales y administrativas es obra del Tribunal Constitucional, que apoyándose en el material proporcionado por la norma fundamental ha elaborado un verdadero “precepto subconstitucional”, en el sentido que Alonso García otorga a esta expresión, como regla que, aun no estando explícitamente incluida en aquélla, posee sus mismas fuerzas y eficacia, al ser una consecuencia del esquema de valores incorporado a ella¹². En la primera de sus sentencias alusivas al principio, la 2 / 1981, de 30 de enero, el Alto Tribunal señaló que “si bien no se encuentra recogido en los artículos 14 a 30 de la Constitución, que reconocen los derechos y libertades susceptibles de amparo (art. 53. 2 de la Constitución y art. 41 de la LOTC), no por ello cabe silenciar que, como entendieron los par-

tanto personales -independencia- como procedimentales -defensa, pruebas, etc.- que no se dan, o que se dan en un grado menor en el procedimiento administrativo sancionador (así, del S. Rey Guanter, *Potestad sancionadora de la Administración y jurisdicción penal en el orden social*, Madrid, 1990, pp. 120 y 121; P. Soria Fernández-Mayoralas, “Derecho administrativo sancionador y Derecho penal: principios comunes”, *AA*, n° 5, 1988, p. 271). El propio Tribunal Constitucional superó rápidamente la mixtificación entre las manifestaciones sustantivas y procesales del principio operada por las SSTC de 30 de enero de 1981 y 3 de octubre de 1983, resultando desde hace años el encaje del *non bis in idem* procesal una constante en sus declaraciones [cfr. SSTC 19 / 1989, de 25 de enero; 159 / 1987, de 26 de octubre; 12/1989, de 2 de enero; AATC 703/1986, de 17 de septiembre; 1125/1988, de 10 de octubre, vinculando adicionalmente tanto el efecto negativo cuanto el positivo de la cosa juzgada a “exigencias de seguridad y certidumbre jurídica” (art. 9. 3)].

¹² Cfr. E. Alonso García, *La interpretación de la Constitución*, Madrid, 1984, pp. 11 y ss. Sobre ello críticamente Sanz Gandásegui, *La potestad sancionatoria...*, cit., p. 132, para quien el Tribunal Constitucional “actúa en esta ocasión de nuevo más con criterios de Jurisprudencia de valores que de conceptos, movido por una interpretación amplia y avanzada de la Constitución”. Aplauden en cambio la tendencia “axiologizante” de toda la Jurisprudencia constitucional en el terreno del Derecho sancionador J. J. Queralt Jiménez, “‘Ne bis in idem’: significados constitucionales”, en *Política criminal y Reforma penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Madrid, 1993, pp. 888 y 889, y fundamentalmente García Albero, “*Non bis in idem*” material..., cit., pp. 76 y 84, con apoyo en la mejor doctrina constitucionalista. De otra opinión, M. Rebollo Puig (*Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, Madrid, 1989, pp. 822 y 823), entendiendo que todos los pronunciamientos del Tribunal Constitucional en materia de Derecho administrativo sancionador están presididos por una interpretación estructural del texto fundamental, de forma que el factor realmente determinante de que el *non bis in idem* haya recibido carta de naturaleza constitucional ha sido el principio de división de poderes y funciones propio del Estado de Derecho.

lamentarios en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso al prescindir de él en la redacción del artículo 9 del Anteproyecto de Constitución, va íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos principalmente en el artículo 25 de la Constitución”¹³. Posteriores resoluciones reiteran esta

¹³ Para el desarrollo parlamentario aludido por la sentencia, M. Cobo del Rosal / J. Boix Reig, “Garantías constitucionales del Derecho sancionador”, *CLP*, Tomo I, 1982, p. 214; Sanz Gandásegui, *La potestad sancionatoria...*, cit., pp. 127 y 128; Cuerda Riezu, “El concurso de delitos...”, cit., pp. 840 y ss. E. García de Enterría apoya el reconocimiento constitucional del principio en la dicción del artículo 25. 1 CE: a tenor de éste, empleando el método literal de interpretación más sencillo, una determinada conducta activa u omisiva podría ser tipificada como delito, como falta o como infracción administrativa, pero nunca como todas o varias de esas figuras a la vez (cfr. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1981, pp. 246 y 247; retoma el argumento J. Garberí LLobregat, *La aplicación de los derechos y garantías constitucionales a la potestad y al procedimiento administrativo sancionador*, Madrid, 1989, p. 152). Con arreglo a la opinión mayoritaria, en cambio, de acuerdo con los datos que arroja el canon de la interpretación literal el Tribunal Constitucional se haría acreedor de toda clase de críticas por su actuación, en la medida en que el *non bis in idem* carecería de formulación en el precitado artículo 25. 1 (entre los autores que estiman que en el citado 25.1 CE no se recoge expresamente el *non bis in idem*, Sanz Gandásegui, *La potestad sancionadora...*, cit., p. 132; L. Prieto Sanchís, “La jurisprudencia constitucional y el problema de las sanciones administrativas en el Estado de Derecho”, *REDC*, Año 2, n.º 4, 1982, p. 116; T. S. Vives Antón, “Introducción: Estado de Derecho y Derecho penal”, *CLP*, Tomo I, 1982, p. 48, nota 139; E. C. Manzano Moreno, “El ilícito penal y el administrativo, el principio ‘non bis in idem’ y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *BIMJ*, n.º 1386, 1985, p. 10; G. Garcías Planas, “Consecuencias del principio ‘non bis in idem’ en Derecho penal”, *ADPCP*, Tomo XLII, 1989, p. 112; Queralt Jiménez, *El principio non bis in idem*, cit., p. 9; Cuerda Riezu, “El concurso de delitos...”, cit., p. 839; Trayter Jiménez, en Trayter Jiménez / Aguado i Cudolà, *Derecho administrativo sancionador: materiales*, cit., p. 74; J. C. Carbonell Mateu, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, 3ª ed., Valencia, 1999, p. 153). Sobre el tema es necesario traer nuevamente a colación la opinión de García Albero. Este autor pone de relieve que la tesis de García de Enterría desembocaría en la inconstitucionalidad de la figura del concurso ideal de delitos, ya que el artículo 25. 1 CE alude a delito en singular, cuando, por el contrario, a “una misma unidad lógica de valor pueden referirse distintos contenidos de valor, y por lo mismo constituir dos o más infracciones”. Además, y retomando los argumentos vertidos en la STS de 15 de marzo de 1985, García Albero recuerda que la coexistencia de diversas normativas sancionadoras demuestra que el principio interviene exclusivamente como “vehículo interpretativo de cualquier disposición legal”, dejándose la tarea de su puesta en práctica en manos de la Autoridad o Tribunal “al que le corresponde la potestad y el deber de aplicarlo”. No podría hallarse fundamento, pues, para “una pretendida obligación derivada del *non bis in idem* y que vincule al legislador, consistente en delimitar claramente los supuestos de hecho de las normas sancionadoras de los diversos órdenes, de forma que no puedan solaparse en su ámbito de previsión”. Cfr. “*Non bis in idem*” *material...*, cit., pp. 79 y 80.

fundamentación en los principios de legalidad y tipicidad -como las SSTC 159/85, de 27 de noviembre, 94/86, de 8 de julio, 21/87, de 19 de febrero y 150/1991, de 4 de julio-, o bien se refieren únicamente al de legalidad - como las SSTC 77/83, de 3 de octubre, 23/86, de 14 de febrero y 66/86, de 23 de mayo-¹⁴.

Si bien no han faltado criterios diversos de fundamentación material del principio, como los propuestos por Sanz Gandásegui o del Rey Guanter¹⁵, el etiquetamiento del *non bis in idem* como subprincipio cons-

Resaltan asimismo la soberanía del Parlamento para poder tipificar unos mismos hechos penal y administrativamente y su exclusiva incidencia en la esfera judicial Sanz Gandásegui, *La potestad sancionatoria...*, cit., p. 129; Queralt Jiménez, “‘Ne bis in idem’: significados constitucionales”, cit., pp. 886 y 887; Nieto García, *Derecho administrativo sancionador*, cit., p. 405.

¹⁴ No sólo se ha invocado el art. 25. 1 al objeto de encontrar ubicación normativa a la prohibición de *bis in idem*. El Alto Tribunal ha estimado ocasionalmente que en realidad son los principios de seguridad jurídica del artículo 9. 3 CE -SSTC 62/1984, de 21 de mayo, y 158/1985, de 26 de noviembre- o de proporcionalidad -STC 154/1990, de 15 de octubre- los que le dan cobertura. El Tribunal Supremo parece suscribir mayoritariamente las tesis de su estrecha relación con los principios de legalidad y tipicidad -SSTS de 3 de junio de 1987, 3 de abril de 1990, 18 de diciembre de 1991 y 1 de julio de 1992-, si bien tampoco están ausentes en sus sentencias alusiones a su derivación del artículo 10. 2 CE, al venir la prohibición de publicidad sancionadora contemplada en los textos Internacionales sobre Derechos Humanos -STS de 6 de mayo de 1987-, o del 9. 3, como apunta la STS de 26 de febrero de 1993.

¹⁵ Para Sanz Gandásegui, el *non bis in idem* constituye un principio general del derecho independiente, “si se quiere un principio de Justicia, autónomo” (*La potestad sancionatoria...*, cit., p. 129). L. Arroyo Zapatero encuentra su fundamento en la exigencia de racionalidad e interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos establecida en el artículo 9. 3 de la Constitución (“Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal”, *REDC*, n° 8, 1983, p. 19), opinión a la que se adhieren Cuerda Riezu, que prefiere denominarla exigencia de proporcionalidad (“El concurso de delitos...”, cit., pp. 845 y 846), y J. Bustos Ramírez (*Manual de Derecho penal. Parte General*, 4ª ed., Barcelona, 1994, p. 134). Con idéntica finalidad, Garberí LLobregat invoca el principio de seguridad jurídica del artículo 9. 3 CE (*La aplicación de los derechos...*, cit., p. 151), Vives Antón el de unidad de soberanía (“Introducción: Estado de Derecho y Derecho penal”, cit., p. 48, nota 139) y del Rey Guanter el de proporcionalidad, sin referirlo a postulado normativo específico alguno (*Potestad sancionadora de la Administración...*, cit., pp. 123 y 124). Con las excepciones de Garberí LLobregat y Vives Antón, todos estos autores aceptan la argumentación de Arroyo Zapatero sobre la no fundamentación del *non bis in idem* en el principio de legalidad, lo que no obsta para que algunos de ellos reconduzcan teleológicamente el contenido del principio al marco normativo del artículo 25. 1, tal y como se ha indicado. Arroyo Zapatero, en efecto, tacha de “sinsentido” la alusión al principio de legalidad como fundamento del *non bis in idem*, puesto que con su infracción no entrarían necesariamente en crisis ni el principio de separación de poderes ni el de determinación o certeza. Sobre ello debe incidirse en que no puede confundirse aquello que

titucional del de legalidad es asimismo lugar común en la literatura especializada. Su anclaje en la declaración del artículo 25. 1 parece obedecer, no obstante, a una estrategia de interpretación material y teleológica orientada a corregir las deficiencias de una fórmula que se califica de insatisfactoria por no cumplimentar las exigencias formales y materiales inherentes al principio de legalidad. Como indican Cobo del Rosal / Boix Reig, expresando este punto de vista, el reconocimiento constitucional de la potestad sancionadora de la Administración en el artículo 25. 1 CE es, al propio tiempo, el de sus limitaciones, de las cuales puede predicarse, por lo tanto, idéntico fundamento. La doble sanción, penal y administra-

representa una manifestación más del principio con su contenido y fundamento globales. Viniendo en consideración su aplicación en el ámbito de las relaciones entre el Derecho penal y el administrativo sancionador no parece que puedan hallarse, en efecto, excesivos obstáculos a la hora de aceptar su conexión con el dogma de la separación de poderes. Sobre la esencial vinculación del principio con el de tipicidad, ya se ha referido la fundada opinión de García Albero. Con relación a estas tesis discrepantes, procede también llamar la atención sobre la importancia de hacer descender la prohibición de una u otra norma positiva. Dicho con otras palabras, teniendo en cuenta los distintos grados de eficacia que podría presentar la tutela del *non bis in idem*, no es ni mucho menos irrelevante apelar en su fundamento a principios *simplemente* informadores del ordenamiento jurídico -interdicción de la arbitrariedad, proporcionalidad, seguridad jurídica- o a derechos fundamentales. Como señala J. Garberí Llobregat [*El procedimiento administrativo sancionador: comentarios al Título IX de la Ley 30/1992 y al reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración (Real Decreto 1308/1993)*, Valencia, 1993, p. 178], no es posible suscribir la STS de 15 de marzo de 1985 que postula la innecesariedad de recoger la prohibición en una norma positiva. Sobre las dudas que genera la reducción del *non bis in idem* sustantivo a la máxima de la proporcionalidad se extiende García Albero. Podría pensarse -indica- “que la imposición de varias sanciones al mismo ilícito supone un sacrificio de derechos ni exigible ni necesario para los fines de tutela perseguidos, y por ello resultar desproporcionada. Ahora bien, ello presupone que efectivamente ambas sanciones están indicadas para el mismo ilícito, esto es, que exista un efectivo concurso de normas sancionadoras y no un mero conflicto. Porque si efectivamente se trata de un conflicto y por ello sólo cabe aplicar la sanción de la norma que mejor aprehende lo antijurídico del hecho, para esa concreta infracción el ordenamiento habrá querido una sola sanción, pese a la ‘apariencia’ de una pluralidad de conminaciones. Pues bien en la delimitación entre el efectivo concurso de normas sancionadoras y el mero conflicto, parece que la proporcionalidad por sí sola no podrá jugar papel alguno, sino que tal tarea habrá de realizarse con criterios lógicos y teleológicos que desvelen el solapamiento desvalorativo de ambos preceptos. Una vez afirmado y resuelto el conflicto, la vulneración del principio de legalidad antecede a la propia lesión del principio de proporcionalidad”. Cfr. “*Non bis in idem*” *material...*, cit., pp. 88 y 89.

tiva, por los mismos hechos transgrediría por ello todos los artículos que perfilan el carácter “judicialista” de la Carta Magna, entre los que se encuentra el propio 25. 1¹⁶.

A esta misma conclusión llega García Albero sin necesidad de recurrir a pautas de interpretación valorativas, sino adoptando como punto de partida una comprensión lógica de la noción concepto y significado de los principios de legalidad y tipicidad. Según expone este autor, ya que la sanción asociada a cada comportamiento ilícito constituye la expresión del desvalor que el ordenamiento jurídico le reconoce, y la autoridad competente la impone con la aspiración de colmarlo, la pretensión de castigarlo nuevamente infringe el principio de legalidad, al significar, indirectamente, una extralimitación en la propia medida de la sanción, la superación de los límites preestablecidos para ella¹⁷.

La subsunción del *non bis in idem* en el marco del artículo 25. 1 CE reviste una extraordinaria trascendencia. Permite, ante todo, su articulación como un derecho público subjetivo y fundamental, lo que comporta la posibilidad de invocar su desconocimiento o vulneración por parte de los poderes públicos tanto a través de las vías procesales ordinarias,

¹⁶ Vid. Cobo del Rosal / Boix Reig, “Garantías constitucionales...”, cit., pp. 213 y 214. En el mismo sentido, A. Muñoz Quiroga, “El principio non bis in idem”, *REDA*, n° 45, 1985, p. 133; J. M. Serrano Alberca, en F. Garrido Falla (dir.), *Comentarios a la Constitución española*, 3ª ed., Madrid, 2001, pp. 589 y 590; Manzano Moreno, “El ilícito penal y el administrativo...”, cit., p. 10; A. Carretero Pérez / A. Carretero Sánchez, *Derecho administrativo sancionador*, Madrid, 1992, p. 168; Queralt Jiménez, “‘Ne bis in idem’: significados constitucionales”, cit., pp. 890 y 891; Bustos Ramírez, *Manual de Derecho penal. Parte General*, cit., p. 134; L. Morillas Cueva, en M. Cobo del Rosal (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte General*, Madrid, 1996, p. 42.

¹⁷ Vid. García Albero, “*Non bis in idem*” material..., cit., pp. 82 y ss. Si bien propone otra lectura del principio, Bustos Ramírez entiende también que en el plano estrictamente penal-criminal el *non bis in idem* queda abarcado por el principio de legalidad, sentado que la ley ha de ser estricta -“lo que implica la tipicidad”- y no puede utilizarse el mismo presupuesto para imponer más de una pena (cfr. *Manual de Derecho penal. Parte General*, cit., p. 133). En términos parecidos, para Queralt Jiménez la admisión de la duplicidad de sanción penal y administrativa conlleva un debilitamiento del principio de legalidad, “puesto que basta para que se sancione en virtud de una norma de carácter reglamentario, y, además, se baja el listón de la exigencia en el mandato de determinación” (“‘ne bis in idem’: significados constitucionales”, cit., p. 903). Este modo de razonar recuerda un argumento habitual en la doctrina tradicional francesa y recientemente rescatado por Nieto García: el *bis in idem* infringe el principio de la legalidad de las sanciones en tanto en cuanto pone en marcha una tercera sanción -formada por la suma de las dos anteriores- no prevista en la norma. Cfr. *Derecho administrativo sancionador*, cit., p. 401, con indicaciones.

como mediante los mecanismos establecidos por la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales -según afirma la disposición 2 de la LOTC- y el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, de acuerdo con las reglas contenidas en el artículo 53. 2 CE¹⁸. Por otra parte, y al igual que los restantes principios integrados en el mencionado precepto, será de inmediata y directa aplicación, no requiriendo desarrollo legislativo alguno. Para terminar, su reconocimiento y respeto obligará a todos los poderes públicos (art. 53.1 CE), debiendo entenderse derogados todas las normas que de cualquier modo lo contradigan¹⁹.

La respuesta del legislador ordinario ante esa verdadera propulsión del principio actuada por el Alto Tribunal ha sido muy desigual. Un significativo conjunto normativo postconstitucional hace aplicación lógica

¹⁸ Vid. Manzano Moreno, "El ilícito penal y el administrativo...", cit., p. 14; Garberí Llobregat, *La aplicación de los derechos...*, cit., p. 152; Zornoza Pérez, *El sistema de infracciones...*, cit., pp. 100 y 101; Nieto García, *Derecho administrativo sancionador*, cit., p. 410; Trayter Jiménez, en Trayter Jiménez / Aguado i Cudolà, *Derecho administrativo sancionador: materiales*, cit., p. 74; Del Rey Guanter, *Potestad sancionadora de la Administración...*, cit., p. 115. Incluso los autores que desechan la fundamentación del *non bis in idem* en el principio de legalidad respaldan la opción del Tribunal Constitucional de conceptuarlo como un derecho fundamental. Y ello a partir de dos argumentos que sintetiza del Rey Guanter (*Potestad sancionadora de la Administración...*, cit., pp. 115 y 116). Por una parte, y en atención a la importancia de sus repercusiones sobre las personas y su patrimonio, es imprescindible que el intérprete supremo de la Constitución controle la sujeción a ésta de la potestad sancionadora del Estado -jurisdiccional y administrativa-, más aún cuando de lo que se trata es de impedir que de forma injustificada un mismo sujeto reciba más de una sanción por un mismo hecho. Por otro lado, la opción del Tribunal Constitucional podría ser asumida y respaldada teniendo presente el ámbito específico en punto al cual inició y desarrolló su doctrina sobre el *non bis in idem*. La mayoría de sus sentencias se refieren a la doble sanción administrativa y penal un terreno en el que el ordenamiento jurídico español conocía una importante tradición de inaplicación del principio. Era imprescindible el impulso "procedente de toda la fuerza transformadora y protectora de la Constitución" para quebrar unos usos tan fuertemente arraigados. En contra de la consideración del *non bis in idem* como derecho fundamental se ha pronunciado, aisladamente, Sanz Gandásegui, al entender que por su importancia la categoría nunca debería ampliarse a principios generales o a derechos subjetivos que si bien pueden ser accionables por la vía ordinaria, no lo deben ser por la de amparo, tomando en consideración, además, "que la excesiva ampliación puede llegar a colapsar la actividad de los tribunales" (*La potestad sancionatoria...*, cit., p. 137).

¹⁹ Sobre ambas consecuencias, Garberí Llobregat, *La aplicación de los derechos...*, cit., p. 152; Zornoza Pérez, *El sistema de infracciones...*, cit., p. 101; Trayter Jiménez, en Trayter Jiménez / Aguado i Cudolà, *Derecho administrativo sancionador: materiales*, cit., p. 75.

de su integración en el artículo 25. 1. Es el caso de los artículos 32 y 33 LGDCU, 112 LA, 32 y 33 LOGS, 74 LTCVMSV, y 94. 3 LC. Por el contrario, e incluso con posterioridad a la entrada en vigor de la Constitución, han seguido surgiendo normas que avalan la compatibilidad de las sanciones administrativas y las penales por un mismo hecho. Entre ellas se hallan los artículos 2. 1. LCo, 9. 6 del RD de 22 de junio de 1983, sobre infracciones y sanciones en materia de defensa del consumidor y de la producción agroalimentaria, 4. 2 LOTCu, 2 LDIEC y 32. 2. LOPSC, así como preceptos relativos al ámbito funcional, como los artículos 4 y 23 RDFCE y 8 LOFCSE.

El propio Tribunal Supremo acusa esta indefinición en lo que a la proclamación del principio se refiere. Así, por un lado, no ha dudado en desenvolver una línea interpretativa acorde con la doctrina del Tribunal Constitucional, a la que se remite en numerosas ocasiones, y que supone un cambio radical con respecto a la anteriormente sentada sobre la no vigencia del principio con relación a las sanciones administrativas y penales. En alguna sentencia la norma ha llegado a hacerse valer incluso ante reglamentos que admitían abiertamente la compatibilidad de las sanciones, lo que se ha considerado inconstitucional. Esto es lo que hace la STS de 22 de mayo de 1986, que anula la superposición de una sanción administrativa a una pena aún haciéndose eco de que el artículo 155 de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo de 1971 lo permitía sin ningún género de dudas, al entender que debía estimarse derogado por el artículo 25 de la Constitución.

Pero esta lectura convive con pronunciamientos contradictorios que dan entrada-como indica Nieto García²⁰- a toda clase de acotaciones y matizaciones reduccionistas apoyadas en “precisiones técnicas” de un “subido valor teórico”²¹.

Este confuso panorama legislativo, de coexistencia de normas - anteriores y posteriores al texto constitucional- que formulan religiosamente la prohibición del *bis in idem* con otras que consagran la regla

²⁰ Vid. Nieto García, *Derecho administrativo sancionador*, cit., p. 418.

²¹ Otras referencias jurisprudenciales en del Rey Guanter, *Potestad sancionadora de la Administración...*, cit., pp. 102 y ss.; Garberí LLobregat, *La aplicación de los derechos...*, cit., p. 154; Trayter Jiménez, en Trayter Jiménez / Aguado i Cudolà, *Derecho administrativo sancionador: materiales*, cit., pp. 74 y 75; Nieto García, *Derecho administrativo sancionador*, cit., pp. 416 y ss.

contraria sufre una alteración sustancial con la entrada en vigor de la LRJPAC y del REPEPOS. Los artículos 133 y 5. 1 de uno y otro texto legal se hacen eco de la eficacia *ex post* del principio, al dejar sentada la imposibilidad de aplicar una sanción administrativa en los casos en que el mismo hecho ilícito haya sido castigado ya previamente por órganos de la jurisdicción penal. Esa solución viene condicionada, según rezan ambas normas, a que entre los ilícitos que son objeto de imputación en el procedimiento administrativo y los anteriormente penados se constate una triple identidad objetiva o fáctica (hechos iguales), subjetiva (el mismo infractor) y causal (el mismo fundamento punitivo). Afirmado todo ello, reza el artículo 5. 1 REPEPOS, el órgano competente resolverá la no exigibilidad de responsabilidad administrativa en cualquier momento de la instrucción²².

2. PRESUPUESTOS DE OPERATIVIDAD. REFERENCIA GENERAL.

Para que se produzca la vulneración del principio *non bis in idem* se requiere lo que la doctrina acostumbra a referir como situación de “coincidencia fáctica”²³, concretada legal -art. 133 LRJPAC- y jurisprudencialmente -STC 2/1981, de 30 de enero²⁴- en la exigencia de una «identidad de sujeto, hecho y fundamento», enunciado similar al mencionado en el

²² Sobre las virtudes y defectos formales y materiales del artículo 133 LRJPAC pueden verse A. de Palma del Teso, “Comentario al Título IX ‘De la potestad sancionadora’ de la Ley 30/1992”, en J. Tornos Mas (coord.), *Administración Pública y procedimiento administrativo. Comentarios a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre*, Barcelona, 1994, pp. 491 y 492; T. Martí Aromar, “La potestad sancionadora”, *ibidem*, pp. 513 y 514; Garberí Llobregat, *El procedimiento administrativo sancionador...*, cit., pp. 175 y ss. Este último autor expone con todo detalle los problemas que podría suscitar la aplicación práctica del artículo 5. 1 REPEPOS, principalmente que la apreciación de la identidad de hecho, sujeto y fundamento suceda en el momento de emitir la resolución definitiva del procedimiento, cuando por cualquier circunstancia la identidad de hecho, sujeto y fundamento no ha sido evidenciada con anterioridad a la propuesta de resolución o al trámite de audiencia, así como la pendencia del proceso penal en el momento de iniciarse el procedimiento administrativo sancionador, supuesto en el cual la autoridad administrativa deberá suspenderlo hasta que se emita la resolución judicial (art. 7. 2 REPEPOS).

²³ Vid. García de Enterría, *La Constitución como norma...*, cit., p. 247; Zornoza Pérez, *El sistema de infracciones...*, cit., p. 105; Zugaldía Espinar, *Fundamentos...*, cit., p. 170; Garcías Planas, “Consecuencias...”, cit., p. 109.

²⁴ En el mismo sentido, STS de 18 de julio de 1984.

artículo 1252 CC para la cosa juzgada y que suele hacerse extensiva también a la litispendencia²⁵. Dicha fórmula aporta un grado de precisión mucho mayor que la traducción convencional del aforismo latino *non bis in idem*, ya que un mismo hecho podría lesionar intereses diversos tutelados en normas diferentes y sancionados de modo plural sin que se infrinja principio alguno, como sucede, por ejemplo, en los casos de concurso ideal de delitos²⁶.

Cada uno de estos elementos debe ser examinado con detalle, antes que nada con vistas a determinar las identidades necesarias para la actuación de la cosa juzgada, en general, y del *non bis in idem* procesal, en particular²⁷. En lo que aquí interesa, sin embargo, es otro dato el que aconseja profundizar en la materia. Y es que ya la primera subdivisión que cabe trazar en el ámbito de operatividad del principio *-non bis in idem* procesal *versus non bis in idem* material- pone de manifiesto que ni sus presupuestos ni las consecuencias jurídicas que de él dimanar resultan coincidentes²⁸. Si hablamos del primero, el presupuesto vendrá representado por el objeto del proceso, mientras que la consecuencia jurídica a eludir será el propio proceso. Tratándose del segundo, en cambio, el fenómeno a estudiar será la viabilidad de que un sujeto perpetre unos hechos que lleven acarreada

²⁵ Destacan, con espíritu crítico, esta construcción referencial de los presupuestos del *non bis in idem* preconizada por el Tribunal Constitucional del Rey Guanter, *Potestad sancionadora de la Administración...*, cit., p. 127; Garberí Llobregat, *La aplicación de los derechos...*, cit., p. 150; Nieto García, *Derecho administrativo sancionador*, cit., pp. 402 y 403; García Albero, "*Non bis in idem*" material..., cit., p. 63. En la base de la conexión entre el principio y la cosa juzgada parece hallarse su origen como instituto claramente procesal anclado en las dos vertientes o efectos de aquélla: el positivo (la veracidad jurídica de lo declarado por sentencia firme) y el negativo (la imposibilidad de que se produzca un nuevo planteamiento sobre el tema). Cfr. García Albero, "*Non bis in idem*" material..., cit., p. 63, nota 82; Nieto García, *Derecho administrativo sancionador*, cit., p. 402. Esta vinculación histórica ha sido asumida por la STC 66/1986.

²⁶ Vid. Garberí Llobregat, *La aplicación de los derechos...*, cit., p. 150; Cobo del Rosal / Vives Antón, *Derecho penal. Parte General*, 4ª ed., cit., p. 83; Queralt Jiménez, *El principio non bis in idem*, cit., p. 10; Zornoza Pérez, *El sistema de infracciones...*, cit., p. 102; Garcías Planas, "Consecuencias...", cit., p. 110.

²⁷ Sobre ello, el detenido análisis de Del Rey Guanter, *Potestad sancionadora de la Administración...*, cit., pp. 127 y ss.

²⁸ Vid. García Albero, "*Non bis in idem*" material..., cit., p. 24; Morillas Cueva, en Cobo del Rosal (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte General*, cit., p. 42.

más de una reacción punitiva, de modo sucesivo o simultáneo, con lo que el presupuesto será la coincidencia de la infracción y la consecuencia a evitar la sanción de carácter punitivo²⁹.

Es imprescindible proceder, pues, a la redefinición y reinterpretación de las identidades descritas en el artículo 1252 CC con la finalidad de que respondan a la verdadera función desempeñada por el *non bis in idem* sustantivo en el marco de la relación existente entre los derechos sancionadores penal y administrativo y a sus rasgos específicos. En esta tarea parece llamada a jugar un papel decisivo la propia configuración de las identidades en el proceso penal, considerando la práctica inexistencia de una dogmática específica del Derecho público sancionador y la imposibilidad de dar entrada a las cosas juzgadas civil y contencioso-administrativa en el Derecho Administrativo sancionador³⁰.

²⁹ Vid. del Rey Guanter, *Potestad sancionadora de la Administración...*, cit., p. 121; García Albero, “*Non bis in idem*” material..., cit., pp. 24 y 25; Morillas Cueva, en Cobo del Rosal (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte General*, cit., p. 42. Sobre el sentido del *bis*, de la consecuencia jurídica a evitar, es necesario, con todo, hacer alguna puntualización. En principio existe un cierto acuerdo doctrinal en hacerlo consistir en la imposición de una pluralidad de consecuencias jurídicas o genéricamente de sanciones a un idéntico sustrato material típico valorado (Vid. Muñoz Quiroga, “El principio *non bis in idem*”, cit., p. 133; Manzano Moreno, “El ilícito penal y el administrativo...”, cit., p. 7; Queralt Jiménez, “‘Ne bis in idem’: significados constitucionales”, cit., p. 885; Carbonell Mateu, *Derecho penal...*, cit., p. 153; Garberí Llobregat, *La aplicación de los derechos...*, cit., p. 150). Del Rey Guanter, García Albero y Morillas Cueva son partidarios, por el contrario, de hacerlo equivaler a la viabilidad jurídica de apreciar varias *reacciones punitivas* donde sólo ha lugar a una, al mostrarse idénticas o incluida una a la otra. Es esta última interpretación la que debe darse por buena. En el caso de que la pena se orientase al afianzamiento de la norma y la sanción disciplinaria desempeñase el papel de una medida de seguridad cabría sostener la aplicación simultánea de ambas, en consideración a la discordancia de sus fines y naturalezas jurídicas. Este criterio ha sido refrendado por el TS, con motivo de resolver un supuesto de concurrencia de sanciones administrativas estrictamente punitivas y coercitivas.

³⁰ En estos términos, del Rey Guanter, *Potestad sancionadora de la Administración...*, cit., p. 129; Nieto García, *Derecho administrativo sancionador*, cit., p. 403, citando la STS de 10 de noviembre de 1982, que reza: “la cosa juzgada tiene matices muy específicos en el proceso contencioso-administrativo, donde basta que el acto impugnado sea histórica y formalmente distinto que el revisado en el proceso anterior para que deba desecharse la existencia de la cosa juzgada, pues en el segundo proceso se trata de revisar la legalidad o ilegalidad de un acto administrativo nunca examinado antes, sin perjuicio de que, entrando en el fondo del asunto, es decir, no ya por razones de cosa juzgada, se haya de llegar a la misma solución antecedente”. Nieto significa, sin embargo, las dificultades de trasposición de la cosa juzga-

A. LOS CRITERIOS DE IDENTIDAD SUBJETIVA.

A primera vista, la determinación de la identidad subjetiva no parece suscitar problemas. El sujeto activo afectado ha de ser el mismo en todos y cada uno de los procedimientos, independientemente de cuál sea su naturaleza o de quiénes hayan sido las autoridades judiciales o administrativas que los han conocido³¹. Carece de relevancia el hecho de que quien aparezca individualmente imputado en el procedimiento en el que se hace valer la eficacia del *non bis in idem* hubiera sido sancionado anteriormente de forma solidaria, esto es, junto a otros sujetos³². En definitiva, lo esencial a los efectos de cumplimentar el requisito de la coincidencia personal es que el sujeto incurso en el procedimiento sea el mismo, al margen del título de culpabilidad que se esgrima contra él³³.

Hay que hacer notar, con todo, que en el Derecho administrativo sancionador al elemento subjetivo de la culpabilidad le corresponde únicamente la función de graduar la sanción, no formando parte del tipo del ilícito³⁴. De ello se deriva que es perfectamente admisible exigir responsabilidad administrativa a las personas jurídicas -art. 130. 1 LRJPAC-, dato que marca una diferencia sustancial con el ordenamiento jurídico-penal, en el que la autoría y responsabilidad de un comportamiento

da penal al Derecho administrativo y, por ello, la conveniencia *de lege ferenda* de elaborar una dogmática inicialmente inspirada por la estructura de la cosa juzgada penal pero específicamente adaptada a aquél. Esas dificultades se hacen más patentes si se considera que los aspectos procesales del *non bis in idem* vienen inmediatamente condicionados por su operatividad en el terreno, de modo que no puede hablarse de un “efecto preclusivo” de la cosa basado simplemente en los hechos, en el *factum*. Esta limitación del efecto preclusivo de la cosa juzgada es resultado “de la imposibilidad que tiene el juez penal de conocer y sancionar los ilícitos administrativos realizados en unidad de hecho con un delito, manifestación a su vez de la estrecha viculación existente -con carácter general- entre el alcance de la cosa juzgada y la capacidad de cognición y decisión del juez”. Cfr. García Albero, “*Non bis in idem*” *material...*, cit., pp. 64 y 65, nota 86.

³¹Vid. Carbonell Mateu, *Derecho penal...*, cit., pp. 154 y 155; Garberí Llobregat, *El procedimiento administrativo sancionador...*, cit., p. 179.

³²Vid. Garberí Llobregat, *op. loc. cit.*

³³Vid. Garberí Llobregat, *op. loc. cit.*

³⁴Vid. de Palma del Teso, *El principio de culpabilidad...*, cit., pp. 131 y ss., con indicaciones bibliográficas y jurisprudenciales.

delictivo se circunscriben a las personas físicas³⁵. Ahora, este planteamiento puede constituir patente de corso para justificar el desarrollo de cualquier clase de actuaciones sancionadoras sobre las personas jurídicas en cuestión cuando a sus administradores o gerentes se las hubiesen imputado ya las correspondientes acciones delictivas. De hecho, tanto la doctrina como el Tribunal Supremo respaldan la dualidad de sanciones exclusivamente en los casos en que la penal recae sobre aquéllos en consideración a hechos de los que fuesen responsables a título personal, esto es, no por causa de su status como órganos personales de representación de la persona jurídica, en tanto la administrativa se impone a la entidad³⁶. Un razonamiento de este tipo puede verse en la STS de 24 de febrero de 1992, a tenor de la cual “no puede aceptarse... que se haya conculcado el principio *non bis in idem*, y ello debido a que el documento antes reseñado lo

³⁵La tendencia hacia una mayor individualización de la responsabilidad manifestada por el legislador administrativo corre pareja al debate suscitado entre la moderna doctrina penal con relación a la punición de las personas jurídicas. Algunas normas recientes han decidido «levantar el velo» de la personalidad de las personas jurídicas para dejar expedito el camino a las acciones dirigidas contra las personas físicas que se encuentran y adoptan auténticamente las decisiones. Es el caso de los artículos 40. 1 LGT, en el texto procedente de la Reforma de 1985, que establece la responsabilidad subsidiaria por las infracciones tributarias simples y por la totalidad de la deuda de los administradores de las mismas cuando su comportamiento haya determinado, por acción y omisión, la comisión de la infracción, ó 12 y 13 LDEC y 105 y 106 LMV, que introducen la posibilidad de castigar simultáneamente a la persona jurídica autora de la infracción y a las físicas que han actuado como órganos ejecutivos para su comisión. El art. 130. 3 LRJPAC establece una responsabilidad administrativa solidaria de quienes están obligados a cumplir la norma administrativa, configurando además la responsabilidad subsidiaria o solidaria de las personas físicas o jurídicas que tengan el deber de prevenir las infracciones administrativas cometidas por otros. Sobre todo ello, información y referencias en B. Lozano Cutanda, “La responsabilidad de la persona jurídica en el ámbito sancionador administrativo (a propósito de la STC 246/1991, de 19 de diciembre)”, *RAP*, nº 129, 1992, pp. 211 y ss.; de Palma del Teso, *El principio de culpabilidad...*, cit., pp. 188 y ss.

³⁶De esta opinión, Rebollo Puig, *Potestad sancionadora...*, cit., p. 831; Carretero Pérez / Carretero Sánchez, *Derecho administrativo sancionador*, cit., p. 168; SSTS de 10 de diciembre de 1981 y de 10 de diciembre de 1984. Sin ulteriores precisiones, admiten el *bis in idem* por falta de identidad subjetiva cuando la sanción penal recae, previa depuración de la responsabilidad personal en el ámbito de la empresa, sobre el órgano directivo o representante y la administrativa sobre la persona jurídica Asúa Batarrita, “La tutela penal del correcto funcionamiento...”, cit., p. 45; Rey Guanter, *Potestad sancionadora de la Administración...*, cit., pp. 133 y 134; L. Arroyo Zapatero, *Manual de Derecho penal del trabajo*, Barcelona, Madrid, 1988, p. 18; Nieto García, *Derecho administrativo sancionador*, cit., p. 402.

único que nos muestra y pone de manifiesto es la sanción impuesta a la Empresa constructora por parte del Instituto Nacional de la Seguridad Social, al haber incumplido en su gestión unas concretas normas sobre seguridad en el trabajo, mientras que la sentencia recurrida se concreta en enjuiciar la posible acción imprudente del ingeniero encargado de las obras, enjuiciamiento totalmente individualizado al centrarse en una persona física por su forma de actuar imprudente, y no en una persona jurídica por haber incumplido unas determinadas normas reglamentarias de carácter administrativo”.

B. LOS CRITERIOS DE IDENTIDAD CAUSAL O DE FUNDAMENTO.

Mayor importancia y dificultad conlleva la tarea de establecer la identidad causal o de fundamento entre las infracciones penales y administrativas. En línea de principio suele decidirse atendiendo a la similitud de los bienes jurídicos tutelados por las diversas normas sancionadoras concurrentes, de modo que la heterogeneidad de los intereses en juego se hace equivaler a la diversidad de fundamento, en tanto que su homogeneidad representaría un impedimento insalvable para admitir la doble punición³⁷. Ésta es la tesis defendida por la STC 234/1991, de 19 de diciembre, con la que se asientan definitivamente interpretaciones precedentes similares³⁸. Dicha sentencia proclama que “para que la dualidad de sanciones por un mismo hecho -penal y administrativa- sea constitucionalmente admisible es necesario que la normativa que la impone pueda

³⁷Vid. Manzano Moreno, “El ilícito penal y el administrativo...”, cit., p. 11; Garberí Llobregat, *El procedimiento administrativo sancionador...*, cit., p. 181; del Rey Guanter, *Potestad sancionadora de la Administración...*, cit., pp. 136 y 137; C. Chinchilla Marín, “Potestad sancionadora de las Administraciones Públicas (artículos 127 a 138)”, en B. Pendás García (coord.), *Administraciones Públicas y ciudadanos (Estudio sistemático de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común)*, Barcelona, 1993, p. 774; de Palma del Teso, “Comentario al Título IX...”, cit., p. 492, que refiere cómo en la discusión parlamentaria del Proyecto de Ley se propuso por el Grupo Parlamentario del PNV una enmienda, rechazada, que pretendía sustituir en el vigente art. 130 LRJPAC la expresión “fundamento” por la de “interés jurídico protegido”, alegando que el Tribunal Constitucional exige que interés jurídico sea el mismo en cada una de las normas.

³⁸Vid. STC de 20 de octubre de 1984, en relación con la posibilidad de compatibilizar la sanción penal con el despido disciplinario. Precisamente la exclusión de las relaciones de sujeción especial del ámbito de aplicación del *non bis in idem* respecto a las sanciones administrativas y penales se explica en buena parte de los supuestos a partir de la diferenciación

justificarse porque contempla los mismos hechos desde la perspectiva de un interés jurídicamente protegido que no es el mismo que aquel que la primera sanción -de orden penal- intenta salvaguardar o, si se quiere, desde la perspectiva de una relación jurídica diferente entre sancionador y sancionado”. También algunas normas acogen este patrón conceptual a la hora de construir técnicamente el principio, declarando los artículos 33 LGDCU y LOGS, por ejemplo, que nunca podrá imponerse una doble sanción por los mismos hechos y en atención a los mismos intereses públicos protegidos.

El que la hipotética diversidad de bienes e intereses protegidos valga por sí sola para perfilar el campo de acción del *non bis in idem* es, sin embargo, cuando menos, discutible. Si su excepción se hiciese depender de una regla tan simple nos hallaríamos, como indica Nieto García, con un “círculo vicioso inoperante”, siendo así que la sola declaración del legislador serviría para diluir nada más y nada menos que toda una garantía constitucional³⁹. Por otra parte, como denuncia Rebollo Puig, una rígida puesta en práctica del criterio traería consigo, unas veces, la aplicación de la doble sanción en situaciones en que en puridad debiera afirmarse la conculcación del *non bis in idem*, y en otros casos su desestimación y la consiguiente impunidad o insuficiente represión de comportamientos socialmente disvaliosos⁴⁰. El propio Rebollo ilustra esta observación con el ejemplo de un empresario que, ante la visita de un inspector sanitario, se niega a la apertura de una de las dependencias de su establecimiento, a pesar de las reiteradas órdenes de aquél. *Prima facie*, el empresario habrá realizado tanto el delito de resistencia del artículo 550 CP como la infracción muy grave de resistencia a las “autoridades

de “perspectivas” con las que el ordenamiento penal y el administrativo enjuician una misma infracción realizada por idéntico sujeto. También se ha hecho eco de la misma orientación la jurisprudencia del Tribunal Supremo. La STS de 21 de noviembre de 1990 afirma que: “la sanción penal en razón de un delito contra la salud pública protege a ésta como bien jurídico mientras que la cláusula gubernativa revocatoria de la autorización administrativa, dictada al amparo de lo establecido en la legislación vigente en materia de orden público y espectáculos, se dirige a la prevención del delito, impidiendo la extensión y tratando de erradicar el tráfico y comercio de drogas; en consecuencia, aunque de los mismos se derive una doble consecuencia como efecto de un proceso jurisdiccional de carácter penal y un procedimiento administrativo sancionador, no existe propiamente infracción del principio ‘non bis in idem’”.

³⁹Vid. Nieto García, *Derecho administrativo sancionador*, cit., p. 408.

⁴⁰Vid. Rebollo Puig, *Potestad sancionadora...*, cit., p. 834.

sanitarias o sus agentes” del artículo 35. C. 6º LOGS, pudiendo fundamentarse la imposición de ambos castigos en el dato de que mientras uno protegería el principio de autoridad, el otro tutelaría la salud pública. Puesto que resultaría absurdo que la gravedad de las sanciones a imponer por el hecho dependiese de la contingencia de que la orden procediese de un inspector sanitario o de un inspector de policía en el desempeño, por ejemplo, de tareas de investigación de un asesinato⁴¹, al intérprete no le quedaría otra salida que apelar a la efectiva violación del *non bis in idem*. Para ello, podría alegar que la autoridad únicamente obtiene protección penal con vistas a que pueda llevar a cabo las funciones que le vienen legalmente asignadas, entre ellas, la de preservar la salud pública; o que lo que en el fondo protege la LOGS no es sino el principio de autoridad como criterio básico de organización y funcionamiento de la Administración sanitaria⁴². Pues bien, si resulta “insólito” atribuir a la normativa sanitaria una finalidad de cobertura del principio de autoridad, la primera de las opciones nos situaría en la tesitura de tener que abandonar una consolidada línea de interpretación doctrinal y jurisprudencial que sostiene la existencia del delito de resistencia incluso ante actuaciones no respetuosas con el ordenamiento jurídico⁴³; y a pesar de ello, a uno u otro argumento habrá de recurrirse para subsanar la incorrecta configuración

⁴¹*Vid.* Rebollo Puig, *Potestad sancionadora...*, cit., pp. 859 y 860.

⁴²*Vid.* Rebollo Puig, *Potestad sancionadora...*, cit., p. 860.

⁴³*Vid.* Rebollo Puig, *op. loc. cit.* Sobre lo indicado por Rebollo, hay que precisar que no existe unanimidad en la doctrina penal española a la hora de determinar el ámbito propio de los “mandatos jurídicos obligatorios” en la estructura de los delitos de atentado, resistencia y desobediencia a la autoridad o sus agentes (arts. 550 y ss., Libro II, Título XXII, Capítulo II CP). Para un primer grupo de autores, tales actos de identifican con los actos administrativos o procesales anulables o irregulares. Para otro sector doctrinal, serán obligatorios todos los mandatos de la autoridad que, aun siendo antijurídicos, no lo sean manifiestamente. Finalmente, un tercer sector de nuestra doctrina niega la existencia de tales mandatos, al considerar que su aceptación choca frontalmente con los principios constitucionales sobre los que se asienta un Estado de Derecho. Por otra parte, también se reserva un diferente ámbito a los “mandatos manifiestamente antijurídicos”. Mientras que para algunos autores sólo lo serán aquéllos que aparezcan claramente como tales, de acuerdo con el punto de vista del hombre medio situado en la circunstancia respectiva, para otros debe decidir el criterio del hombre medio colocado en el momento de la acción y con todos los conocimientos especiales que pudiera tener el autor en dicho momento. Un minucioso examen de las diversas posturas, con amplias referencias, en C. Juanatey Dorado, *El delito de desobediencia a la autoridad*, Valencia, 1997, pp. 103 y ss.

del *non bis in idem* a partir de la identidad de los intereses públicos protegidos⁴⁴.

Lo que verdaderamente deberá sopesar el operador jurídico, como destinatario de la prohibición, es la relación existente entre los tipos concurrentes, para determinar si son idénticos o concéntricos⁴⁵. Eso es lo que se desprende de la propia doctrina del Tribunal Constitucional, que en su sentencia 159/1985, de 27 de noviembre, hace descansar el presupuesto de operatividad del principio no en la mera identidad fáctica, sino en la coincidencia del contenido de ilicitud que presentan ambas infracciones⁴⁶. Con ello, el Alto Tribunal abre la puerta a la extrapolación de la problemática del concurso de leyes al Derecho público sancionador en general y, por lo tanto, al empleo de las reglas habitualmente aceptadas -especialidad, consunción, subsidiariedad- para establecer ya no el carácter prevalente del ilícito penal -que deberá afirmarse siempre-, sino su coexistencia con una infracción de contenido idéntico, más general o subsidiario⁴⁷.

⁴⁴Vid. Rebollo Puig, *Potestad sancionadora...*, cit., p. 860.

⁴⁵En este sentido, Zugaldía Espinar, *Fundamentos...*, cit., p. 172; Carbonell Mateu, *Derecho penal...*, cit., pp. 154 y 155; Nieto García, *Derecho administrativo sancionador*, cit., p. 407; Asúa Batarrita, "La tutela penal del correcto funcionamiento...", cit., p. 45; Carretero Pérez/Carretero Sánchez, *Derecho administrativo sancionador*, cit., p. 168; Zornoza Pérez, *El sistema de infracciones...*, cit., p. 105; Garcías Planas, "Consecuencias...", cit., pp. 109 y 110.

⁴⁶A tenor de la misma: "Es cierto que la regla *ne bis in idem* no siempre imposibilita la sanción de unos mismos hechos por autoridades de distinto orden y que los contemplan, por ello, desde perspectivas diferentes (por ejemplo, como ilícito penal y como infracción administrativa o laboral)".

⁴⁷Vid. García Albero, "*Non bis in idem*" *material...*, cit., p. 64. Sostienen que no podrán reputarse infracciones al *non bis in idem* supuestos susceptibles de integrarse en esferas de tipicidad concurrentes pero diferenciadas, a las que puedan corresponder distintos pero simultáneos aspectos de responsabilidad F. Alonso Colomer, «El poder de la Administración sancionadora: hacia una limitación», *DA*, n° 141, 1971, p. 88; Garberí LLobregat, *La aplicación de los derechos...*, cit., p. 150; Zornoza Pérez, *El sistema de infracciones...*, cit., p. 102; Carbonell Mateu, *Derecho penal...*, cit., pp. 154 y 155. Propugnan la correcta utilización de las técnicas concursales penales para eliminar la inseguridad jurídica provocada por una doble tipificación las SSTS de 4 de julio de 1980, 13 de junio de 1986, 1 de junio de 1988, SAN de 16 de enero de 1981 y SAT de Granada de 3 de mayo de 1983. Asimismo, Asúa Batarrita, "La tutela penal del correcto funcionamiento...", cit., p. 45; Nieto García, *Derecho administrativo sancionador*, cit., pp. 408 y 409; Rebollo Puig, *Potestad sancionadora...*, cit., p. 834, nota 564, quien aprecia en la concurrencia entre los delitos de resistencia y la infracción del artículo 35. c. 6° LOGS

La expresión “identidad de bienes jurídicos” debe sustituirse, en definitiva, por las de «idéntica infracción» o “mismo contenido de injusto”⁴⁸. La identidad de fundamento se examinará tomando en consideración todos los elementos que definen en cada supuesto concreto la conducta típica y su antijuridicidad, es decir, con ayuda de los criterios con los que se distinguen en Derecho penal las estructuras del concurso de delitos -en el que procederá aplicar todas las penas contempladas en las normas en cuestión- y de leyes -en el que solamente se impone una de ellas⁴⁹. Cuando una de las figuras capta ya en su integridad la antijuridicidad del hecho, no subsiste el “fundamento” que permitiría castigarlo también con arreglo a los esquemas de la otra. Viceversa, cuando esa misma figura no es capaz de valorarla en todos sus extremos, no priva de “fundamento” al castigo previsto por la segunda. Queda claro, de esta forma, que para sostener o rechazar la “identidad de fundamento” no es suficiente con constatar que los bienes protegidos coinciden punto por punto, sino que tendrán que considerarse todos los componentes del ataque a dichos bienes, o sea, de la ilicitud del acto⁵⁰. Sería perfectamente posible que hubiera de negarse la identidad de fundamento aún en supuestos en que los intereses protegidos fuesen idénticos, simplemente porque cada una de las normas adoptase como punto de referencia una lesión distinta de los mismos. Es lo que acontecería en las hipótesis de concurso ideal homogéneo entre delito e infracción administrativa, en las que un

la existencia de un concurso de leyes penales a resolver por el principio de consunción, toda vez que la condena penal ya castiga suficientemente la conducta, con independencia de que proteja un bien jurídico distinto.

⁴⁸En este sentido, exactamente, Cobo del Rosal / Vives Antón, *Derecho penal. Parte General*, 4ª ed., cit., p. 83; Zugaldía Espinar, *Fundamentos...*, cit., p. 171; Zornoza Pérez, *El sistema de infracciones...*, cit., p. 102; Garberí Llobregat, *La aplicación de los derechos...*, cit., p. 150; Garcías Planas, “Consecuencias...” , cit., p. 110; M. Pérez Manzano, *La prohibición constitucional de incurrir in bis in idem*, Valencia, 2002, pp. 119 y 120.

⁴⁹En estos términos se expresa Zugaldía Espinar, *Fundamentos...*, cit., p. 172. En el mismo sentido, García Planas, “Consecuencias...” , cit., pp. 109 y 110; Rebollo Puig, *Potestad sancionadora...*, cit., pp. 833 y 834; Carbonell Mateu, *Derecho penal...*, cit., p. 154. La STC de 9 de marzo de 1988 resolvió un supuesto de concurrencia de ilícitos penales y administrativos sobre la base de la relación de especialidad existente entre los artículos 448 y ss. LOPJ (relativos a las faltas disciplinarias que pueden imponerse a quienes intervienen en pleitos y causas) y la falta del artículo 570. II CPTR73.

⁵⁰*Vid.* Zugaldía Espinar, *Fundamentos...*, cit., pp. 171 y 172; García Albero, «*Non bis in idem*» material..., cit., p. 64; Rebollo Puig, *Potestad sancionadora...*, cit., p. 833; Carbonell Mateu, *Derecho penal...*, cit., pp. 154 y 155.

único acto implica la realización de varios delitos idénticos, castigándose todos y cada uno de ellos⁵¹.

C. LOS CRITERIOS DE IDENTIDAD FÁCTICA.

Para aislar el concepto de “hecho” en el seno del de “delito” o “infracción”, y poder adjudicarle así a la identidad fáctica un espacio propio en tanto presupuesto básico del *non bis in idem*, se hace preciso atribuirle el sentido de sustrato perfilado por los tipos en concurso⁵². El elemento esencial a tal fin serán los “hechos constitutivos de la infracción”, es decir, exclusivamente los previstos en el tipo penal o administrativo cuya realización aparezca como susceptible de sanción, no los que puedan acompañar o rodear la realización del ilícito en el caso concreto, que resultarán completamente irrelevantes⁵³.

⁵¹ En este sentido, Rebollo Puig, *Potestad sancionadora...*, cit., p. 834, nota 564. La STS de 8 de julio de 1981 rechaza la transgresión del *non bis in idem* cuando de un mismo hecho hayan surgido “dos resultados independientes corregibles por entidades distintas”. En el mismo sentido, Carbonell Mateu, *Derecho penal...*, cit., p. 154 y 155; Garberí LLobregat, *La aplicación de los derechos...*, cit., p. 150; Zornoza Pérez, *El sistema de infracciones...*, cit., p. 102. Como es sabido, al abordar el tema del concurso ideal homogéneo un sector de la doctrina (Vid. J. Córdoba Roda, en J. Córdoba Roda / G. Rodríguez Mourullo / A. del Toro Marzal / J. R. Casabó Ruiz, *Comentarios al Código penal*, Tomo II, Barcelona, 1972, p. 354; J. Antón Oneca, *Derecho penal. Parte General*, 2ª ed. anotada y puesta al día por J. J. Hernández Guijarro / L. Beneytez Merino, Madrid, 1986, pp. 456 y ss.) se pronuncia en favor de la apreciación de un genérico concurso ideal de delitos (art. 77 CP), aduciendo la presencia en aquél de una sola acción que realiza varias veces un mismo tipo legal. Para otro grupo de autores, sin embargo, a diferencia de lo que sucede en Alemania (§ 52 StGB), el art. 77 CP sólo podría aplicarse a los supuestos en que los delitos que concurren tengan distinta gravedad, habida cuenta de su remisión a la “pena prevista para la infracción más grave”. La razón última para que el legislador deseara excluir el concurso homogéneo de la disciplina del concurso ideal estribaría en su naturaleza de concurso real, en el que no concurrirían tantos hechos como resultados dolosamente provocados. Su único contacto con la figura del concurso ideal sería el que todos ellos pertenecerían a una sola acción. De esta opinión, S. Mir Puig, *Derecho penal. Parte General*, 6ª ed., Barcelona, 2002, pp. 632 y 633; Cobo del Rosal / Vives Antón, *Derecho penal. Parte General*, 4ª ed. cit., p. 699; G. Quintero Olivares, *Manual de Derecho penal. Parte General*, 3ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2002, p. 756.

⁵² Vid. García Albero, “*Non bis in idem*” material..., cit., p. 68.

⁵³ Vid. Garberí LLobregat, *El procedimiento administrativo sancionador*, cit., p. 179; Nieto García, *Derecho administrativo sancionador*, cit., p. 450.

Esta identidad fáctica se fijará con arreglo a pautas de valoración jurídica, y no simplemente naturalísticas⁵⁴. Situados ante el supuesto de hecho de que se trate, será necesario poner en claro cuál es el comportamiento exactamente sancionado en los tipos y en qué medida aquél incluye, de forma necesaria o accidental, otros⁵⁵. La tarea no ofrecerá dificultades cuando para la definición del hecho se empleen iguales o similares términos lingüísticos⁵⁶. En otros casos, y debido a la imprecisión de las descripciones típicas del Derecho administrativo sancionador, será imprescindible acudir a una exégesis para poder dar concreción al marco normativo⁵⁷. Cabe, por ejemplo, que el hecho definido por la norma penal no coincida plenamente con la descripción que proporciona por la administrativa, pero que a la postre aquélla comprenda ésta, debiendo considerarse por consiguiente satisfecho el presupuesto para desestimar el doble castigo⁵⁸. En este sentido, la STC de 23 de mayo de 1986 sugiere como regla para reconocer la diferencia de hechos el que la existencia de uno no traiga consigo necesariamente la del otro. Sobra decir, de cualquier modo, que el cumplimiento o ausencia de este requisito habrá de enjuiciarse con la mirada puesta en los preceptos penales y administrativos en juego. Sólo a la luz de sus respectivos presupuestos de hecho, y más exactamente, de los que, de entre ellos, hayan sido objeto de considera-

⁵⁴ Cfr. STC 30 de enero de 1981; Rebollo Puig, *Potestad sancionadora...*, cit., p. 831; Carretero Pérez / Carretero Sánchez, *Derecho administrativo sancionador*, cit., p. 168; Nieto García, *op. loc. cit.* De otra opinión, Carbonell Mateu, *Derecho penal...*, cit., p. 154.

⁵⁵ *Vid.* Rebollo Puig, *Potestad sancionadora...*, cit., p. 832; Carretero Pérez / Carretero Sánchez, *op. loc. cit.*; Garberí LLobregat, *El procedimiento administrativo sancionador*, cit., p. 179; Nieto García, *op. loc. cit.*

⁵⁶ *Vid.* Carretero Pérez / Carretero Sánchez, *Derecho administrativo sancionador*, cit., pp. 175 y 176.

⁵⁷ *Vid.* Carretero Pérez / Carretero Sánchez, *op. loc. cit.*

⁵⁸ *Vid.* Rebollo Puig, *Potestad sancionadora...*, cit., pp. 831 y 832. Este autor trae en apoyo de su postura las SSTs de 11 de marzo de 1985, que afirma que la coexistencia de sanciones impuestas por los defectos de cada vivienda y por la totalidad de la urbanización supone sancionar doblemente determinadas conductas con infracción del principio *non bis in idem*, y de 15 de septiembre de 1985, que entiende igualmente violado el principio por la imposición de una sanción por superar el máximo anual de horas extraordinarias, habiéndose computado horas que ya habían sido tenidas en cuenta en otras sanciones por superar el máximo mensual.

ción por la sentencia penal o por la resolución sancionadora, cabrá tomar una decisión acerca de la posibilidad de la dualidad de sanciones⁵⁹.

3. EL SISTEMA DE EXCEPCIONES A LA VIGENCIA DEL *NON BIS IN IDEM* SUSTANTIVO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.

El principio *non bis in idem*, cuya vigencia en nuestro ordenamiento jurídico ha sido -como se ha señalado- insistentemente respaldada por el Tribunal Constitucional, se manifiesta de modo desigual en el ámbito de sanciones administrativas de heteroprotección o supremacía general y en los supuestos en que la sanción encuentra su razón de ser en el poder que posee la Administración Pública sobre sus funcionarios, como relación de supremacía especial⁶⁰. Se constata, en efecto, la tendencia

⁵⁹ Vid. Rebollo Puig, *Potestad sancionadora...*, cit., p. 832. Sobre estas indicaciones generales, no pueden dejar de indicarse que bajo la aparente simplicidad en la determinación de esta identidad puede ocultarse una muy compleja tarea. Sobre las dificultades de enjuiciamiento de la violación del *non bis in idem* en las infracciones continuadas, en los casos de reincidencia o de apreciación indebida de agravantes Vid. del Rey Guanter, *Potestad sancionadora de la Administración...*, cit., p. 135; García Albero, "*Non bis in idem*" material..., cit., pp. 53 y ss.; Garcías Planas, "Consecuencias...", cit., pp. 115 y ss.; Zugaldía Espinar, *Fundamentos...*, cit., pp. 147 y ss.

⁶⁰ El concepto de relación de especial sujeción nace en el Derecho alemán en el siglo pasado en aplicación a las relaciones de Derecho público que unos colectivos tasados y determinados mantenían con el Estado y de los que el funcionario público representaba el arquetipo. Como antecedentes inmediatos de la construcción, ya Schmitthener, Gerber o Laband centraron sus estudios en la relación funcional. O. Mayer, el primero que recondujo la separación entre las relaciones generales y relaciones especiales a un sistema jurídico-administrativo, desarrolla su concepto de éstas últimas -como acentuada dependencia en favor de una determinada Administración Pública traducida en un estado de libertad restringida- en las relaciones de servicio obligatorio y profesional del Estado. El servidor quedaría sometido a un poder jurídico especial (*Dienstgewalt*) ejercido en nombre del Estado o del cuerpo de administración propio sobre el obligado para mantener y dirigir a éste en el cumplimiento exacto de sus poderes. Las manifestaciones externas de este poder serían la orden jerárquica y el poder disciplinario. Con carácter general, y apoyándose para ello en las referencias de autores de la época de la Constitución de Weimar (Fleiner, Thoma) y posteriores a la de Bonn (Thieme, Wolff, Obermayer, Ule), A. Gallego Anabitarte concluye que existe unanimidad en la catalogación de las situaciones del funcionario, del militar, del escolar y del preso como relaciones de sujeción especial. Cfr. A. Gallego Anabitarte, "Las relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad de la Administración (Contribución a la teoría del Estado de Derecho)", *RAP*, n° 34, 1961, pp. 14 y ss. Para esas y otras referencias históricas, asimismo, M. López Benítez, *Naturaleza y presupuestos constitucionales*

generalizada -tanto en la jurisprudencia como incluso en los textos legislativos- a excepcionar su operatividad en las relaciones entre la potestad disciplinaria de la Administración y la Jurisdicción penal.

Este planteamiento fue defendido ya por la STC de 30 de enero de 1981, a tenor de la cual el principio implica, en una de sus más conocidas concreciones, que no recaiga dualidad de sanciones -administrativa y penal- en las hipótesis en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento, «sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración -relación de funcionario, servicio público, concesionarios, etc.- que justifique el ejercicio del ‘ius puniendi’ por los Tribunales y a su vez la potestad sancionadora de la Administración». Posteriores sentencias han despejado las dudas inicialmente surgidas con relación al carácter vinculante de esta declaración, por tratarse de un simple *obiter dicta*⁶¹, dando firmeza a una línea interpretativa que se prolonga sin solución de continuidad hasta la STC de 13 de junio de 1990, donde se advierte que “en tal hipótesis habría que tenerse en cuenta la doctrina de este Tribunal (SS. 2/1981, 77/1983 y 159/1985 y AA. 150/1984, 721/1984 y 781/1985) sobre la admisibilidad constitucional de la doble sanción penal y administrativa en los casos en que concurre una relación de sujeción especial

de las relaciones especiales de sujeción, Madrid, 1994, pp. 53 y ss. Para la doctrina actual en el funcionario se aúnan las notas esenciales que confluyen en la definición de la categoría, básicamente la inserción en la organización administrativa, la minoración de la libertad y de los derechos fundamentales, así como de sus instituciones de garantía, y la justificación del especial régimen jurídico que las preside en la necesidad de salvaguardar la eficiencia y productividad administrativas. Cfr. Gallego Anabitarte, “Las relaciones especiales...”, cit., p. 25; D. Jesch, *Ley y Administración. Estudio de la evolución del principio de legalidad*, Madrid, 1978, pp. 263 y ss.; J. M^a Michavila Núñez, “Relación especial de sujeción en el sector crediticio y Estado de Derecho”, *REDA*, n^o 54, 1987, pp. 254 y ss.; R. García Macho, *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución española*, Madrid, 1992, p. 50; López Benítez, *Naturaleza y presupuestos constitucionales...*, cit., p. 261; Santamaría Pastor, *Fundamentos de Derecho administrativo I*, cit., p. 868. En torno al concepto de relación especial de sujeción giran en la literatura jurídica actual los de “Derecho disciplinario” y “sanción disciplinaria”.

⁶¹ En este sentido E. García de Enterría, “La incidencia de la Constitución sobre la potestad sancionatoria de la Administración: dos importantes sentencias del Tribunal Constitucional”, *REDA*, n^o 29, Abril-Junio 1981, p. 362; mismo autor, *La Constitución como norma...*, cit., p. 248.

⁶² Vid también, entre otras, las SSTC 50/83, de 14 de junio, 66/84, de 6 de junio, 197/86, de 24 de julio, así como el ATC 1097/1987, de 30 de septiembre. El temprano comentario de A. Cano Mata (“la sensación que produce el estudio de sus sentencias es la de que se está más cerca de entender que el principio *non bis in idem* no es de aplicación a las sanciones

y el fundamento de ambas sanciones no es coincidente”⁶². El Tribunal Supremo ha secundado reiteradamente estas afirmaciones⁶³.

Esta opción interpretativa ha sido también respaldada, al menos *prima facie*, por el legislador. Ya durante el proceso parlamentario de discusión del Anteproyecto de Constitución se advirtió una posición de consenso con relación a la aplicación de la prohibición de la duplicidad de castigos a las sanciones de protección del orden general y a las penas, pero un manifiesto desacuerdo sobre su traslado al campo de las sanciones administrativas impuestas en el marco de las relaciones especiales de sujeción, tal y como demuestra la polémica entre los diputados Meilán Gil y Peces Barba⁶⁴. La tesis restrictiva propugnada por el Grupo Parlamentario del partido mayoritario en el Congreso de los Diputados, la UCD, se plasmaría en la fallida formulación legal del artículo 9. 3 del Anteproyecto, a tenor de la cual “las sanciones administrativas, salvo las derivadas de una relación especial de sujeción, son incompatibles con las penales”⁶⁵. Previamente, la tesis contraria a la vigencia del principio en el derecho disciplinario de los funcionarios públicos hallaba su consagración legal en los artículos 81. 3 LFCE y 4 y 28 *in fine* del Decreto de 16 de agosto de 1969, por el que se aprobaba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los funcionarios de la Administración civil del Estado.

En el Derecho vigente pueden localizarse declaraciones que, con idéntica rotundidad y precisión, exigen y excluyen la aplicación de sanciones administrativas mediando una relación de supremacía especial cuando los hechos han recibido ya sanción penal. A la primera solución se corresponde lo señalado por los artículos 5. 5. LP y 2 LDIEC. A la segunda,

disciplinarias que de mantener la tesis contraria”) puede aplicarse con fundamento a toda la Jurisprudencia constitucional de la década de los ochenta (cfr. *Las infracciones administrativas...*, cit., p. 214).

⁶³ *Vid.* SSTs de 14 de diciembre de 1982, 2 de febrero de 1984, 16 de febrero de 1984, 8 de marzo de 1984, 13 de marzo de 1984, 8 de febrero de 1985, 22 de febrero de 1985, 19 de abril de 1985, 13 de diciembre de 1985, 18 de diciembre de 1985, 7 de octubre de 1986, 6 de mayo de 1988, 13 de marzo de 1991. El Tribunal Supremo no hace sino continuar una dilatada corriente jurisprudencial preconstitucional. Referencias en J. González Pérez, “Independencia de la potestad sancionadora de la Jurisdicción penal”, *RAP*, n° 47, 1965, pp. 130 y ss.

⁶⁴ Información y referencias en Sanz Gandásegui, *La potestad sancionatoria...*, cit., pp. 139 y 140.

⁶⁵ Cfr. Sanz Gandásegui, *La potestad sancionatoria...*, cit., p. 140.

el contenido de los artículos 75. 1 LPHE y, fundamentalmente, 415 LOPJ, que sin hacer discriminación alguna entre los delitos que se imputan al funcionario público, permite la incoación o tramitación del expediente administrativo sancionador únicamente cuando en la causa penal se haya dictado sobreseimiento o sentencia absolutoria. Ahora bien, sin desconocer la trascendencia y valor interpretativo de los referidos preceptos, el análisis de la eficacia y eventual modulación del principio *non bis in idem* en el terreno del castigo de los ilícitos perpetrados por los funcionarios públicos nos sitúa primordialmente ante los artículos 4 y 23 del RDFCE. El primero recoge de forma casi literal el contenido del artículo 4 RDFCE de 1969, al establecer que las sanciones administrativas se entienden sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal en que puedan incurrir los funcionarios. En sus dos incisos, el segundo reza: “En cualquier momento del procedimiento en que el instructor aprecie que la presunta falta puede ser constitutiva de delito o falta penal, lo pondrá en conocimiento de la autoridad que hubiere ordenado la incoación del expediente para su oportuna comunicación al Ministerio Fiscal. Ello no será obstáculo para que continúe la tramitación del expediente disciplinario hasta su resolución e imposición de la sanción si procediera. No obstante, cuando se trate de hechos que pudieran ser constitutivos de algunos de los delitos cometidos por los funcionarios públicos, contra el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes y de los delitos de los funcionarios públicos, en el ejercicio de sus cargos, tipificados en los Títulos II y VII del Libro Segundo del Código penal, deberá suspenderse la tramitación del expediente disciplinario hasta tanto no recaiga resolución judicial»”.

La paralización del expediente disciplinario cuando el funcionario lleva a cabo un delito de los específicamente regulados en el CP como característicos de su posición jurídica, resuelve *ope legis* uno de los obstáculos que se oponen a la interdicción absoluta del *bis in idem*, al posibilitar la previa terminación del proceso penal y, con ello, el establecimiento de unos hechos que, dado el caso, podrán justificar la imposición de la sanción administrativa que proceda. Pero, al propio tiempo, la doctrina hace hincapié en que la dicción del apartado segundo de este artículo supone un impedimento difícil de salvar con vistas a la consecución de aquel fin, al reconocer abiertamente la posibilidad de castigar con una dualidad de sanciones -una penal y otra administrativa- en los casos en que se haya

ejecutado una de las conductas que el Código penal describe como delito propio de funcionario⁶⁶. Posibilidad, por cierto, sólo aparentemente refrendada por el artículo 7. 1. c del propio RDFCE, que sanciona como falta grave la «comisión de las conductas constitutivas de delito doloso relacionados con el servicio o que causen daño a la Administración o a los administrados». Dejando a un lado lo que de censurable pueda haber en su tipificación a través de un reglamento, lo cierto es que lo único que se deduce de los términos del precepto es la voluntad del legislador de reprimir los perjuicios que los delitos dolosos comunes -con exclusión, por consiguiente, de los específicos de los funcionarios públicos- provocan a los administrados o a la propia Administración Pública⁶⁷. Hay que convenir, pues, en que, antes que a la del concurso de leyes, el precepto se abre a la figura del concurso ideal de infracciones.

La jurisprudencia ha argumentado en dos direcciones distintas para legitimar la compatibilidad de sanciones administrativas y penales en el campo del Derecho disciplinario, poniendo de manifiesto de esta forma diversas acepciones del elemento de la identidad causal o de fundamento en tanto presupuesto del *non bis in idem*.

En una primera línea de interpretación, que parte de la STC 30/1981, la compatibilidad de sanciones viene puesta en conexión con el fundamento dogmático de la potestad disciplinaria del Estado en la

⁶⁶ Cfr. Suay Rincón, "Potestad disciplinaria", cit., p. 1337; T. Quintana López, "El principio *non bis in idem* y la responsabilidad administrativa de los funcionarios", *REDA*, n° 52, 1986, p. 587; A. Pérez Barrio, "La nueva configuración de la potestad disciplinaria de la Administración. Sus límites constitucionales", *RVAP*, n° 13, 1985, p. 265; F. A. Castillo Blanco, *Función pública y poder disciplinario del Estado*, Madrid, 1992, p. 386.

⁶⁷ Cfr. Castillo Blanco, *Función pública...*, cit., p. 354; J. M. Trayter Jiménez, *Manual de Derecho disciplinario de los funcionarios públicos*, Madrid, 1992, pp. 209 y 210. En el mismo sentido, T. Quintana López, "El principio *non bis in idem*...", cit., p. 595. De otra opinión, A. Muñoz Quiroga ("Aplicación del principio *bis in idem* en las relaciones especiales de sujeción", *PJ*, n° 23, 1991, pp. 177 y ss.), comentando la sentencia de 27 de junio de 1991 de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que con el soporte de la relación que liga al funcionario con la Administración se priva a un oficial de la Administración de Justicia de su condición de funcionario, en aplicación del artículo 26. 1 f RD 200/1986, de 19 de septiembre, del Reglamento Orgánico de los Cuerpos de Oficiales, Auxiliares y Agentes al servicio de la Administración de Justicia, que establece la pérdida de aquélla por la condena sobrevinida como consecuencia de delito doloso relacionado con el servicio o que cause daño a la Administración de Justicia y a sus destinatarios.

presencia de un vínculo especial entre la Administración Pública y el funcionario público. La sujeción especial representaría en esta lectura una muestra de la capacidad de autoordenación de aquélla, un poder en absoluto asimilable o equiparable al genérico *Ius puniendi* del Estado. “La Administración actúa de acuerdo con el principio de jerarquía y este principio institucional se convierte en deber de respeto y obediencia a las autoridades y superiores jerárquicos”, hace notar la STC 81/1983, de 10 de octubre, expresando este punto de vista. Una misma conducta podrá, por lo tanto, transgredir al propio tiempo el ordenamiento interno de la Administración, reforzado mediante la potestad disciplinaria, y el ordenamiento general, garantizado a través del orden jurídico-penal. En este mismo sentido, el Tribunal Supremo ha traído a colación con profusión la prevalencia en el derecho disciplinario del desvalor ético de la conducta del funcionario sobre los resultados de peligro o lesión de un bien jurídico concreto que hubiera podido ocasionar. Más que la restauración del orden social quebrantado o alterado, el objetivo principal del primero sería la salvaguarda del prestigio o dignidad de la Administración Pública, que la investirían del derecho a sancionar a quienes le han producido algún tipo de perjuicio o que han deteriorado el ordenado desarrollo de las actividades públicas. En este sentido se pronuncian las SSTs de 19 de diciembre de 1979, 29 de abril de 1981, 15 de junio de 1984, 5 de octubre de 1984, 22 de febrero de 1985, 19 de abril de 1985 y 3 de junio de 1987. Como indica Octavio de Toledo, en la base de este planteamiento se identifica la concepción de la potestad disciplinaria como el poder sancionador que corresponde a una institución privada ab interno de su organización⁶⁸.

Este entendimiento del elemento causal de la identidad normativa de ilícitos no guarda relación, sin embargo, con el significado del principio *non bis in idem*. La exigencia de la identidad de fundamento es ajena al dato de que el castigo del hecho tenga por causa material el ejercicio del genérico *Ius puniendi* estatal o la existencia de una relación de sujeción especial entre el sujeto del delito o de la infracción y la Administración Pública⁶⁹. El dato de que para la potestad disciplinaria pueda reivindicarse un fundamento dogmático particular -en atención a la posición especial de los funcionarios públicos frente a la Administración- no altera un

⁶⁸ Cfr. Octavio de Toledo y Ubieta, *La prevaricación...*, cit., pp. 268 y 269.

⁶⁹ En este sentido, Queralt Jiménez, *El principio non bis in idem...*, cit., p. 33.

ápice los términos del problema que aquí nos ocupa, el de la posibilidad de castigar de forma plural una misma conducta. Será únicamente el estudio comparativo de los ilícitos que concurren lo que pueda proporcionarnos una solución en uno u otro sentido. En resumidas cuentas, una vez verificada la identidad del fundamento material de las infracciones coexistentes, la posible justificación de la reduplicación de las sanciones sólo podrá venir de la mano de las limitaciones o condicionamientos que puedan sufrir el principio de legalidad penal y sus derivados en el ámbito de las relaciones especiales de sujeción.

La posterior evolución de la jurisprudencia constitucional ha despejado las dudas que pudieran subsistir sobre este extremo, al establecer ya no solamente que las susodichas relaciones de sujeción especial no constituyen una excepción absoluta a la operatividad del *non bis in idem*, sino que ni siquiera pueden hacerse valer como fundamento de represión autónomo mientras no se traduzcan, cuando menos, en la aparición de un bien jurídico distinto en la infracción de que se trate. Puede afirmarse, en este sentido, que con la STC 234/1991, de 10 de diciembre, y su antecedente de la STS, de 23 de marzo de 1982, se sientan las bases para dotar al principio de un verdadero contenido material⁷⁰.

La STC 234/1991 resuelve el recurso de amparo 1473/1989, presentado por una presunta transgresión del artículo 25 CE contra una resolución de la Dirección General de Policía que castigó al recurrente como autor de una falta muy grave contemplada en el Reglamento Orgánico de la Policía Gubernativa, así como contra la sentencia de la Audiencia

⁷⁰ El presupuesto del *non bis in idem* viene identificado en estos pronunciamientos con la vulneración de preceptos penales y preceptos pertenecientes al ordenamiento disciplinario de la Administración (*Vid.* Garberí Llobregat, *La aplicación de los derechos...*, cit., p. 161), esto es, con el fundamento jurídico-positivo de las respectivas infracciones. En tales términos se comprende la imposibilidad de equiparar el fundamento de las infracciones concurrentes, como sostiene el Tribunal Constitucional, puesto que la sanción penal y la sanción disciplinaria tendrán siempre su base en normas distintas y al entrar en juego dos órdenes -el penal y el disciplinario- las “causas”, las “parcelas jurídicas afectadas”, habrán de ser asimismo siempre distintas (*Vid.* del Rey Guanter, *Potestad sancionadora...*, cit., p. 136). Linealmente aplicada, esta construcción del fundamento del principio privaría de virtualidad a la técnica del concurso de leyes penales, en el que, por definición concurren infracciones con un fundamento jurídico-positivo diverso. Como reiteradamente se ha indicado, el presupuesto del *non bis in idem* se concreta en la identidad del injusto tipificado, no meramente en la de los bienes jurídicos en liza.

Territorial de Madrid confirmatoria de aquélla⁷¹. El Tribunal Constitucional persevera en la tesis de que en el marco de las relaciones de sujeción especial las sanciones “no se imponen en ejercicio del ius puniendi que el Estado tiene para castigar las conductas tipificadas como delito o falta dentro del territorio nacional, sino en uso del poder disciplinario que la Administración tiene sobre sus dependientes o funcionarios, esto es, en virtud de la relación jurídica estatutaria que vincula al funcionario con la Administración sancionadora”. La sentencia introduce, no obstante, algunas pautas interpretativas desconocidas hasta el momento, al indicar que la simple existencia de una relación de sujeción especial no es suficiente para justificar la duplicidad de sanciones. “De una parte, en efecto, las llamadas relaciones de sujeción especial no son entre nosotros un ámbito en el que los sujetos queden despojados de sus derechos fundamentales o en el que la Administración pueda dictar normas sin habilitación legal previa. Estas relaciones no se dan al margen del derecho, sino dentro de él y por lo tanto también dentro de ellas tienen vigencia los derechos fundamentales y tampoco respecto de ellas goza la Administración de un poder normativo carente de habilitación legal, aunque ésta pueda otorgarse en términos que no serían aceptables sin el supuesto de esa especial relación”.

El Tribunal Constitucional va a exigir, pues, el cumplimiento de ciertas condiciones a la hora de admitir la imposición de una sanción disciplinaria a una conducta que hubiese sido anteriormente objeto de condena o de pena, y concretamente el que “el interés jurídicamente protegido sea distinto y que la sanción sea proporcionada a esa protección”. De ello se deriva, y así lo subraya la propia sentencia, que cuando la acción punible sea perpetrada por un funcionario (o por cualquier sujeto sometido a una relación de sujeción especial) actuando como simple ciudadano, es decir, fuera del servicio o función pública que le están encomendados, decae

⁷¹ El TC enjuicia la constitucionalidad del castigo disciplinario impuesto a un funcionario de policía condenado por delito doloso -falso testimonio vertido en una causa penal ajena al servicio-, sanción acordada al socaire del artículo 205 del reglamento de la Policía Gubernativa. Esta sentencia ha sido objeto de comentario por Diego J. Vera Jurado, “El principio *non bis in idem* y su aplicación a las relaciones de sujeción especial de la policía gubernativa (STC 234/1991, de 10 de diciembre de 1991)”, *REDA*, n.º 79, 1993, pp. 537 y ss.; Queralt Jiménez, *El principio non bis in idem*, cit., pp. 35 y 36; Nieto García, *Derecho administrativo sancionador*, cit., pp. 437 y 438; G. Benlloch Petit, “*El principio de non bis in idem en las relaciones entre el Derecho penal y el Derecho disciplinario*”, *Pf*, n.º 51, 1999, pp. 353 y ss.

todo posible interés legítimo de la Administración Pública en la aplicación de una sanción de autoprotección -aunque sí podría existir, por el contrario, interés en imponer una sanción de orden público-, con lo que sólo cabrá recurrir a las sanciones penales.

Ahora bien, el propio Tribunal Constitucional somete a excepción esta regla en las ocasiones en que la conducta del funcionario o agente público, aún desarrollándose sin conexión con el servicio o la función pública, revierte en perjuicio del servicio teniendo en cuenta la naturaleza de éste. Con ello trae a colación la idea de que ciertas actuaciones de los agentes públicos pueden repercutir negativamente sobre la eficacia de la actividad pública a su cargo aunque se hayan realizado al margen de la organización administrativa. Situados en esta perspectiva, los magistrados entienden que la función característica de la policía gubernativa es “la averiguación de los delitos y la persecución de los delincuentes para ponerlos a disposición judicial”, y que la eficacia de este servicio se vería perjudicada si a los agentes encargados de ponerla en práctica se les imputase la realización de los mismos actos que están obligados a impedir: los delitos, ya sean especiales o comunes. “La irreprochabilidad penal de los funcionarios de la policía gubernativa -concluye- es un interés legítimo de la Administración que, al sancionar disciplinariamente a los que han sido objeto de condena penal, no infringe el principio *non bis in idem*”.

Así lo ha entendido también la STS de 7 de julio de 1992, que indica que si la sanción administrativa se apoya en el relato de hechos probados por la sentencia judicial condenatoria y los sujetos responsables habían sido enjuiciados tomando en consideración su condición de funcionarios administrativos y sancionados con penas que incidían tanto en la esfera personal como en la profesional, carece de sentido cuestionarse la plena eficacia del *non bis in idem*.

C. LAS DISFUNCIONES PROVOCADAS POR LA INAPLICACIÓN DEL *NON BIS IDEM* EN EL ÁMBITO DE LAS RELACIONES DE SUJECCIÓN ESPECIAL.

I. BASES PARA LA RECONSTRUCCIÓN DEL SISTEMA DE CONCURRENCIA NORMATIVA ENTRE NORMAS PENALES Y DISCIPLINARIAS.

Con argumentos similares a los apuntados en primera instancia por la jurisprudencia, la bibliografía tradicional ha excluido la aplicación del principio *non bis in idem* en las relaciones entre la potestad disciplinaria de

la Administración y la jurisdicción penal, trayendo a colación la relación de supremacía especial que une al funcionario con la Administración y la consiguiente independencia y compatibilidad entre la sanción y la pena⁷².

Las apelaciones a la sustantividad del Derecho disciplinario, a las repercusiones que puede tener una misma conducta en parcelas jurídicas diferenciadas o a la voluntad libremente aceptada del sujeto que decide entrar a formar parte de una relación especial de sujeción, acatando aquietándose a todos sus contenidos negociales y disciplinarios, son el mejor ejemplo de la actitud acrítica, meramente expositiva del régimen de excepciones previamente consagrado por el ordenamiento jurídico y por la jurisprudencia, que puede reconocerse en un buen número de autores.

La tesis de la pacífica confluencia de las sanciones penales y las administrativas en el marco de la relación de supremacía especial de la Administración con sus funcionarios se ha resquebrajado, sin embargo, en la actualidad. La STC 234/1991⁷³ y los trabajos de García Macho, Lasagabaster Herrarte y López Benítez señalan el punto de inflexión en la

⁷²Vid. E. González Nieto. "La responsabilidad de los miembros y funcionarios de las entidades locales", *REVL*, n.º 79, 1955, pp. 16 y 20; J. A. García-Trevijano Fos, *Tratado de Derecho administrativo*, Tomo III, Vol. II, Madrid, 1970, p. 972; Montoro Puerto, *La infracción administrativa: características, manifestaciones y sanciones*, Barcelona, 1965, pp. 118 y ss.; J. A. Santamaría Pastor, *Apuntes de Derecho administrativo. El personal al servicio de la Administración Pública*, Madrid, 1982, p. 137; D. Álvarez Pastor, "El procedimiento sancionador en las infracciones monetarias", en *Homenaje a J. A. García-Trevijano Fos*, Madrid, 1982, pp. 673 y 674; Bustos Ramírez, *Manual de Derecho penal. Parte General*, cit., p. 135; Soria Fernández-Mayoralas, "Derecho administrativo sancionador y Derecho penal...", cit., p. 271; J. A. Sainz Cantero, *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 3ª ed., Barcelona, 1990, p. 55 ("Esta acumulación de responsabilidades... no es objetable en principio, pero se hace intolerable en ocasiones precisamente a causa del empleo por la Administración de sanciones análogas en naturaleza y gravedad a las penas criminales, ya que llega a infringir el principio *ne bis in idem*").

⁷³La sentencia estudia la legalidad de la revocación de la licencia de detective privado con fundamento en una norma de rango reglamentario -la orden de 20 de enero de 1981-, cuyo artículo 12 tipificaba, sin cobertura legal, sanciones en consideración a la gravedad o trascendencia de las conductas realizadas. El recurrente invocó la violación del artículo 25. 1 CE tanto en su vertiente formal -reserva de ley- como material -predeterminación de conductas y castigos-. El TC señala que "hay que admitir, pues, en este caso la naturaleza sancionatoria de la medida, sin que la distinción entre relaciones de sujeción general y especial, ya en sí misma imprecisa, pueda desvirtuar aquella naturaleza del acto administrativo y sin que, por lo demás, y esto es más importante, pueda dejar de considerarse al respecto la posibilidad de que dicho acto incida en los derechos del administrado (en el supuesto del recurso, el ejercicio de una actividad profesional conectada con los artículos 35. 1 y 38 de la

tendencia de la doctrina y de la jurisprudencia iuspublicistas a hacer dejación de la categoría dogmática de las relaciones de especial sujeción en tanto piedra de toque para la limitación automática de los derechos subjetivos que el administrado posee frente a la Administración Pública⁷⁴.

El tratamiento unitario que el ordenamiento punitivo del Estado recibe en los artículos 24 y 25 CE, el reconocimiento en el propio Texto Fundamental a la totalidad de los ciudadanos -incluidos los funcionarios públicos- de un amplio abanico de derechos fundamentales que podrán

Constitución), con el riesgo de lesionar derechos fundamentales”. En segundo lugar y matizando anteriores afirmaciones, el Tribunal Constitucional afirma: “una cosa es, en efecto, que quepan restricciones en los casos de sujeción especial y otra que los principios constitucionales (y derechos fundamentales en ellos subsumidos) puedan ser también restringidos o perder eficacia y virtualidad. No se puede relativizar un principio sin riesgo de suprimirlo. Y siempre deberá ser exigible en el campo sancionatorio administrativo (no hay duda en el penal) el cumplimiento de los requisitos constitucionales de legalidad formal y tipicidad como garantía de la seguridad jurídica del ciudadano. Otra cosa es que esos requisitos permitan una adaptación -nunca supresión- a los casos e hipótesis de relaciones Administración-administrado y en concordancia con la intensidad de la sujeción. A un supuesto de máxima intensidad se refería, por ejemplo, la STC 2/1987 (situación de preso), que permitió la formulación reglamentaria de los castigos, bien que en relación con la Ley (General Penitenciaria) que establecía las previsiones generales”. Tras reconocer que las situaciones sometidas a licencia implican una especial relación de sujeción, el Tribunal Constitucional afronta la cuestión de la falta de cobertura legal de la orden de 20 de enero de 1981, sobre la base de la cual se había impuesto la sanción recurrida. Al respecto, estima que la equivalencia entre sanciones administrativas y Derecho penal implica “la exigencia y existencia de una norma de adecuado rango, y que este Tribunal ha identificado como Ley en sentido formal, no resultando posible una remisión al reglamento que haga posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley”. Los magistrados terminan declarando la nulidad del artículo 12 de la orden, “lo cual crea un vacío normativo que deberá ser cubierto por una norma con rango de Ley promulgada con la celeridad que los poderes públicos aprecien”. En esencia, el contenido de esta sentencia había sido ya recogido por las SSTC 66/89, de 20 de abril, y 219/89, de 21 de diciembre. Para un comentario a la misma *Vid.* E. García de Enterría, “La eliminación general de las normas reglamentarias nulas con ocasión de recursos contra sus actos de aplicación”, *REDA*, n° 66, 1990, pp. 283 y ss.

⁷⁴ Sintetizando el pensamiento de estos autores, diríamos que para ellos a la definición de los derechos fundamentales en el sector de las relaciones especiales de sujeción se llega conjugando tres clases de límites: el general al ejercicio de todo derecho representado por la tutela de los derechos ajenos; los objetivos señalados por la Constitución a los derechos fundamentales al margen de quien los ejerce se encuentre o no en una relación de sujeción especial; y los específicos previstos para las relaciones especiales de sujeción -v.gr. el derecho de sindicación en relación al personal militar (art. 18. 1 CE)-. Con relación a los límites expresamente constitucionalizados, inciden en que no permiten, en ningún caso, una desactivación total de los derechos, debiendo siempre adecuarse a los fines constitucionales de la relación

ser ejercitados sin otras restricciones que las específicamente previstas para determinados colectivos tradicionalmente implicados en esa relación de sujeción especial y la imposibilidad -por mor del principio de legalidad (arts. 9. 1, 9. 3, 25. 1, 103. 1)- de hacer descender de dicho concepto otras consecuencias que no sean las señaladas en la Constitución Española constituyen el punto de partida adoptado por autores como Garberí LLobregat, Tráyer Jiménez y Nieto García precisamente para formular las reglas de interpretación del *non bis in idem* opuestas a las tradicionales: la de su vigencia obligatoria y la de la excepcionalidad de sus limitaciones, que deberán justificarse *ad casum* y hallarse en consonancia con el conjunto de garantías con que la Constitución admite la limitación del contenido de los derechos fundamentales⁷⁵.

de que se trate -en el caso de la relación de sujeción de los funcionarios, los propios de la Administración en la que se integran (art. 103. 1: “La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficiencia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación con sometimiento pleno a la Ley y al derecho”)-, adoptando siempre como premisa la fuerza expansiva y el plusvalor que el Texto Fundamental les atribuye a aquéllos. El planteamiento no será, pues, el de que el *non bis in idem*, como derecho fundamental, sólo se pueda hacer valer en tanto en cuanto así lo autorice el fin de la relación de sujeción, sino el de que los límites a los derechos fundamentales no podrán extenderse más allá de lo verdaderamente imprescindible para el cumplimiento del fin constitucional de la relación. Por eso, esas restricciones expresadas en la Constitución deben analizarse escrupulosamente, relación por relación, desechando cualquier criterio genérico, incluidos aquéllos aplicables a las denominadas relaciones generales de sujeción. Otro de los temas cruciales sobre los que reflexiona esta corriente doctrinal es el de la validez del “criterio hermenéutico de la ponderación de bienes” a la hora de dejar sentados límites implícitos a los derechos fundamentales, esto es, impuestos por la necesidad de proteger bienes y valores constitucionalmente protegidos. En línea de principio, se reconoce su legitimidad e importancia tratándose de relaciones que tienen como base organizaciones presididas por valores como la jerarquía, la eficacia o la prestación del servicio, pero se llama la atención sobre los peligros de “volatilización” del derecho que acarrearía un empleo poco atemperado del método. Para hacerles frente, los autores a que aludimos rechazan la invocación tanto de bienes genéricos -v. gr. el “bien de la comunidad”- como de aquellos que no encuentren en la Carta Magna un reconocimiento expreso, haciendo hincapié al propio tiempo en la inexistencia de razones objetivas para entender que el derecho deba ceder en cualquier caso ante el interés del establecimiento, especie del *genus* interés público. Cfr. López Benítez, *Naturaleza y presupuestos...*, cit., pp. 408 y ss. *Vid.*, también, García Macho, *Las relaciones de especial sujeción...*, cit., pp. 168 y ss.; I. Lasagabaster Herrarte, *Las relaciones de sujeción especial*, Madrid, 1994, pp. 102 y ss.

⁷⁵ *Vid.* Garberí LLobregat, *La aplicación de los derechos...*, cit., pp. 162 y 163; Tráyer Jiménez, *Manual de Derecho disciplinario...*, cit., pp. 205 y ss.; Nieto García, *Derecho administrativo sancionador*, cit., pp. 435 y ss.

A la reconsideración de los perfiles del *non bis in idem* no han sido extraños tampoco ni la toma de conciencia del acercamiento del Derecho disciplinario al Derecho Derecho penal, ni la progresiva difuminación de los que pudieron ser sus rasgos originarios⁷⁶. Afirmada con carácter absoluto, la duplicidad de sanciones -sintetizan Muñoz Quiroga y García Macho- trae consigo el reconocimiento de un privilegio análogo al de la depuración de las organizaciones profesionales que practicaban los Tribunales de Honor prohibidos por el artículo 26 CE, en definitiva, una reminiscencia del “régimen prebeccariano” de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas⁷⁷. Más allá de lo que deba entenderse como rigurosamente indispensable para que las organizaciones burocráticas públicas desarrollen con eficacia su tarea de servir a los intereses generales de la comunidad (art. 103. 2 CE), no resulta defendible ni legítimable⁷⁸.

En el actual estado de cosas, en conclusión, cabe afirmar que la doctrina -en particular la administrativista- muestra sus reservas ante la

⁷⁶ Vid. Suay Rincón, *Sanciones administrativas...*, cit., pp. 68 y 69. Para Octavio de Toledo y Ubieto, la evolución ha llegado a tal punto que los ilícitos disciplinarios no se conforman ya en referencia a un deber “formalísticamente entendido”, sino a un bien jurídico. Ello vendría avalado por la práctica habitual consistente en la no estimación por parte del superior jerárquico de la existencia de una falta disciplinaria en la conducta de un inferior ante la ausencia de una agresión al bien jurídico fundamentalmente protegido por aquéllas: la organización administrativa. Cfr. *La prevaricación...*, cit., pp. 270 y 292.

⁷⁷ Cfr. Muñoz Quiroga, “Aplicación del principio *non bis in idem*...”, cit., p. 1763: “si, conforme al artículo 117. 3 CE, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados en las leyes el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, no tiene sentido que, después de un proceso penal en el que se ha juzgado a un funcionario precisamente por un delito cometido en el ejercicio de su cargo, y cuando existe un catálogo de penas que llevan consigo otras accesorias, la separación del servicio, que es el atentado más grave que se puede cometer contra la libertad de la persona, en cuanto rompe de forma definitiva la relación orgánica y de servicio que constituía el medio de vida del funcionario público, se pueda ventilar al margen del proceso penal, sin las garantías ofrecidas en el mismo”. En el mismo sentido, R. García Macho, “Sanciones administrativas y relaciones de especial sujeción”, *REDA*, n° 72, octubre-diciembre 1991, p. 523.

⁷⁸ Cfr. Sanz Gandásegui, *La potestad sancionatoria...*, cit., p. 141; García Macho, “Sanciones administrativas...”, cit., p. 523; Queralt Jiménez, “‘Ne bis in idem’: significados constitucionales”, cit., p. 903. Nieto García hace suyas las referencias de la STC 234/1991 sobre el restringido círculo de intereses de la Administración a que legítimamente puede extenderse la potestad disciplinaria (*Derecho administrativo sancionador...*, cit., p. 438).

posibilidad de la imposición de una doble sanción aunque tenga por presupuesto una relación de sujeción especial⁷⁹. En línea de principio, se da por buena la coexistencia del *non bis in idem* con tal duplicidad cuando la pena tenga como causa un delito que el legislador no haya acotado como específico de los funcionarios públicos. Pero para la aplicación de penas y sanciones disciplinarias por unos mismos hechos descritos como delito propio de los funcionarios y falta disciplinaria como regla absoluta -sobre el plano normativo o jurisprudencial- se halla únicamente fundamento en la existencia de una diferencia cualitativa bien entre aquéllos⁸⁰, bien entre las mismas penas y las sanciones disciplinarias, como consecuencias jurídicas que se complementan pero que presentan orígenes, naturaleza y efectos distintos⁸¹.

⁷⁹ Vid. Carbonell Mateu, *Derecho penal...*, cit., pp. 97 y 98; Asúa Batarrita, "La tutela penal del correcto funcionamiento...", cit., p. 44; Chinchilla Marín, "Potestad sancionadora...", cit., pp. 774 y 775; Quintana López, "El principio *non bis in idem*...", cit., pp. 593 y ss.; García Macho, "Sanciones administrativas...", cit., pp. 524 y 525; Queralt Jiménez, "Ne bis in idem: significados constitucionales", cit., p. 903; Garberí LLobregat, *La aplicación de los derechos...*, cit., p. 162; Octavio de Toledo y Ubieto, *La prevaricación...*, cit., p. 292.

⁸⁰ Así, Sanz Gandásegui, *La potestad sancionatoria...*, cit., pp. 140 y 141; Suay Rincón, *Sanciones administrativas...*, cit., p. 68; Garberí LLobregat, *La aplicación de los derechos...*, cit., p. 160, nota 48; Chinchilla Marín, "Potestad sancionadora...", cit., p. 774, para quien en el ámbito de las relaciones de sujeción especial el bien jurídico protegido es un valor específico y propio de la organización administrativa y distinto, por tanto, de los bienes jurídicos que se protegen en el orden general.

⁸¹ Sobre este extremo, resulta de interés reproducir el pensamiento de Quintero Olivares: "La idea del 'segundo castigo', así expresada, indica una abierta y terminante infracción del principio *non bis in idem*. Pero su incorrección nace de su misma formulación, pues no es otro 'castigo'... Las penas, indudables castigos, pueden explicarse de acuerdo con exigencias de retribución o de prevención, y siempre en el marco de unos objetivos político-criminales -prescindiendo de que sean o no eficaces para alcanzarlos-; pero las sanciones administrativas en relaciones de sujeción especial no están ni así fundadas ni así orientadas, sino que, como reiteradamente se ha dicho y reconocido, se explican de acuerdo con necesidades de autotutela en relación con el orden interno, y suponen una quiebra de las reglas aceptadas, quiebra que pueden hacer imposible la continuidad al servicio de la Administración. Por lo tanto, no estamos ante una mera cuestión de diferente 'etiquetado' de reacciones igualmente represivas, sino ante *secuencias jurídicas* de actos y efectos distintos en origen, fundamento y objetivo". Para este autor los reparos que despierta la posibilidad de una reacción disciplinaria por parte de la Administración vienen determinados exclusivamente por la existencia de las penas privativas de derechos. Cfr. "La autotutela...", cit., p. 291. Vid. también las consideraciones al respecto de Jakobs, *Derecho penal, Parte General*, cit., pp. 73 y 74, quien señala que cabe pensar en la simultaneidad de la pena y la sanción cuando la primera sirve al aseguramiento de la norma y la segunda opera como medida de seguridad.

Sobre la pretendida heterogeneidad de los injustos penal y disciplinario, sobre la que nos pronunciaremos en un apartado posterior de este capítulo, procede avanzar en este momento que únicamente recibe el aval de la mejor doctrina en supuestos contados, singulares, sobre la base de razonamientos jurídicos más elaborados técnicamente -en concreto, a partir del recurso a las construcciones concursales características del Derecho penal-.

En la segunda de las perspectivas apuntadas, el reconocimiento de que las exigencias de autotutela de la Administración podrían hacer imprescindible la expulsión de quienes, al perpetrar un delito dejan de cumplir uno de los requisitos fundamentales para estar a su servicio, no puede hacer olvidar las disfunciones que trae consigo el actual sistema normativo de acumulación de reacciones jurídicas. Muñoz Quiroga, por ejemplo, ha examinado críticamente la facultad reconocida a la Administración Pública de decretar la separación del servicio como consecuencia de cualquier delito doloso cometido por los funcionarios que auxilian a la Administración de Justicia, aunque el Tribunal Penal no hubiera realizado dicho pronunciamiento, prevista en el artículo 26. 1. fROCOAAAJ. Cotejándolo con el artículo 415. 3 LOPJ, con arreglo al cual en ningún caso un mismo hecho sancionador en causa penal podrá ser objeto de un expediente de responsabilidad disciplinaria posterior, indica que la aplicación del precepto reglamentario infringirá el artículo 14 CE, al suponer un acto discriminatorio para el colectivo de los oficiales, auxiliares y agentes de la Administración de Justicia. La arbitraria diferencia de trato entre los diversos Cuerpos de funcionarios se podría de manifiesto incluso a través del dato de que el artículo 24. 1. f RD 429/1988, de 29 de abril, el cual, aun sin cohonestarse plenamente con las exigencias del principio *non bis in idem*, establece la pérdida sólo temporal, mientras no se haya obtenido la rehabilitación, de la condición de secretario judicial por incapacidad sobrevenida por condena a causa de un delito doloso⁸².

Al mismo argumento de la infracción del contenido fundamental del artículo 14 CE alude también Trayter Jiménez, quien pone de relieve que la no aplicación del *non bis in idem* trae consigo indefectiblemente situaciones de discriminación entre el personal laboral y funcional al servicio de la Administración Pública, los cuales, ocupando los mismos

⁸² Cfr. “Aplicación del principio *non bis in idem*...”, cit., pp. 177 y ss.

puestos de trabajo y realizando los mismos ilícitos, recibirán sanciones desiguales⁸³. En este sentido, Trayter carga las tintas sobre la diferencia de grado existente entre el despido, como la sanción más grave de las contempladas por el Derecho laboral (art. 54 ET), y la separación del servicio prevista para los funcionarios públicos⁸⁴, haciendo notar, al propio tiempo, cómo su distinta duración y contenido haría imposible la imposición conjunta y simultánea de la pena de inhabilitación -sea especial o absoluta- y de la sanción disciplinaria de suspensión del servicio o de las funciones⁸⁵. Al margen de ello, la falta de adecuación existente entre la gravedad del hecho perpetrado y la acumulación de reacciones jurídicas (pena y sanción disciplinaria) conculcaría, en su opinión, el principio constitucional de proporcionalidad de los castigos⁸⁶.

En la doctrina penal, Quintero Olivares y González Cussac, entre otros, han destacado que la previsión en el Código penal de penas «profesionales» -suspensiones e inhabilitaciones- en tanto penas acumulativas o únicas de los delitos de funcionarios constituye un obstáculo casi insuperable para no ver en la posterior actuación sancionadora de la Administración Pública una clara transgresión del *non bis in idem*. En efecto, si la razón de ser para la imposición de sanciones administrativas preexistiendo una relación de sujeción especial se halla en la procedencia de que sea la Administración la que enjuicie la trascendencia y las consecuencias “profesionales” de la realización de un delito en el ejercicio del cargo, el ordenamiento jurídico vigente ofrece la solución paradójica de que dichas repercusiones son ya decididas por los tribunales penales⁸⁷. Tomando como

⁸³ Cfr. Trayter Jiménez, *Manual de Derecho disciplinario...*, cit., p. 201.

⁸⁴ Trayter Jiménez, *op. cit.*, pp. 203 y 204.

⁸⁵ Trayter Jiménez, *op. cit.*, p. 205.

⁸⁶ Trayter Jiménez, *op. loc. cit.*

⁸⁷ Cfr. Quintero Olivares, “La autotutela...”, cit., pp. 291 y 292; J. L. González Cussac, *El delito de prevaricación de funcionario público*, Valencia, 1994, p. 43. En el mismo sentido, R. Rebollo Vargas, *La revelación de secretos e informaciones por funcionario público*, Barcelona, 1996, p. 211. González Cussac cita el informe del Consejo General del Poder Judicial emitido sobre el Anteproyecto de Código penal de 1992, en el que se afirma que la anudación de sanciones disciplinarias a la condena penal no infringe el principio *ne bis in idem* si el quebranto de la relación de sujeción especial no se halla ya castigada con la imposición de la pena. De este modo, el Código penal podría, o no valorar la repercusión disciplinaria de la infracción, abandonándola al Derecho administrativo sancionador, o contener también las consecuencias relativas a restituir al injusto producido en las relaciones de servicio. En este

modelo la regulación de la prevaricación, su sanción en el artículo 404 CP con una pena de inhabilitación especial evidenciaría de esta forma que el legislador penal ha tomado también en consideración los efectos de la actuación delictiva del funcionario sobre su relación de servicios⁸⁸.

Dos han sido las vías seguidas por la doctrina para restringir la operatividad del criterio de la compatibilidad entre las sanciones penales y las disciplinarias. La primera, que trae en su apoyo a una minoritaria línea jurisprudencial⁸⁹, consiste en la aplicación sin reservas del *non bis in idem* en el marco de las relaciones de sujeción especial. Técnicamente, esta propuesta se articularía a través de la apreciación de un concurso de normas, a resolver con ayuda de la regla de la consunción⁹⁰. La segunda vía sería la de acudir a la interpretación supletoria o analógica para tratar los supuestos de falta de coincidencia en la causa o fundamento del castigo a la luz de los criterios que informan la disciplina del concurso de delitos en el Código penal⁹¹.

En favor de la primera de las propuestas, cuya virtualidad examinaremos a continuación, habla, paradójicamente, el ámbito de aplicación del Título IX de la LRJPAC. Es bien conocido que la dinámica en la que se movía el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración con anterioridad a la entrada en vigor del texto constitucional se había

caso, no cabría -explica el informe- acudir a otros órdenes sancionadores, puesto que el texto punitivo habrá valorado ya la totalidad del evento y por consiguiente habrá agotado toda la respuesta jurídica.

⁸⁸ Vid. González Cussac, *op. loc. cit.*

⁸⁹ Vid. SAN de 14 de mayo de 1984; STS de 27 de septiembre de 1988.

⁹⁰ Vid. Octavio de Toledo y Ubieto, *La prevaricación...*, cit., pp. 263 y ss.; Garberí Llobregat, *La aplicación de los derechos...*, cit., p. 163; García Arán, *La prevaricación judicial*, cit., p. 27; J. Cuello Contreras, *El Derecho penal español, Parte General*, 3ª ed., Madrid, 2002, p. 18; Carbonell Mateu, *Derecho penal...*, cit., pp. 97 y 98; Asúa Batarrita, "La tutela penal del correcto funcionamiento...", cit., pp. 44 y 45.

⁹¹ Vid. SSTS de 4 de julio de 1980, 13 de junio de 1986, 1 de junio de 1988; SAN de 16 de enero de 1981; SAT de Granada, 3 de mayo de 1983. En la doctrina, Octavio de Toledo y Ubieto, *La prevaricación...*, cit., p. 278, nota 1044; Garberí Llobregat, *La aplicación de los derechos...*, cit., p. 163; Carbonell Mateu, *Derecho penal...*, cit., pp. 97 y 98; Asúa Batarrita, "La tutela penal del correcto funcionamiento..." cit., pp. 45 y 46, ejemplificando con un delito de injurias contra un ciudadano: "La sanción de suspensión de funciones por un año por falta grave (art. 71 del Rglto. de Disciplina de funcionarios, "grave falta de consideración con los administrados"), atiende a la vertiente del incorrecto desempeño de la función, aspecto que en absoluto queda abarcado o previsto en el desvalor del delito contra el honor del particular (injurias del art. 209) castigado con pena de multa".

hecho acreedora de importantes críticas por la práctica inaplicación de los principios que presidían el orden penal. Al hilo de ese estado de cosas, el Tribunal Constitucional afirmó desde sus comienzos, por una parte, la plena legitimidad del desarrollo de esa potestad reconocida a la Administración y proclamó, por otra, la vigencia con ciertas modulaciones de los principios básicos del Derecho penal -STC 18/81, de 8 de junio-. Juntamente con el *non bis in idem*, de los artículos 24 y 25 CE se fueron extrayendo, así, y con diversos matices dependiendo de la clase de sanción que viniese en consideración, los principios de reserva de ley (STC 42/87, de 7 de abril), tipicidad (STC 76/90 de 26 de octubre), irretroactividad (STC de 11 de noviembre de 1981) y culpabilidad (STC 76/90, de 26 de abril). Además, a partir de la STC 18/81, de 8 de junio, se declaró la plena eficacia de un conjunto de derechos regulados en el artículo 24 CE a los procedimientos administrativos sancionadores, cerrándose el sistema con diversos pronunciamientos relativos a las medidas cautelares (STC 108/84, de 24 de abril), la ejecutividad de las sanciones y el derecho a recurrir (STC 66/84, de 6 de noviembre), y el principio de proporcionalidad (STC 62/82, de 15 de octubre), la necesaria observancia de la prescripción de faltas y sanciones, entre otras materias.

Pues bien, esos principios constitucionales han recibido consagración legal en el Título IX (“De la potestad sancionadora”) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC). La regulación dispuesta en él nace con vocación de universalidad, esto es, de vigencia ya no sólo en el conjunto de las Administraciones Públicas, sino en prácticamente todos los sectores de actividad en los que la Administración es titular de potestades sancionadoras. De su ámbito de aplicación, como excepción, vienen excluidas las sanciones acordadas en el ejercicio de la potestad disciplinaria que posee sobre el personal a su servicio o sobre quienes están relacionados con ella a través de un vínculo contractual (art. 127. 3 y disposición adicional 8o). Con respecto a ellas seguirá rigiendo, su normativa específica -fundamentalmente el art. 23 RDFCE-.

Con todo, la mejor doctrina ha venido entendiendo que en estos preceptos no debe verse un salvoconducto para excepcionar la operatividad de los principios constitucionales que rigen la potestad sancionadora de la Administración Pública en el sector del régimen disciplinario de los funcionarios públicos. Como indica Trayter Jiménez, para llegar a

la conclusión de que los principios positivamente plasmados en la nueva Ley-entre ellos el *non bis in idem* (art. 133)-, pierden su carácter de «básicos» o, más allá de eso, dejan de estar vigentes en términos absolutos serían necesario acreditar suficientemente que las sanciones disciplinarias no pueden considerarse sanciones administrativas⁹². Puestas en esa tesitura, al presentar naturalezas jurídicas diversas, se someterían a reglas y a principios no homogéneos⁹³. De ser otro el caso, los principios contenidos en los artículos 24 y 25 CE, en tanto verdaderos derechos fundamentales prevalentes sobre los preceptos de la LRJPAC y que despliegan su influencia tanto en el terreno de la producción legislativa, sobre la normativa ya existente, como en las tareas de exégesis y aplicación de las normas de Derecho positivo que lleva a cabo la Administración Pública, habrán de actuarse, aunque para ello deban adaptarse a las peculiaridades que presenta el ejercicio de dicha potestad y a la idiosincrasia, en general, del Derecho disciplinario⁹⁴. Cualquier colisión que pueda suscitarse entre el tenor literal de la Ley y lo que se derive de los principios constitucionales, en la elaboración que de ellos haga el Tribunal Constitucional, se resolverá, por consiguiente, en beneficio de estos últimos. Las pretensiones de la -a todas luces defectuosa- fórmula contemplada en el artículo 127. 3 LRJPAC no van más allá de remitir a la normativa sectorial de que se trate la fijación de los contenidos del Derecho sancionador que sea de aplicación⁹⁵.

En las páginas que siguen se examinan los límites que a la luz del texto constitucional podría razonadamente sufrir el principio *non bis in idem* en su aplicación al Derecho disciplinario de los funcionarios públi-

⁹² Cfr. Trayter Jiménez, en Trayter Jiménez / Aguado i Cudolà, *Derecho administrativo sancionador: materiales*, cit., p. 29.

⁹³ *Vid.* Trayter Jiménez, en Trayter Jiménez / Aguado i Cudolà, *op. loc. cit.*

⁹⁴ *Vid.* J. F. Mestre Delgado, “Los principios de la potestad sancionadora”, en J. Leguina Villa / M. Sánchez Morón (dir.), *La nueva Ley de Régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común*, Madrid, 1993, p. 376; Sainz Moreno, “Principios y ámbito de aplicación de la L. A. P.”, en Pendás García, *Administraciones Públicas y ciudadanos*, cit., p. 168; Trayter Jiménez, en Trayter Jiménez / Aguado i Cudolà, *Derecho administrativo sancionador: materiales*, cit., p. 30; Martí Aromar, “La potestad sancionadora”, cit., p. 509.

⁹⁵ En este sentido, Mestre Delgado, “Los principios de la potestad sancionadora...”, cit., p. 376.

cos. Con vistas, precisamente, a encontrar posibles justificaciones a su -real- desactivación vamos a conducirnos con arreglo a tres criterios. En primer lugar, se estudiará la naturaleza jurídica de la potestad disciplinaria, pues de la eventual necesidad de distinguirla de la de las restantes potestades sancionadoras de la Administración Pública podrá seguirse, indudablemente, una primera razón material con la que legitimar su no sujeción al régimen jurídico común de aquéllas, que comprende, como se ha indicado, la aplicación del *non bis in idem*. En segundo lugar, se considerará la existencia de hipotéticas diferencias cualitativas entre los delitos y las faltas disciplinarias que permitiesen renunciar a la identidad causal como presupuesto esencial en la vigencia del *non bis in idem*. Finalmente, puesto que admitir la duplicidad de sanciones implica un debilitamiento del principio de legalidad, al rebajarse el listón del mandato de determinación, se valorarán las fisuras sufridas por el principio de tipicidad de las sanciones en el ámbito del Derecho disciplinario de los funcionarios públicos. Se pretende comprobar así si la capacidad de autoordenación de la Administración Pública podría justificar algún género de restricciones o, incluso, directamente, la inaplicación del *non bis in idem* como principio lógicamente derivado del de legalidad, en el que sí pueden apreciarse ciertas matizaciones.

2. CONSIDERACIÓN DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA POTESTAD DISCIPLINARIA.

El de la naturaleza jurídica de la potestad disciplinaria del Estado no es, ciertamente, un tema controvertido en la actualidad. La mayoría de la doctrina jurídico-pública presenta al Derecho disciplinario como el objeto de una potestad administrativa sancionadora de carácter doméstico, capaz de producir efectos únicamente con respecto a quienes están inmediatamente relacionados con la organización pública o con su funcionamiento⁹⁶. La colocación de la tutela de la disciplina de los funcio-

⁹⁶ Aun con ciertas diferencias de matiz con relación al alcance y trascendencia de la clasificación, la doctrina administrativa suele distinguir en el campo de la potestad sancionadora de la Administración las sanciones de autoprotección y las protección del orden general, viniendo a ser las primeras aquéllas a través de las cuales la Administración presta protección a su organización y orden internos y cuyos efectos alcanzan únicamente a los

narios públicos a cargo de órganos administrativos tiene su explicación, en palabras de Nieto García, en la propia “realidad de las cosas”, es decir, en la propia naturaleza del poder disciplinario, que permite dejar al

sujetos directamente relacionados con su funcionamiento (*Vid.* E. García de Enterría, “El problema jurídico de las sanciones administrativas”, *REDA*, nº 10, 1976, p. 400; Serrano Alberca, en Garrido Falla (dir.), *Comentarios a la Constitución*, cit., p. 586; B. Lozano Cutanda, *La extinción de las sanciones administrativas y tributarias*, Madrid, 1990, p. 42; Castillo Blanco, *Función pública...*, cit., p. 61). La distinción se realiza asimismo de forma muy nítida en la STC 66/84, de 6 de junio. En el seno de las potestades sancionadoras de autoprotección la única con la que se hace un aparte, en términos de consideración dogmática y régimen jurídico, es la disciplinaria, reconduciéndose al ámbito sancionatorio general las sanciones de la denominada policía demanial, las sanciones tributarias y las sanciones rescisorias de actos administrativos favorables, que despertaban ciertos reparos en la doctrina clásica (*Vid.* Lozano Cutanda, *La extinción...*, cit., p. 43, con indicaciones). Frente a la correspondientes a otro tipo de organizaciones privadas, la potestad disciplinaria se identifica por su carácter jurídico y no ético y por la especialidad del régimen normativo a que viene sometida. J. Suay Rincón la define como el poder atribuido por el ordenamiento jurídico a la Administración Pública de reprimir, mediante la imposición de sanciones, las conductas antijurídicas que realizan las personas que trabajan para ella, esto es, los funcionarios públicos, siempre que tales conductas tengan lugar en el marco de la relación de servicio que une a éstos con aquélla (“Potestad disciplinaria”, en R. Gómez-Ferrer Morant (coord.), *Libro Homenaje al Prof. J. L. Villar Palasí*, Madrid, 1989, p. 1315. Para Trayter Jiménez el régimen disciplinario funcional se compone de un compendio de normas jurídicas establecidas por el Estado que determinan los hechos ilícitos que pueden cometer los funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo y prevén las sanciones a imponer por la Administración Pública a resultados de un procedimiento administrativo especial (*Manual de Derecho disciplinario...*, cit., p. 23). R. Parada Vázquez sostiene que la responsabilidad disciplinaria de los funcionarios es aquélla que se desarrolla en el interior de la relación de servicio y en garantía del cumplimiento de los deberes y obligaciones del funcionario, con sanciones que inciden sobre sus derechos (*Derecho administrativo. II. Organización y empleo público*, 6ª ed., Madrid, 1992, p. 463). Significativa en la literatura jurídica española es asimismo la definición proporcionada por A. Pérez Barrio, quien identifica el Derecho disciplinario con el conjunto de normas que, partiendo de las obligaciones y deberes del funcionario derivadas de la relación de servicio que le une con la Administración, regulan la tipificación de las conductas constitutivas de faltas disciplinarias, las sanciones correspondientes a la comisión de dichas faltas y el procedimiento necesario para imponer tales sanciones así como los recursos procedentes y garantías constitucionales aplicables al ejercicio de la potestad disciplinaria de la Administración (“La nueva configuración de la potestad disciplinaria de la Administración. Sus límites constitucionales”, *RVAP*, nº 13, 1985, p. 221). Para otras definiciones *Vid.* Suay Rincón, “Potestad disciplinaria”, cit., p. 1315, nota 14; Trayter Jiménez, *Manual de Derecho disciplinario...*, cit., pp. 23 y 24, nota 1, ambos con observaciones críticas. Para la doctrina comparada, G. Landi, “Disciplina”, *ED*, Vol. XIII, Varesse, 1970, pp. 24 y ss.

margen la cuestión del posible cuestionamiento del dogma de la separación de poderes⁹⁷.

Confirmando esta tesis, la literatura destaca la imposibilidad de diferenciar sobre el plano de su estructura la potestad disciplinaria de las restantes potestades sancionadoras de que es titular la Administración

⁹⁷Según expone este autor, el origen histórico del «problema capital» del Derecho disciplinario -el de sus relaciones con el Derecho penal- se halla en la implantación del régimen constitucional, cuando los juristas liberales, “orgullosos de la conquista que supone la separación de poderes”, se mostraban recelosos con relación a la paulatina extensión del Derecho disciplinario de la Administración Pública, que vinculaban a la tendencia del Estado absoluto a reprimir los derechos individuales en nombre de un interés público “más o menos imaginario”. Elaboraciones de autores como Seydel y polémicas como la generada en las Cortes Liberales por las críticas dirigidas por el diputado Sierra Pambley a la Memoria de Banqueri no son -incide Nieto García- sino expresiones de una actitud teórica cuya máxima aspiración -“demagógica” por su imposibilidad de realización práctica- era la formación de un Derecho disciplinario jurisdiccional “con los moldes orgánicos y procesales” del siglo XIX. En el trasfondo de esta «obsesiva» preocupación doctrinal “se vislumbraba la realidad de la contraposición entre las garantías rituarías de la jurisdicción penal y los rudimentarios y hasta arbitrarios trámites del procedimiento disciplinario”. Sobre todo ello, A. Nieto García, “Problemas capitales del Derecho disciplinario”, *RAP*, n° 63, 1970, pp. 55 y ss. El “problema constitucional” del Derecho administrativo sancionador es objeto de reflexión en la literatura jurídica actual sobre un plano distinto. Por una parte, el fenómeno -real, existente- de la juridificación de la actividad disciplinaria de la Administración deja subsistentes las reservas que, cuando menos para un sector doctrinal, despierta la coexistencia de los principios de la exclusividad punitiva del poder judicial (art. 117. 3 CE) y de la potestad sancionadora *ad extra* de la Administración Pública (*Vid.* Arroyo Zapatero, “Principio de legalidad...”, cit., p. 19; T. Quintana López, “El principio *non bis in idem* y la responsabilidad administrativa de los funcionarios”, *REDA*, n° 53, octubre-diciembre 1986, p. 585; ampliamente, Garberí Llobregat, *La aplicación de los derechos...*, cit., p. 55). Por otra parte, para la mayor parte de los administrativistas actuales carece de sentido dudar de la legitimidad de las potestades sancionadoras de la Administración, al ver en ellas un elemento absolutamente esencial con vistas al logro de una actuación eficiente en la persecución de los fines de interés general que la Constitución le encomienda. La STC 77/1983, de 3 de octubre, que justifica la extensión de la potestad administrativa de sanción en «la conveniencia de no recargar en exceso las actividades de la Administración de Justicia como consecuencia de ilícitos de gravedad menor, la conveniencia de dotar de una mayor eficacia al aparato represivo en relación con ese tipo de ilícitos y la conveniencia de una mayor intermediación de la autoridad sancionadora respecto de los hechos sancionados», ha dejado sentir su influencia en autores como Manzano Moreno, “El ilícito penal y el administrativo...”, cit., p. 3; J. Suay Rincón, *Sanciones administrativas*, Bolonia, 1989, p. 25; Trayter Jiménez, *Manual de Derecho disciplinario...*, cit., p. 51. En el mismo contexto teórico de legitimación de dicha potestad se han hecho jugar elementos como la sobrecarga de la Justicia penal o su colapso ante la eventual necesidad de conocimiento por su parte de las masivas infracciones menores (*Vid.*

Pública⁹⁸. Todas ellas presentan tres rasgos fundamentales, que hacen patente su total identidad, tanto en lo relativo al presupuesto de hecho que legitima su ejercicio, como a las consecuencias que éste trae aparejadas.

La primera de esas características es su puesta en marcha a raíz de la realización de un comportamiento típico y antijurídico, activo -v.gr. de actos encaminados a coartar el libre ejercicio del derecho de huelga, del artículo 6 RDFCE- u omisivo -v.gr. las omisiones orientadas a eludir los sistemas de control de horarios o a evitar que sean descubiertos los incumplimientos injustificados de la jornada de trabajo, del artículo 7 RDFCE-⁹⁹. Como indica Alessi, la responsabilidad disciplinaria se inscribe en la categoría más extensa de la responsabilidad derivada del

E. Bacigalupo, “Descriminalización y prevención”, *PJ*, n° especial II, 1988, p. 12; Soria Fernández-Mayoralas, “Derecho administrativo sancionador...”, cit., p. 266). Con mayor razón el debate no alcanza a la potestad de la Administración para corregir a los funcionarios públicos que llevan a cabo actividades ilícitas, cuya legitimidad constitucional se hace radicar en su dimensión *ad intra*, en la necesidad de mantener una organización pública, sostenida de forma proporcional por la ciudadanía, que gestione con eficacia los servicios públicos para satisfacer los intereses de la comunidad y dé respuesta a los requerimientos que el “Estado Social” del artículo 1. 1. CE dirige a la Administración. Cfr. Garberí Llobregat, *La aplicación de los derechos...*, cit., pp. 56 y 57; Quintana López, “El principio *non bis in idem...*”, cit., p. 586; J. Suay Rincón, “El Derecho administrativo sancionador: perspectivas de reforma”, *RAP*, n° 109, 1986, p. 207, nota 35; Queralt Jiménez, *El principio non bis in idem*, cit., p. 34. Garberí Llobregat se hace eco de la STC 66/1984, de 6 de junio, a cuyo tenor en el ámbito disciplinario “las sanciones administrativas intentan preservar los objetivos pretendidos mediante la acción pública, insertándose en un cuadro garantizador tendente a dotar de efectividad el dispositivo normativo regulador de las diferentes materias sobre las que incide, y siendo, además, sanciones asumidas voluntariamente por quienes con entera libertad se sitúan en este tipo especial de relación con la Administración”.

⁹⁸ Vid. Nieto García, “Problemas capitales...”, cit., pp. 66 y 67; Trayter Jiménez, *Manual de Derecho disciplinario...*, cit., p. 24; Suay Rincón, “Potestad disciplinaria”, cit., p. 1315; en la doctrina italiana, E. Rasponi, *Il potere disciplinare. I. Natura giuridica e soggetti attivi*, Padova, 1942, pp. 118 y ss.; R. Alessi, *Instituciones de Derecho administrativo*, Tomo II, trad. del italiano de B. Pellisé Prats, Barcelona, 1970, p. 233; G. Mor, *Le sanzioni disciplinari ed il principio «nullum crimen sine lege»*, Milano, 1974, p. 2.

⁹⁹ Vid. Trayter Jiménez, *op. loc. cit.*; Pérez Barrio, “La nueva configuración...”, cit., p. 227; Suay Rincón, “Potestad disciplinaria”, cit., pp. 1315 y 1330; Castillo Blanco, *Función pública...*, cit., p. 283. El artículo 129 LRJPAC señala que “sólo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico previstas como tales infracciones por una Ley” (art. 129.1); que “las infracciones administrativas se clasificarán por la Ley en leves, graves y muy graves” (art. 129.1); que “únicamente por la comisión de infracciones administrativas podrán imponerse sanciones que, en todo caso, estarán delimitadas por la

incumplimiento de toda clase de deberes administrativos frente a la propia Administración, distinguiéndose, *ab interno* de la misma, por la naturaleza de los deberes afectados, que se fundamentan en una relación de supremacía especial, la de empleo público¹⁰⁰. El presupuesto de la potestad disciplinaria es, pues, la realización de una falta disciplinaria leve, grave o muy grave¹⁰¹.

Ley” (art. 129.1); y que “las normas definidoras de infracciones y sanciones no serán susceptibles de aplicación analógica” (art. 129.2). Para un amplio comentario del mismo, Mestre Delgado, “Los principios...”, cit., pp. 372 y ss. Sobre el alcance del principio de tipicidad en el campo del Derecho disciplinario, y sin perjuicio de lo que se indicará en el texto, dejamos constancia ya en este momento de que la concepción doctrinal que admitía la determinación de la infracción disciplinaria sin base normativa de ninguna clase debe considerarse ya no sólo totalmente superada, sino directamente inconstitucional, a tenor de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional en esta materia. En general, sobre las peculiaridades de la tipificación administrativa y sus diferencias técnicas con la pena, A. Nieto García, “Los principios de tipicidad y culpabilidad en las infracciones en materia de consumo”, *EC*, nº 4, 1984, pp. 147 y ss.; J. M. Baño León, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*, Madrid, 1991, p. 124.

¹⁰⁰Cfr. Alessi, *Instituciones...*, Tomo II, cit., p. 233. En términos similares, C. Montoro Puerto, *Régimen disciplinario en la Ley de funcionarios civiles del Estado*, Madrid, 1965, p. 21: “como los deberes que pesan sobre el funcionario público vienen impuestos por las normas reguladoras del servicio, y tales normas forman parte del ordenamiento interno de la Administración, la falta disciplinaria quedará constituida por la infracción de este ordenamiento jurídico. El deber en sí puede ser, en efecto, infringido; peor tan sólo en la medida en que aparece recogido, tutelado y protegido por el ordenamiento jurídico, surgirá la infracción jurídica y, por ende, la infracción o falta reglamentaria”.

¹⁰¹El Texto Articulado de la LFCE de 1964 clasificó las faltas en tres categorías: leves, graves y muy graves, pero no enumeró más que las muy graves, remitiendo la calificación de graves y leves a la potestad reglamentaria, de acuerdo con los criterios que se señalaban (intencionalidad, perturbación en el servicio, atentado a la dignidad del funcionario o de la Administración, falta de consideración con los administrados, reiteración y reincidencia). La LMRFP (art. 31) y el RDFCE (art. 6) han establecido una nueva tipificación de las faltas muy graves, que resultan ser ahora las siguientes: el incumplimiento del deber de fidelidad a la Constitución en el ejercicio de la función pública; cualquier actuación que suponga discriminación para con los administrados; el abandono del servicio público; la adopción de acuerdos manifiestamente ilegales que causen perjuicio grave a la Administración o a los ciudadanos; la publicación o utilización indebida de secretos oficiales; la notoria falta de rendimiento que comporte inhibición en el cumplimiento de las tareas encomendadas; la violación de la neutralidad o independencia políticas influyendo en procesos electorales de cualquier naturaleza y ámbito; el incumplimiento de las normas sobre incompatibilidades; la obstaculización al ejercicio de las libertades públicas y derechos sindicales; la realización

En segundo lugar, la consecuencia jurídica de la ejecución de una conducta prohibida es para todo tipo de potestades sancionadoras de la Administración la aplicación de una sanción¹⁰², esto es, de un mal que la Administración causa a un administrado a resultas de una actuación ilegal, con arreglo a un procedimiento administrativo y con una finalidad represiva¹⁰³. Al igual que las sanciones que tutelan el orden general, las sanciones disciplinarias son actos administrativos, emanados de una autoridad

de actos encaminados a coartar el libre ejercicio del derecho de huelga; la participación en huelgas a los que la tengan expresamente prohibida por la Ley; el incumplimiento de la obligación de atender los servicios esenciales en caso de huelga; los actos limitativos de la libre expresión de pensamientos, ideas y opiniones; y haber sido sancionado por la comisión de tres faltas graves en el período de un año. Los artículos 89 LFCE y 7 RDFCE consideran faltas graves la desobediencia a los superiores y autoridades; el abuso de autoridad en el ejercicio del cargo: las conductas constitutivas de delito doloso relacionadas con el servicio o que causen daño a la Administración o a los administrados; la tolerancia de los superiores respecto de la comisión de faltas muy graves o graves de sus subordinados; la grave desconsideración con los superiores, compañeros o subordinados; causar daños graves en los locales, material o documentos de los servicios públicos; intervenir en un procedimiento administrativo cuando se dé alguna de las causas de abstención legalmente señaladas; la emisión de informes y la adopción de acuerdos manifiestamente ilegales cuando causen perjuicio a la Administración o a los ciudadanos y no constituyen falta muy grave; la falta de rendimiento que afecte al normal funcionamiento de los servicios y no constituya falta muy grave; no guardar el sigilo debido respecto de los asuntos que se conozcan por razón del cargo cuando causen perjuicio a la Administración o se utilice en provecho propio; el incumplimiento de los plazos u otras disposiciones de procedimiento en materia de incompatibilidades, cuando no suponga mantenimiento de una situación de incompatibilidad; el incumplimiento injustificado de la jornada de trabajo cuando suponga un mínimo de diez horas al mes; la tercera falta injustificada de asistencia en un período de tres meses, cuando las dos anteriores hubieren sido objeto de sanción por falta leve; la grave perturbación del servicio; el atentado grave a la dignidad de los funcionarios o de la Administración; la grave falta de consideración con los administrados; y, finalmente, las acciones u omisiones dirigidas a evadir los sistemas de control de horarios, o impedir que sean detectados los incumplimientos injustificados de la jornada de trabajo. El artículo 8 RDFCE califica de faltas leves el incumplimiento injustificado del horario de trabajo cuando no suponga falta grave; la falta de asistencia injustificada de un día; la incorrección con el público, superiores, compañeros o subordinados; el descuido o negligencia en el ejercicio de sus funciones; y el incumplimiento de los deberes y obligaciones del funcionario, siempre que no deban ser calificados como falta muy grave o grave.

¹⁰² Vid. Trayter Jiménez, *Manual de Derecho disciplinario...*, cit., p. 25; Suay Rincón, "Potestad disciplinaria", cit., p. 1315; Castillo Blanco, *Función pública...*, cit., p. 293.

¹⁰³ La definición se toma de Suay Rincón, *Sanciones administrativas*, cit., p. 55. Sobre ella, Trayter Jiménez expresa sus discrepancias con relación al generalizado reconocimiento de la finalidad puramente represora de las sanciones administrativas, disciplinarias y no

administrativa y observando formas administrativas, diferenciándose de aquéllas exclusivamente en virtud de su contenido: la privación de derechos de carácter no personal o no funcionarial -el derecho al cargo, a la residencia o a la retribución- o de los derechos que hayan sido creados por los actos administrativos cuya titularidad haya sido objeto de abuso¹⁰⁴.

Al hilo de este último dato se formula, precisamente, el último de los elementos que expresan la afinidad de la potestad disciplinaria de la Administración con las restantes potestades sancionadoras de que aquélla es titular. Esa característica es la necesidad de respetar en todo caso un procedimiento administrativo específico para imponer la sanción, requisito establecido en el artículo 187. 1 RDFCE y con apoyo constitucional en el artículo

disciplinarias (en el mismo sentido, entre otros, Parada Vázquez, *Derecho administrativo II. Organización y empleo público*, cit., p. 512; F. Garrido Falla, *Tratado de Derecho administrativo*, Vol. II, 11ª ed., Madrid, 2002, p. 184). A su juicio, los fines de las sanciones, como los de las penas, pueden ser múltiples y variados. En el caso de las sanciones disciplinarias, de prevención general frente al resto de los funcionarios -“el efecto disuasorio respecto a la comisión de las faltas que la sanción ejerce frente a la totalidad de los funcionarios que se consigue mediante la intimidación (el mal que la pena represente se proyecta sobre la conciencia de los miembros del colectivo funcionarial) y la educación”- y de prevención especial -“consistente en impedir u obstaculizar la repetición de la falta por parte de quien ya la cometió, a través de la represión o escarmiento resultante de la ejecución de la sanción”. La finalidad preventiva está asimismo presente en las definiciones del concepto de sanción administrativa proporcionadas por Castillo Blanco, *Función pública...*, cit., p. 293 (en referencia a la sanción disciplinaria) y Carretero Pérez / Carretero Sánchez, *Derecho administrativo sancionador*, cit., p. 152. En opinión de éste último: “aunque la teoría de la sanción no se halla suficientemente elaborada por la doctrina con la misma profundidad que en el Derecho penal, cualquiera de los caracteres de la pena se pueden aplicar a las sanciones administrativas: su sentido correccional, su finalidad de prevención general y especial, la responsabilidad del autor frente al Estado, el establecerse para castigar toda clase de daños, patrimoniales o no; su contenido moral”. El tema ha sido tradicional objeto de atención por parte de la doctrina alemana: *Vid.* Casabó Ruiz, en Córdoba Roda / Rodríguez Mourullo / del Toro Marzal / Casabó Ruiz, *Comentarios al Código penal*, Tomo II, cit., p. 93, nota 74.

¹⁰⁴ *Vid.* García de Enterría / Fernández, *Curso de Derecho administrativo*, Tomo II, cit., pp. 169 y ss.; A. Santamaría Pastor, *Apuntes de Derecho administrativo. El personal al servicio de la Administración Pública*, Madrid, 1982, p. 137. Sobre la vigencia del principio *nulla poena sine lege* en el Derecho disciplinario, con carácter general, Parada Vázquez, *Derecho administrativo II. Organización y empleo público*, cit., p. 516; Trayter Jiménez, *Manual de Derecho disciplinario...*, cit., pp. 156 y ss.; Castillo Blanco, *Función pública...*, cit., pp. 293 y ss. En el ámbito estatal, las sanciones disciplinarias vienen recogidas en el ámbito estatal por el artículo 31. 2 LMRFP y por el artículo 91 LFCE; y en el local, por el artículo 148 TRRL. En los artículos 15, 16 y 17 RDFCE se establece la correlación entre las faltas disciplinarias y las sanciones.

24 de la Carta Magana¹⁰⁵. El procedimiento disciplinario engloba, así, un complejo de trámites y actuaciones particulares informados por los mismos principios que el procedimiento administrativo sancionador

¹⁰⁵ En vez de establecer un nuevo procedimiento sancionador, la LRJPAC no va más allá de afirmar una serie de garantías mínimas que deben observar necesariamente todas las Administraciones públicas sin otra excepción que la que se deriva de su disposición Adicional 8ª, que reza “Los procedimientos de ejercicio de la potestad disciplinaria de las Administraciones Públicas respecto del personal a su servicio y de quienes están vinculados a ellas por una relación contractual se regirán por su normativa específica”. Tomada en su sentido literal, dicha afirmación es de un rigor más que dudoso, puesto que implicaría aceptar que las sanciones disciplinarias carecen de reglas sobre el contenido y los medios de notificación (arts. 58 y 59 LRJPAC) o sobre los recursos administrativos que podrían dirigírseles (arts. 107 y ss. LRJPAC), en la medida en que se trata de cuestiones no previstas en el RDFCE. Por esa razón, la disposición adicional tercera de la Ley 22/93, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, de Reforma del Régimen Jurídico de la Función Pública y de Protección por desempleo ha declarado que “los procedimientos para el ejercicio de la potestad disciplinaria respecto del personal al servicio de la Administración del Estado se regirán por su normativa específica y, en su defecto, por las normas contenidas en los Títulos preliminar, I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII y X de la Ley 30/92”. Cfr. Trayter Jiménez, en Trayter Jiménez / Aguado i Cudolà, *Derecho administrativo sancionador: materiales*, cit., p. 29. El artículo 127. 3 LRJPAC afirma, sin embargo, que las disposiciones del Título IX de dicho texto legal no son de aplicación al ejercicio por parte de las Administraciones Públicas de la potestad disciplinaria de que son titulares con respecto al personal a su servicio. Dicho Título contiene un conjunto de principios o garantías mínimas de orden procedimental, que siguiendo a Suay Rincón (“Los principios...”, cit., pp. 385 y 386) pueden sistematizarse distinguiendo los derechos del individuo sujeto al procedimiento sancionador -artículos 134 (garantía procedimental-, 135 (derechos del presunto responsable) y 137 (presunción de inocencia)- del régimen jurídico de las resoluciones concretas que los órganos de la Administración pueden adoptar en el curso del procedimiento sancionador -artículos 136 (medidas de carácter provisional) y 138 (resolución)-. Frente a ello, la doctrina defiende la aplicación matizada -esto es, con ciertas adaptaciones- de los principios contenidos en el artículo 24 CE, teniendo en cuenta la ausencia en su texto de cualquier reserva o cláusula de excepción con relación a los procedimientos disciplinarios y que muchas de las resoluciones judiciales que modificaron radicalmente el mundo de lo sancionatorio-administrativo tras la entrada en vigor de la Constitución tuvieron su origen en procedimientos disciplinarios seguidos contra funcionarios públicos. Así, la STC 18/81, de 8 de junio, declaró inconstitucionales las sanciones de plano y extendió la aplicabilidad de los derechos reconocidos en el artículo 24 CE a los procedimientos sancionadores, y las SSTs de 17 y 21 de julio de 1982 declararon la no ejecutividad de las sanciones hasta su firmeza en vía jurisdiccional, abriendo un debate que ha sido recogido por el artículo 138. 3 LRJPAC. Cfr. Trayter Jiménez, en Trayter Jiménez / Aguado i Cudolà, *Derecho administrativo sancionador: materiales*, cit., p. 30; Castillo Blanco, *Función pública...*, cit., pp. 359 y ss., con un exhaustivo análisis de las modulaciones -nunca ablaciones- que las garantías procedimentales derivadas del artículo 24 CE sufren en el seno del procedimiento disciplinario.

general¹⁰⁶, esto es, el tratarse de un procedimiento “jurisdiccionalizado” en el que se ha intentado implantar el esquema característico de los procesos penales, con la finalidad de garantizar -al igual que en aquéllos- las máximas cotas posibles de imparcialidad en el ejercicio de la potestad sancionadora¹⁰⁷. Por esta razón, sus diversas fases (iniciación, instrucción y resolución) resultan encomendadas a distintos órganos, a los cuales se reconocen todas las facultades precisas para la investigación de los hechos y la fijación de las responsabilidades procedentes¹⁰⁸. A quienes se vean inculcados, y al objeto de reestablecer el equilibrio entre los poderes y las garantías inherente a todo procedimiento, se les reconocen, por contra, más derechos de defensa que los que pueden considerarse habituales¹⁰⁹. Por último, y al igual que los procedimientos administrativos

¹⁰⁶ Vid. Trayter Jiménez, *Manual de Derecho disciplinario...*, cit., pp. 25 y 26, nota 13; Castillo Blanco, *Función pública...*, cit., pp. 359 y ss.

¹⁰⁷ Vid. Trayter Jiménez, *Manual de Derecho disciplinario...*, cit., p. 25.

¹⁰⁸ Vid. Trayter Jiménez, *Manual de Derecho disciplinario...*, cit., p. 25; Castillo Blanco, *Función pública...*, cit., pp. 402 y ss. La iniciación del expediente disciplinario se regula en los artículos 27 y siguientes del RDFCE, estableciendo el artículo 27 que el procedimiento “se iniciará siempre de oficio, por acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, moción razonada de los subordinados o denuncia”. El estatuto del instructor, previsto en el art. 30 RDFCE, ha sido minuciosamente estudiado por Castillo Blanco (*Función pública...*, cit., pp. 470 y ss.), en cuya opinión supone uno de los aspectos menos respetuosos con las garantías constitucionales que pueden localizarse en el mencionado texto legal. La competencia para la imposición de las sanciones viene muy casuísticamente determinada en el artículo 47 RDFCE, si bien puede apuntarse como criterio general al respecto el de que se reserva a los órganos superiores de la organización la utilización de la potestad para los supuestos “más graves”, mientras que serán los intermedios e inferiores los que la ejerciten en los demás supuestos (cfr. Suay Rincón, “Potestad disciplinaria”, cit., p. 1312, nota 6). En este punto, las previsiones del RDFCE excepcionan la tendencia general reconocible en el Derecho comparado a trasladar la competencia para sancionar de la Administración activa a tribunales dotados de autonomía orgánica y funcional en el ejercicio de su función. Cfr. Lozano Cutanda, *La extinción...*, cit., pp. 45 y 46; Suay Rincón, “Potestad disciplinaria”, cit., pp. 1338 y ss.

¹⁰⁹ Vid. Trayter Jiménez, *Manual de Derecho disciplinario...*, cit., p. 25. La audiencia del interesado no se circunscribe en el procedimiento disciplinario a la formulación del pliego de cargos y de alegaciones a la propuesta de resolución, como ocurre con el procedimiento sancionador general. A ellas el RDFCE agrega la admisión de vista y la formulación de alegaciones al expediente, con lo que puede concluirse que, al margen de las posibilidades de ser oído cuando se le toma declaración, el inculcado cuenta a su favor con al menos tres momentos procedimentales en los que resultará obligatorio tomar en consideración sus

comunes, el disciplinario halla su conclusión con la imposición de la sanción que corresponda o bien con la afirmación de la inexistencia de infracción, sin perjuicio de las declaraciones que procedan con relación a las medidas provisionales aplicadas a lo largo de la tramitación del expediente, sobre las cuales debe pronunciarse el órgano llamado a resolverlo (arts. 45 a 48 RDFCE)¹¹⁰.

La naturaleza administrativa de la sanción, del procedimiento para imponerla y de la autoridad responsable competente para aplicarla es, así, la nota fundamental compartida por toda clase de responsabilidad administrativa, incluida la disciplinaria. Ese rasgo, que debe ponderarse a la luz del sometimiento de toda la actividad administrativa a los principios de legalidad (art. 9. 1 CE) y de servicio objetivo a los intereses generales (art. 103. 1 CE), podría hacer pensar que la potestad disciplinaria no diverge en nada esencial de las potestades sancionadoras en el ámbito de la sanidad, el consumo, el urbanismo o la disciplina de mercado¹¹¹. Una vez establecida su naturaleza jurídica común, podría dar la impresión de que debiera acomodarse a las reglas capitales que presiden el ejercicio de la potestad sancionadora administrativa de orden general, ya que el único elemento de especialidad que presenta en su estructura es la condición jurídica que debe poseer el sujeto pasivo de la actuación sancionadora,

alegaciones. Dichos momentos procedimentales vienen regulados en los artículos 36, 41 y 43. A estas tres garantías se unen las de audiencia de la junta de personal, delegados de personal, sección sindical o central sindical según proceda, cuando el inculpado sea candidato o miembro de dichos órganos representativos, delegado sindical o cargo electivo a nivel provincial, autonómico o estatal en las organizaciones sindicales más representativas y durante el plazo de un año posterior a su mandato, garantía recogida en la disposición adicional primera del RDFCE. Cfr. Castillo Blanco, *Función pública...*, cit., pp. 416 y ss., con indicaciones.

¹¹⁰ Para un estudio del régimen material del acto de resolución final del expediente, que constituye el acto recurrible del procedimiento disciplinario, *Vid.* Castillo Blanco, *Función pública...*, cit., p. 463. Las medidas cautelares, recogidas en los artículos 24 y 33. 2 RDFCE y ceñidas a la suspensión provisional del inculpado durante la tramitación del expediente, han planteado en la doctrina administrativa el interrogante de su compatibilidad con el contenido esencial del artículo 24. 2. Sobre ello, ampliamente, E. Míguez Ben, "Suspensión provisional del funcionario *versus* presunción de inocencia: última jurisprudencia", *RAP*, n° 108, 1985, pp. 235 y ss.; Castillo Blanco, *Función pública...*, cit., pp. 436 y ss.

¹¹¹ En este sentido Suay Rincón, "Potestad disciplinaria", cit., p. 1315; Trayter Jiménez, *Manual de Derecho disciplinario...*, cit., p. 26, nota 13 bis.

que en el supuesto de la potestad disciplinaria habrá de ser un funcionario público¹¹².

La especialidad del sujeto pasivo integra, sin embargo, un dato auténticamente constitucional, en la medida en que con su entrada en juego abandona, siquiera parcialmente, el fundamento dogmático del poder sancionador de la Administración. Más allá de eso, incluso, la relación Administración-funcionarios es el resorte que ha permitido justificar, doctrinal y jurisprudencialmente, un conjunto de desviaciones con respecto a los principios que de modo ordinario inspiran la actividad sancionadora administrativa en general¹¹³.

3. LAS TEORÍAS SOBRE LA DIFERENCIACIÓN “CUALITATIVA” ENTRE LOS ILÍCITOS PENALES Y LAS FALTAS DISCIPLINARIAS. EXPOSICIÓN Y CRÍTICA.

A. TEORÍAS SOBRE LA DIVERSIDAD CUALITATIVA DE LOS INTERESES PROTEGIDOS. EL PRETENDIDO CARÁCTER DEONTOLÓGICO DEL DERECHO DISCIPLINARIO DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS.

A'. EXPOSICIÓN.

Se ha señalado ya que para sostener o rechazar la coincidencia del elemento causal en el principio *non bis in idem* no es suficiente con constatar que los bienes jurídicos tutelados son idénticos, sino que es necesario prestar atención a todas las facetas de la agresión a ese bien jurídico, esto es, a los aspectos del delito que identifican en cada caso la conducta

¹¹²Vid. Suay Rincón, *op. loc. cit.*

¹¹³ Como señala R. García Macho, “cuando se hace referencia a las relaciones de especial sujeción se entiende que el individuo está sujeto a una relación jurídica en la que tiene singulares derechos y obligaciones frente al Estado. Esa situación a la que están sometidos determinados colectivos (funcionarios, presos, alumnos, etc.) acentúa su dependencia con relación al Estado debido a que tiene una serie de objetivos que cumplir” (“En torno a las garantías de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones de especial sujeción”, *REDA*, n° 64, 1989, p. 521). Un detallado análisis de la restricción de garantías jurídicas en el seno del colectivo funcional en García Macho, *op. cit.*, pp. 521 y ss.; A. Jiménez-Blanco y Carrillo de Albornoz, “Notas en torno a las relaciones de sujeción especial. Un estudio de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *LL*, año 9, n° 1967, 13 de mayo de 1988, pp. 1 y ss.; López Benítez, *Naturaleza y presupuestos...*, cit., pp. 285 y ss. Para un resumen de la incidencia de la calificación de la relación funcional como de sujeción especial, Lozano Cutanda, *La extinción...*, cit., p. 44.

típica y su contenido de injusto. Con arreglo a este punto de vista, bastaría con que la legitimación de uno de los castigos desapareciese al estar comprendida ya en la del otro, perdiendo su razón de ser la exigencia de una coincidencia absoluta de fundamento.

Uno de los instrumentos de erradicación del *bis in idem* consiste en separar ontológicamente los ilícitos penales y los disciplinarios. Efectivamente, la definición de las faltas disciplinarias como infracciones de los deberes referentes a la jerarquía, al decoro personal o a la moralidad social de los cargos públicos ha servido tradicionalmente para justificar la no vigencia del principio -por falta de coincidencia en el fundamento jurídico- en las situaciones de concurrencia normativa con los delitos de los funcionarios públicos¹⁴.

Los partidarios de la existencia de una diferencia cualitativa entre el Derecho penal y el Derecho disciplinario distinguen unos de otros en consideración a sus finalidades propias. Mientras los primeros se orientarían a la protección del orden jurídico general, esto es, a la defensa del orden social en los distintos ámbitos de la vida cotidiana (la seguridad del Estado, los derechos individuales de carácter fundamental, el orden socio-económico), las segundas se identificarían por su naturaleza «interna», mirando a la mejor organización del servicio público¹⁵ o a la motivación de los funcionarios con relación al cumplimiento de sus especiales deberes de obediencia y subordinación a la Administración Pública¹⁶. En

¹⁴Vid. V. Silva Melero, "El llamado derecho penal administrativo", *ADPCP*, Tomo XIII, 1960, p. 31; Zugaldía Espinar, *Fundamentos...*, cit., pp. 173 y 174; J. Prats Catalá / J. Company Sanus, "Régimen disciplinario laboral y funcional en las Administraciones Públicas", *CDJ*, IV, 1994, pp. 52 y 53. Una amplia exposición de criterios jurisprudenciales en J. González Pérez, "Independencia de la potestad sancionadora de la Jurisdicción penal", *RAP*, n° 47, 1965, pp. 130 y ss.; Sanz Gandásegui, *La potestad sancionatoria...*, cit., pp. 81 y ss.; J. M. Trayter Jiménez, "Sanción penal - sanción administrativa: el principio 'non bis in idem'", *PJ*, n° 22, 1991, p. 114.

¹⁵Vid. Antón Oneca, *Derecho penal*, 2ª ed. anotada y corregida por J. J. Hernández Guijarro / L. Benítez Merino, Madrid, 1986, p. 22; Quintero Olivares, "La autotutela...", cit., p. 285. En la jurisprudencia constitucional véanse las SSTC 2/81, de 30 de enero, y 81/83, de 10 de octubre.

¹⁶Vid. E. Cuello Calón, *Derecho penal*, Tomo I, Vol. I, 16ª ed. revisada y puesta al día por C. Camargo Hernández, Barcelona, 1971, p. 10; M. Polaino Navarrete, *Derecho penal. parte general*. Tomo I. *Fundamentos científicos del Derecho penal*, Barcelona, 1996, p. 170; con ciertos matices, G. Rodríguez Mourullo, *Derecho penal. Parte General*, Madrid, 1977, p. 30, señalando

la conocida fórmula de Maurach, el ilícito disciplinario se agotaría materialmente en una lesión de la lealtad debida al Estado por los funcionarios en quienes ha depositado su confianza, subsistiendo aun cuando no se debiese temer externa perturbación alguna de la autoridad del Estado o de la marcha de la Administración, en contraste con los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos, en los que el bien jurídico estaría constituido por la confianza pública en la pureza del ejercicio de la función¹¹⁷.

Esta postura es defendida por la mayoría de la doctrina administrativa, que define al Derecho disciplinario como una potestad de autotutela que la Administración ejercita sobre su propia organización, derivada del orden jurídico sectorial que regula las relaciones de aquélla con sus funcionarios¹¹⁸. En esta línea, se entiende que el ilícito disciplinario no define una forma atenuada -valorativamente menos grave- del delito, sino algo radicalmente distinto: la vulneración de las situaciones jurídicas de deber

que puede suceder que la ley penal al tipificar el hecho como delito y establecer la pena haya tenido ya en cuenta los especiales deberes que vinculan al sujeto con la Administración, impidiendo en tales casos la imposición de la pena la aplicación de la sanción disciplinaria. En este mismo sentido se expresa un sector de la doctrina y de la jurisprudencia constitucional alemanas, que desconoce al derecho disciplinario cualquier género de finalidad preventiva, asignándole el significado de medio de adiestramiento y mantenimiento de la disciplina. Amplias indicaciones sobre ello en Nieto García, "Problemas capitales...", cit., p. 72 y Benlloch Petit, "*El principio de non bis in idem...*", cit., p. 350, nota 86.

¹¹⁷ Cfr. R. Maurach, *Tratado de Derecho penal. Parte General*, Traducción y notas de Derecho español por J. Córdoba Roda, Tomo I, Barcelona, 1962, p. 100.

¹¹⁸ Expresando este punto de vista, señala C. García Oviedo que la falta disciplinaria genera una responsabilidad para el funcionario que incurre en ella, quebrantando el orden interno de la Administración, y que básicamente implica una inadaptación del funcionario al cumplimiento profesional dentro de las exigencias jurídicas relativas a la función, afectándose con ello la normal actividad de la organización administrativa (cfr. *Derecho administrativo*, 8ª ed. a cargo de E. Martínez Useros, Tomo II, Madrid, 1962, pp. 184 y ss.). En el mismo sentido, C. Montoro Puerto, *La infracción administrativa*, cit., p. 313; E. García de Enterría, "El problema jurídico de las sanciones administrativas", *REDA*, n° 10, 1976, p. 400. En realidad, como subraya Pérez Barrio, las tesis cualitativas viene implícitamente aceptadas por todos los autores que consideran a la relación de supremacía especial existente entre la Administración Pública y los funcionarios como el fundamento de la potestad disciplinaria (cfr. "La configuración constitucional...", cit., p. 223.) Entre la doctrina penalista, aceptan este planteamiento A. Ferrer Sama, *Comentarios al Código penal*, Tomo II, Murcia, 1947, p. 187; Polaino Navarrete, *Derecho penal. parte General*, Tomo I, cit., p. 171.

establecidas para salvaguardar la eficacia de la organización jerárquica de la Administración¹¹⁹.

Además del mencionado objetivo de carácter funcional, la jurisprudencia del Tribunal Supremo suele asignar al Derecho disciplinario un trasfondo ético, atribuyéndosele como finalidad preferente el mantenimiento de la pureza y del nivel moral del funcionariado. Así, la STS de 24 de octubre de 1984 afirma que “el Derecho disciplinario tiene un significado eminentemente ético, en cuanto su objetivo primordial, más que el reestablecimiento del orden social quebrantado, es la salvaguardia del prestigio y dignidad corporativa y garantizar la correcta y normal actuación de los funcionarios en la doble vertiente del eficiente funcionamiento del servicio que les está encomendado y de que su actividad como tales se desarrolle siempre en el marco que les fija la ley, y por ello en el derecho sancionador disciplinario predomina la valoración ética de la conducta subjetiva del funcionario, sobre los resultados de peligro o lesión de un bien jurídico determinado que con su actuación haya podido causar”¹²⁰.

¹¹⁹ García Oviedo define el Derecho disciplinario como el sector del Derecho administrativo en virtud del cual los órganos de la Administración pueden conminar, con determinadas sanciones, los quebrantamientos del deber de sumisión que fundamenta la relación jerárquica, garantizando la obediencia sin la que no serían posibles la propia noción de jerarquía ni la seguridad de los subordinados. Cfr. *Derecho administrativo*, Tomo II, cit., pp. 11 y ss. En términos similares, C. Montoro Puerto, *Régimen disciplinario en la ley de funcionarios civiles del Estado*, Madrid, 1965, p. 21; E. González Nieto, “Responsabilidad de los miembros y funcionarios de las entidades locales”, *REVL*, n° 79, pp. 13 y ss; Royo Vilanova, *Elementos de Derecho administrativo*, 20ª ed., Valladolid, 1966, p. 77; García de Enterría, “El problema jurídico...”, cit., p. 400. Así las cosas, argumentando sobre la “diferencia de raíz” que surge de considerar los específicos objetivos del Derecho disciplinario y del Derecho penal se ha llegado incluso a achacar a la tendencia de asimilar las sanciones disciplinarias a las penales cuantos males asolan a aquéllas y la razón de ser de la crisis del Derecho disciplinario. Cfr. González Mariñas, “Reflexiones...” cit., pp. 62-63; “Derecho penal y derecho disciplinario...”, cit., pp. 30 y 31.

¹²⁰ La STS de 15 de junio de 1984 señala: “la jurisdicción disciplinaria administrativa, estatuida con el designio de perfeccionar y sanear los servicios públicos, afecta de modo directo al prestigio y dignidad profesional del funcionario y a la integridad de sus derechos”. Estas declaraciones sobre el trasfondo moral de la potestad disciplinaria se reiteran en las SSTs de 8 de marzo de 1984, 15 de junio de 1984 y 8 de octubre de 1984. En la literatura, Prieto Sanchís, “La jurisprudencia constitucional...”, cit., p. 100: “la infracción administrativa es irrelevante desde el punto de vista ético, sin poner en peligro los valores fundamentales generalmente aceptados por la sociedad, lo que justificaría la opción legal de atribuir el conocimiento de determinadas conductas a la Administración”.

En realidad, esta línea de caracterización del Derecho disciplinario a través de su significado ético ya había sido empleada ya por Binding y, particularmente, por Luden, quien remitiéndose a la bien conocida distinción de Feuerbach entre infracciones jurídicas y legales asignaba las faltas disciplinarias a este último apartado, al dar por supuesto que no atentaban contra ningún derecho subjetivo y que, por consiguiente, nunca serían sancionables de no haber sido expresamente prohibidas por una norma. Así, si los delitos de los funcionarios serían *mala quia mala*, las faltas disciplinarias no pasarían de ser *mala quia prohibita*¹²¹. En Alemania, Jagusch ha llevado hasta sus últimas consecuencias todos estos planteamientos teóricos, concluyendo que el Derecho disciplinario es un “derecho de autor”, puesto que, antes que por la perturbación que el hecho produce en la vida social, se preocupa por la falta de rigor en el cumplimiento de los deberes profesionales, la rectitud y la dignidad de los funcionarios en todos los ámbitos de su vida, esto es, por la personalidad del autor-funcionario en su conjunto¹²².

¹²¹ Feuerbach, al aplicar esta clasificación al Derecho disciplinario, deducía la naturaleza jurídica de las infracciones disciplinarias del dato de que violaban derechos subjetivos del Estado, reconocidos en el contrato (privado) de empleo. En su opinión, la sanción disciplinaria, a diferencia de la pena, representaba un medio pedagógico, lo que explicaba su imposición no sólo por consecuencia de la infracción de deberes legales específicos, sino también de la de deberes éticos de carácter extrajurídico y, en último extremo, de realización de conductas genéricas de desobediencia o indignidad. Luden, en cambio, entenderá que se trata en todo caso de infracciones legales, en la medida en que el contrato es sólo el instrumento mediante el cual se otorga a una persona la condición de funcionario. De esta forma, la transgresión de los deberes funcionariales supondría una contradicción con la ley, que es donde realmente se halla regulado el estatuto de derechos y deberes del funcionario, y no con el derecho subjetivo reconocido en el contrato. Cfr. Nieto García, “Problemas capitales...”, cit., pp. 71, 72 y 78. Especialmente significativa sobre este extremo es la Sentencia del Tribunal Supremo de Prusia de 23 de diciembre de 1912, citada como paradigmática por la totalidad de los monografistas alemanes. A su tenor: “El procedimiento penal tienen por objeto castigar la ruptura del orden jurídico, de la que se ha hecho responsable un individuo por una violación de normas jurídicas expresas. El objeto del procedimiento disciplinario consiste, por el contrario, en mantener al funcionariado en su constitución externa e interna a una altura tal que, tanto en sus actos concretos como en su actitud genérica, responda a las exigencias impuestas por el interés público y el interés específico del cargo... En consecuencia, el fin del Derecho penal ordinario es el mantenimiento del orden jurídico, y el del derecho disciplinario la educación del funcionario con vistas a mantener su pureza y su eficacia”.

¹²² Vid. H. Jagusch, *Strafgesetzbuch*, I, 1953, p. 87. A la misma conclusión llega Maurach tras afirmar que en el Derecho disciplinario las infracciones interesan sólo como síntoma

B'. REVISIÓN Y CRÍTICA.

Muchas son las críticas que se han formulado contra las tesis cualitativas¹²³. En esencia, se les ha objetado su reducción de la función disciplinaria a un fenómeno exclusivamente privado y su falta de acomodación al derecho positivo vigente en los órdenes disciplinario y penal. Junto a ello asimismo se censura el empleo de parámetros éticos en la caracterización de una institución exclusivamente jurídica, como la potestad disciplinaria del Estado.

Parece claro que la privatización de la potestad disciplinaria, su concepción como una función interna, carente de trascendencia no se

de que el funcionario no es merecedor de confianza. Véanse asimismo los autores citados por Nieto García, "Problemas capitales...", cit., p. 79, nota 113. Siguiendo a Lindgen, indica este último autor que la más importante consecuencia práctica de esta concepción sería la no determinación de la sanción en proporción con el hecho, y ni siquiera con la culpabilidad del autor, sino en relación con la oportunidad administrativa, con la utilidad que para la Administración represente su posterior utilización (*op. cit.*, p. 79).

¹²³ *Vid.* con carácter general J. Cerezo Mir, *Curso de Derecho penal español. Parte General. I. Introducción*, 5ª ed., Madrid, 1996, pp. 56 y ss.; Octavio de Toledo, *La prevaricación...*, cit., pp. 295 y ss.; Suay Rincón, "Potestad disciplinaria", cit., p. 1355; Trayter Jiménez, *Manual de Derecho disciplinario...*, cit., pp. 60 y ss.; Castillo Blanco, *Función pública...*, cit., pp. 207 y ss.; Queralt Jiménez, *El principio non bis in idem*, cit., p. 34; Zornoza Pérez, *El sistema de infracciones...*, cit., pp. 35 y ss., 57 y ss.; Benlloch Petit, "El principio de non bis in idem...", cit., pp. 350 y 351, todos ellos con indicaciones. El problema de las semejanzas y diferencias entre ambos Derechos fue estudiado por el III Congreso de Derecho Comparado, celebrado en Londres en 1950, que adoptó los siguientes acuerdos: a) el Derecho penal y el Derecho disciplinario son de idéntica naturaleza. Son dos variedades del Derecho social de castigar que se ejercen en medios diferentes. Esta dualidad de funciones explica y justifica su existencia. b) Su común naturaleza se traduce, cada vez más marcadamente, bajo reserva de las adaptaciones necesarias, en una concepción concordante del delito y de la pena. El procedimiento disciplinario tiende a modelar sus principios sobre los de la instrucción común. Tal aproximación del Derecho disciplinario y del Derecho penal debe proseguirse. Importa particularmente que se instituyen serias garantías en beneficio de las personas sujetas al Derecho disciplinario, especialmente en el campo procesal. c) Pese a lo dicho, una asimilación integral de todos los detalles de organización técnica entre estas dos ramas del Derecho respectivo no parece ni posible ni deseable, debe continuar confiado el conocimiento de los asuntos disciplinarios a una autoridad distinta de las jurisdicciones penales; y hay que observar, en tesis general, que esta autoridad corresponde al Cuerpo interesado. d) No parece imponerse la necesidad de una codificación disciplinaria, que supondría mayores inconvenientes que ventajas. Corresponde más bien a cada colectividad la elaboración de su propia disciplina y su imposición por vía represiva, reservando una posibilidad de control judicial en previsión de posibles abusos. Cfr. *ADCPCP*, Tomo III, 1950, pp. 725 y ss.

compadece, en primer lugar, con la finalidad de servicio objetivo a los intereses generales que la Constitución (art. 103. 1) asigna a la totalidad de la actividad administrativa¹²⁴. Si la organización en que se integra el funcionariado público no es un fin en sí misma, sino sólo el medio para la consecución de un fin exógeno a ella -el servicio a los ciudadanos-, su tutela no podrá justificarse en términos “domésticos”, de modo aislado, sino a partir del objeto al que se orienta¹²⁵, un objeto que no permite trazar un límite jurídico entre los delitos de los funcionarios y las faltas disciplinarias que incomunique las segundas de los primeros, sino que, por contra, establece una relación de continuidad entre ellos¹²⁶. Resaltar la naturaleza pública de las sanciones disciplinarias y el carácter social, comunitario, del bien jurídico perseguido por el orden disciplinario de la Administración Pública impedirá, por lo tanto, sentar cualquier distinción material entre los ilícitos penales y disciplinarios¹²⁷.

¹²⁴ Inciden a estos efectos en la necesidad de referir el fundamento último de la potestad de autotutela administrativa al enunciado transcrito del artículo 103. 1 CE, así como a la necesidad de dar respuesta a las prestaciones ordenadas por la cláusula de Estado social del artículo 1. 1 CE, M. Ortells Ramos, “Aproximación al concepto de potestad jurisdiccional en la Constitución española”, *AFSUE*, n.º 3/1984-85, p. 448; Suay Rincón, “El derecho administrativo sancionador...”, cit., p. 207, nota 35; Garberí LLobregat, *La aplicación de los derechos...*, cit., pp. 56 y 56.

¹²⁵ Cfr. Octavio de Toledo y Ubieto, *La prevaricación...*, cit., pp. 283 y 284; Trayter Jiménez, *Manual de Derecho disciplinario...*, cit., p. 64; Queralt Jiménez, *El principio non bis in idem*, cit., p. 34.

¹²⁶ Cfr. Octavio de Toledo y Ubieto, *La prevaricación...*, cit., p. 284. Como indica Castillo Blanco (*Función pública...*, cit., p. 204, nota 89), cada día halla mayor predicamento la idea de que el Derecho disciplinario no tiene por base un poder destinado a “domesticar” al funcionario, puesto que si éste debe responder ante su superior jerárquico, también debe hacer valer -y de forma primordial- en sus actuaciones el valor del Estado social y de democrático de Derecho, consagrado en la Constitución. Sobre ello *Vid.* también L. Ortega Álvarez, *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*, Madrid, 1983, pp. 144 y ss. A la consolidación de este nuevo orden de ideas no es ajena la revisión del concepto de jerarquía administrativa y de su papel en las relaciones interorgánicas, vinculada a su vez a la constatación de que la técnica jerárquica no es aplicable ni a las relaciones de la Administración con los ciudadanos y de la Administración estatal con los restantes entes territoriales, por una parte, ni a la explicación de la posición de los órganos de asesoramiento o cuasijurisdiccionales o de aquéllos que desempeñan funciones puramente técnicas, por otra. *Vid.* Santamaría Pastor, *Fundamentos de Derecho administrativo I*, cit., pp. 942 y ss., con referencias bibliográficas.

¹²⁷ No es correcto, como señala Casabó Ruiz, personificar las relaciones públicas. El que los sujetos a la disciplina pública cumplan con sus obligaciones no es materia privativa

En resumidas cuentas, no es posible dissociar la garantía de una más eficiente organización del servicio de la protección del orden jurídico general. Al igual que los restantes bienes jurídicos, la organización administrativa se halla subsumida en aquél, y su defensa es sólo una parte de la que recibe él mismo¹²⁸. Con la mirada puesta en el papel que le corresponde a la Administración en la configuración del orden social contemporáneo no resulta descabellado pensar, incluso, que aquél puede verse

del Estado, a modo de empresario, sino de toda la sociedad. Cuando el Estado actúa en ejercicio de la disciplina, no lo hace tan sólo en virtud de un poder específico, análogo al de un *pater familias* o al del presidente de una sociedad recreativa, sino en salvaguarda y defensa de un indudable interés social. No pueden contraponerse en este punto -concluye- los derechos de soberanía y los de supremacía especial. Cfr. Casabó Ruiz, en Córdoba Roda / Rodríguez Mourullo / del Toro Marzal / Casabó Ruiz, *Comentarios al Código penal*, Tomo II, cit., p. 92. En el mismo sentido, Octavio de Toledo y Ubieta, *La prevaricación...*, cit., p. 284; Suay Rincón, "Potestad disciplinaria", cit., p. 1355. Complementando tales ideas, Trayter indica que desde el prisma de la profunda concepción social del Estado que el Texto Fundamental proclama como uno de los valores superiores del ordenamiento y de la indistinción sustantiva de las manifestaciones del orden punitivo del Estado establecida por el artículo 25. 1 CE no es de recibo considerar el Derecho disciplinario de los funcionarios públicos como un «derecho privado», que únicamente interesa a las relaciones internas de la institución administrativa, para oponerlo a un Derecho público -el penal- que protege los intereses generales de la sociedad. "Nadie puede mantener, actualmente, que la comisión de una conducta ilícita por parte de un funcionario no afecte, en modo alguno, a los ciudadanos, a la sociedad... Si un individuo de color desea matricularse en la Universidad y cumpliendo los requisitos legales establecidos le es denegado su derecho, siendo objeto de una discriminación por razón de raza de la que es sujeto activo un funcionario ¿está afectando esa situación a la esfera externa de la Administración Pública? ¿Y si un funcionario adopta "acuerdos manifiestamente ilegales que causen perjuicios graves... a los ciudadanos", infringe o no esa actitud el orden jurídico general? ¿Perturba o no la autoridad del Estado o la buena marcha de la Administración?" (*Manual de Derecho disciplinario...*, pp. 61 y 62). En la misma línea, Castillo Blanco escribe que la CE sienta en su artículo 106. 1 la necesidad de que la Administración Pública sirva a los fines que la justifican. Por tanto no existirá un fin abstracto para su actividad -interés general o interés público-, sino que existen fines concretos que debe cumplir. Aplicado ello al campo disciplinario de los funcionarios públicos, no bastaría la mera invocación a un "deber" que remitiría a connotaciones "feudo-vasalláticas", sino que sería preciso, más bien, hablar de la infracción de un bien jurídico: la organización administrativa u otros -"hoy el supremo bien jurídico sería el del Estado social y democrático de Derecho con las connotaciones que ello implica"- y con ello causalizar la potestad disciplinaria de la Administración Pública. Cfr. *Función pública...*, cit., p. 207.

¹²⁸ Vid. J. Cerezo Mir, "Límites entre Derecho penal y Derecho administrativo", *ADPCP*, Tomo XXVII, Mayo-Agosto 1975, p. 171; *Curso de Derecho penal español. Parte General I. Introducción*, cit., p. 56. En definitiva, como señalara H. Mattes, "la contraposición entre

perjudicado más gravemente por la ineptitud de un funcionario que por una infracción protagonizada por un ciudadano¹²⁹.

En otro sentido, las habituales alusiones en las descripciones típicas de las faltas a los administrados o al público en general sirven para expresar gráficamente la marcada trascendencia social que el Derecho positivo reconoce al régimen disciplinario de los funcionarios públicos¹³⁰. La adopción por un funcionario de “acuerdos manifiestamente ilegales que causen perjuicios graves... a los ciudadanos” (art. 6 d RDFCE), la “incorrección con el público...” (art. 8 c RDFCE), la “grave falta de desconsideración con los administrados” (art. 7. 1 RDFCE), la “grave perturbación del servicio público” (art. 7. 1 n RDFCE)... incluyen a las claras como elemento típico la perturbación de la vertiente externa de la actividad administrativa¹³¹. Paralelamente, moviéndonos ya en el terreno penal, la propuesta de Maurach resulta contradicha, además de por la previsión de delitos de funcionarios en los que el “daño o entorpecimiento del servicio” representa meramente una modalidad agravada -que es lo que sucede, por ejemplo, con la figura del artículo 417

Administración y orden jurídico es totalmente equivocada, porque también la Administración pertenece al orden jurídico y está jurídicamente regulada; de ahí que los ataques a los llamados intereses administrativos sean siempre ataques contra el orden jurídico”, ataques contra el orden general (*Untersuchungen zur Lehre von der Ordnungswidrigkeiten. I. Geschichte und Rechtsvergleichung*, Berlin, 1977, p. 156); y de ahí también que no parezca posible, ni esté justificado, establecer diferencia alguna en el régimen jurídico básico, en los principios y normas fundamentales aplicables a los distintos tipos de sanciones que el ordenamiento establece para su tutela. Tras la tercera edición de su obra, E. García de Enterría / T.-R. Fernández mantienen operativa la distinción entre sanciones de “autoprotección” y de “protección del orden general” únicamente en el plano didáctico, propugnando su desaparición en cuanto justificativa de un régimen jurídico reductor de derechos fundamentales (*Vid. Curso de Derecho administrativo*, Tomo II, 3ª ed., Madrid, 1991, pp. 168 y 169). Críticos asimismo respecto a la distinción material entre unas y otras sanciones, Sanz Gandásegui, *La potestad sancionatoria...*, cit., pp. 84 y 85; Prieto Sanchís, “La jurisprudencia constitucional...” cit., pp. 101 y 102; Zornoza Pérez, *El sistema de infracciones...*, cit., pp. 37 y 38.

¹²⁹ Vid. Nieto García, “Problemas capitales...” cit., p. 77.

¹³⁰ Vid. Trayter Jiménez, *Manual de Derecho disciplinario...*, cit., p. 62.

¹³¹ Vid. Trayter Jiménez, *Manual de Derecho disciplinario...*, cit., pp. 61 y 62. Ese conjunto de ilícitos disciplinarios pone de relieve, por sí solo, “la profunda dimensión social que el Derecho positivo otorga al régimen disciplinario, situando en un difícil brete a todos aquellos autores que, partiendo de una concepción doméstica de las normas disciplinarias, justifican hoy en día la inaplicación de los grandes principios que rigen el orden penal” (*op. loc. cit.*).

CP¹³²-, por el establecimiento para todas las infracciones reservadas a los funcionarios públicos de penas de inhabilitación y suspensión, cuya razón de ser estriba en la transgresión de la disciplina del servicio¹³³.

No cabe dejar de apuntar, finalmente, que la distinción entre *mala quia mala* y *mala quia prohibita* carece en la actualidad de todo sentido¹³⁴. Y ello no sólo teniendo en cuenta la inseguridad jurídica que trae consigo el recurso a referencias éticas o morales a la hora de definir las infracciones disciplinarias, denunciada por Nieto García y Castillo Blanco¹³⁵, sino

¹³² Bajo la vigencia del Código penal de 1973 Casabó Ruiz utilizaba básicamente dos argumentos para rechazar la existencia de diferencias sustantivas entre la infracción disciplinaria y la penal en el plano legislativo. Por una parte, la existencia de delitos de funcionarios en los que podía no causarse daño a la causa pública considerada en su faceta externa (arts. 373, 374, 375, 376.II, último inciso; 390, 397, final, 404), argumento válido y plenamente utilizable en línea de interpretación a la luz de la regulación positiva sentada por el Código penal de 1995. En segundo lugar, la consideración de la falta contenida en el artículo 569. 21 CPTR73 -destinada a “los subordinados en el orden civil que faltaren levemente al respeto y sumisión debidos a sus superiores”- como una mera infracción de disciplina. Este precepto fue suprimido por LO 3/1989, de 21 de junio, de modificación del Libro II del Código penal. Expresamente en contra de la tesis de Maurach, asimismo, Cerezo Mir, *Curso de Derecho penal español. Parte General I. Introducción*, cit., p. 56.

¹³³ La exclusión de las penas privativas de derechos, en atención al convencimiento de que la realización de la política criminal a través de la pena es perfectamente compatible con el reconocimiento de que es la Administración la que debe valorar la significación y consecuencias profesionales que tiene la comisión de aquel delito de funcionario, salvaría el problema del respeto al principio *non bis in idem*, al atribuir a dos poderes diferentes la decisión sobre las consecuencias distintas de un mismo hecho. En el vigente Código penal, sin embargo, esas dos consecuencias son decididas por la ley penal, lo que hace extraordinariamente difícil que la ulterior reacción sancionadora de la Administración no sea vista como una tajante violación de aquél. Algo similar ocurre con las penas “profesionales” cuando son accesorias de otras. V.gr. si un funcionario realiza en el ejercicio de su cargo un delito penado con prisión de hasta diez años podrá ser sancionado además con las accesorias de suspensión de empleo o cargo público o inhabilitación especial para empleo o cargo público en las condiciones estatuidas por el artículo 56 CP. *Vid.* Casabó Ruiz, en Córdoba Roda / Rodríguez Mourullo / del Toro Marzal / Casabó Ruiz, *Comentarios al Código penal*, Tomo II, cit. p. 95; Quintero Olivares, “la autotutela...”, cit., p. 292. De la misma opinión, F. Muñoz Conde / M. García Arán, *Parte General*, 5ª ed., Valencia, 2002, p. 108; J. A. Sainz Cantero, *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 3ª ed., Barcelona, 1990, pp. 55 y 56; Zugaldía Espinar, *Fundamentos...*, cit., pp. 176 y 177; J. L. González Cussac, *El delito de prevaricación de funcionario público*, Valencia, 1994, p. 43.

¹³⁴ *Vid.* Trayter Jiménez, *Manual de Derecho disciplinario...*, cit., p. 63.

¹³⁵ *Vid.* Nieto García, “Problemas capitales...”, cit., p. 74; Castillo Blanco, *Función pública...*, cit., p. 220.

también porque dicha clasificación no se cohonesta con la conveniencia político-criminal de poner en relación en todo caso los ilícitos disciplinarios con un bien jurídico que, además de representar por sí mismo un freno al ejercicio del *ius puniendi* estatal, obligase a hacer operativo, con las modulaciones imprescindibles para salvaguardar la eficacia de la actuación administrativa, el compendio de principios acuñados y desarrollados en el seno de este último¹³⁶. El Derecho positivo avala nuevamente la bondad de esta tesis, al exigir que las faltas disciplinarias afecten a algún bien jurídico, esto es, no se agoten en la nuda infracción de los deberes y obligaciones que recaen sobre el funcionario¹³⁷.

No pueden pasarse por alto en este sentido dos características esenciales de la normativa disciplinaria en vigor. La primera de ellas es la previsión en las normativas penal y disciplinaria de ilícitos descritos en términos idénticos. Ejemplos de ello los ofrecen los artículos 511. 3 del CP y 6 b del RDFCE; 417 del CP y 7. 1 del RDFCE; y 404 del CP y 6 b del RDFCE¹³⁸. La segunda característica es que la vulneración de deberes como los de decoro, honestidad, dignidad u honorabilidad, que la mejor

¹³⁶ A Octavio de Toledo se debe una acabada construcción sobre el contenido de injusto de los ilícitos disciplinarios. A su juicio, su puesta en relación con un bien jurídico traería consigo la imposibilidad, tanto de sancionar a los funcionarios que, infringiendo la letra de la ley, no llegasen a agredirlo, como de tutelar intereses meramente morales, así como la difuminación de las tradicionales diferencias entre el Derecho disciplinario y el Derecho penal. Este autor puntualiza, no obstante, que la presencia de un bien jurídico en el trasfondo de las faltas debe acompañarse de una correcta técnica de tipificación, que permita identificarlas como infracciones de lesión o de peligro concreto o abstracto, pues de otro modo, a través de su configuración de faltas de peligro presunto, no alcanzarían a distinguirse, de nuevo, de las meras transgresiones de deberes formales. Cfr. Octavio de Toledo y Ubieto, *La prevaricación...*, cit., pp. 293 y 294. Comparten sus reflexiones *in totum* Trayter Jiménez, *Manual de Derecho disciplinario...*, cit., pp. 66 y 67; y Castillo Blanco, *Función pública...*, cit., pp. 206 y 207.

¹³⁷ Vid. Trayter Jiménez, *Manual de Derecho disciplinario...*, cit., pp. 65 y 66; Pérez Barrio, "La nueva configuración..." , cit., p. 314. Sobre la vigencia del principio de ofensividad en las sanciones administrativas en general, Suay Rincón, *Sanciones administrativas*, cit., pp. 85 y ss.

¹³⁸ Trayter Jiménez recuerda además cómo el artículo 27. 3 b LOFCSE recoge como falta de carácter muy grave "cualquier conducta constitutiva de delito doloso". Para Octavio de Toledo y Pérez Barrio, en cambio, la verificación de las situaciones normativas de doble responsabilidad por la misma conducta impide decir diferencia cuantitativa alguna, sino que denota que para el legislador existen dos órdenes cualitativamente distintos de ilicitudes que admiten la acumulación de sanciones sobre un mismo hecho. Cfr. Octavio de Toledo, *La prevaricación...*, cit., p. 290; Pérez Barrio, "La nueva configuración..." , cit., p. 223.

doctrina administrativista cataloga entre los deberes a respetar y cumplir por los funcionarios públicos no lleva acarreada responsabilidad disciplinaria alguna, toda vez que el RDFCE deja sin sancionar un importante número de infracciones puramente deontológicas, entre ellas la falta de decoro del artículo. 7. h del Decreto de 16 de agosto de 1969 o la falta de probidad moral del artículo 88 LFCE¹³⁹. La pervivencia *ab interno* del ordenamiento jurídico de deberes morales a cargo del funcionario y la prácticamente nula presencia de alusiones a valores de esa misma naturaleza en la legislación disciplinaria componen, así, un cuadro del que debe deducirse, tal y como indica Trayter Jiménez, que la mera transgresión de aquéllos es insuficiente en orden a activar el ejercicio de la potestad disciplinaria¹⁴⁰.

En conclusión, tanto los delitos de funcionarios como las faltas disciplinarias se dirigen a la protección de bienes jurídicos, careciendo de todo fundamento cualquier intento de aducir la existencia de distinciones cualitativas entre ellos para circunscribir el concepto de ilícito administrativo-disciplinario a los hechos que lesionen intereses propios, exclusivos, de la Administración Pública. En ese dato hallará carta de naturaleza la “unidad funcional” del fenómeno sancionador, pues si a las infracciones no penales no puede imputárseles un contenido de injusto sustancialmente diverso del que les corresponde a los delitos¹⁴¹, la teórica diferencia entre el Derecho disciplinario y el penal termina por transformarse en el necesario punto de convergencia que permitirá poner en

¹³⁹ En este sentido, Trayter Jiménez, *Manual de Derecho disciplinario...*, cit., p. 66, tomando con referencia las opiniones de Entrena Cuesta y Parada Vázquez sobre el contenido de la relación de servicios de los funcionarios públicos. R. Entrena Cuesta incluye entre los deberes morales de los funcionarios el de decoro, “en virtud del cual habrán de observar las normas sociales y éticas de convivencia” (*Curso de Derecho administrativo*, Tomo I, 5ª ed., Madrid, 1974, p. 439). R. Parada Vázquez, por su parte, afirma subsistente pero “en clara regresión” el deber de actuar con dignidad y honorabilidad, fundado en la consideración de que el funcionario representa al Estado y tradicionalmente fiscalizado a través de los derogados Tribunales de Honor (*Derecho administrativo II. Organización y empleo público*, 6ª ed., Madrid, 1992, p. 451). Sobre el deber de actuación con “máximo decoro”, asimismo, Santamaría Pastor, *Apuntes de Derecho administrativo*, cit., p. 115.

¹⁴⁰ *Vid.* Trayter Jiménez, *Manual de Derecho disciplinario...*, cit., p. 66.

¹⁴¹ Cfr. Cerezo Mir, *Curso de Derecho penal español. Parte General I. Introducción*, cit., pp. 56 y 57; Octavio de Toledo y Ubieto, *La prevaricación...*, cit., pp. 276, 277 y 288; Suay Rincón, *Sanciones administrativas*, cit., pp. 68 y 69; Trayter Jiménez, *Manual de Derecho disciplinario...*, cit., pp. 63 y 68; Zornoza Pérez, *El sistema de infracciones...*, cit., pp. 41 y 42; R. Rebollo Vargas, *La revelación de secretos e informaciones por funcionario público*, Barcelona, 1996, pp. 212 y 213.

comunicación ambos sectores del ordenamiento jurídico¹⁴². Aceptadas tales premisas, el problema se trasladará ahora al plano de la determinación de los bienes jurídicos en juego en una y otra regulación. El mismo bien jurídico podría recibir tutela a través de técnicas administrativas o penales, tal y como señala la STC de 8 de junio de 1981, lo que impedirá justificar la inaplicación del principio *non bis in idem*¹⁴³. Pero podría también apreciarse la existencia de una distinción cuantitativa o aun cualitativa entre ellos, y en ese caso deberá entrar a valorarse la relación de progresión o heterogeneidad en que se encuentren en sentido conceptual¹⁴⁴.

4. EL INSTITUTO DE LAS RELACIONES DE SUJECCIÓN ESPECIAL EN EL FUNDAMENTO DE LA RESTRICTIVA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO *NON BIS IN IDEM* A LAS RELACIONES CONCURSALES ENTRE EL DERECHO PENAL Y EL DERECHO DISCIPLINARIO DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS.

A. INTRODUCCIÓN.

Si la no coincidencia de fundamento legitima para la doctrina y jurisprudencia tradicionales el doble castigo, penal y disciplinario, la no

¹⁴² Vid. Octavio de Toledo y Ubieto, *La prevaricación...*, cit., pp. 277 y 278; Trayter Jiménez, *Manual de Derecho disciplinario...*, cit., pp. 64 y 65; Zornoza Pérez, *El sistema de infracciones...*, cit., p. 41; Rebollo Vargas, *La revelación de secretos...*, cit., pp. 212 y 213.

¹⁴³ De esta opinión R. Rebollo Vargas, *La revelación de secretos...*, cit., p. 216, en alusión a la hipótesis de revelación de secretos e informaciones por funcionario público; Cerezo Mir, *Curso de Derecho penal español. Parte General I. Introducción*, cit., pp. 56 y 57.

¹⁴⁴ Por la primera opción, J. M^a Stampa Braun, *Introducción a la Ciencia del Derecho penal español*, p. 53, a cuyo entender lo ilícito disciplinario devendría penal cuando no se hubiese lesionado sólo el interés del servicio público, sino que se hubiesen violado, además, las normas esenciales de la institución, se hubiese puesto en peligro su existencia, la permanencia de su carácter y la finalidad de su organización. En términos similares, para Octavio de Toledo y Ubieto (*La prevaricación...*, cit., pp. 267 y ss.) el bien jurídico en la infracción disciplinaria sería la organización administrativa y en los delitos de los funcionarios el servicio que la sociedad tiene derecho a exigir a la Administración. Siguen a Octavio de Toledo, Pérez Barrio, "La nueva configuración...", cit., p. 225; Quintana López, "El principio *non bis in idem*...", cit., 594; Álvarez García, *El delito de desobediencia...*, cit., p. 216; Suay Rincón, *Sanciones administrativas*, cit., p. 68; García Arán, *La prevaricación judicial*, cit., p. 27; Trayter Jiménez, *Manual de Derecho disciplinario...*, cit., p. 67. Opta por la segunda interpretación, P. González Mariñas, "Reflexiones sobre el derecho disciplinario: delimitación de la llamada 'falta de probidad'", *DA*, n^o 150, noviembre-diciembre de 1972, pp. 61 y 62.

vigencia del principio *non bis in idem* ha sido empleada a su vez como argumento material con el que rebatir las interpretaciones que han tratado de aproximar el Derecho disciplinario al penal, defendidas por autores como Seyfel, Hauriou o Presutti¹⁴⁵. Por esta vía, la tesis de la diferenciación cualitativa entre los delitos y las faltas disciplinarias alcanza una virtualidad que se extiende más allá de la explicación de la exclusión del *non bis in idem* por inexistencia de uno de sus presupuestos esenciales, para implicarse ya, como ha visto claramente Zugaldía Espinar¹⁴⁶, con la concepción de aquél como un derecho fundamental sometido a restricciones en el terreno de las relaciones de sujeción especial. La compatibilidad de sanciones aparecerá ahora como el precipitado lógico de ese menoscabo de las garantías previstas para el ordenamiento punitivo del Estado en general que se hace efectivo cuando se entra a enjuiciar el incumplimiento de normas disciplinarias¹⁴⁷.

En esta segunda línea de argumentación, el estudio de la posible justificación de la quiebra del *non bis in idem* no pasará, entonces, por comparar los respectivos contenidos de injusto de los delitos de funcionarios y de las faltas disciplinarias, sino por dar por buena -como ya se ha hecho en este trabajo- su articulación como derecho subjetivo fundamental asociado en su fundamento al derecho a la tipicidad en materia sancionadora y, por lo tanto, sujeto a las limitaciones técnicas acusadas por éste último. Hay que recordar a este respecto que en el ámbito específico de las relaciones entre el Derecho penal y el Derecho disciplinario el *non bis in idem* se concreta en la prohibición del uso de un mismo presupuesto -un sustrato material valorado, el injusto- para aplicar una sanción penal y otra disciplinaria, y ello no significa otra cosa que la vulneración del principio de tipicidad de la sanción. Consagrada la plena vi-

¹⁴⁵ Cfr. Casabó Ruiz, en Córdoba Roda / Rodríguez Mourullo / del Toro Marzal / Casabó Ruiz, *Comentarios al Código penal*, Tomo II, cit., p. 93, nota 74, recogiendo las opiniones de autores como Laband, Romano, Rasponi y Baumann. En el mismo sentido, Montoro Puerto, *La infracción administrativa...*, cit., pp. 317 y ss., citando en apoyo de su postura las SSTs de 21 de noviembre de 1958, 30 de octubre de 1945, 15 de febrero de 1946, 2 de julio de 1947 y 5 de marzo de 1955; García-Trevijano Fos, *Tratado de Derecho administrativo*, Tomo III, Vol. II, cit., p. 966.

¹⁴⁶ Vid. Zugaldía Espinar, *Fundamentos...*, cit., p. 173.

¹⁴⁷ Cfr. Parada Vázquez, "Evolución y constitucionalización...", cit., p. 26; Trayter Jiménez, *Manual de Derecho disciplinario...*, cit., p. 89; Zugaldía Espinar, *op. loc. cit.*

gencia de éste en el Código penal, la falta de determinación de la sanción disciplinaria, el arbitrio absoluto del órgano administrativo legalmente encargado de su imposición, la indefinición en que quedan los presupuestos típicos para modularla en los casos en que se le atribuya a aquél un amplio margen de discrecionalidad para elegirla..., podrían componer en este orden de cosas los fundamentos teóricos para la eventual derogación de su vigencia. El déficit que pueda experimentar dicha máxima en el ámbito del Derecho disciplinario podrá valer como argumento con el que apoyar la restricciones sufridas, a su vez, por su corolario lógico, el *non bis in idem*. En las páginas que siguen se analizan, pues, las modulaciones sufridas por el principio de tipicidad de las sanciones disciplinarias. Con carácter introductorio, se examinarán las técnicas de tipificación características de las infracciones de dicha clase.

B. LOS CRITERIOS DE TIPIFICACIÓN DE LAS FALTAS DISCIPLINARIAS. CARACTERIZACIÓN TÉCNICA.

A partir de las aportaciones teóricas de O. Mayer, Jellinek y Romano, suele admitirse, casi sin excepción, que el Derecho disciplinario representa un ordenamiento sancionador independiente basado en la relación de supremacía especial del Estado sobre sus funcionarios¹⁴⁸. Según una asimismo consolidada línea doctrinal y jurisprudencial, sin embargo,

¹⁴⁸ Tres han sido las elaboraciones teóricas formuladas para fundamentar dogmáticamente el Derecho disciplinario de los funcionarios públicos. La tesis “penalista”, debida a Stock, no ha podido resistir las críticas de autores como Behmke y Nieto García. En virtud de la tesis “civilista”, la segunda en el tiempo, Laband asimilará la relación existente entre la Administración y sus funcionarios a los vínculos contractuales. Si bien su consideración legal como una relación estatutaria -en el caso español, en el propio artículo 103. 3 de la Constitución- impide su aceptación siquiera como hipótesis de trabajo, constituirá, sin embargo, el punto de partida para la concepción que, andando el tiempo, terminará imponiéndose sin paliativos: la “administrativista”, elaborada por O. Mayer y desarrollada por Jellinek y Romano. Dicha construcción introdujo una serie de correctivos a la teoría de Laband, al objeto de desposeerla de los elementos que le permitían a aquél configurar la relación de empleo público como una relación contractual o privatista. O. Mayer identificará el fundamento de la sanción disciplinaria en la relación de servicios existente entre la Administración y los funcionarios, y su fin en el perfeccionamiento del servicio. Completando su pensamiento, Jellinek subrayará que el fundamento del poder disciplinario no estriba en la soberanía del Estado como sucede, en cambio, con las restantes potestades sancionadoras, sino en el contrato de servicio, en el que se plasma una relación especial de subordinación. En virtud de él, la persona física accede a la función pública y adquiere el derecho a

la existencia de una relación especial de sujeción lleva anudada una atenuación de las exigencias del principio de tipicidad penal en la esfera disciplinaria¹⁴⁹, legalmente concretada en la habitual presencia de descripciones abiertas y de cláusulas de extensión analógica, así como en la previsión de infracciones deontológicas, que impedirían identificar con seguridad las conductas prohibidas¹⁵⁰.

hacer efectivas pretensiones jurídicas. Romano, tras afirmar que la sanción disciplinaria no representa un acto de jurisdicción, sino de administración, concluirá que la relación disciplinaria se muestra accesoria de otra principal, que es la constituida por la relación de supremacía en que se sitúa la Administración con relación a algunos de sus súbditos. *Vid.* las exposiciones de García-Trevijano Fos, *Tratado de Derecho administrativo*, Tomo III, Vol. II, cit., pp. 966 y ss.; Pérez Barrio, “La nueva configuración...”, cit., pp. 216 y ss.; Landi, “Disciplina”, cit., pp. 20 y ss.; Suay Rincón, “Potestad disciplinaria”, cit., pp. 1322 y ss., todos ellos con ulteriores referencias bibliográficas. La recepción en el Derecho español de la teoría administrativista traerá como resultados el entendimiento del Derecho disciplinario como un Derecho interno de la Administración Pública y la aceptación generalizada de que las faltas son simplemente todas aquellas acciones y omisiones que contradicen los deberes y obligaciones que dan contenido a la relación de servicios del funcionario. Cfr. García-Trevijano Fos, *Tratado de Derecho administrativo*, Tomo III, Vol. II, cit., pp. 964 y 970; Entrena Cuesta, *Curso de Derecho administrativo*, Tomo I, cit., pp. 446 y ss.; Santamaría Pastor, *Apuntes de Derecho administrativo*, cit., pp. 137 y ss.; F. Garrido Falla, *Tratado de Derecho administrativo*, Vol. II, cit., p. 188; García de Enterría / Fernández, *Curso de Derecho administrativo*, Tomo II, 8ª ed., cit., p. 170.

¹⁴⁹Cfr. SSTC 50/1983, de 14 de junio, 2/87, de 2 de febrero, 69/89, de 20 de abril, y 219/89, de 21 de diciembre. Asimismo, SSTS de 3 de febrero de 1969, 23 de enero de 1978, 26 de diciembre de 1979, 8 de julio de 1981, 18 de febrero de 1985. Entre la doctrina, Antón Oneca, *Derecho penal*, cit., p. 22: “si en aquel domina el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, y las infracciones, por la mayor importancia de la sanción, están cuidadosamente definidas, en el derecho disciplinario no suele haber tipos legales dotados de especiales conminaciones”; en el mismo sentido, Montoro Puerto, *La infracción administrativa...*, cit., p. 316; mismo autor, “Implicaciones del principio de tipicidad de infracciones administrativas en la legislación de las Comunidades Autónomas”, *AA*, n° 39, 1986-2, p. 2208; García Trevijano-Fos, *Tratado de Derecho administrativo*, Tomo III, Vol. II, cit., p. 966; Entrena Cuesta, *Curso de Derecho administrativo*, Tomo I, cit., p. 447, restringiendo la relajación al principio *nullum crimen sine lege*; P. González Mariñas, “Derecho penal y Derecho disciplinario”, *DA*, n° 155, p. 32; Casabó Ruiz, en Córdoba Roda / Rodríguez Mourullo / del Toro Marzal / Casabó Ruiz, *Comentarios al Código penal*, Tomo II, cit., p. 93, nota 74, para quien tanto las lagunas de tipicidad como la quiebra de la reserva de ley estatuida por el artículo 603 CPTR73, que permitía el establecimiento de penas disciplinarias en simples disposiciones administrativas siempre que no sobrepasasen en magnitud a las penas propias de las faltas penales y salvo que una ley formal determinase otra cosa, respondían a la escasa gravedad de las sanciones disciplinarias; R. Parada Vázquez, en Lozano Cutanda, *La extinción...*, cit., p. 11.

¹⁵⁰*Vid.* Suay Rincón, “Potestad disciplinaria”, cit., p. 1330; Trayter Jiménez, *Manual de Derecho disciplinario...*, cit., p. 154; Lozano Cutanda, *La extinción...*, cit., p. 44; así como la STS

Con relación a la vigencia de los principios del Derecho sancionador y, en particular, del de tipicidad, en el marco de las relaciones especiales de sujeción hay que volver a subrayar lo ya indicado en páginas anteriores. Ni es posible hacer descender de ese concepto, sin más precisiones, consecuencia jurídica alguna, ni puede explicarse en función de él otra cosa que no sea el fundamento originario de la potestad disciplinaria de la Administración Pública. Con la mejor doctrina entendemos que toda posible flexibilización en su eficacia podrá justificarse únicamente en motivos de orden técnico, y no podrá extenderse más allá de lo rigurosamente necesario para proporcionar un mayor dinamismo a las gestiones burocráticas y administrativas en general de servicio a la ciudadanía¹⁵¹.

Conviene indicar a este respecto que si el ilícito disciplinario se sustancia, en términos formales, en el incumplimiento de una obligación jurídica -directamente relacionada con un bien jurídico-, no resultará razonable pretender que el legislador describa exhaustivamente todas y cada una de las situaciones de deber que incumben al funcionario en tanto parte -junto con la Administración Pública- en una verdadera relación de tracto continuado¹⁵². Si la ley previese la totalidad de las infracciones que teóricamente cabría inscribir en el marco de aquélla se provocaría su anquilosamiento a corto o medio plazo, esto es, se atrofiaría su capacidad para recoger los comportamientos más graves perpetrados en el contexto de la organización burocrática pública, lo que terminaría por forzar la desnaturalización de la finalidad con que habían sido tipificadas determinadas faltas y la pérdida de significación práctica del principio de tipicidad¹⁵³. En esta tesitura, al intérprete se le ofrecen dos posibilidades: o se entiende que los deberes que no alcanzan el rango de “típicos” no reciben la protección del Derecho disciplinario, o se admite una cierta

de 28 de mayo de 1987, comentada por A. Cano Mata, *REDA*, n° 56, octubre-diciembre de 1987, pp. 573 y ss.

¹⁵¹ Así, Gallego Anabitarte, “Las relaciones especiales de sujeción...”, cit., p. 50; Baño León, *Los límites constitucionales...*, cit., p. 127; Suay Rincón, “Potestad disciplinaria”, cit., p. 1333; López Benítez, *Naturaleza y presupuestos constitucionales...*, cit., pp. 324 y ss.; Trayter Jiménez, *Manual de Derecho disciplinario...*, cit., p. 154; García Macho, *Las relaciones de especial sujeción...*, cit., p. 210.

¹⁵² Cfr. Suay Rincón, “Potestad disciplinaria”, cit., p. 1333; López Benítez, *Naturaleza y presupuestos...*, cit., pp. 327 y 328, nota 72; Trayter Jiménez, *Manual de Derecho disciplinario...*, cit., p. 159, nota 192.

¹⁵³ Cfr. Trayter Jiménez, *Manual de Derecho disciplinario...*, cit., p. 145.

modulación del principio de legalidad, abriéndose la represión disciplinaria a la transgresión de deberes descritos reglamentariamente o, incluso, en órdenes del servicio¹⁵⁴. Con la comprobación de que el ordenamiento jurídico español otorga carta de naturaleza a la segunda de las opciones no se zanja, sin embargo, el debate sobre esta materia. El atemperamiento legal del principio de tipicidad marca el punto de partida de una tarea ciertamente compleja: la de ponderar la minoración de las exigencias de artículo 25. 1 CE con el reconocimiento del principio de legalidad en materia sancionadora -a través de ese mismo precepto- y con su rasgo de norma jurídica inmediatamente aplicable -arts. 9. 1 y 53. 1 CE-. En esta labor deberá echarse mano, fundamentalmente, de las aportaciones de la doctrina científica, teniendo en cuenta la escasez de las resoluciones jurisprudenciales que proclaman la vulneración del principio de tipicidad por parte de ciertos preceptos del Derecho positivo¹⁵⁵. Debe dejarse constancia, con todo, de la mayor atención dispensada en los últimos tiempos a esta cuestión tanto por el Tribunal Supremo -SSTS de 13 de mayo de 1986, de 10 de noviembre de 1986, de 22 de diciembre de 1986 y de 5 de diciembre de 1990- como por el Tribunal Constitucional¹⁵⁶. Este último, en su sentencia 219/1989, de 21 de diciembre, indica que el requisito de la *lex certa* “afecta, por un lado, a la tipificación de las infracciones, por otro, a la definición y, en su caso, graduación a escala de las sanciones imponibles y, como es lógico, a la correlación necesaria entre actos o conductas ilícitas tipificadas y las sanciones consiguientes a las mismas, de manera que el conjunto de las normas punitivas aplicables permita predecir con suficiente grado de certeza el tipo y el grado de sanción determinado del que pueda hacerse merecedor quien cometa una o más infracciones concretas. Este es, en definitiva, el significado de la garantía material que

¹⁵⁴ Vid. Baño León, *Los límites constitucionales...*, cit., p. 127; López Benítez, *Naturaleza y presupuestos...*, cit., p. 324; Trayter Jiménez, *Manual de Derecho disciplinario...*, cit., pp. 153 y 154.

¹⁵⁵ Cfr. Trayter Jiménez, *Manual de Derecho disciplinario...*, cit., p. 154, nota 169.

¹⁵⁶ La STC de 29 de marzo, proclama expresamente la primacía de la naturaleza de la medida -sancionatoria- sobre la distinción entre relaciones de sujeción especial y general, “sin que, por lo demás, y esto es más importante, pueda dejar de considerarse al respecto la posibilidad de que dicho acto incida en los derechos del administrado con el riesgo de lesionar derechos fundamentales”. En la STC, de 15 de noviembre, el Tribunal, en interpretación rigurosa de las exigencias de la tipicidad de la infracción, excluye la posibilidad de sancionar apoyándose en un tipo legal genérico, el del “incumplimiento de los deberes y obligaciones del funcionario”.

el artículo 25. 1 de la Constitución establece, en atención a los principios de seguridad jurídica y libertad esenciales al Estado de Derecho”.

El primer rasgo peculiar que presenta la técnica de tipificación que se estila en el Derecho disciplinario consiste en el mayor recurso a las cláusulas de remisión y de habilitación a los reglamentos al objeto de especificar el contenido de determinadas infracciones¹⁵⁷. En él cobran un especial protagonismo, así, las normas en blanco, es decir, las que encuentran su complemento, a la hora de describir la conducta prohibida o en otro precepto del mismo cuerpo legal o en otros distintos de rango igual o inferior¹⁵⁸. A título ejemplificativo puede apuntarse que el RDFCE tipifica como faltas de carácter muy grave, en su artículo 6: la publicación o autorización indebida de secretos oficiales así declarados por Ley o clasificados como tales (letra e); el incumplimiento de las normas sobre incompatibilidades (letra h); y la participación en huelgas, a los que las tengan expresamente prohibidas por la Ley (letra k).

Este procedimiento de descripción de ilícitos no comporta por sí mismo una degradación del principio de tipicidad¹⁵⁹. En sus sentencias 8/1981, de 30 de marzo, y 127/90, de 5 de julio, el TC sienta la premisa de que las exigencias de legalidad y seguridad jurídica no implican que únicamente se cohoneste con la Constitución una descripción legal que agote los supuestos de hecho penalmente ilícitos. Bien al contrario, es posible, como señala la STC 127/90, “la incorporación al tipo de elementos normativos (STC 62/1982) y es conciliable con los postulados constitucionales la utilización y aplicación judicial de las llamadas leyes penales en blanco (STC 122/1987), esto es, de normas penales incompletas en las que la conducta o la consecuencia jurídica penal no se encuentra

¹⁵⁷ Vid. López Benítez, *Naturaleza y presupuestos...*, cit., pp. 324 y 327; R. García Macho, “Sanciones administrativas y relaciones de especial sujeción”, *REDA*, nº 72, 1991, p. 520; mismo autor, *Las relaciones de especial sujeción...*, cit., p. 210.

¹⁵⁸ Vid. López Benítez, *Naturaleza y presupuestos...*, cit., pp. 324 y 325; Trayter Jiménez, *Manual de Derecho disciplinario...*, cit., p. 158; Castillo Blanco, *Función pública...*, cit., p. 263.

¹⁵⁹ Vid. López Benítez, *Naturaleza y presupuestos...*, cit., p. 325, señalando que en estos casos habrá que entender que la tipificación ha sido realizada ya por la ley remitente, puesto que es ésta la que se vale de las conductas definidas o por definir en un reglamento totalmente ajeno al ámbito sancionador; Sanz Gandásegui, *La potestad sancionatoria de la Administración...*, cit., p. 18; Trayter Jiménez, *Manual de Derecho disciplinario...*, cit., pp. 158 y 159; Castillo Blanco, *Función pública...*, cit., p. 264.

agotadoramente prevista en ellas, debiendo acudirse para su integración a otra norma distinta, siempre que se den los siguientes requisitos: que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; que la ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza, o como señala la citada sentencia 122/1987, que dé la suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite, y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada”. Sea legal o reglamentario, el precepto disciplinario habrá de describir autónomamente, pues, el comportamiento prohibido¹⁶⁰, mediante la fijación del núcleo de la conducta que se aspire a castigar, de las sanciones que acompañan a su realización y de los márgenes dentro de los cuales debe darse entrada a las disposiciones remitidas¹⁶¹. La máxima que inspira esta doctrina es la de que en virtud del principio de seguridad jurídica, que informa toda la actividad sancionadora del Estado, los destinatarios de las normas deben hallarse en disposición de tomar conocimiento tanto de los comportamientos castigados como de las medidas punitivas que acarrea su ejecución¹⁶². Es en este contexto en el que deben enmarcarse las SSTs de 10 de noviembre de 1986, que anuló el RD 2347/1985, de 4 de diciembre, sobre infracciones y sanciones laborales, cuyo artículo 1 preveía como infracción “cualquier violación de normas reglamentarias y convenios colectivos”, y de 5 de diciembre de 1990, que estimó que el RD 3390/1981, de 18 de diciembre, transgredía el principio de tipicidad de las normas sancionadoras por no establecer una graduación de las sanciones en atención a los hechos descritos y a las circunstancias que los rodeaban en cada caso, estableciendo su nulidad.

Examinando la normativa disciplinaria vigente a la luz de estos parámetros, Trayter Jiménez destaca las reservas con que debe acogerse la constitucionalidad de las faltas de los artículos 8. e RDFCE, relativa al

¹⁶⁰ Vid. López Benítez, *Naturaleza y presupuestos...*, cit., p. 324; Trayter Jiménez, *Manual de Derecho disciplinario...*, cit., pp. 159 y 160, acogiendo la opinión de Jescheck.

¹⁶¹ Cfr. Trayter Jiménez, *Manual de Derecho disciplinario...*, cit., p. 160.

¹⁶² Cfr. Trayter Jiménez, *Manual de Derecho disciplinario...*, cit., p. 160.

“incumplimiento de los deberes y obligaciones del funcionario, siempre que no deban ser calificados como falta grave o muy grave”, y 8. a RDFCE, sobre incumplimientos injustificados del horario de trabajo que no supongan faltas graves, en las cuales se efectúa una doble remisión normativa al objeto de especificar el comportamiento prohibido que atenta contra la regla de la necesaria autonomía de la materia ilícita, sobrepasándose por esta vía los límites prefijados por el artículo 25. 1 CE¹⁶³.

El necesario atemperamiento de las exigencias propias del principio de tipicidad en el Derecho disciplinario toma cuerpo, también, en la reserva en favor de las autoridades administrativas correspondientes de importantes márgenes de discrecionalidad y en el empleo recurrente de conceptos jurídicos indeterminados.

En la legislación disciplinaria se detecta, en efecto, la concurrencia de cláusulas o referencias típicas abiertas, cuya exégesis presupone una tarea de complemento a cargo de las autoridades llamadas a aplicarla¹⁶⁴. Muestra de ello son los artículos 6. f RDFCE (“notoria falta de rendimiento”), 7. 1 e RDFCE (“grave desconsideración con los superiores”), 7. 1. n RDFCE (“grave perturbación del servicio”), 7. 1. o RDFCE (“falta grave de consideración con los administrados”) o la cláusula de cierre que tipifica “en general, el incumplimiento de los deberes y obligaciones del funcionario”, presente, entre otros preceptos, en el 418. 2 LOPJ. Es justo subrayar, con todo, que alrededor del acotamiento de los márgenes de apreciación del órgano administrativo, de forma que permitan hacer valer el principio de determinación de los tipos, se ha generado una cierta polémica jurisprudencial y doctrinal. La STS de 7 de noviembre de 1984 avaló

¹⁶³ Vid. Trayter Jiménez, *Manual de Derecho disciplinario...*, cit., pp. 160 y 161. El artículo 8. e RDFCE se remite en primer lugar a las normas que regulan los deberes u obligaciones, que son múltiples y variadas -LFCE, LMRFP; legislación sobre incompatibilidades...-, y en segundo lugar a los artículos 6 y 7 RDFCE, que determinan las faltas de carácter grave y muy grave. El artículo 8. a RDFCE, al horario establecido para las oficinas públicas de la Administración del Estado, establecido en la disposición 4ª de la instrucción de 21 de diciembre de 1983, y al artículo 7 RDFCE, por el que se concretan las faltas de carácter grave.

¹⁶⁴ Vid. A. Cano Mata, *Las infracciones administrativas en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Madrid, 1985, p. 110; Sanz Gandásogui, *La potestad sancionatoria...*, cit., pp. 116 y 117; García de Enterría / Fernández, *Curso de Derecho administrativo*, Tomo II, 8ª ed., cit., pp. 170 y 178; López Benítez, *Naturaleza y presupuestos...*, cit., p. 327; Trayter Jiménez, *Manual de Derecho disciplinario...*, cit., p. 164; Castillo Blanco, *Función pública...*, cit., pp. 264 y 265.

la plena concordancia con el mencionado principio de la descripción como falta grave de “cualquier incumplimiento de los deberes y obligaciones del funcionario”, del artículo 7 RD 2088/1969, de 10 de agosto¹⁶⁵. En cambio, la STC 182/90, de 15 de diciembre, rechazó la constitucionalidad de una sanción impuesta a partir de un precepto genérico consistente en el “incumplimiento de los deberes y obligaciones del funcionario”, argumentando que el artículo 25. 1 CE “no tolera la aplicación análoga *in peius* de las normas penales y exige su aplicación rigurosa... a conductas que reúnan todos los elementos del tipo descrito y sean objetivamente perseguibles”. En la doctrina, García de Enterría/Fernández y Castillo Blanco se han mostrado partidarios de suprimir las cláusulas abiertas, al entender que carece de sentido hacer de cualquier infracción el presupuesto para la aplicación de una sanción personal, más aun si se tiene presente que el propio ordenamiento jurídico disciplinario acoge otro tipo de refuerzos jurídicos para garantizar la vigencia de las normas, como la ineficacia de los actos contrarios, la caducidad del ejercicio de derechos, la ejecución forzosa o la expropiación¹⁶⁶. De forma más ponderada, la armonización de estas referencias típicas con los contenidos irreductibles del principio constitucional de tipicidad precisa de la reducción “al máximo” de la discrecionalidad administrativa, marcando como límite a este respecto -con la doctrina penal y la STC 62/82, de 15 de octubre- la necesidad de complementar el núcleo esencial de la materia de prohibición en un sentido puramente cuantitativo¹⁶⁷. De cualquier modo, la tipificación del “incumplimiento de los deberes y obligaciones del funcionario” supondría, a su juicio, una infracción de los artículos 9. 3 y 25. 1 CE, al no alcanzar a precisarse ni el contenido de desvalor ni la conducta prohibida, y hacerse recaer sobre el aplicador del Derecho una tarea que en buena lid correspondería al legislador¹⁶⁸.

¹⁶⁵ En contra de esta afirmación, las SSTC de 27 de junio de 1984 y 15 de noviembre de 1990. También es importante destacar la STC 182/90, de 15 de noviembre, acerca de la tipificación del “incumplimiento de los deberes y obligaciones del funcionario”.

¹⁶⁶ Cfr. García de Enterría / Fernández, *Curso de Derecho administrativo*, Tomo II, 8ª ed., cit., p. 177; Castillo Blanco, *Función pública...*, cit., pp. 266 y 267.

¹⁶⁷ *Vid.* Trayter Jiménez, *Manual de Derecho disciplinario...*, cit., p. 167, con apoyo en la opinión de Bustos Ramírez.

¹⁶⁸ *Vid.* Trayter Jiménez, *Manual de Derecho disciplinario...*, cit., p. 165.

Todos estos planteamientos, con sus diferencias de matiz, desembocan en la inadmisibilidad de una técnica de tipificación basada en el incumplimiento de los deberes y obligaciones del funcionario público. Verdaderamente, el principio de seguridad jurídica no puede plantear en el terreno de las relaciones especiales de sujeción los mismos requerimientos que en el de las relaciones generales, toda vez que lo que hace posible que los funcionarios tomen conocimiento de sus deberes es, antes que nada, su propio trabajo cotidiano y la observación directa de que están vigentes en su “ámbito vital”¹⁶⁹. Como indica López Benítez, esa es la idea que subyace a lo declarado por la STC 2/1987 el inicio de su fundamento jurídico segundo: “sin entrar aquí en el tema más general del alcance de la reserva de Ley en las sanciones administrativas, debe tenerse en cuenta que la referencia a la legislación vigente del art. 25. 1 CE tiene un alcance diferente, al menos en lo que se refiere a la tipificación del ilícito, cuando se trata de la contravención de faltas, en el seno de una relación de sujeción especial, como es la de los internos en establecimientos penitenciarios. En estos casos, la reserva de Ley cumple principalmente una función de garantizar la seguridad jurídica, de modo que los internos puedan disponer de informaciones suficientes sobre las normas jurídicas aplicables en un determinado caso, y la norma debe formularse con la suficiente precisión para que el interno pueda prever razonablemente las consecuencias que puedan derivar de una determinada conducta”¹⁷⁰.

Otro rasgo tradicional del Derecho disciplinario español viene representado por la pervivencia como infracciones disciplinarias de determinados comportamientos éticos o deontológicos, no exclusivamente legales, esto es, sin una traducción exacta, completa, sobre el plano jurídico-positivo¹⁷¹. El ejemplo más claro de ello lo constituye la falta de

¹⁶⁹ Cfr. López Benítez, *Naturaleza y presupuestos...*, cit., p. 327, nota 72.

¹⁷⁰ En este mismo sentido, López Benítez, *Naturaleza y presupuestos...*, cit., pp. 327 y 328, nota 72.

¹⁷¹ En general, sobre el uso de estos conceptos pueden verse González Mariñas, “Reflexiones sobre el Derecho disciplinario...”, cit., pp. 61 y ss.; Sanz Gandásegui, *La potestad sancionatoria de la Administración...*, cit., pp. 116 y ss.; J. Esteve Pardo, “Sanciones administrativas y potestad reglamentaria (Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1986)”, *REDA*, n.º 49, 1986, p. 100; García de Enterría / Fernández, *Curso de Derecho administrativo*, Tomo II, 8ª ed., cit., pp. 170, 177 y 178; Trayter Jiménez, *Manual de Derecho disciplinario...*, cit., pp. 164 y ss.

probidad moral o material del artículo 88 LFCE, que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha hecho equivalente a la “falta de hombría de bien” o al “quebranto de los principios de rectitud, integridad moral y honradez en el obrar”, y que el Tribunal Constitucional ha estimado plenamente acorde con el principio de tipicidad, al quedar abierta la posibilidad de determinar el concepto en cuestión (la “probidad”) acudiendo al contenido semántico del término¹⁷². Abrogados los Tribunales de Honor en la esfera de la Administración civil en virtud del artículo 26 CE¹⁷³ y excluida dicha falta del RDFCE, se mantienen sin embargo en el articulado de esta última infracciones de naturaleza similar, como el “atentado grave a la dignidad de los funcionarios o de la Administración” (art. 7. 1.º) del RDFCE o “el incumplimiento del deber de fidelidad a la Constitución” (art. 6. A del RDFCE).

El riesgo que conlleva el castigo de esta clase de ilícitos deontológico-profesionales, por causa del grado de arbitrio interpretativo que permiten, fue tempranamente denunciado por García de Enterría, quien descartaba el empleo del “parágrafo del sinvergüenza” en los sistemas punitivos articulados en torno a una relación de supremacía general, para admitirlo únicamente en el contexto de las relaciones de supremacía especial, como expresión “de la disciplina interna de la organización” y de un orden ético que “envuelve al inculpado y a los titulares del órgano sancionador”¹⁷⁴. Con posterioridad, sin embargo, el propio García de Enterría, haciéndose eco de las consecuencias del proceso de juridificación del instituto de las relaciones de sujeción especial, ha defendido la tesis de que las figuras puramente deontológicas chocan frontalmente con el principio de tipicidad del injusto, en tanto máxima que informa a todas y cada una de las infracciones administrativas; y si por motivos exclusivamente técnicos no es factible su erradicación, explica, habrá de entenderse que “esos *standards*

¹⁷² Cfr. STC 50/83, de 14 de junio. Del mismo modo, sobre su adecuación al ordenamiento jurídico constitucional se pronuncia la STS de 14 de febrero de 1984, ratificando la doctrina instada en la STS de 4 de julio de 1979. Asimismo *Vid.* la STS 17 de marzo de 1981.

¹⁷³ La declaración constitucional derogó automáticamente el art. 94 LFCE, que rezaba: “con independencia de lo dispuesto en esta ley... podrá seguirse procedimiento ante Tribunal de Honor para conocer y sancionar los actos deshonrosos cometidos por los funcionarios que les hagan desmerecer en el concepto público o indignos de seguir desempeñando sus funciones”.

¹⁷⁴ Cfr. García de Enterría, “El problema jurídico...”, cit., p. 339.

deberán interpretarse como conceptos jurídicos indeterminados... y, por tanto, deberán rellenarse a través de un análisis pormenorizado y concreto de los hechos y de una calificación de los mismos desde los valores expresos en dichos conceptos jurídicos y no por meros juicios apodícticos o de invocación del abstracto honor o dignidad de un colectivo”¹⁷⁵.

En estas mismas ideas incide un sector muy representativo tanto de la doctrina administrativa como de la jurisprudencia de los Tribunales Constitucional y Supremo. Con arreglo a ellos, el recurso a conceptos deontológicos no podría convertirse nunca en un salvoconducto para que los límites del deber profesional cuya infracción se imputa o la existencia de la conducta objeto de reproche puedan venir determinados por juicios de valor sin referente objetivo alguno o por meras opiniones “en conciencia”¹⁷⁶. La STC 219/1989, de 21 de diciembre, respalda las conclusiones de García de Enterría con relación a la infracción de normas deontológicas por parte de los arquitectos, sujetos integrados -al igual que los funcionarios públicos- en el círculo de eficacia subjetiva de las relaciones de sujeción especial. Con anterioridad, la ya reseñada STC 50/83, de 14 de junio, que estudió la legalidad de un acuerdo del Consejo de Ministros que sancionó con la separación del servicio a un policía por haber perpetrado una falta muy grave de probidad moral y material dispuesta en el artículo 204 A del ROPG, había desechado la falta de fundamentación de la violación del principio de legalidad del artículo 25. 1 CE aduciendo que el de “probidad” integraba un concepto jurídico indeterminado circunscribible con ayuda del propio contenido semántico que poseía el término en el contexto de la LFCE. En términos similares, la STS de 28 de mayo de 1987 analizó la hipotética inconstitucionalidad de la disposición contenida en la anterior LOPJ y que permitía sancionar a los jueces y a los magistrados en los casos en que “fueren negligentes en el cumplimiento de sus deberes”. El Tribunal entendió que la noción de “negligencia” se enmarcaba “dentro del campo de la concreción y determinabilidad en un margen de apreciación mucho más estricto y sancionatorio que el amplio y más difícilmente delimitable” admitido por el Tribunal

¹⁷⁵ Cfr. García de Enterría / Fernández, *Curso de Derecho administrativo*, Tomo II, 8ª ed., cit., pp. 170, 171 y 178.

¹⁷⁶ Vid. Sanz Gandásegui, *La potestad sancionatoria de la Administración...*, cit., p. 119; Castillo Blanco, *Función pública...*, cit., pp. 274 y 275.

Constitucional como límite máximo con respecto a la falta de probidad, debiendo entenderse referida la conducta a la contravención, por retraso injustificado, de los artículos 417, 418 y 419 LOPJ.

Las razones técnicas anteriormente reseñadas justifican también, en fin, el empleo reiterado de los conceptos jurídicos indeterminados por parte de las leyes disciplinarias. Lejos de suponer una flexibilización del principio de tipicidad, en su uso debe verse uno de los instrumentos técnicos de que se sirve el legislador para regular aquellos sectores de la realidad social en los que la importancia cuantitativa de las normas existentes y la heterogeneidad de las actividades a disciplinar imposibilitan un mayor detalle¹⁷⁷. Eso es lo que se desprende de la STC 69/1989, de acuerdo con la cual respeta el postulado de la *lex certa* la descripción de las infracciones disciplinarias a través de conceptos jurídicos indeterminados, siempre y cuando su especificación sea “razonablemente factible” a partir de reglas lógicas, técnicas o de la experiencia y permitan conocer con seguridad “suficiente” la naturaleza y los rasgos esenciales de los comportamientos que dan vida a la infracción¹⁷⁸.

C. LA TIPIFICACIÓN DE LAS SANCIONES DISCIPLINARIAS. ¿JUSTIFICACIÓN DEL *BIS IN IDEM* EN LA INDETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN DISCIPLINARIA?

La estructura de las normas sancionadoras en el Derecho disciplinario presenta ligeras divergencias con la que es propia de las normas penales, al realizarse la tipificación normalmente a través de mecanismos de remisión y no asignarse la sanción de modo directo, específico. Tras precisar las conductas constitutivas de falta, la norma de que se trate asocia a cada grupo de ellas un bloque de sanciones, del que el órgano administrativo competente, a la luz de las circunstancias concurrentes¹⁷⁹. La justificación de este método de atribución de sanciones radica en la imposibilidad de enumerar todas las infracciones que arroja el modelo de tipificación indirecta comúnmente utilizado, consistente en la

¹⁷⁷ Vid. Rebollo Puig, *Potestad sancionadora...*, cit., p. 479; López Benítez, *Naturaleza y presupuestos...*, cit., pp. 326 y 327.

¹⁷⁸ Mantienen esta línea la STC 62/1982, de 15 de octubre, y la STS de 24 de abril de 1990.

¹⁷⁹ Vid. Trayter Jiménez, *Manual de Derecho disciplinario...*, cit., pp. 156 y 157; Castillo Blanco, *Función pública...*, cit., p. 316.

definición de la conducta típica por referencia al incumplimiento de una orden o prohibición expresadas en una norma distinta. El artículo 128 LRJPAC otorga carta de naturaleza a este sistema.

El Derecho disciplinario se ha mostrado altamente receptivo a las exigencias del principio *nulla poena sine lege*¹⁸⁰. Si buena parte de las infracciones, con la salvedad de las faltas muy graves, viene contenida en preceptos de carácter reglamentario, son normas legales las que disponen la totalidad de las sanciones disciplinarias, concretamente los artículos 31. 2 LMRFP y 91 LFCE, por lo que se refiere al ámbito estatal, y 148 TRRL, con relación al local¹⁸¹. En orden a su clasificación podemos distinguir, siguiendo a Castillo Blanco¹⁸², entre: a) sanciones comunes a los funcionarios integrados en el ámbito de vigencia del RDFCE y a los funcionarios locales incluidos en las escalas de la Administración general y especial; b) sanciones únicamente establecidas para los funcionarios sometidos al RDFCE; y c) sanciones previstas para los funcionarios locales con habilitación nacional. Entre las primeras se cuentan la separación del servicio, la suspensión de funciones, la deducción proporcional de retribuciones y el apercibimiento. Entre las segundas, el traslado con cambio de residencia. Finalmente, según indica el artículo 148. 5 TRRL, a los funcionarios locales con habilitación de carácter nacional podrá aplicárseles la destitución del cargo con prohibición de obtener nuevo destino en el plazo que se fije, con un máximo de tres años.

¹⁸⁰ Cfr. Entrena Cuesta, *Curso de Derecho administrativo*, Tomo I, cit., pp. 448 y 449; García-Trevijano Fos, *Tratado de Derecho administrativo*, Tomo III, Vol. II, cit., p. 971; Santamaría Pastor, *Apuntes de Derecho administrativo*, cit., p. 138; Casabó Ruiz, en Córdoba Roda / Rodríguez Mourullo / del Toro Marzal / Casabó Ruiz, *Comentarios al Código penal*, Tomo II, cit., p. 95; Parada Vázquez, *Derecho administrativo II, Organización y empleo público*, cit., p. 466; Trayter Jiménez, *Manual de Derecho disciplinario...*, cit., p. 148; Castillo Blanco, *Función pública...*, cit., p. 294. La constitucionalidad de la vigente legalidad disciplinaria provoca recelos con arreglo a otro punto de vista. Verificado que el conjunto de sanciones viene previsto en normas con rango de ley, lo que merece censuras es el casi absoluto grado de inconcreción en que dichas leyes dejan a cada tipo de sanción, es decir, la consideración de su duración y efectos como materia puramente reglamentaria.

¹⁸¹ Dichos textos divergen en su enumeración, toda vez que en el ámbito local no se menciona el traslado con cambio de residencia, reemplazándose por la destitución del cargo, la cual, a su vez, sólo puede ser impuesta a los funcionarios con habilitación de carácter nacional. Cfr. Castillo Blanco, *Función pública...*, cit., p. 294.

¹⁸² *Vid.* Castillo Blanco, *Función pública...*, cit., pp. 295 y 296.

Uno de los elementos más significativos y peculiares de la legislación disciplinaria en materia de sanciones es la relación de éstas últimas con las faltas o infracciones, disciplinada en los artículos 31. 2 LMRFP, 91 LFCE y 16 y 17 del RDFCE. A tenor del cuadro de correspondencias resultante de los mismos únicamente podrá servir para castigar la realización de faltas muy graves. La suspensión de funciones acompañará a las conductas que den vida a faltas graves o muy graves, no pudiendo exceder de seis años ni ser inferior a tres, en caso de que tenga por causa las segundas, ni superar los tres años si se trata de faltas graves. Al traslado con cambio de residencia podrá recurrirse para castigar tanto faltas graves como muy graves. De imponerse por faltas muy graves, el funcionario no podrá obtener destino en la localidad de la que fue trasladado durante el plazo de tres años. Si el traslado obedeció a una falta grave, el plazo precedente se limita a un año. En ambos supuestos para el cómputo del plazo se toma en consideración el momento en que ha tenido lugar el traslado. La deducción proporcional de retribuciones, por su parte, se reserva para las faltas leves de asistencia y puntualidad. El apercibimiento, en fin, podrá aplicarse para castigar exclusivamente faltas leves, siempre y cuando no consistan en faltas de asistencia y puntualidad, casos en los que procederá la sanción anterior, al amparo de lo dispuesto en el artículo 31. 2 LMRFP.

Uno de los obstáculos más importantes para la plena operatividad del principio de tipicidad de la sanción en el Derecho disciplinario ha sido tradicionalmente la propia facilidad con que la Administración Pública podía mutar la calificación de las infracciones, abriendo así enormemente el abanico de sanciones a imponer¹⁸³. Históricamente, en efecto, la catalogación de las faltas como leves, graves o muy graves y, en conexión con ello, la graduación de las sanciones se han considerado como el objeto de una potestad administrativa discrecional¹⁸⁴. Ahora

¹⁸³Vid. Suay Rincón, "Potestad disciplinaria", cit., p. 1330.

¹⁸⁴El art. 20 del RDFCE de 16 de agosto de 1969 estimaba que la Administración poseía la potestad discrecional para imponer la sanción más adecuada "entre las posibles". Un repertorio de jurisprudencial en esa línea puede verse en J. Tornos Mas, "Infracciones y sanciones administrativas: el tema de su proporcionalidad en la jurisprudencia contencioso-administrativa", *REDA*, n° 7, 1975, pp. 613 y ss. Sobre el tema es de indispensable consulta A. Nieto García, "Reducción jurisdiccional de la discrecionalidad en materia disciplinaria", *RAP*, n° 44, 1964, pp. 147 y ss.

bien, frente a ello no puede dejar de subrayarse que en los últimos años dicha potestad ha venido acusando un marcado proceso de legalización. Así, y ante todo, la jurisprudencia ha venido supeditando su desarrollo a la concurrencia de dos requisitos imprescindibles¹⁸⁵. El primero, la calificación del comportamiento imputado como falta en la normativa disciplinaria que sea de aplicación, sentándose con vistas a la exégesis del precepto sancionador un criterio marcadamente restrictivo. Y el segundo, que el hecho determinante de la imposición de la sanción quede plenamente constatado. A mayor abundancia, la LFCE ha introducido otros factores de control de la discrecionalidad en la fijación de la sanción aplicable. Su artículo 89, por ejemplo, señala que la gravedad o levedad de las faltas se establecerá tomando en consideración los siguientes elementos: la intencionalidad, la perturbación del servicio, el atentado a la dignidad del funcionario o de la Administración, la falta de consideración con los administrados y la reiteración o reincidencia, salvo que hubiese sido objeto de cancelación co arreglo a la normativa vigente y a lo establecido por la Exposición de Motivos del RDFCE. Fijando tales criterios, la LFCE no sólo proporciona al legislador los elementos conceptuales precisos para distinguir las faltas graves o las leves, sino que aísla las circunstancias que deben ser sopesadas a la hora de tomar la decisión de tipificar las conductas y de seleccionar y graduar la sanción¹⁸⁶.

Con este panorama legislativo a la vista, la doctrina y la jurisprudencia han venido subrayando la vigencia del principio de proporcionalidad

¹⁸⁵Cfr. Castillo Blanco, *Función pública...*, cit., p. 316, con referencias.

¹⁸⁶Cfr. Castillo Blanco, *Función pública...*, cit., p. 319. El RDFCE no fija con carácter general ningún criterio para la determinación de los castigos, asociando sencillamente a cada grupo de faltas (muy graves, graves y leves) una serie de sanciones que pueden ser aplicadas por la Administración. Su artículo 12, sin embargo, indica que los funcionarios que indujeran a otros a la realización de actos o conductas constitutivos de falta disciplinaria incurrirán en la misma responsabilidad que éstos. “De no haberse consumado la falta - prosigue- incurrirán en responsabilidad, de acuerdo con los criterios establecidos en el artículo 89 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 7 de febrero de 1964”. En el mismo sentido, su artículo 13 reza: “Igualmente incurrirán en responsabilidad los funcionarios que encubrieren las faltas consumadas muy graves y graves cuando de dicho acto se deriven graves daños para la Administración o los ciudadanos y serán sancionados de acuerdo con los criterios previstos en el artículo anterior”. Para otras referencias legislativas de ámbito autonómico y estatal, *Vid.* Trayter Jiménez, *Manual de Derecho disciplinario...*, cit., pp. 267 y 268, nota 56.

en el Derecho disciplinario¹⁸⁷. La STC 62/1982, de 15 de octubre, sostiene que los castigos han de ajustarse a los objetivos de tutela buscados por el ordenamiento jurídico y que se desprenden de los principios de intervención mínima y elección de la sanción menos gravosa, en el sentido indicado por los derogados artículos 49 LPA, 15 LEF y 84. 2 LRBR. Es cierto que el Tribunal Supremo ha llegado a sostener que la máxima de la proporcionalidad no se concreta en las mismas reglas cuando debe aplicarse a sanciones impuestas en el marco de una relación de sujeción especial que cuando se trata de una actuación sancionadora referida a administrados “no cualificados por el ejercicio de poderes de policía general o especial”¹⁸⁸. Esta línea de interpretación es, sin embargo, absolutamente minoritaria. La mayor parte de la jurisprudencia postula el traslado de este principio, sin matices de ningún tipo, al campo del Derecho disciplinario¹⁸⁹, ponderando a la hora de ponerlo en práctica tanto los hechos

¹⁸⁷ Vid. J. A. Santamaría Pastor / L. Parejo Alfonso, *Derecho administrativo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, 1989, p. 218; Amplias referencias jurisprudenciales en Tornos Mas, “Infracción y sanción...”, cit., pp. 615 y 616; Trayter Jiménez, *Manual de Derecho disciplinario...*, cit., pp. 266 y 267, nota 53, y 269 y 270, nota 59. En los términos de este último autor la potestad disciplinaria de la Administración debe conceptuarse como una actividad discrecional de tipo jurisdiccional, en el sentido de que una vez reconocida la vigencia del principio de proporcionalidad a la hora de determinar las sanciones, la operación lógica que ponen en práctica el juez penal y la Administración es idéntica (*op. cit.*, pp. 270 y 271, con apoyo en la opinión de Suay Rincón).

¹⁸⁸ Cfr. STS de 20 de febrero de 1981, citada por Castillo Blanco, *Función pública...*, cit., p. 321.

¹⁸⁹ Cfr. Trayter Jiménez, *Manual de Derecho disciplinario...*, cit., pp. 272 y 273; Castillo Blanco, *Función pública...*, cit., pp. 321 y ss., citando como orientativa de esta línea de interpretación la STS de 13 de mayo de 1986, a cuyo tenor: “el Derecho disciplinario, como ha reconocido la jurisprudencia de este TS -STS de 8 de marzo de 1984, por citar sólo la más reciente- tiene un significado eminentemente ético, en cuanto que su objeto primordial, más que el restablecimiento del orden social quebrantado, es la salvaguardia del prestigio y dignidad corporativas, de ahí que puedan coexistir diversos tipos de corrección en el orden penal y en el disciplinario, y dentro de este último, también es doctrina jurisprudencial -STS de 14 de febrero de 1984 y las que en ella se citan- que la sanción impuesta pueda ser revisada en vía jurisdiccional contencioso-administrativa tanto en cuanto a la calificación de la falta como respecto a la sanción impuesta, habida cuenta de que el principio de proporcionalidad vincula igualmente a la Administración que al control jurisdiccional de la misma; y dada la naturaleza de los hechos, los antecedentes del inculpado, la propia resolución penal casando la sentencia de dicha jurisdicción para rebajar la sanción y la propuesta de resolución del instructor del expediente administrativo, que ya conocía la sanción penal, este Tribunal estima que no es proporcionada la separación del servicio impuesta por el Consejo de Ministros, siendo más ajustada a Derecho la suspensión de funciones por seis años”.

determinantes de la falta como las circunstancias personales que llevaron al infractor a protagonizarlos¹⁹⁰. La receptividad jurisprudencial hacia él ha llegado al extremo de defenderse la posibilidad de apreciar circunstancias atenuantes aunque la normativa disciplinaria no las haya acogido expresamente, al hacerse equivalente el silencio del legislador a una remisión implícita a los principios esenciales del Derecho penal¹⁹¹.

En suma, el principio de proporcionalidad despliega toda su eficacia en el Derecho disciplinario de los funcionarios públicos¹⁹². De esta forma, además de a los parámetros mencionados en el artículo 89 LFCE, los tribunales han acudido a variables como el bien jurídico tutelado, la cuantía de los daños causados, el grado de participación o las circunstancias profesionales del autor para proceder a la individualización de la sanción¹⁹³. Y a pesar de los límites formales que la STC 98/1989, de 1 de junio, impone al control jurisdiccional de la proporcionalidad de la sanción seleccionada por el órgano sancionador competente¹⁹⁴, las SSTC

¹⁹⁰ Cfr. Castillo Blanco, *Función pública...*, pp. 322 y 323, notas 153 y 154, con referencias.

¹⁹¹ En este sentido se pronuncian la SAT de Madrid de 24 de diciembre de 1983 y la STS de 9 de junio de 1986. De otro parecer, Suay Rincón, "Potestad disciplinaria", cit., p. 1337.

¹⁹² Cfr. Trayter Jiménez, *Manual de Derecho disciplinario...*, cit., p. 267: "En la actualidad, nadie cuestiona la necesaria aplicación del principio general de proporcionalidad en el derecho disciplinario".

¹⁹³ Cfr. Trayter Jiménez, *Manual de Derecho disciplinario...*, cit., pp. 272 y 273; Castillo Blanco, *Función pública...*, cit., p. 325.

¹⁹⁴ Cfr. STC 98/1989, de 1 de junio: "Por último, y asimismo en relación con el art. 25. 1 de la CE, aduce el recurrente la infracción del principio de proporcionalidad como consecuencia de la imposición de la sanción más grave de las que se preveían en relación con la conducta examinada. Tal vulneración es fundamentada por aquél mediante la referencia al principio de igualdad en una doble vertiente: respecto a la sanción que podía haberle sido impuesta en la causa penal que se tramitó paralelamente, en relación con la sanción impuesta -tras la correspondiente reclamación judicial y en este último ámbito- al también expedientado señor Varón Cobos. El CGPJ razona la elección de la sanción de separación de entre las que prevé el artículo 420. 2 de la vigente LOPJ; y ciertamente es cuestión que corresponde en exclusiva al órgano sancionador competente la elección en el uso de las facultades que tiene jurídicamente atribuidas. Ahora bien, su impugnación podría encontrar apoyo constitucional en relación con el principio de igualdad, y en este caso corresponde a este Tribunal la oportuna revisión, para determinar si se ha vulnerado el derecho que deriva del artículo 14 de la Constitución española. Pero, a estos efectos, y para llevar a cabo esa impugnación, es preciso aportar un término válido de comparación, que justifique la

234/1991, de 10 de diciembre y 270/1994, de 17 de octubre, consagran la necesidad de que la sanción finalmente impuesta sea proporcionada a la tutela de que se hace acreedor el bien jurídico protegido, y afirman su significado de verdadero límite constitucional a la aplicación del principio de la doble sanción (penal y administrativa) por unos mismos hechos.

5. LAS TEORÍAS SOBRE LA DIFERENCIACIÓN “CUANTITATIVA” ENTRE LOS ILÍCITOS PENALES Y LAS FALTAS DISCIPLINARIAS.

A. EXPOSICIÓN.

Hasta comienzos del siglo XX, la doctrina mayoritaria conceptuaba al Derecho disciplinario como una clase especial de Derecho penal, del que se distinguía sólo por su menor gravedad¹⁹⁵. El origen de esta tesis guarda relación con la consolidación de uno de los principios basilares del Derecho penal moderno, concretamente, como explica Quintero Olivares, con el de “evitar la hipertrofia del sistema y de los tribunales penales” impidiendo que los mismos “se ocupen de bagatelas”¹⁹⁶. Al margen de ello, sin embargo, el criterio ha encontrado una amplia repercusión en la literatura jurídica, correspondiéndose, en un primer momento,

desigualdad, y en consecuencia la aducida desproporcionalidad de la sanción impuesta por el CGPJ. Pues bien, no se aporta en este supuesto un término de comparación válida para llegar a esa conclusión. En lo que se refiere a la eventual sanción penal, porque se refiere a un ámbito diferente (el del ordenamiento penal) con el que, en virtud de la distinción que la caracteriza respecto del administrativo disciplinario, puede regularse en forma distinta dos situaciones similares, dando lugar a diferentes sanciones de las que se prevean e impongan en este último. Y en lo que atañe a la sanción finalmente al señor Varón Cobos, porque se pretende que el contraste se realice sobre diferentes conductas que como tales fueron valoradas. Sin que quepa que este Tribunal se pronuncie sobre esa valoración, por constituir materia de legalidad ordinaria reservada a otros órganos. Ciertamente, el recurrente apunta la existencia de supuestos similares al propio, y dentro del mismo orden administrativo disciplinario, así como la imposición en ellos de sanciones diferentes y menos graves. Pero ello aparece simplemente enunciado por el demandante, sin que aporte datos específicos que permitan verificar la comparación pretendida y comprobar la desigualdad (y por ende la desproporcionalidad) alegada. Por lo que desde esta perspectiva tampoco puede prosperar”. En otro sentido, *Vid.* las SSTs de 20 de febrero de 1981 y de 27 de enero de 1987.

¹⁹⁵ Cfr. Nieto García, “Problemas capitales...”, cit., p. 70; Casabó Ruiz, en Córdoba Roda / Rodríguez Mourullo / del Toro Marzal / Casabó Ruiz, *Comentarios al Código penal*, Tomo II, cit., p. 90.

¹⁹⁶ Cfr. G. Quintero Olivares, *Represión penal y Estado de Derecho*, Barcelona, 1976, p. 70.

con la diferencia entre “alta y baja disciplina”, que Heffter explicaba en los términos que siguen. La baja disciplina, de naturaleza correctiva, tendría como finalidad desalentar a los funcionarios a través de los medios coactivos convenientes, siendo su sentido esencialmente educativo, a semejanza de la *nota censoria* o de las *multae dictio* del Derecho romano, o de las *censores aut poenae medicinales* del Derecho canónico. La alta disciplina, cuya gravedad precisaría de la intervención de los tribunales ordinarios, presentaría, por el contrario, un carácter purificador, respondiendo a los supuestos en los cuales el Estado podría extinguir o modificar la relación que mantiene con un funcionario, al no haber respetado éste los presupuestos y requisitos en atención a los cuales le fue encomendado el cargo¹⁹⁷. En esta misma línea de pensamiento cabe ubicar a Berner y a Merkel¹⁹⁸, y, entre los comentaristas españoles, a Pacheco¹⁹⁹ y Groizard, quien al referirse a los deberes de los funcionarios escribía que “entre ellos los hay de diversa clase y trascendencia”, de forma que “para procurar el cumplimiento de la mayor parte y hasta para castigar su violación, bastan las prescripciones administrativas y las facultades de los gobiernos”; sin embargo, continuaba, “hay otros de mayor cuantía cuyo incumplimiento constituye un verdadero atentado social: otros que amenazan o lesionan derechos más trascendentales, puestos bajo salvaguardia social y cuya violación reclama con imperio el ejercicio de la justicia penal”²⁰⁰.

En la dogmática moderna, la tesis se mantiene *de lege ferenda* por un amplio sector de la doctrina penal, que postula la identidad sustancial, ontológica, de las infracciones penales y disciplinarias y, por lo tanto, la necesidad de aplicar a éstas el régimen jurídico propio de las primeras. De acuerdo con esta línea de interpretación, configurado el ilícito disciplinario de forma paralela al penal, esto es, a partir de los diversos componentes de la teoría jurídica delito- incluida la antijuridicidad-, las relacio-

¹⁹⁷ Cfr. Nieto García, “Problemas capitales...”, cit., p. 70.

¹⁹⁸ Cfr. Casabó Ruiz, en Córdoba Roda / Rodríguez Mourullo / del Toro Marzal / Casabó Ruiz, *Comentarios al Código penal*, Tomo II, cit., p. 91. Otras referencias en Nieto García, “Problemas capitales...”, cit., p. 71.

¹⁹⁹ Cfr. J. F. Pacheco, *El Código penal concordado y comentado*, Tomo I, 4ª ed., Madrid, 1870, p. 302.

²⁰⁰ Cfr. A. Groizard y Gómez de la Serna, *El Código penal de 1870*, Tomo IV, Salamanca, 1891, p. 75.

nes entre ambos se resolverán con arreglo a un criterio de gravedad. Poseyendo idéntica naturaleza jurídica, expresan distintos grados de desvalor, pues mientras los tribunales penales conocerán de las infracciones más importantes, al Derecho administrativo disciplinario le incumbirán los hechos cuantitativamente menores²⁰¹.

Para corroborar esta tesis se aduce que la tipificación de los ilícitos penales y disciplinarios responden esencialmente a la tutela de un mismo bien jurídico específico, protegido disciplinariamente frente a ataques de menor trascendencia²⁰²; o bien de un mismo bien jurídico genérico que tomará cuerpo, en uno y otro ámbitos, en distintos bienes jurídicos específicos, de forma que mediante la tipificación de las faltas disciplinarias el legislador vendría a operar una suerte de adelantamiento de las barreras de la intervención penal, esto es, a sentar un modelo de tutela previo y preparatorio del que recibe el bien jurídico-penal²⁰³.

Las diferencias en punto a la estructura y construcción material de los delitos y de las infracciones e infracciones disciplinarias no serían, por lo tanto, de orden cualitativo. Por una parte, porque en un buen número de ocasiones podrían apreciarse exclusivamente sobre el plano de la gravedad de la ofensa al bien jurídico y, consecuentemente, de la sanción²⁰⁴.

²⁰¹Cfr. Casabó Ruiz, en Córdoba Roda / Rodríguez Mourullo / del Toro Marzal / Casabó Ruiz, *Comentarios al Código penal*, Tomo II, cit., pp. 94 y 95, trayendo en su apoyo la postura históricamente asumida por el Código penal y por determinadas leyes especiales (Código de Justicia militar de 1945, Ley penal y disciplinaria de la Marina mercante de 1955 y Ley penal y procesal de la Navegación aérea de 1964); L. Rodríguez Ramos, *Compendio de Derecho penal (Parte General)*, 4ª ed., Madrid, 1988, p. 13; Cerezo Mir, *Curso de Derecho penal español. Parte General I. Introducción*, cit., p. 57; J. L. González Cussac, *El delito de prevaricación de funcionario público*, Valencia, 1994, pp. 41 y 42.

²⁰²*Vid.* Casabó Ruiz, en Córdoba Roda / Rodríguez Mourullo / del Toro Marzal / Casabó Ruiz, *Comentarios al Código penal*, Tomo II, cit., p. 93, quien parece asumir como bien jurídico común a ambos ilícitos la disciplina de la Administración Pública en su vertiente de interés social, externo; Cerezo Mir, *Curso de Derecho penal español. Parte General I. Introducción*, cit., pp. 56 y 57: “Los preceptos del Derecho penal que regulan los delitos de los funcionarios públicos tienen como fin, lo mismo que los del Derecho disciplinario, el mantener a los funcionarios en la observancia de sus deberes y el contribuir a la mejor organización del servicio público”.

²⁰³Cfr. González Cussac, *El delito de prevaricación...*, cit., pp. 35 y 42.

²⁰⁴De esta opinión, Casabó Ruiz, en Córdoba Roda / Rodríguez Mourullo / del Toro Marzal / Casabó Ruiz, *Comentarios al Código penal*, Tomo II, cit., p. 93; Cerezo Mir, *Curso de Derecho penal español. Parte General I. Introducción*, cit., pp. 57 y 58.

Y por otro, porque de existir entre los propios bienes jurídicos tendrían su razón de ser en el dato de que la tipificación de las faltas disciplinarias es pura y llanamente un instrumento de protección previa del bien jurídico-penal. Con relación a esta última cuestión, Octavio de Toledo ha incidido en que si en la descripción legal de aquéllas se mira a la infracción de deberes estatutarios no es porque en ellas vengan en consideración intereses domésticos de la Administración, sino tales deberes están teleológicamente vinculados con el bien jurídico-penal, lo que los hace acreedores de una tutela funcional, dependiente de la que recibe dicho interés²⁰⁵.

A Octavio de Toledo y Ubieto, precisamente, se debe la formulación más acabada de esta tesis, que él mismo denomina “de la diferenciación cuantitativo-cualitativa” entre Derecho penal y disciplinario²⁰⁶. Este autor indica que el fundamento del injusto disciplinario radica en la agresión a la organización administrativa o judicial del Estado, cuyos mantenimiento y eficaz funcionamiento importan a la Administración en tanto institución y también a la sociedad²⁰⁷. Ningún obstáculo se opondría a la eventual recepción de ese bien jurídico por parte del Derecho penal, justificándose su circunscripción al ámbito disciplinario únicamente en la menor gravosidad de las sanciones y en la mayor eficacia de aquél -en términos de rapidez y “practicidad”- para proteger a la sociedad²⁰⁸.

Las faltas disciplinarias correlativas a los delitos contra la Administración Pública desempeñarían así con relación a éstos el mismo rol que los delitos que “ineludiblemente” deben ejecutarse para lograr perpetrar otros relativos a un bien jurídico diferente²⁰⁹. Este dato no permitiría, de por sí, sostener la tesis de la mera diferenciación cuantitativa entre unas y otros, en la medida en que cada categoría apuntaría a un bien jurídico propio. Sucede, no obstante, que la agresión al bien jurídico del delito conllevaría ya el ataque al interés tutelado por la falta, lo cual, sí autori-

²⁰⁵ Cfr. González Cussac, *El delito de prevaricación...*, cit., p. 30.

²⁰⁶ Cfr. Octavio de Toledo y Ubieto, *La prevaricación...*, cit., pp. 267 y ss.

²⁰⁷ *Vid.* Octavio de Toledo y Ubieto, *La prevaricación...*, cit., p. 292.

²⁰⁸ *Vid.* Octavio de Toledo y Ubieto, *La prevaricación...*, cit., pp. 269 y 277, nota 1036.

²⁰⁹ *Vid.* Octavio de Toledo y Ubieto, *La prevaricación...*, cit., p. 277.

zaría a sostener, en cierto sentido, aquella conclusión²¹⁰. Aun cuando el injusto típico de los delitos contra la Administración Pública presupone la afección de la conducta a intereses de la ciudadanía, en tanto que en las faltas primaría el vínculo funcionario-Estado, los bienes jurídicos subyacentes a unos y otras se hallarían en relación de preordenación o de progresión, de tal modo que el de las segundas se integra en la estructura “lógica y jurídica” de las primeras²¹¹. De cualquier modo, la “mayor inmediatez” del objeto de las faltas disciplinarias (la organización administrativa) con el Estado no impediría identificar en ellas, “aunque en ulterior instancia”, un interés de la propia ciudadanía en su preservación y mantenimiento²¹².

B. REVISIÓN Y CRÍTICA.

Las fronteras entre el Derecho penal y el disciplinario -y con ello las opciones político-criminales que se le ofrecen al legislador en cada momento- fluctúan históricamente en consideración a factores de índole cultural y política²¹³. Esa es la razón por la cual deben trazarse nítidamente las diferencias entre aquellas pautas o criterios con los que se aspira a orientar la labor del legislador en el plano estrictamente teórico -*de lege ferenda*- y aquellos otros que tienen como objetivo la explicación y comprensión del Derecho positivo²¹⁴. El solapamiento de ambos planos distorsiona severamente los procesos de interpretación y aplicación de la ley penal²¹⁵.

Antes que en la irrelevancia jurídica de su hipotética identidad ontológica, la tesis de la distinción cuantitativa entre los delitos y las

²¹⁰ *Vid.* Octavio de Toledo y Ubieto, *La prevaricación...*, cit., p. 277.

²¹¹ *Vid.* Octavio de Toledo y Ubieto, *La prevaricación...*, cit., pp. 277 y 278.

²¹² *Vid.* Octavio de Toledo y Ubieto, *La prevaricación...*, cit., pp. 288 y 289. Esta construcción ha sido aceptada, entre otros, por Rubio de Casas, “Potestad sancionadora...”, cit., p. 389; Quintana López, “El principio *non bis in idem*...”, cit., p. 594; Garberí Llobregat, *La aplicación de los derechos...*, cit., p. 163; Álvarez García, *El delito de desobediencia...*, cit., p. 216.

²¹³ *Vid.* Asúa Batarrita, “La tutela penal del correcto funcionamiento...”, cit., p. 43.

²¹⁴ *Vid.* Asúa Batarrita, *op. loc. cit.*

²¹⁵ *Vid.* Asúa Batarrita, *op. loc. cit.*

faltas disciplinarias halla un obstáculo insuperable en la propia idea que le sirve de fundamento. Como indica Torío López, para afirmar una conexión de grado entre dos ilícitos es necesario que compartan una misma naturaleza²¹⁶, presupuesto de imposible cumplimiento cuando los que entran en juego son comportamientos como la conducción de un vehículo a motor sin el correspondiente permiso -tipificada como delito en el artículo 340 bis c del CPTR⁷³ hasta la LO 8/1983, de 15 de junio- o la no presentación de una declaración tributaria obligatoria, que dan vida a sendas infracciones administrativas, por una parte, y delitos nucleares del sistema jurídico-penal, como el homicidio o el hurto, por la otra²¹⁷.

Esa impresión se ve confirmada por el dato de la heterogeneidad de las penas y de las sanciones disciplinarias, que puede llegar a ser de tal grado que impida, incluso, la absorción de éstas por parte de las primeras en el momento de poner en práctica las correspondientes técnicas concursales. La separación del servicio a perpetuidad establecida para la falta de discriminación por funcionario público por razón de raza, sexo, religión, lengua, opinión, lugar de nacimiento o circunstancia personal o social (artículos 91. 2 LFCE y 15 RDFCE, en conexión con los artículos 31. 1 LMRFP y 6 b RDFCE), por ejemplo, no es comparable con la prisión de seis meses a dos años, multa de doce a veinticuatro meses -ambas en su mitad superior- e inhabilitación especial de dos a cuatro años con la que podría teóricamente sancionarse un delito de discriminación de los contemplados en el artículo 511. 3 CP. Así las cosas, resulta razonable pensar que las únicas sanciones sujetables a una escala de gravedades son las privativas de los derechos derivados de la relación de servicios, cuya imposición, además de ser una señal distintiva del ejercicio de la potestad disciplinaria, está prevista -como medida principal o accesoria- en todos los delitos del Título XIX²¹⁸.

²¹⁶ Cfr. A. Torío López, "Injusto penal e injusto administrativo (presupuestos para la reforma del sistema de sanciones)", en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Prof. E. García de Enterría*, Madrid, 1991, pp. 2538 y 2539; Asúa Batarrita, "La tutela penal del correcto funcionamiento...", cit., p. 43. Como señala el propio Torío (*op. loc. cit.*), ese sería el caso del delito y de las infracciones administrativas fiscales, puesto que la distinción entre los injustos de uno y de las otras se establece atendiendo al valor de la defraudación.

²¹⁷ Cfr. Torío López, "Injusto penal e injusto administrativo...", cit., p. 2539: "la afirmación de que sólo median diferencias de grado entre tales hipótesis no resiste la crítica".

²¹⁸ En este sentido se pronuncia la Sentencia de la Audiencia del País Vasco de 18 de marzo de 1989: "Que ésta (la exigencia constitucional de servicio a los intereses generales por

Pues bien, serán paradójicamente las características que esta clase de sanciones presentan en el vigente sistema normativo las que pongan de relieve las debilidades de las teorías cuantitativas. Hay que recordar, en efecto, que si las inhabilitaciones especiales que pueden aplicarse como consecuencia de la realización de un delito tienen una duración acotada legalmente, a tenor del RDFCE las faltas muy graves pueden suponer la separación del servicio con carácter definitivo. Resulta así que frente a hechos de menor trascendencia jurídica -las faltas disciplinarias- la Administración Pública recibe una tutela que refuerza la que le corresponde cuando vienen en consideración los delitos perpetrados por los funcionarios públicos²¹⁹.

parte de la Administración Pública) sea debidamente cumplida por los funcionarios respecto a los ciudadanos es el bien jurídico protegido por el Derecho penal en materia de delitos de funcionarios; y el mantenimiento de la organización administrativa idónea para conseguir la finalidad del servicio, es el bien jurídico que protegen las faltas disciplinarias; sin que, por tanto, pueda establecerse entre esos específicos delitos y faltas ni diferencias cualitativas, ni cuantitativas, al ser éstas últimas sólo posibles desde la perspectiva del quebrantamiento del deber del cargo que admite gradualidad, pero imposible si los delitos y las faltas disciplinarias protegen específicos bienes jurídicos”. Por ello no parece de recibo apoyar el diagnóstico sobre la mayor o menor gravedad de las penas o de las sanciones disciplinarias sobre un examen conjunto de las consecuencias jurídicas previstas por las correspondientes normas. Procediendo de tal modo, sin embargo, Trayter Jiménez, *Manual de Derecho disciplinario*, cit., pp. 72 y 73.

²¹⁹Cfr. Quintero Olivares, “La autotutela...”, cit., p. 292; Zugaldía Espinar, *Fundamentos de Derecho penal*, cit., p. 177. Muñoz Conde se refiere al fenómeno como una auténtica “subversión de valores” en nuestro ordenamiento jurídico (*Derecho penal. Parte Especial*, cit., p. 934). Para González Cussac el modelo legal es “atormentado, irracional y absurdo” (*La prevaricación...*, cit., p. 42). El PCP de 1992 proporcionaba una solución expresa al problema de la acumulación de penas y sanciones administrativas para los funcionarios públicos que perpetrasen delitos en el ejercicio de sus cargos, distinguiendo su artículo 52. 2 a tal fin dos situaciones. La primera, que comprendía los supuestos en que el delito estaba conminado con una pena única de tipo profesional, se solventaba procurando que ésta fuese de mayor gravedad que sanción que la Administración reservaba a ese hecho, lo que evitaba su acumulación. Si, por el contrario, se encontraba sancionado con otra clase de pena, se prevenía que, motivadamente, pudiese ser sancionado con otra pena accesoria de tipo profesional a imponer por el Tribunal penal, quien cerraría así el paso a la posterior actuación sancionadora de la Administración. De tal modo, la Administración sólo podría intervenir para sancionar el hecho en defecto del Tribunal, esto es, si el Tribunal no hubiese hecho uso de su facultad para imponer la pena accesoria. Con ello, se podría acumular, por ejemplo, una pena privativa de libertad y una sanción administrativa de tipo profesional, pero nunca una pena accesoria “profesional” y una sanción administrativa profesional.

6. LAS TESIS SOBRE LA DISTINCIÓN FORMAL ENTRE LOS ILÍCITOS PENALES Y DISCIPLINARIOS. EXPOSICIÓN Y TOMA DE POSTURA.

Una diferencia cualitativa, sustancial, entre delitos e infracciones administrativas sólo puede reivindicarse para los delitos nucleares del Derecho penal, los que traen consigo ataques a derechos individuales esenciales²²⁰. Tomando prestadas las -muy gráficas- palabras de Nieto García, hay que partir de la base de que no es posible diseñar “circuitos culturales, normativos o valorativo-jurídicos” diversos para demarcar en el Derecho positivo la esfera de acción propia de los delitos de funcionarios y la de las faltas disciplinarias. Las formas de ilícito en cuestión no se hallan en una relación de sentido óptica, material, y tampoco resultan graduables en términos de gravedad y trascendencia. Es un criterio estrictamente formal, entonces, el que ha de aceptarse como pauta metodológica para analizar las relaciones entre el Derecho penal y el Derecho disciplinario.

La opción por este punto de vista viene respaldada por la naturaleza de los ilícitos. Éstos son creados por normas, en absoluto vinculadas por su presunta igualdad o desigualdad ontológicas²²¹. La asimilación de las infracciones disciplinarias a las penales, las rectificaciones, excepciones o matizaciones sufridas por el régimen jurídico de éstas en su traslado al de las primeras, deberán estudiarse y valorarse a la luz del Derecho positivo. Ello no lleva a desconocer el valor orientativo de los planteamientos político-criminales desarrollados sobre el particular. El Derecho penal del Estado social y democrático de Derecho se asienta sobre el principio de subsidiariedad, que traído a este ámbito de la Parte Especial se traduce en la exigencia de ponderar el recurso a factores como una política estratégica de organización del funcionariado, que incentive la productividad o el rendimiento, o el empleo preferente de las sanciones disciplinarias antes de acudir a respuestas estrictamente punitivas. En tanto no llegue a plasmarse en disposiciones de Derecho positivo, el

²²⁰ Cfr. R. Maurach / H. Zipf, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Teilband 1, 7. Aufl., Heidelberg, 1987, pp. 16 y 17, quienes preconizan, sin embargo, el recurso a criterios cuantitativos en la resolución de situaciones de concurrencia que impliquen a delitos situados al margen del núcleo central del Derecho penal: Torío López, “Injusto penal e injusto administrativo...”, cit., p. 2538; Asúa Batarrita, “La tutela penal del correcto funcionamiento...”, cit., pp. 42 y 43.

²²¹ En estos términos, Nieto García, *Derecho administrativo sancionador*, cit., pp. 152 y 153.

decálogo de propuestas en que se concretaría dicha máxima se mueve, sin embargo, y es bueno recordarlo, en un plano extrajurídico, en el de los argumentos *de lege ferenda*.

Los procesos legislativos de despenalización de ciertas materias constituyen la mejor evidencia de que es la determinación de la norma en cada momento lo que adjetiva a un ilícito como penal o administrativo. Eso es lo que ha acontecido con la principal ley despenalizadora promulgada en España hasta la entrada en vigor del Código penal de 1995, la LO 3/1989, de 21 de julio, cuyo preámbulo reza: “Hace ya tiempo que existe unanimidad en la jurisprudencia y doctrina españolas en cuanto a que nuestro sistema penal tiene una amplitud excesiva, siendo grande el número de infracciones penales carentes de sentido en la actualidad, sea porque ha desaparecido su razón de ser, sea porque el Derecho privado o el Derecho administrativo están en condiciones de ofrecer soluciones suficientes, con la adicional ventaja de preservar el orden de lo delictivo en su lugar adecuado, que debe ser la cúspide de los comportamientos ilícitos. En el mismo tipo de consideraciones debe inscribirse el hecho demostrable de que fuera de lo punible se describen y sancionan conductas de entidad normalmente superior a las que son objeto de las descripciones penales. Resulta así que, de un lado, se ha llegado a un exceso de presencia de lo punitivo y, de otro, se ha producido un cierto desequilibrio entre las penas y el sistema de reacciones jurídicas no penales. La situación expuesta es particularmente visible en el ámbito de las faltas. Las que en su día fueron llamados ‘delitos veniales’ integran un cuerpo de infracciones penales de excesiva amplitud. A ello se añaden las imaginables consecuencias de agolpamiento ante los Tribunales de Justicia de muchos pequeños problemas que no merecen el dispendio de tanto esfuerzos de los poderes públicos”.

Al hilo de su exposición sobre los fundamentos y consecuencias de la tesis de la diferenciación formal entre ambas clases de ilícitos, Torío López evoca el caso del cohecho. Según la doctrina dominante, el bien jurídico que protege es la imparcialidad en tanto directriz constitucional de la actuación de la Administración pública. Su selección como injusto penal podrá legitimarse acudiendo a la grave defraudación de expectativas ético-sociales relativas a un desarrollo no venal e imparcial de la función pública²²². Ese coeficiente valorativo no será operativo, sin em-

²²² Cfr. Torío López, “Injusto penal e injusto administrativo...», cit., p. 2541.

bargo, cuando lo que viene en discusión son ilícitos extraños a lo que se ha dado en calificar de “núcleo permanente” del Derecho penal. La despenalización de la malversación por denegación de pagos (art. 398 CPTR73) o de la prevaricación imprudente (art. 358 CPTR73) no se habrá precedido, con toda seguridad, de una “correcta aprehensión de las propiedades materiales de la realidad”, sino de una valoración legislativa absolutamente coyuntural.

Como precursor de esta construcción puede citarse a Dorado Montero. Escribía este autor que “ninguna diferencia hay entre la función y el derecho que suelen ser mirados como genuina y propiamente penales y otra función o derecho también sancionadores, pero que no se quieren calificar de penales, sino a lo sumo impropia. Si la diferencia entre ambos no se encuentra por el lado de las sanciones (por el lado de la naturaleza de éstas), tampoco podrá ser hallada por el resto de las infracciones, o sea, por parte de la materia que reclama la respectiva sanción, ya penal, ya disciplinaria, administrativa o gubernativa”. De ello deducía “la imposibilidad de... distinguir sustancial, indefectible e invariablemente, según era obligado, y no por manera arbitraria, puramente circunstancial, las violaciones criminales, cuyo tratamiento únicamente compete al derecho penal, de las otras violaciones que revisten, por el contrario... índole administrativa, policial o disciplinaria”²²³.

En la doctrina más moderna este planteamiento ha hallado refrendo en los trabajos de autores como Bajo Fernández, Sainz Cantero, Martínez Pérez, Rebollo Puig y Nieto García, para los cuales la distinción entre delito e ilícito administrativo es en el ordenamiento jurídico español exclusivamente normativa, no estructural, habida cuenta de que -con independencia de que por regla general refleje también el peso específico de los bienes jurídicos en juego y la importancia y gravedad del ataque de que son objeto- la decisión de catalogar una conducta como delito o como ilícito administrativo obedece pura y llanamente a criterios de política legislativa²²⁴.

²²³ Cfr. P. Dorado Montero, “Derecho penal”, *NEJ*, Tomo XI, p. 250.

²²⁴ Cfr. Bajo Fernández, *Derecho penal económico...*, cit., p. 92; Sainz Cantero, *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, cit., p. 55; C. Martínez Pérez, “La inflación del Derecho penal y del Derecho administrativo”, *EPC*, 1983, pp. 205 y 206; Rebollo Puig, *Potestad sancionadora...*, cit., pp. 441 y ss.; Nieto García, *Derecho administrativo sancionador...*, cit., p. 156. En la

En definitiva, se tratará de dejar a un lado las perspectivas ontológicas para concentrarse en la fenomenológica, en el sentido apuntado por Suay Rincón y Waline²²⁵, y, más recientemente, por Nieto García²²⁶. Aquella arrojará la existencia de dos clases de normas diferentes: a) autocalicadas unas -las que prevén los delitos de funcionarios- como penales y otras -las que describen las faltas- como disciplinarias; b) castigadas unas por jueces y tribunales penales y otras por órganos administrativos, cuyas decisiones pueden ser revisadas por órganos judiciales no penales: los tribunales contencioso-administrativos; c) reprimidas con arreglo a procedimientos distintos, y que concluyen con la aplicación de castigos también formalmente distintos: penas, impuestas por jueces, y sanciones, impuestas por la Administración Pública; y d) sujetas a regímenes jurídicos diversos, mostrándose las normas penales provistas de un elevado grado de concreción en sus contenidos, en tanto que las disciplinarias acusan una cierta modulación de las exigencias del principio de tipicidad de las conductas, que no del de las sanciones.

Ahora bien, si la organización de los ilícitos protagonizados por los funcionarios públicos en normas penales o disciplinarias carece de todo referente lógico, de lo que no cabe duda es de que la voluntad del legislador a la hora de determinar la continuidad o discontinuidad entre los

doctrina italiana, G. Veneziano, *Modifiche al sistema penale. Legge 24 novembre 1981, núm. 689, I. Depenalizzazione e illecito amministrativo*, Milano, 1982, p. 39, con amplias críticas al criterio de distinción sustancial propuesto por F. Bricola al afirmar que el ilícito penal se concreta exclusivamente en una lesión significativa de un valor constitucionalmente relevante (voz "Teoría generale del reato", *NDI*, Vol. XIX, Torino, 1973, pp. 14 y ss.); A. Rossi Vannini, *Illecito depenalizzato-amministrativo*, Milano, 1990, p. 128.

²²⁵ Vid. Suay Rincón, "Potestad disciplinaria", cit., p. 1336. La opinión de Waline puede verse en F. Delpéree, *L'elaboration du droit disciplinaire de la fonction publique*, Paris, 1969, pp. 42 y ss., que lo adscribe al grupo de los partidarios de la tesis de la "autonomía" de los Derechos penal y disciplinario. Tras afirmar que ambas infracciones forman parte de la misma familia -en tanto en cuanto las dos aspiran a hacer respetar mediante procedimientos intimidatorios y represivos las normas que un grupo social se ha otorgado a sí mismo- y que presentan una finalidad paralela -el aseguramiento del orden en el seno de la organización-, Waline señala: a) que la institución tutelada a través de la sanción disciplinaria es la Administración del Estado -no el Estado mismo-; b) que sus sujetos pasivos son sólo los funcionarios públicos; c) que las sanciones no afectan más que a las ventajas de la carrera funcional; y d) que la represión no se precede de un procedimiento jurisdiccional. En consecuencia, concluye, no cabría sino apuntar su analogía con respecto a las sanciones penales.

²²⁶ Vid. Nieto García, *Derecho administrativo sancionador*, cit., p. 160.

delitos “del cargo” y las faltas disciplinarias viene sujeta a ciertos límites. Aun contando con la existencia de régimen jurídico propio para las faltas -que, dicho sea de paso, muestra a las claras su paulatina aproximación al Derecho penal²²⁷ -, no puede pasarse por alto que tanto la Constitución Española como el Tribunal Constitucional supeditan el “supraconcepto” de ilícito a los principios contenidos en el artículo 25 CE, en los que debe verse “el Derecho propio del ordenamiento punitivo del Estado, diversificado luego en sus manifestaciones penal y administrativa sancionadora”²²⁸. La discrecionalidad del legislador a la hora de asociar una u otra clase de reacciones jurídicas al comportamiento abusivo de un funcionario hallará su límite en la prohibición regular las infracciones disciplinarias sobre la base de principios contradictorios o incompatibles con los allí plasmados²²⁹, que deben primar sobre todas las normas con rango de ley y, por descontado, sobre las reglamentarias. Evidentemente, en su incorporación a los distintos sectores en que se descompone el *ius puniendi* del Estado, dichos principios presentarán rasgos diferentes, debido a los asimismo diversos carácter, posición y funciones institucionales y constitucionales de la Administración Pública y del Poder Judicial²³⁰. Ya hemos apuntado, sin embargo, y sirva ello

²²⁷ La mejor prueba de ello la encarna el tantas veces aludido RDFCE. La mencionada mayor concreción de las actuaciones merecedoras del calificativo de “falta”, la responsabilidad de quienes inducen a su realización y de quienes las encubren (Capítulo III del Título I), la previsión de la prescripción de las faltas y de las sanciones (arts. 20 y 21) son reglas e instituciones de indudable procedencia penal. Con todo, ese dato no puede servir para ocultar las importantes carencias materiales que presenta, plasmadas, entre otros extremos, en la ausencia de una declaración general de responsabilidad por actos propios o de un listado de causas de justificación o de los criterios a respetar en el momento de la imposición de la sanción que corresponda.

²²⁸ Cfr. Nieto García, *Derecho administrativo sancionador*, cit., pp. 174 y 175.

²²⁹ Cfr. Suay Rincón, “El derecho administrativo sancionador...”, cit., p. 213, aludiendo a la disciplina del Derecho administrativo sancionador general.

²³⁰ *Vid.* Nieto García, *Derecho administrativo sancionador*, cit., pp. 173 y 174. Así, la mayor intervención del reglamento en la tipificación de las faltas disciplinarias, por ejemplo, obedecerá a necesidades técnicas de funcionamiento impuestas por el Derecho administrativo al ser la Administración la que actúa. La distinta estructura de las normas -la división tripartita de las faltas disciplinarias en muy graves, graves y leves y su conexión con un abanico de sanciones, circunstancia planteada en términos diversos por el Código penal- parece ser fruto de la técnica históricamente utilizada en la represión de unas y otras infracciones (cfr. Trayter Jiménez, *Manual de Derecho disciplinario...*, cit., p. 68); y el cumplimiento más rápido de las sanciones disciplinarias vendrá dado, además de por el diferente sistema de recursos, por la incidencia del privilegio de ejecutividad de los actos administrativos.

para completar y cerrar este esquema, que la inaplicación del *non bis in idem* no puede encontrar justificación en ningún caso en la necesidad de que la Administración Pública conserve, de acuerdo con su propio diseño constitucional, una cierta capacidad de autoordenación.

En realidad, si el Derecho penal hace las veces de derecho supletorio de las normas (generales o sectoriales) del Derecho administrativo sancionador, en ausencia de “principios punitivos constitucionalizados” y de reglas propias de Derecho administrativo aplicables al caso²³¹, él mismo contribuirá “a la explicación y justificación de la regla del *non bis in idem* aportando un repertorio de figuras penales (concurso de leyes, concurso ideal, medial y real de delitos) y de sus correspondientes soluciones sancionatorias (acumulación jurídica de penas y exasperación de las mismas)”²³². Por esta vía, el Derecho disciplinario toma prestadas ciertas técnicas jurídicas, cuya aplicación -no reclamada por declaración legal alguna de supletoriedad o de remisión - representa un supuesto de analogía *in peius*²³³.

D. LA VIGENCIA DEL *NON BIS IN IDEM* EN LA CONCURRENCIA ENTRE DELITOS DE FUNCIONARIOS Y FALTAS DISCIPLINARIAS. EL CRITERIO DE LA SUBSIDIARIEDAD COMO MEDIO DE RESOLUCIÓN DE LOS CORRESPONDIENTES CONCURSOS DE LEYES.

En este trabajo se sostiene la tesis de que las únicas restricciones que puede sufrir el principio *non bis in idem* en su proyección sobre las relaciones entre los delitos de los funcionarios y las faltas disciplinarias son las que resultan del análisis comparativo de los tipos concurrentes y, en especial, del de sus correspondientes contenidos de injusto.

Las hipótesis de doble castigo deben solventarse, por consiguiente, trayendo en aplicación las reglas penales relativas a los concursos de delitos y de normas, a las que la jurisdicción contencioso-administrativa ha ido ya recurriendo de forma progresiva²³⁴. La coexistencia de un delito

²³¹ Cfr. Nieto García, *Derecho administrativo sancionador*, cit., p. 190.

²³² *Vid.* Nieto García, *Derecho administrativo sancionador*, cit., p. 409. El artículo 44 REPEPOS ha dado entrada por vez primera en la historia del Derecho administrativo español a la técnica del concurso medial de infracciones.

²³³ Cfr. Nieto García, *Derecho administrativo sancionador*, cit., p. 167.

²³⁴ *Vid.* SSTS de 4 de julio de 1980, 13 de junio de 1986, 1 de junio de 1988, así como la SAN de 16 de enero de 1981.

de funcionario con una o varias faltas con las que no guarda relación de ninguna clase deberá encauzarse con ayuda de los principios que rigen el concurso de delitos, en el caso más habitual del de acumulación²³⁵. De ser éste el caso, el régimen dispensado dispensando por el texto punitivo a las penas accesorias de carácter profesional, concretamente, la discrecionalidad concedida al juez por su artículo 56 para condenar -tomando en consideración la gravedad de los hechos- a inhabilitación especial o a suspensión de empleo o cargo público o a inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión u oficio, permitirá remover el obstáculo a la plena vigencia de la regla del artículo 77. 2 representado por el carácter no homogéneo de las penas y de las sanciones disciplinarias.

²³⁵En estos términos, Octavio de Toledo y Ubieto, *La prevaricación...*, cit., p. 278, nota 1044. A esta cuestión da respuesta la STC 234/1991, al enjuiciar la constitucionalidad del castigo disciplinario impuesto a un funcionario de policía condenado por delito doloso -falso testimonio vertido en una causa penal ajena al servicio-, sanción acordada al socaire del art. 206 del Reglamento de la Policía gubernativa. La sentencia reza: "El interés legítimo de la Administración en su conjunto es el de servir con objetividad los intereses generales (art. 103. 1 CE), el de cada uno de los entes u órganos que la integran, en particular, el de asegurar el funcionamiento eficaz del servicio público que les está encomendado, de donde fácilmente se infiere que la conducta de los funcionarios, como simples ciudadanos, al margen de su función propia, no entra dentro del círculo de interés legítimo de la Administración y no puede ser objeto de la disciplina de ésta; salvo, claro está, y la salvedad es decisiva, que esa conducta redunde en perjuicio del servicio dada la naturaleza de éste. Desde esta perspectiva, la norma que analizamos, en cuanto que aplicada al caso, es evidentemente compatible con el principio ne bis in idem y por tanto su aplicación no ha lesionado el derecho fundamental del recurrente. La tarea propia de la policía gubernativa es, entre otras, la averiguación de los delitos y la persecución de los delincuentes para ponerlos a disposición judicial. Que la eficacia de este servicio se vería perjudicada si a los encargados de llevarlo a cabo se les pudiera imputar la perpetración de aquellos mismos actos que, en interés de toda la sociedad, tienen como misión impedir, es cosa que no ofrece duda alguna, pues no cabe disociar totalmente la Ley de las personas que han de imponer coactivamente su cumplimiento. No se trata, como a veces se ha dicho, de que los miembros de la policía estén permanentemente de servicio, sino de que éste requiere que aquéllos que lo desempeñan no incurran en aquellas conductas que ellos mismos han de impedir o cuya sanción han de facilitar cuando son realizados por otros. La irreprochabilidad penal de los funcionarios de la policía gubernativa es un interés legítimo de la Administración que, al sancionar disciplinariamente a los que han sido objeto de condena penal, no infringe en consecuencia el principio ne bis in idem". Abundando en este criterio, Benlloch Petit se muestra partidario de valorar "en un juicio sobre el caso concreto -y no general para todos los delitos- cuándo el concreto delito fuera de servicio comporta a la Administración un daño añadido relevante", lo que a su juicio sólo acaecería con relación a un reducido núcleo de conductas protagonizadas por funcionarios pertenecientes "a unos cuerpos de la Administración muy determinados" y sujetos a

Si vienen en consideración, en cambio, delitos para los que es posible establecer una correlación con determinadas faltas, el *non bis in idem* deberá regir con todas las consecuencias, ya que la sanción penal prevista para aquéllos no responde únicamente al perjuicio general que han ocasionado, sino que desvalora la totalidad del contenido de injusto de la conducta, esto es, su impacto, además de en el orden general, en el propio servicio público al que se halla incorporado el funcionario²³⁶. En estas hipótesis, el ilícito penal abarcará por regla general al disciplinario, asistiéndose a un concurso aparente de leyes a resolver, en línea de principio, aplicando la regla de la consunción²³⁷. Quiere decirse con ello que si de la valoración

“un deber especialmente intenso de irreprochabilidad penal” (“*El principio de non bis in idem...*”, cit., p. 353, nota 91), como los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado. Así, escribe, “entre los delitos dolosos cabría aislar un cierto grupo de delitos que, por afectar una esfera privada, o por su carácter formal, han de poder ser cometidos por funcionarios pertenecientes a estos cuerpos sin que necesariamente surja la necesidad disciplinaria: piénsese, por ejemplo, en unas injurias fuera de servicio y sin ninguna relación con él, o en un delito de impago de prestaciones familiares del artículo 226 y 227 CP o, por fin, en un delito fiscal, un delito en materia de caza o contra la flora” (*op. cit.*, p. 357, nota 100). Tratándose, en cambio, de delitos comunes, “cometidos en relación con el servicio, o en los que cabe apreciar una afectación al servicio o a la función”, sería el tratamiento recibido por las penas accesorias de carácter profesional en el artículo 55 del texto punitivo de 1995 lo que privaría de sentido a la imposición de nuevas sanciones en el orden disciplinario, “pues su eventual utilidad ya se habrá cumplido por la pena impuesta; y, de no haberse impuesto, vendría a rectificar -de modo ilegítimo- el juicio negativo realizado por el juez o tribunal penal sobre su necesidad” (*op. cit.*, pp. 358 y 359). Los artículos 27. b LOFCSE, 1. b del Reglamento de los Mozos de Escuadra (Decreto 402 / 1982, de 21 de octubre, de la Generalitat de Catalunya) y 92. 2. a de la Ley 4 / 1992, de 17 de julio, del Parlamento Vasco, de ordenación de la administración de seguridad de la Comunidad Autónoma del País Vasco, sancionan disciplinariamente a los sujetos condenados por delito, sin alusiones a su eventual conexión con el servicio o al perjuicio sufrido por la Administración.

²³⁶ Por ello, como apunta Asúa Batarrita (“La tutela penal del correcto funcionamiento...”, cit., p. 52), la regla de la compatibilidad de las faltas disciplinarias con los delitos comunes habrá de excepcionarse tanto cuando la condena penal traiga consigo la imposición de una pena accesoria de inhabilitación o de suspensión del cargo por el tiempo que dure la pena de prisión, si ésta última es la prevista como pena principal, como cuando se trate de delitos comunes cualificados. Lo esencial en ambos casos es que el fundamento de la pena profesional coincidiría exactamente con el de la sanción disciplinaria.

²³⁷ *Vid.* Octavio de Toledo y Ubieta, *La prevaricación...*, cit., pp. 278 y ss.; Quintana López, “El principio *non bis in idem...*”, cit., p. 594; B. Noguera de la Muela, “Comentario a la STS de 16 de enero de 1991”, *LL*, 1991-4, pp. 6 y ss.; González Cussac, *La prevaricación...*, cit., p. 42; en contra, Rebollo Vargas, *La revelación de secretos...*, cit., p. 214.

de la forma concreta en que se ha realizado el supuesto de hecho, activo u omisivo, puede concluirse que el injusto que capta el delito de funcionario incluye ya el contenido de ilicitud de la falta²³⁸, no cabrá acudir a la doble sanción, al haberse perpetrado en puridad un único ilícito que se hace acreedor de una única sanción: la penal²³⁹. En este sentido se pronuncia la STS de 13 de octubre de 1992, que resuelve la impugnación de la presunta desestimación, por silencio administrativo, de un recurso de reposición planteado contra la resolución del Ministerio de Justicia de 2 de diciembre de 1986, en virtud de la cual, y en cumplimiento de los acuerdos del Consejo de Ministros de 1 de agosto y 10 de octubre del mismo año, se había separado del servicio de un funcionario del Cuerpo Especial de Instituciones Penitenciarias. La sentencia señala que “de lo que es decisivo a los efectos del primero de los motivos aducidos en la demanda como fundamento de las pretensiones esgrimidas, que el recurrente fue condenado en la causa penal teniendo en cuenta su cualidad de funcio-

²³⁸ Cfr. A. Sanz Morán, *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, Valladolid, 1986, p. 125; Zugaldía Espinar, *Fundamentos de Derecho penal*, cit., p. 308; Cobo del Rosal / Vives Antón, *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 160; ampliamente, García Albero, “*Non bis in Idem material...*”, cit., pp. 382 y ss.

²³⁹ Dicha solución ha sido acogida también por la SAN de 14 de mayo de 1984, en virtud de la cual “la potestad disciplinaria de la Administración en relación con sus funcionarios tiene su razón de ser en los deberes específicos inherentes a las funciones desempeñadas por aquéllos, y en un supuesto como el que ahora nos ocupa, en el que el incumplimiento de dichos deberes específicos ha sido la razón determinante de la condena impuesta por la Jurisdicción ordinaria, es claro que desaparece dicha razón de ser de la potestad disciplinaria de la Administración, por lo que es obligado concluir que ésta, al imponer al funcionario recurrente la cuestionada sanción, ha conculcado el principio general del derecho non bis in idem, que tiene hoy respaldo constitucional”. En términos parecidos se pronuncia asimismo la STS de 27 de septiembre de 1988, que declara la no conformidad a derecho de la sanción de suspensión del ejercicio de funciones impuesta por el Consejo General de la Abogacía Española a un abogado, después de que hubiera sido condenado por el Juzgado de Instrucción de Oviedo como autor de un delito de apropiación indebida, “pues en virtud del principio ‘non bis in idem’, vigente en nuestro ordenamiento jurídico y reiteradamente proclamado en la Jurisprudencia del TC y de este Tribunal Supremo -Sentencia, entre otras, de 30 de abril de 1986- no cabe que los mismos hechos que han sido ya sancionados en la vía penal puedan serlo también en la administrativa, como constitutivos de infracción disciplinaria; sin perjuicio de las consecuencias que la sentencia firme de condena por delito de apropiación indebida pueda producir en la situación como colegiado del abogado recurrente”. En esa misma línea *Vid.* las SSTS de 16 de enero de 1991 y 13 de septiembre de 1991.

nario de instituciones penitenciarias, y que se le impusieron penas de suspensión añadidas a la de arresto mayor, demostrando las primeras, al igual que la colocación sistemática de los delitos imputados en el CP, que la legislación penal aplicada contemplaba además de la restauración del orden social general, la finalidad de proteger el buen funcionamiento y prestigio de la Administración que preponderantemente se persigue con la tipificación y sanción administrativa de las correlativas infracciones administrativas, hay que concluir que en este caso carece de efectividad la excepción al principio non bis y que la doctrina constitucional viene admitiendo en aquellos supuestos en que por la existencia de una relación de supremacía especial de la Administración está justificado el ejercicio del ius puniendi por los Tribunales... atendiendo a igual finalidad lo que determina que las penas impuestas al recurrente le afecten en la esfera personal y en cuanto funcionario, como ya se dice en la sentencia". Además de favorecer la realización del principio de economía procesal, al presuponer el tratamiento de todas las consecuencias disciplinarias dimanantes del delito en el marco de las consecuencias accesorias penales, esta solución se muestra plenamente respetuosa con la máxima de la subsidiariedad, puesto que el sometimiento de las sanciones penales y las disciplinarias a un idéntico órgano de enjuiciamiento posibilita que, en un juicio global y equilibrado, aquél tome en consideración los efectos de las primeras para moderar y graduar las segundas²⁴⁰

Sin embargo, tal y como destacamos en el momento de criticar las teorías sobre la distinción cuantitativa entre delitos de funcionarios y faltas disciplinarias, el estudio comparativo de las penas y de las sanciones disciplinarias arroja el dato -ciertamente sorprendente- de que esa ecuación no siempre se cumple. La separación del servicio, asociada a las faltas muy graves, será siempre superior, como sanción profesional de carácter perpetuo, a las penas profesionales temporales con que resultan castigados los ilícitos penales específicos de funcionarios tipificados en el texto punitivo²⁴¹. La concurrencia de unas y otros no podría ser salvada

²⁴⁰ Cfr. Benlloch Petit, "*El principio de non bis in idem...*", cit., pp. 362 y 363.

²⁴¹ El artículo 91 LFCE la menciona como uno de los castigos que se siguen de la realización de una falta muy grave, previéndose asimismo en el artículo 14 a RDFCE y todas las disposiciones de carácter disciplinario de los ordenamientos jurídico estatal, autonómico y local. Según el art. 38. 3 LFCE tendrá carácter definitivo, eso sí, "sin perjuicio de los supuestos de rehabilitación", tal y como indica el art. 138. 4 TRRL. Éste mismo cuerpo legal

acudiendo a la regla de la consunción, y ya no por el hecho en sí de que la que en la teoría debería aparecer como *lex consumens* señale a la postre una pena más leve que la hipotética *lex consumptae*. De hecho, la dicción del artículo 8. 31 CP no excluye una solución en este sentido²⁴². El problema estriba en que -según expone García Albero- la absorción por el “marco penal conminatorio” de mayor gravedad no debe ser otra cosa que la demostración de que uno de los ilícitos se integra -valorativamente hablando- en el otro²⁴³. Y considerando que la separación definitiva del servicio supone, sin duda, la sanción disciplinaria más grave de las que podrían aplicarse, provocando la extinción de la relación funcional a tenor de lo dispuesto en los artículos 37. 1. c LFCE y 138. 1. c TRRL y la pérdida de la totalidad de sus derechos, excepción hecha de los que revistan carácter pasivo, se hace difícil aceptar que una revelación de secretos del artículo 417 CP, por ejemplo, castigada con prisión de uno a tres años e inhabilitación especial por tiempo de tres a cinco años si de ella “resultare daño para la causa pública”, pueda funcionar como *lex consumens* con relación a la violación de secretos prevista como falta muy grave en el artículo 31 e LMRFP. Empleando un razonamiento puramente lógico, la regla abocaría a desechar el ilícito penal.

En tanto el legislador no rectifique tales incongruencias normativas, y con independencia de que los efectos de la separación del servicio puedan ser modulados por el órgano de instancia o del recurso, incluso, a la figura de la desviación de poder para excluir la imposición de la sanción disciplinaria²⁴⁴, es en último extremo el principio de subordinación de la autoridad administrativa a la judicial, consagrado en el artículo 23 RDFCE, el único que permite hallar una solución satisfactoria para

establece en su artículo 152. 2 que “los funcionarios de Administración local podrán ser rehabilitados cuando hayan sido separados del servicio por sanción disciplinaria, acreditando la cancelación de antecedentes penales, en su caso, el cumplimiento de las responsabilidades en que hubieran incurrido y que observen conducta que les haga acreedores a dicho beneficio a juicio de la autoridad que deba decidir”, reiterando lo declarado por el art. 66. 3 del Reglamento de Funcionarios de Administración Local de 30 de mayo de 1952, vigente en este extremo de conformidad con la disposición final primera de la Ley 7/1985, de 2 de abril.

²⁴² En este sentido, Cobo del Rosal / Vives Antón, *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 160, nota 17.

²⁴³ Cfr. García Albero, “*Non bis in Idem’ material...*”, cit., pp. 390 y 391.

²⁴⁴ *Vid.* Octavio de Toledo y Ubieto, *La prevaricación...*, cit., p. 296.

estas soluciones concursales²⁴⁵. Con arreglo a él, cuando la jurisdicción penal se halle conociendo ya de los hechos susceptibles de generar responsabilidad disciplinaria la autoridad administrativa deberá abstenerse de actuar, debiendo paralizar el procedimiento administrativo-disciplinario en la eventualidad de que se hubiese iniciado y quedando en sus futuras actuaciones vinculada por el relato fáctico realizado por aquélla. Ello significa que en los concursos “interordinamentales” de normas

²⁴⁵ La STC 177 / 1999, de 11 de octubre, declaró la nulidad de las sentencias penales condenatorias dictadas después de que los tribunales correspondientes tuviesen constancia de la imposición de sanciones administrativas. En ella, de la configuración del *non bis in idem* “como un derecho fundamental del ciudadano frente a la decisión de un poder público de castigarlo por unos hechos que ya fueron objeto de sanción” deduce el Alto Tribunal que “en cuanto derecho de defensa del ciudadano frente a una desproporcionada reacción punitiva, la interdicción del *bis in idem* no puede depender del orden de preferencia que normativamente se hubiese establecido entre los poderes constitucionalmente legitimados para el ejercicio del derecho punitivo y sancionador del Estado, ni menos aún de la eventual inobservancia, por la Administración sancionadora, de la legalidad aplicable, lo que significa que la preferencia de la jurisdicción penal sobre la potestad administrativa sancionadora ha de ser entendida como una garantía del ciudadano, complementaria de su derecho a no ser sancionado dos veces por unos mismos hechos, y nunca como una circunstancia limitativa de la garantía que implica aquel derecho fundamental”. Esta tesis ha recibido contestación doctrinal, habiéndose incidido en que la clave de la preferencia del proceso penal sobre el procedimiento administrativo estriba en la necesidad de rodear “de las máximas garantías la merma de derechos fundamentales que la sanción supone” (cfr. F. Navarro Cardoso, *Infracción administrativa y delito: Límites a la intervención del Derecho penal*, Madrid, 2001, p. 39), así como en que el permitir que el ejercicio de la potestad de castigar quede determinado por un órgano administrativo invita a la picaresca de “eludir el castigo penal por parte de quienes tal vez se apresuran a satisfacer en sede administrativa el importe de la sanción pecuniaria... todavía no impuesta por la correspondiente resolución dictada tras la tramitación del oportuno expediente, no precisamente guiados por un encomiable espíritu cívico, sino con la torcida pretensión de así conseguir el archivo del procedimiento penal, pese a que la ley proclama su prevalencia sobre el administrativo”. El texto entrecomillado pertenece al auto de la Audiencia Provincial de Castellón (Sección 1ª), de 5 de marzo de 1996, citado por Navarro Cardoso, *op. cit.*, p. 43). Para una valoración positiva de la misma, por contra, J. Muñoz Lorente, *La nueva configuración del principio non bis in idem*, Madrid, 2001, pp. 58 y ss. Una corriente doctrinal apuesta por solventar estos casos en que el pronunciamiento penal sigue al administrativo computando lo abonado por la sanción administrativa para determinar la penal. Sobre ello *Vid.* Benlloch Petit, “*El principio de non bis in idem...*”, cit., pp. 327 y 328; M. E. Torres Fernández, “*El principio non bis in idem en la Jurisprudencia constitucional*”, *LL*, 2000 - 4, pp. 3 y 4; M. Corcoy Bidasolo / J. I. Gallego Soler, “*Infracción administrativa e infracción penal en el ámbito del delito medioambiental; ne bis in idem material y procesal*”, *AP*, nº 8, 2000, p. 176.

penales y disciplinarias vendrán salvados siempre por la subsidiariedad de las segundas, que a resultas del *non bis in idem* procesal sólo entrarán en juego cuando no hayan venido en aplicación -con efecto condenatorio- las primeras²⁴⁶.

Para poner en práctica esta interpretación debe superarse, no obstante, el obstáculo que implica el tenor literal del propio artículo 23 RDFCE, que se limita a prescribir la posposición -no la preclusión- de la tramitación del expediente disciplinario cuando los hechos que dieron lugar a su incoación han sido estimados por la jurisdicción penal como constitutivos de un delito contra el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes o de los cometidos por el funcionario en el ejercicio del cargo²⁴⁷. La plena vigencia del principio *non bis in idem* pasa por una reinterpretación de este precepto que permita obligar a la Administración, no sólo a abstenerse de iniciar o continuar el expediente sancionador, sino también a no reanudarlo y a no aplicar ninguna sanción que venga a añadirse a la pena impuesta judicialmente.

En apoyo de esta lectura pueden traerse dos argumentos, asimismo de orden normativo. El primero es que no se halla expresamente excluida por dicha disposición, como bien destaca Quintana López²⁴⁸. El segundo ha sido expuesto, si bien con la mirada puesta en otro sector del Derecho administrativo sancionador, por Barcelona Llop. Este autor explica que

²⁴⁶Vid. Nieto García, *Derecho administrativo sancionador*, cit., p. 444. La STC 38/1988, de 9 de marzo, rompe con una consolidada línea jurisprudencial al declarar la especialidad de un procedimiento disciplinario sobre el correspondiente penal. El caso de autos trataba sobre la realización por un abogado de conductas que podían ser subsumidas tanto en el artículo 570. 5 CPTR73 como en el artículo 449 LOPJ. Un comentario a la misma, con un detenido examen de las razones que justifican la decisión del Alto Tribunal, en E. Mestre Delgado, “¿Una despenalización ‘de facto’? (La discutible especialidad del Derecho disciplinario en el concurso de leyes con las faltas penales)”, en *Estudios penales en memoria del Profesor A. Fernández Albor*, Santiago de Compostela, 1989, pp. 495 y ss.

²⁴⁷En su tenor literal, el artículo 23 emplea la conjunción “y” para poner en conexión los dos grupos de delitos de funcionarios, lo que llevaría a la absurda conclusión de que para poder estimar la suspensión del expediente sancionador la conducta debería integrar un doble ilícito penal. Parece claro que nos hallamos ante una errata y que la voluntad del legislador era la de mencionar alternativamente uno y otro términos, tal y como señala F. J. de León Villalba, *Acumulación de sanciones penales y administrativas. Sentido y alcance del principio “ne bis in idem”*, Barcelona, 1998, p. 337, nota 130) y se sostiene en el texto.

²⁴⁸En este sentido, Quintana López, “El principio *non bis in idem*...”, cit., p. 596.

el que el Tribunal Constitucional avale en ciertos supuestos el doble castigo mediando una relación de sujeción especial no quiere decir que tal posibilidad “sea constitucionalmente necesaria”. Bien al contrario, debe entenderse que para que la Administración pueda sancionar con posterioridad a que lo hayan hecho los tribunales penales ha de contar con una habilitación expresa, lo que significa tanto como que las excepciones al *non bis in idem* tienen que poseer una clara “apoyatura legal”, nunca pueden considerarse “implícitas”²⁴⁹.

De dudarse de la solidez de tales argumentos y entenderse, por consiguiente, que nos hallamos ante una incorrección legislativa de bulto, quedan abiertas todavía otras vías de solución. Siempre será posible, ante todo, alegar la imposibilidad de aplicar el susodicho precepto al ser contrario al sistema de garantías del artículo 25 CE, vertebrado esencialmente en torno al artículo 53 de la propia Carta Magna²⁵⁰. Otra alternativa sería la de activar el mecanismo que describe el artículo 50 RDFCE para lograr la no ejecución de la sanción disciplinaria, al presentarse -como el artículo exige- una “causa fundada para ello”²⁵¹, remedio que podría hacerse

²⁴⁹ Cfr. J. Barcelona Llop, “Las infracciones y sanciones administrativas en la Ley Orgánica 1/1992: Algunos aspectos problemáticos”, *SC*, 1993, p. 129. *Vid.* asimismo A. de Sola Dueñas, “Principio ‘non bis in idem’ y sanciones disciplinarias en el ordenamiento disciplinario”, *RJC*, n.º 4, 1989, p. 113: “No siempre que una ley autorice que las sanciones administrativas puedan acumularse a las penales se actuaría dentro del marco constitucional, si no se cumplen además las exigencias explicitadas por el Tribunal Constitucional. Lo que sí debe resultar evidente es que, dentro de ese marco, los supuestos excepcionales en que, por razón de una relación de supremacía especial de la Administración, las sanciones impuestas por esta última puedan acumularse a una sanción penal han de estar previstos por la ley. Ello es así por cuanto toda excepción del principio ‘non bis in idem’, reconocido como íntimamente unido al de legalidad, en la medida en que afecta a los derechos fundamentales, ha de respetar la reserva de ley”.

²⁵⁰ *Vid.* en este sentido de León Villalba, *Acumulación...*, cit., p. 337, subrayando el dato añadido de que la incompatibilidad con el orden constitucional vendría de la mano de una norma de rango reglamentario.

²⁵¹ Dicho precepto dice: “El Ministro de la Presidencia podrá acordar la inexecución de la sanción, y el órgano competente para resolver podrá acordar sus suspensión temporal por tiempo inferior al de su prescripción. Si la sanción fuera de separación de servicio, el acuerdo de su inexecución o suspensión corresponderá al Consejo de Ministros. Ambos acuerdos deberán adoptarse de oficio, o a instancia del interesado, siempre que mediara causa fundada para ello. En estos casos, con excepción de la sanción por faltas leves deberá ser oída previamente la Comisión Superior de personal”.

extensible a los supuestos en que el proceso penal hubiese finalizado con una sentencia absolutoria en la que se considerasen ponderados todos los extremos del injusto típico de la falta disciplinaria o con el sobreseimiento fundamentado en la inexistencia del hecho, en la declaración expresa de no haber participado el acusado en él o en la exención de responsabilidad penal del mismo, a imagen y semejanza de lo dispuesto por el artículo 9. 4 d de la Ley Orgánica 10 / 1983, de 16 de agosto, de reforma de la Ley de Régimen Jurídico de control de cambios²⁵². Sobra decir que para ambos expedientes técnicos debe reclamarse, con todo fundamento, la etiqueta conceptual de recursos interpretativos *de lege lata*, pues, como explica Benlloch Petit, su objetivo último no es otro que tratar de hacer valer previsiones constitucionales, esto es, “lo verdaderamente vigente, lo que realmente ha de regir”²⁵³

²⁵² Alude a estas hipótesis en tanto limitaciones innatas a la plena virtualidad del *non bis in idem* procesal y a su eficacia en orden a prevenir vulneraciones de su faceta materia, Benlloch Petit, “*El principio de non bis in idem...*”, cit., pp. 340 y 341.

²⁵³ Cfr. Benlloch Petit, “*El principio de non bis in idem...*”, cit., p. 364.

CAPÍTULO V

ESTUDIO DE LA CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE DE PREVALIMIENTO DEL CARÁCTER PÚBLICO DEL CULPABLE (ART. 22. 7ª CP).

A. INTRODUCCIÓN.

En su dicción literal (“Son circunstancias agravantes: ... Prevalerse del carácter público que tenga el culpable”), el artículo 22. 7ª CP podría ponerse en relación con una pluralidad de realidades tan diversas como los propios puntos de vista (metodológicos, dogmáticos, político-criminales) con arreglo a los que cabría conducir su exégesis. La equivocidad de la “definición”, su más que dudosa acomodación a los cánones de determinación y taxatividad que deben informar la ley penal, la constatación de que el propio texto punitivo no emplea el verbo “prevalerse” de una forma unívoca a lo largo de su articulado... constituyen datos más que suficientes para apoyar un juicio desfavorable sobre la técnica utilizada por el legislador en la construcción del precepto¹. Paradójicamente, los contenidos y exigencias típicas de esta circunstancia no han conocido un debate en profundidad en la literatura penal española, que, sin otro norte que los precedentes históricos en la codificación española o las relativamente escasas declaraciones jurisprudenciales², polemiza abiertamente

¹ Cfr. Quintano Ripollés, *Comentarios...*, cit., p. 230: «El precepto es de una ambigüedad extrema, que a menudo le hace inoperante». Recoge sus críticas J. L. González Cussac, voz “Prevalimiento de cargo público”, *NEJ*, T. XX, Barcelona, 1993, p. 453. *Vid.* asimismo Quintero Olivares, *Manual de Derecho penal. Parte General*, cit., pp. 742 y 743. Sobre la voluntad del legislador de 1848 son interesantes las observaciones de J. F. Pacheco: “Observemos en este particular, con qué generalidad tan estudiada está escrita la ley. No hay que decir emplear el carácter público, ni tampoco abusar el poder, como quizá pudo ocurrir a primera vista. Ha buscado una expresión más extensa, más neutra, y ha dicho prevalerse. Toda clase de influencia, directa e indirecta, está comprendida en esa palabra. El Código ha mirado con la atención que debía este punto, y ha querido que no se eximan de su precepto ninguno de los que caigan en esa fea y condenable situación” (*El Código penal concordado y comentado*, Tomo I, 4ª ed. corregida y aumentada, Madrid, 1870, p. 229).

² Entre los códigos penales de nuestro entorno jurídico que acogen la técnica de las circunstancias comunes taxativamente enumeradas en la Parte General, sólo el art. 61 n. 9 del italiano da entrada en el catálogo de agravantes a la comisión del hecho “con abuso de

sobre su ratio o fundamento, sobre su carácter objetivo o subjetivo y personal, sobre su parentesco con el abuso de superioridad y de confianza, y, especialmente, sobre su contenido y presupuestos. En este extremo llama poderosamente la atención el contraste entre la vaguedad de los pronunciamientos sobre el concepto y requisitos del prevalimiento y la unánime apreciación de su inherencia a todos los delitos de la Parte Especial que reclaman al funcionario como elemento de la autoría. Y es que con la apelación a genéricas coordenadas de mayor facilidad ejecutiva y menor riesgo parecen agotarse las posibilidades -y esfuerzos- en la concreción de los diversos modos en que un funcionario puede «prevalerse de su carácter» para delinquir. Más allá de ello, con apoyo en las exposiciones al uso no puede saberse en qué consiste la ventaja que proporciona el carácter público, ni bajo qué condiciones el prevalimiento se traduce o deja de traducirse en un abuso de la función pública.

La poca transparencia de los criterios de atribución de la inherencia del prevalimiento justifica de por sí cualquier intento de contribución a su estudio dogmático y político-criminal. Pero no sólo eso, por supuesto. De la previsión del artículo 22. 7ª se desprende ya que el elemento de la autoría “funcionario público” puede desempeñar un rol fungible o secundario en los esquemas típicos de un delito. Esa instrumentalización que denominados “prevalimiento” supone sólo una de las posibles formas -en este caso, una de las más efectivas- en que un bien jurídico-penal puede resultar agredido. El perfil de ofensividad que dibuja, esto es, la clase y grado de interacción entre las ventajas deparadas por la condición pública y los hechos tipificados en el Código penal que en él toma cuerpo, debe incorporarse como argumento constitucional al debate sobre las

los poderes, o con violación de los deberes inherentes a una función pública o a un servicio público, o bien a la cualidad de ministro de un culto”. La agravante es aplicable a quienes poseen las cualidades de oficial público o encargado de servicio público -disciplinadas por el propio texto punitivo en los artículos 357, 358 y 360-, o de ministro de un culto. Según una parte de la doctrina, las hipótesis de abuso del ejercicio de servicios de necesidad pública podrían sancionarse con arreglo a la circunstancia de abuso de relaciones del oficio, descrita en el art. 69 n. 11. Para un estudio de su contenido y de sus principales problemas aplicativos, A. Santoro, *Le circostanze del reato*, 2ª ed., Torino, 1952, pp. 282 y 283; A. Pagliaro, *Principi di Diritto penale. Parte Generale*, 4ª ed., Milano, 1993, pp. 459 y 460; E. Palermo Fabris, en A. Crespi / F. Stella / G. Zuccalà, *Commentario breve al Codice Penale*, 2ª ed., Milano, 1992, p. 217; T. Padovani, *Diritto penale*, 3ª ed., Milano, 1995, pp. 333 y 334.

técnicas de tipificación de la delincuencia en el ámbito de la función pública. A la delimitación del elemento material del prevalimiento y a su cotejo con la clase de abusos que toman cuerpo en los delitos contra la Administración Pública dedicamos, entonces, las páginas que siguen³.

³La investigación que aquí se lleva a cabo se contrae al campo de la agravante genérica de prevalimiento del carácter público del culpable. En la Parte Especial del Código penal español se detecta la presencia de características formalmente correlativas a aquélla, respecto a las cuales el sistema positivo vigente muestra dos técnicas distintas de incriminación. Fuera de un tipo básico pero conectadas con él aparecen, en primer lugar, ciertas características que generan un marco penal especial, modificativo del legalmente previsto para aquél (cfr. art. 187. 2 -inducción, promoción, favorecimiento o facilitación de la prostitución-; art. 188. 2 -determinación al ejercicio de la prostitución o al mantenimiento en ella-; art. 198 -descubrimiento y revelación de secretos-; art. 552. 2º -atentado-). En otras ocasiones, el prevalimiento acusa un proceso de transmutación en su naturaleza jurídica para erigirse en un verdadero elemento constitutivo de una figura legal (cfr. art. 428, tráfico de influencias). La diversa terminología empleada por el legislador en las correspondientes descripciones normativas (“prevaliéndose de su condición de... funcionario público”, arts. 187. 2 y 188. 2; “prevaliéndose de su cargo”, art. 198; “prevaliéndose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica”, art. 428; “prevaliera de su condición... de funcionario público”, art. 552. 2º) previene ya contra una identificación apriorística e indiscriminada entre todas y cada una de estas locuciones y la prevista en el art. 22. 7ª. Al fin de desterrar toda clase de equívocos, procederá, por ello, definir las con la suficiente precisión, tarea indudablemente más sencilla cuando se trata de elementos que, al formar parte de la acción punible, presentan conexiones objetivas con otros componentes típicos. Sin entrar en el examen de estas hipótesis, sí puede recordarse a tal efecto que la voz “carácter”-término no técnico en el ámbito jurídico- sirve en el DRAL para identificar la “condición dada a una persona o a una cosa por la dignidad que sustenta o la función que desempeña” (acepción 7ª). Desde un punto de vista puramente gramatical, el prevalimiento del “carácter público” parece hallarse en línea, por lo tanto, con las cláusulas empleadas en los artículos 187. 2, 188. 2, y 552. 2º. No quiere decirse con ello que de los resultados del exámen de las restantes no puedan extraerse conclusiones valiosas para el estudio del prevalimiento genérico, nada más lejos, a alguna de ellas recurriremos en este mismo trabajo con la finalidad de ilustrar determinadas facetas de la agravante. Creemos, sin embargo, que deberán jugar únicamente el rol de argumentos que confirmen -desde el empleo que el propio legislador pueda hacer de la agravante en el contexto literal de ciertos artículos- la necesidad de buscar acomodo a ciertos contenidos o, por el contrario, de prescindir de su tratamiento en el marco del art. 22. 7ª CP. Estimamos que ése es el único método que, garantizando plenamente la libertad del intérprete en la fijación de los contenidos del prevalimiento genérico, permite que el trabajo teórico sobre fenómenos normativos de la Parte Especial pueda ser aceptado y recibido con suficiente tranquilidad. Naturalmente, de concluirse que su formulación muestra una situación jurídica peculiar, habrán de catalogarse como circunstancias agravantes especiales no contempladas en el art. 22 CP y que, además de producir una modificación de la pena legal, llevan aparejada la imposición de una sanción profesional basada en la condición especial del agente de la causa modificativa.

B. EL CONCEPTO DE FUNCIÓN COMO CRITERIO DE DELIMITACIÓN NEGATIVA DEL PREVALIMIENTO.

El principal criterio a reactivar en la tarea de delimitación del prevalimiento es el representado por la noción de “abuso de función”, en cuyo significado de límite conceptual negativo de la agravante convienen los comentaristas históricos y buena parte de la literatura y de la jurisprudencia actuales⁴. Si se pretende, en efecto, que la ecuación “mediante el prevalimiento del carácter público el legislador aísla situaciones de aprovechamiento de la condición jurídica de funcionario no necesitadas de protección jurídico-penal específica” sea correcta, aquél deberá contraerse a comportamientos que el mencionado elemento del abuso esté ausente, puesto que todos los hechos punibles en la función pública reciben ya autonomía sistemática y valorativa en la Parte Especial del texto puniti-

⁴“Lo que sucede -escribe G. Rodríguez Mourullo- es que si bien todo abuso implica un prevalimiento del carácter, no todo prevalimiento del carácter entraña un abuso de la función” (cfr. en J. Córdoba Roda / G. Rodríguez Mourullo, *Comentarios al Código penal*, Tomo I, Barcelona, 1972, p. 672). Reiteran ese planteamiento González Cussac, voz “Prevalimiento...”, cit., p. 453; L. Puente Segura, *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal*, Madrid, 1997, p. 551; J. M. Prats Canut, en G. Quintero Olivares (dir.), *Comentarios al Nuevo Código penal*, Pamplona, 1996, pp. 253 y 254. Trazan la diferencia conceptual entre “prevalerse de la condición” y “ejercerla con abuso” A. Groizard y Gómez de la Serna, *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, Tomo I, Burgos, 1870, p. 414; F. Díaz Palos, voz “Abuso de autoridad o poder”, *NEJ*, Tomo II, Barcelona, 1950, pp. 121 y 122; M. Alonso Álamo, *El sistema de las circunstancias del delito. Estudio general*, Valladolid, 1981, pp. 555 y 556; Mo L. Cuerda Arnau, en T. S: Vives Antón (coord.), *Comentarios al Código penal de 1995*, Vol. I, Valencia, 1995, p. 259; I. Olaizola Nogales, “Previsiones específicas en materia de penalidad. Inhabilitación y suspensión. La agravación genérica de prevalimiento de cargo”, en A. Asúa Batarrita (ed.), *Delitos contra la Administración Pública*, Bilbao, 1997, p. 91. J. Cerezo Mir, en cambio, indica que si bien en algunos supuestos de prevalimiento “podrá concurrir también la infracción de un deber si el sujeto es funcionario público y se halla en el desempeño de sus funciones”, dicha infracción estará ausente en la mayor parte de los casos, “por tratarse de un delito común cometido por funcionario al margen del desempeño de sus funciones, pero prevaliéndose de su condición” (*Curso de Derecho penal español. Parte General II. Teoría jurídica del delito*, 60 ed., Madrid, 1998, p. 397). J. J. Bustos Ramírez / H. Hormazábal Malarée optan asimismo por una posición intermedia, exponiendo como razón que la justifica el que el elemento subjetivo de la agravante, el ánimo de utilizar el cargo para la comisión del delito base, podría estar presente en la extralimitación en actos de servicio (*Lecciones de Derecho penal*, Vol. II, Madrid, 1999, p. 406). En la jurisprudencia pueden verse las SSTs de 30 de enero de 1953, de 29 de octubre de 1956, de 9 de junio de 1987, de 14 de febrero de 1990, de 3 de noviembre de 1993 y de 4 de abril de 1994, entre otras.

vo. Habrán de descubrirse, pues, los márgenes de maniobra que los esquemas formales de reparto de competencias dejan a los funcionarios públicos para llevar a cabo un hecho delictivo no representativo de una infracción de la expresada naturaleza, de un abuso de la función pública.

Es posible convocar a los delitos de los funcionarios públicos alrededor de la idea de abuso de función, sirviéndonos para ello de los resultados que arroja una investigación sobre la etimología y sobre el significado del término lingüístico “cargo”, empleado con profusión en el Título XIX CP⁵. “Cargo” representa uno de los vocablos más ambiguos del diccionario jurídico-administrativo⁶, pero el dato de que tanto en el Derecho público como en la doctrina administrativa suele utilizarse como sinónimo de “ejercicio de la función pública” puede apoyar, indudablemente, la tesis que hemos avanzado⁷. En la medida en que locuciones como “faltando a la obligación de su cargo” (art. 408 CP), “por razón de su cargo” (art. 412 CP), “en el ejercicio de su cargo” (art. 419 CP), “acto propio de su cargo” (art. 424 CP) o “del ejercicio de las facultades de su cargo” (art. 428 CP) constituyen elementos del tipo de injusto, no deberá resultar exagerado afirmar que el propio legislador proporciona una definición de estos delitos en la que impera la estrecha conexión entre el comportamiento delictivo y el alcance de las funciones del sujeto, es decir, el ámbito en el que pueden desenvolverse legalmente sus actuaciones como funcionario.

Ahora bien, hay que admitir que aceptar sobre esta base teórica, formal, la existencia de “limitaciones ineludibles” al sistema de imputación propio de los delitos contra la Administración Pública tiene visos de ser una solución de compromiso. En realidad, el discurso sobre la

⁵ Vid. arts. 408, 412. 3, 413, 414. 1, 415, 417. 1, 419, 420, 421, 425. 1, 428, 432. 1, 433, 436, 438, 439, 441 y 442 CP.

⁶ Cfr. J. A. García-Trevijano Fos, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III, Vol. I, Madrid, 1970, p. 355; A. Gallego Anabitarte, *Derecho administrativo I. Materiales*, Madrid, 1990, p. 97.

⁷ Cfr. I. Sánchez García, *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad*, Barcelona, 1995, pp. 60 y 61, con referencias legislativas al RD 707/1979, de 1 de agosto; al artículo 76 LFCE; y al artículo 7. 1. b RRD. Compartimos las críticas que esta autora dirige a la integración en los artículos 417 y 442 del Código penal del concepto de “oficio” como equivalente al de «cargo». La evolución histórica, el significado que recibe en el DRAL, y hasta la interpretación teleológica del contenido del artículo 20. 70 fundamentan el entendimiento del término «oficio» como desempeño de un empleo privado, como profesión: Vid. Sánchez García, *op. cit.*, pp. 65 y 66.

naturaleza de estas figuras se implica fundamentalmente con la puesta en común de los requisitos del artículo 24. 2 CP con cada una de las descripciones típicas contenidas en el Título XIX. Es tomando en consideración esta segunda perspectiva cómo podrán obtenerse rasgos más exactos del concepto de “abuso de función”.

El concepto dogmático de delito funcional (“delinquir en y durante el ejercicio de la función pública”) ha conocido un notable desarrollo desde que Octavio de Toledo y Ubieto y García Arán revisaran críticamente las opiniones vertidas por la doctrina tradicional sobre la rúbrica y contenido del Título VII del Libro II del CPTR⁷³. El elemento verdaderamente capital con vistas a la exégesis de todos los tipos destinados a los funcionarios resultará ser así la “participación en el ejercicio de la función”⁸. A través de su acomodación -normativa, dogmática y político-criminal- al perfil de la delincuencia “en” la función pública, la regulación de los delitos contra la Administración Pública se halla en mejor disposición para repeler -en comparación con otros posibles modelos ideales de ordenación del grupo- la más tradicional de las objeciones de que ha sido blanco: la de que su contenido se nutre de algunos de los múltiples ejemplos de comportamientos irregulares que ofrece el Derecho disciplinario de la función pública, y de que por ello no resulta comprensible ni justificable. Las consecuencias de esta interpretación son evidentes: los hechos cometidos por los funcionarios públicos “fuera o al margen del servicio”, que no presentan en su estructura el momento lógico -explícitamente reclamado por la mayoría de los tipos- de un “intenso” vínculo entre el comportamiento delictivo y el contenido de la función, devienen jurídico-penalmente irrelevantes.

Habitualmente, ese sistema de imputación “funcional” se hace valer en tres de las vertientes que ofrece el estudio dogmático de estas infracciones. En primera instancia, se hace sentir en el proceso de determinación del bien jurídico protegido. Partiendo de la misión global que en el Estado prestacional se atribuye a la Administración, aquél se incardinará en la relación macrosocial que la liga (como Administración servidora) con los ciudadanos (receptores), con la consecuencia de que sólo los comportamientos con efectos perturbadores para los intereses generales

⁸ Cfr. Octavio de Toledo y Ubieto, *La prevaricación...*, cit., pp. 137 y ss.; García Arán, *La prevaricación...*, cit., pp. 30 y 31.

de la comunidad podrán tener acceso a los tipos⁹. Un segundo punto de vista, que ha pasado relativamente desapercibido en la doctrina española, es el que aporta Gracia Martín, quien en su análisis *ad hoc* de la estructura típica de los delitos de los funcionarios públicos identifica en el elemento normativo del ejercicio de la función el fundamento de su tipicidad y de la atribución al funcionario de una posición de garante¹⁰. Finalmente, las operaciones de delimitación de la tipicidad en este ámbito se desarrollan también en los estudios sobre el propio concepto penal de funcionario, en los que los resultados alcanzados por la bibliografía especializada han permitido precisar puntuales aspectos de la relación en que se hallan el requisito de la “participación en el ejercicio de la función” del artículo. 24. 2 CP y las conductas típicas de los delitos de funcionarios¹¹. Sentado que desde el propio tenor literal del artículo. 22. 7^a CP se apela a la instrumentalización de las ventajas dimanantes de la condición jurídica de funcionario público, será esta tercera faceta la que suscite mayor interés en el tema que nos ocupa: el intento de hacer del

⁹ Con ello pretenden aparcarse definitivamente los aspectos meramente organizativos o de funcionamiento interno de la Administración Pública a la hora de fundamentar el injusto típico. En este sentido se manifiestan, entre otros, Octavio de Toledo y Ubieta, *La prevaricación...*, cit., p. 243; T. S. Vives Antón, “La responsabilidad de los jueces en el Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial”, *EPC*, Vol. IX, 1986, p. 277; Álvarez García, *El delito de desobediencia...*, cit., p. 222; García Arán, *La prevaricación...*, cit., p. 38; Queralt Jiménez, *Derecho penal español. Parte Especial*, cit., pp. 557 y 558; Valeije Álvarez, *El tratamiento penal...*, cit., pp. 27 y 28; Rebollo Vargas, *La revelación de secretos...*, cit., pp. 69 y ss.; Orts Berenguer, en Vives Antón / Boix Reig / Orts Berenguer / Carbonell Mateu / González Cussac, *Derecho penal. Parte Especial*, cit., p. 736; Olaizola Nogales, *El delito de cohecho*, cit., p. 139.

¹⁰ Vid. L. Gracia Martín, *El actuar en lugar de otro en Derecho penal, II, Estudio específico del art. 15 bis del Código penal español (doctrina, legislación y jurisprudencia)*, Zaragoza, 1986, pp. 350 y ss.

¹¹ Vid. a este respecto las consideraciones realizadas por Cobo del Rosal, “Examen crítico...”, cit., pp. 241, 248, 250, 254 y 255; Rodríguez Devesa / Serrano Gómez, *Derecho penal español. Parte Especial*, cit., p. 1131; del Toro Marzal, en Córdoba Roda / Rodríguez Mourullo / del Toro Marzal / Casabó Ruiz, *Comentarios al Código penal*, Tomo II, cit., pp. 727 y ss.; T. S. Vives Antón, «Detenciones ilegales», en T. S. Vives Antón / J. - V. Gimeno Sendra, *La detención*, Barcelona, 1977, pp. 47 y ss.; Orts González, *El delito de usurpación...*, cit., pp. 69 y ss.; E. Mestre Delgado, “Responsabilidad penal...” cit., pp. 640 y ss.; Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte Especial*, cit., p. 922; Portilla Contreras, *El delito de práctica ilegal...*, cit., p. 143; L. Zúñiga Rodríguez, *Libertad personal...*, cit., pp. 164 y 165; López Barja de Quiroga, *Manual de Derecho penal. Parte Especial III*, cit., pp. 158 y ss.; González Cussac, *El delito de prevaricación...*, cit., pp. 99 y ss.; Valeije Álvarez, “Consideraciones...” cit., pp. 311 y ss.

abuso de función un medio auxiliar con que reducir en algo la falta de claridad en la configuración del prevalimiento. Éste -y, por extensión, su desarrollo dogmático- se halla en el núcleo mismo de las consideraciones que puedan hacerse al hilo de ella.

La opinión mayoritaria interpreta el requisito de la participación como una referencia final a la función pública y no al hombre que la ejecuta, esto es, a las condiciones subjetivas o personales del funcionario. Extremos como la relación de servicio, el grado de la jerarquía, la retribución, las condiciones de ingreso, los criterios de organización burocrática, las situaciones de dependencia y escalafonaria... son aspectos que - en el entendimiento de aquélla- atañen al ordenamiento jurídico-administrativo, pero no a la esfera penal, que se limitará a comprobar la incorporación a la actividad y la participación real, efectiva, en las funciones públicas¹². Esta orientación refrenda una larga tradición doctrinal y jurisprudencial empeñada en desvincular las nociones penal y la administrativa de funcionario público -caracterizada ésta por su mayor formalización-, y en permitir que tal condición subjetiva se decida, caso por caso, con arreglo a la competencia exclusiva de los tribunales penales, no sometidos a declaraciones de ninguna otra magistratura.

Los delitos cometidos por los funcionarios públicos se configuran así como abusos de poder sobre el plano funcional o competencial, como extralimitaciones en el ejercicio de las competencias que el ordenamiento jurídico confiere al funcionario en relación con ciertos bienes jurídicos individuales o supraindividuales puestos a su cargo¹³. En aplicación lineal

¹² Cfr. del Toro Marzal, en Córdoba Roda / Rodríguez Mourullo / del Toro Marzal / Casabó Ruiz, *Comentarios al Código penal*, Tomo II, cit., p. 733. En el mismo sentido, A. Ferrer Sama, *Comentarios al Código penal*, Tomo II, Murcia, 1947, p. 430: "El desempeño de funciones públicas es indispensable para la cualificación de funcionario, siendo indiferente la índole de dicha función, la esfera en que la misma se desarrolle, el carácter de permanencia o accidentalidad y el hecho de que el sujeto sea retribuido o no"; Cobo del Rosal, "Examen crítico...", cit., pp. 237 y 238; M. Cobo del Rosal / M. Quintanar Díez, en M. Cobo del Rosal (dir.), *Comentarios al Código penal*, Tomo III, Madrid, 2000, pp. 46 y 47; Rodríguez Devesa / Serrano Gómez, *Derecho penal español. Parte Especial*, cit., p. 1127, nota 17, ciñéndose al extremo de la retribución; López Barja de Quiroga, *Manual de Derecho penal. Parte Especial III*, cit., p. 152; Portilla Contreras, *El delito de práctica ilegal...*, cit., pp. 142 y 143.

¹³ Vid. Rodríguez Devesa / Serrano Gómez, *Derecho penal español. Parte Especial*, cit., p. 1131: "Los delitos susceptibles de ser subordinados a otros epígrafes ya existentes deberían trasladarse allí. Su peculiaridad reside en un abuso de poder en relación con el bien jurídico

de este criterio se sostiene que la simple infracción de un deber del servicio desligada de la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico se encuentra en la franja inferior de lo que está amenazado con una sanción penal, debiendo someterse, por imperativo de los principios de subsidiariedad y fragmentariedad, a las determinaciones del Derecho disciplinario¹⁴. Las conductas cuyo contenido de injusto supere -sin intermediación de un abuso de la función- el marco de las infracciones disciplinarias, deberán buscar su relación con el bien jurídico en el ámbito de la delincuencia común, de los tipos con sujeto activo indiferenciado¹⁵.

lesionado o puesto en peligro, como sucede, por ejemplo, en la violación de secretos, que es un delito contra la seguridad en la terminología del Código”; Vives Antón, “Detenciones ilegales”, cit., p. 53 : “la mayor parte, si no todos, de los delitos de los funcionarios públicos constituyen abusos de poder precisamente en el plano objetivo y funcional”; Sainz de Robles Santa Cecilia, *Contribución...*, cit., p. 241, señalando que todos los tipos del Título VII CPTR73 se fundamentan en la existencia de una relación entre delito y competencias funcionales que reviste, caso por caso, formas e intensidad variables: «el funcionario público puede, en efecto, utilizar su poder jurídico o material. Puede proyectar directamente el abuso sobre la función o no. Puede emplear su cargo en beneficio propio o de un tercero...»; Mestre Delgado, “Responsabilidad penal de alcaldes...”, cit., p. 642, quien, tras subrayar que es posible imaginar vulneraciones al deber del servicio penalmente indiferentes, escribe: “el Código penal pretende evitar, configurando estos delitos específicos de funcionarios, que éstos, prevaliéndose de la situación de poder que confiere el ejercicio del cargo, lesionen, además, otros bienes jurídicos dignos de la tutela penal” (cursivas en el original); Zúñiga Rodríguez, *Libertad personal...*, cit., p. 169 : “Este particular elemento -el abuso de poder- que se presenta en todos los delitos de funcionarios como componente de lo ilícito, puede caracterizarse en forma genérica como un *elemento especificador del injusto* que acompaña al desvalor de acto, puesto que expresa un ámbito situacional a partir del bien jurídico: la lesión a bienes jurídicos la realiza el funcionario (sujeto activo) extralimitándose de sus potestades (abusando de su poder). Este elemento especificador del injusto, pues, designa una particular relación del sujeto activo con el bien jurídico : la peculiar posición del funcionario al otorgársele facultades respecto del bien jurídico, acentúa el desvalor de acción porque está abusando de esas facultades que le ha dado el ordenamiento jurídico” (cursivas en el original); Portilla Contreras, *El delito de práctica ilegal...*, cit., pp. 133 y 134, haciéndose eco de la distinción formal entre los delitos de violación de deber y de abuso de poder propuesta formulada por Luigi Stortoni.

¹⁴ Así, expresamente, Rodríguez Devesa / Serrano Gómez, *Derecho penal español. parte Especial*, cit., p. 1131; Mestre Delgado, “Responsabilidad penal de alcaldes...”, cit., pp. 642 y 643. A pesar de todo, debe rechazarse la construcción del Derecho disciplinario como derecho interno de la Administración Pública, ordenado simplemente a la mejor organización del servicio público. Las afinidades y diferencias entre los delitos de los funcionarios públicos y las faltas disciplinarias han de examinarse desde una perspectiva puramente formal.

¹⁵ Rodríguez Devesa / Serrano Gómez, *Derecho penal español. Parte Especial*, cit., p. 1131; Mestre Delgado, “Responsabilidad penal de alcaldes...”, cit., pp. 642 y 643.

A la hora de precisar en alguna medida este concepto de abuso de poder competencial domina en la doctrina española, por lo que alcanzamos a ver, la tesis de Vives Antón, que pasamos a exponer sintéticamente¹⁶. Para Vives el poder engloba tanto los actos emanados del ejecutivo como los producidos por los órganos legislativos y judiciales, y, por lo que atiene a los primeros, tanto los actos administrativos, como los actos de gobierno y los técnicos o materiales¹⁷. El abuso, por su parte, se sustanciaría en una actuación para la que el funcionario es relativamente incompetente en el plano funcional u objetivo, esto es, en la realización de un acto de la naturaleza de los que podría ejecutar en virtud de las potestades que le vienen legalmente reconocidas. *A contrario sensu*, cuando el agente actuase con usurpación de poder -como titular de un órgano diverso de aquél en el que efectivamente se hallase encuadrado- decaería toda connotación jurídico-funcional en su intervención¹⁸.

Pero según esta tesis consolidada, para dar vida al abuso de función propio de los delitos de funcionarios será preciso algo más que una extralimitación en el ejercicio objetivo de las competencias públicas. Abundando en la interpretación teleológica de los delitos de funcionarios públicos contra las garantías constitucionales, Vives Antón y los autores que le siguen traen a colación en este punto un componente del concepto normativo «participación del ejercicio de la función pública» que se desprende de la propia disciplina normativa de la función pública. Se trata de su elemento finalístico, consistente en las finalidades típicas, taxativas, para cuya consecución el ordenamiento jurídico otorga potestades, competencias¹⁹. Ese

¹⁶ Vives Antón, “Detenciones ilegales”, cit., pp. 51 y ss. Vives elabora su construcción tomando como referencia diversas declaraciones jurisprudenciales (*op. cit.*, p. 51, nota 25). A ella se han adscrito posteriormente, entre otros, Bustos Ramírez, “El delito de práctica...”, cit., p. 351; González Cussac, *El delito de prevaricación...*, cit., pp. 93 y 100; Zúñiga Rodríguez, *Libertad personal...*, cit., pp. 176 y ss.; Portilla Contreras, *El delito de práctica ilegal...*, cit., pp. 151 y ss.; Valeije Álvarez, *El tratamiento penal...*, cit., pp. 199 y ss.; F. Alonso Pérez, *Detenciones ilegales cometidas por funcionarios públicos en el nuevo Código penal*, Madrid, 1997, pp. 78 y 79. Para una reseña actualizada de la jurisprudencia que ha secundado esta línea de trabajo, *Vid.* Cobo del Rosal / Quintanar Díez, en Cobo del Rosal (dir.), *Comentarios al Código penal*, Tomo III, p. 42, nota 40.

¹⁷ Vives Antón, “Detenciones ilegales”, cit., p. 52.

¹⁸ Vives Antón, “Detenciones ilegales”, cit., pp. 53 y 54.

¹⁹ *Vid.* Vives Antón, “Detenciones ilegales”, cit., p. 52; Bustos Ramírez, “El delito de práctica ilegal...”, cit., p. 352; Portilla Contreras, *El delito de práctica ilegal...*, cit., pp. 161 y ss.;

componente no se identifica -subraya Bustos Ramírez- ni con una intencionalidad trascendente del sujeto, ni con un elemento subjetivo del injusto²⁰, pudiendo llegar a coincidir, incluso, con cualquier propósito particular del funcionario (aversión personal, satisfacción por un agravio precedente, intereses mezquinos)²¹. Se trata, por el contrario, de un elemento que forma parte de la situación normativa que habilita al funcionario para intervenir, es decir, de un elemento cuya presencia deberá determinarse de modo objetivo, y en cuya ausencia la actuación que pudiera producirse no podría contemplarse ya -objetivamente- como la de una función pública²². Con arreglo a ello, quedarán fuera de toda consideración en el ámbito del artículo 530 CP, por ejemplo, las deten-

Zúñiga Rodríguez, *Libertad personal...*, cit., p. 177; Alonso Pérez, *Detenciones ilegales...*, cit., pp. 78 y 81. Todos estos autores refieren que en el caso concreto de la detención el componente teleológico de la función será primordialmente el indicado por el artículo 17. 2 CE («posibilitar averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos» y poner al detenido «a disposición de la autoridad competente»); pero también las finalidades establecidas para cada uno de los supuestos en que las leyes prevén la aplicación de dicha medida, como la custodia de presos por parte de un funcionario penitenciario, o la no puesta en libertad de un detenido en toda regla por la autoridad judicial.

²⁰ Bustos Ramírez, “El delito de práctica ilegal...”, cit., p. 352. En el mismo sentido, Portilla Contreras, *El delito de práctica ilegal...*, cit., pp. 162 y 163; Zúñiga Rodríguez, *Libertad personal...*, cit., p. 178. Partiendo de otros preconceptos de función pública, subrayan el carácter normativo del elemento teleológico característico de las tareas o potestades públicas del Toro Marzal, en Córdoba Roda / Rodríguez Mourullo / del Toro Marzal / Casabó Ruiz, *Comentarios al Código penal*, Tomo II, cit., pp. 732 y 741; M. A. Cobos Gómez de Linares, en J. López Barja de Quiroga / L. Rodríguez Ramos (coord.), *Código penal comentado*, Madrid, 1990, p. 321. En otro sentido, probablemente, Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte Especial*, cit., pp. 924 y 925.

²¹ Vives Antón escribe que “no basta la concurrencia, ni siquiera la prevalencia, de móviles privados en la conducta del funcionario, para que éste pierda la condición de tal, a efectos del delito que nos ocupa” (“Detenciones ilegales”, cit., p. 55). Vid también Portilla Contreras, *El delito de práctica ilegal...*, cit., pp. 162 y 163; Zúñiga Rodríguez, *Libertad personal...*, cit., p. 178.

²² Vid. Vives Antón, “Detenciones ilegales”, cit., p. 55; Bustos Ramírez, “El delito de práctica ilegal...”, cit., p. 352; Portilla Contreras, *El delito de práctica ilegal...*, cit., pp. 161 y 162; Zúñiga Rodríguez, *Libertad personal...*, cit., p. 178; Alonso Pérez, *Detenciones ilegales...*, cit., pp. 81 y 82, con indicaciones jurisprudenciales. Con carácter general, la doctrina se hace eco de los pronunciamientos del Tribunal Supremo que determinan la pérdida de la cualidad de funcionario a los efectos de la protección privilegiada que la ley le otorga en sede de atentados, resistencias y desobediencias (arts. 550 y ss., Capítulo II, Título XXII CP) cuando se extralimitan en sus funciones actuando, con una falta absoluta de competencia, para satisfacer fines particulares (cfr. J. Cerezo Mir, «Los delitos de atentado propio, resistencia

ciones practicadas por un funcionario público competente exclusivamente para escarmentar, vejar, molestar o retener en custodia privada a una persona²³.

Las construcciones que discurren por esta vertiente de la función pública no suponen, sin embargo, ninguna ganancia para la solución del problema relativo a la posibilidad de situar en el trasfondo de todos los delitos de funcionarios un concepto unitario de abuso de función. Esa regla teleológica no puede ser empleada para la comprensión de figuras que se ubican en el “núcleo duro” del Derecho penal de la función pública (el cohecho, la revelación de secretos, la malversación de caudales públicos, el tráfico de influencias...), en las que, obviamente, la conducta delictiva no responde en modo alguno a un abuso con finalidades públicas. Por ello, con relación a ese criterio finalístico de definición del abuso de función, queremos dejar sentada ya una premisa en la que incidiremos en otros momentos de este trabajo. Lo reclamamos como elemento exclusivamente válido y utilizable a efectos interpretativos en el contexto normativo en el que ha sido descubierto y desarrollado: el de los delitos de los funcionarios contra las garantías constitucionales del Capítulo V del Título XXI CP. No hay que olvidar que el concepto establecido por el artículo 24. 2 del CP es un concepto funcional, que debe construirse atendiendo a las particularidades y finalidades político-criminales de cada tipo delictivo²⁴. A propósito de éstas últimas, en un momento anterior

y desobediencia», *REP*, año XXII, n.º 173, 1966, pp. 331 y ss.; J. Mestre López, *El delito de desobediencia a la autoridad o a sus agentes (Estudio del Artículo 237 del Código penal)*, Barcelona, 1986, pp. 30 y ss.; C. Juanatey Dorado, *El delito de desobediencia a la autoridad*, Valencia, 1997, pp. 99 y 100, con ulteriores indicaciones). En la exégesis del art. 24. 2 CP apelan a este criterio del Toro Marzal, en Córdoba Roda / Rodríguez Mourullo / del Toro Marzal / Casabó Ruiz, *Comentarios al Código penal*, Tomo II, cit., p. 729, y E. Orts Berenguer, en M. Cobo del Rosal / T. S. Vives Antón / J. Boix Reig / E. Orts Berenguer / J. C. Carbonell Mateu / J. L. González Cussac, *Derecho penal. Parte Especial*, 2ª ed., Valencia, 1996, p. 273, en ambos casos en apoyo de su rechazo a la construcción del concepto jurídico-penal de funcionario público en términos estatutarios.

²³ *Vid.* Bustos Ramírez, “El delito de práctica...”, cit., p. 352; Zúñiga Rodríguez, *Libertad personal...*, cit., p. 178.

²⁴ *Cfr.* Cobo del Rosal, “Examen crítico...”, cit., p. 246; Cobo del Rosal / Quinanar Díez, en Cobo del Rosal (dir.), *Comentarios al Código penal*, Tomo III, cit., pp. 47 y 49; del Toro Marzal, en Córdoba Roda / Rodríguez Mourullo / del Toro Marzal / Casabó Ruiz, *Comentarios al Código penal*, Tomo II, cit., p. 728, nota 14; Queralt Jiménez, *Derecho penal español. Parte Especial*, cit., p. 480.

hemos intentado demostrar su diversidad con relación a los dos grupos de delitos de funcionarios contemplados por el Código penal español.

Llegados a este punto, contamos ya con elementos suficientes para hacer efectiva esa delimitación negativa del elemento material de la agravante de «prevalimiento» preconizada por la bibliografía; aquél se integrará de un abuso de las ventajas proporcionadas por la condición jurídica de funcionario no constitutivo de un abuso de función. Debemos tratar de hallar ahora un criterio para su definición en un plano positivo. Esa tarea puede articularse a partir de los estudios de la doctrina jurídico-administrativa sobre la relación funcionarial.

C. EL CONTENIDO DE LAS DIVERSAS SITUACIONES JURÍDICAS FUNCIONARIALES COMO CRITERIO DE DELIMITACIÓN POSITIVA DEL PREVALIMIENTO.

La doctrina administrativa señala que el contrato de función pública es causa de una doble relación jurídica entre el funcionario y la Administración Pública : de una relación de servicios y de una relación orgánica. De la primera, que es la que se articula entre la Administración y el sujeto titular del órgano, se deriva las potestades de expresar la voluntad del ente y de actuar por él. Es un vínculo interno, que subsiste en tanto se conserve la titularidad de un órgano público y que nace con el acto de toma de posesión del cargo. La relación de servicios, por el contrario, se establece con el sujeto titular del órgano pero en tanto persona física sujeto individual, distinta del ente público y potencialmente enfrentada al mismo, frente al que ostenta derechos y deberes. Es un vínculo externo y anterior en el tiempo al orgánico, pues nace con el acto de nombramiento -como declaración del funcionario-, una vez culminado el procedimiento correspondiente a la función de que se trate (oposición, concurso, nombramiento con aceptación, etc.)²⁵.

²⁵ Cfr. J. A. García Trevijano-Fos, «Relación orgánica y relación de servicios en los funcionarios públicos», *RAP*, n° 13, 1954, pp. 53 y ss.; R. Entrena Cuesta, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, 5ª ed., Madrid, 1964, pp. 168 y ss.; J. A. Santamaría Pastor, *Apuntes de Derecho Administrativo. El personal al servicio de la Administración Pública*, Madrid, 1982, pp. 41 y ss.; L. Ortega Álvarez, en Parejo Alfonso, L. / Jiménez-Blanco, A. / Ortega Álvarez, L., *Manual de Derecho Administrativo*, Vol 2, 4ª ed., Barcelona, 1996, p. 3.

El espectro de opiniones distintas sobre los contenidos de una y otra relaciones es muy amplio. A efectos orientativos, cabe apuntar que los intentos de desglosar las situaciones jurídicas subjetivas que corresponden a la relación orgánica toman como referencia dos datos : el primero, que atiende al ejercicio de la función pública; y el segundo, que constituye el título jurídico para la atribución a una persona física de una serie de derechos -y obligaciones correlativas-, entre los que se incluye, además del derecho a la jerarquía y a las prerrogativas y a los honores inherentes al órgano, el derecho a ejercitar la función o competencia propia del órgano²⁶. Según reza el art. 12 de la LRJPAC, ésta es irrenunciable «y se ejercerá precisamente por los órganos administrativos que la tengan atribuida como propia, salvo los casos de delegación o avocación cuando se efectúa en los términos establecidos en éstas u otras leyes». De la relación de servicios se desprendería, en cambio, la carrera del funcionario, el derecho al cargo y a la inamovilidad de la residencia²⁷ y -lo que debe reclamar especialmente nuestra atención-, un complejo de situaciones instrumentales de carácter material o técnico finalísticamente orientadas al fiel desempeño de la función, a la colaboración leal con los superiores, a la cooperación para el mejoramiento de los servicios y a la consecución de los fines de la unidad administrativa en la que se hallan destinados los funcionarios (art. 76 LFCE)²⁸.

Como elemento material del prevalimiento debe mencionarse, ante todo, pues, la utilización de cualquiera de las situaciones jurídicas funcionariales relativas a la relación de servicios, en tanto permitan a un sujeto investido de tal condición ejecutar con mayor facilidad y mayores posibilidades de éxito cualquier conducta delictiva y no integren uno de los abusos de facultades instrumentales con respecto al ejercicio de la función tipificados ya en el Título XIX del Código penal. De todas esas actividades técnicas o materiales interesa destacar, en particular, el acceso del funcionario a los bienes y objetos que componen el substrato

²⁶ García Trevijano-Fos, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III, Vol. I, cit., pp. 466 y ss.; Santamaría Pastor, *Apuntes de Derecho Administrativo*, cit., pp. 41 y 42.

²⁷ *Vid.* Entrena Cuesta, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, cit., pp. 429 y ss.; Santamaría Pastor, *Apuntes de Derecho Administrativo*, cit., pp. 42 y 43.

²⁸ Santamaría Pastor, *Apuntes de Derecho Administrativo*, cit., pp. 101 y ss., en especial pp. 114 y ss.

material de los órganos administrativos, que deben considerarse como una realidad jurídica diversa, tanto de las funciones públicas que constituyen su acervo competencial como de las personas físicas a las que se confieren. El desarrollo de actividades puramente técnicas llevará frecuentemente aparejado, por ejemplo, el acceso físico a los medios materiales con que el órgano administrativo viene dotado por el ordenamiento para llevar a cabo sus funciones características. En nuestra opinión, y de acuerdo con su fundamento próximo, la agravación deberá extenderse en este caso a quienes se aprovechan a la hora de ejecutar el delito base de las facilidades que les proporcionaba su puesto de trabajo, con independencia de que su tarea específica consistiese o no en su manejo o custodia, y ya fuesen éstos de facto, como práctica habitual o por delegación. La recurrente apreciación jurisprudencial del prevalimiento en supuestos de sustracción de impresos oficiales, de sellos, de pasaportes o, en general, de documentos públicos u oficiales, al fin de realizar alteraciones falsarias o de confeccionar los documentos mendaces, así como de exhibición o de empleo de armas con el propósito de coaccionar, de amenazar, de producir lesiones o de provocar la muerte fuera de los supuestos establecidos por la ley sirve para ilustrar gráficamente esta faceta de la agravante.

La determinación por el ordenamiento jurídico tanto de las armas, técnicas e instrumentos utilizables por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en el ejercicio de la coacción directa, como de los principios rectores que deben presidir su utilización reviste por este motivo gran interés. Sobre el primer extremo, y a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos jurídicos, el Derecho español acusa la inexistencia de una normativa general a nivel legal²⁹. Sobre el segundo, la regulación

²⁹ Vid. J. J. Queralt Jiménez, *Introducción a la Policía Judicial*, 3ª ed., Barcelona, 1999, pp. 248 y 249. Queralt califica de “altamente insignificante” el único de los artículos que el RD 1384 / 1987 dedica a la dotación armamentística de la Guardia Civil, el 22. 3º (“Uno.- Los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía, en las situaciones de servicio activo y segunda actividad con destino, irán provistos obligatoriamente de alguna de las armas que se establezcan como reglamentarias, durante el tiempo que presten servicio, salvo que una causa justificada aconseje lo contrario. Dos.- Cuando la operatividad de los servicios públicos exija el empleo de una mayor protección o acción los funcionarios podrán portar cualquier arma o medio coercitivo cuyo uso esté reglamentariamente establecido. Tres.- Todo el personal deberá conocer, de forma técnica y práctica, la utilización y uso adecuado de las armas y demás medios coercitivos que se empleen en las actuaciones policiales, para lo cual recibirá la formación y entrenamiento precisos”).

básica es la sentada por el artículo 54 LOFCSE y por la circular interna de la Dirección General de la Policía de 14 de abril de 1983 sobre utilización de armas de fuego por miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, que determinan como tales los de habilitación legal, idoneidad del medio empleado, necesidad de su empleo y proporcionalidad³⁰.

Al margen de las situaciones jurídicas del servicio, el prevalimiento también puede adoptar como objeto las situaciones jurídicas inherentes a la relación orgánica distintas de la competencia, toda vez que es la extralimitación de ésta en el plano funcional, objetivo, la que conforma -como se ha señalado repetidamente- el abuso de función que está en la base de los delitos de los Títulos XIX y XXI, Capítulo V, del CP. Es posible, así, que el funcionario recabe las ventajas comisivas de la exteriorización formal de la propia identidad como titular del cargo público, esto es, de su presentación ante los particulares como un agente de la autoridad. La exhibición del carácter público es un derecho inherente a la relación orgánica e incluso en algunos supuestos una regla o un requisito adicional al ejercicio de la competencia misma. Esto es lo que sucede, por ejemplo, en el artículo 3 de la LOFCSE, a cuyo tenor los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad “deberán identificarse debidamente como tales en el momento de efectuar una detención”. No debe perderse de vista, sin embargo, que al propio tiempo representa un elemento idóneo para insinuar o para crear situaciones que supriman o vicien la voluntad de los particulares; o que los induzcan a error, al inhibirse aquéllos de verificar la licitud o la ilicitud de lo que se les solicita, ante la confianza que les inspiran las decisiones procedentes de los agentes del Estado.

Según se ha avanzado, el primero de los criterios a utilizar para operar una individualización del elemento material del prevalimiento viene integrado por el concepto de abuso de función en términos objetivos o de competencia. Esta orientación tiene tan sólo un valor relativo, debiendo acompañarse de criterios complementarios.

El abuso de las potestades de coacción directa define el tercero de los ámbitos de vigencia de la agravante. Efectivamente, en alusión a los delitos contra las garantías constitucionales hemos indicado que, preexistiendo competencia para ejecutar actos o procedimientos típicos de

³⁰ Vid. Sánchez García, *Ejercicio legítimo del cargo...*, cit., pp. 228 y ss.; Queralt Jiménez, *Introducción a la Policía Judicial*, cit., pp. 244 y ss.

idéntica naturaleza que la del que ha dado lugar al delito, el abuso de la misma en la realización de una finalidad distinta de la legalmente prefijada provoca la pérdida de la condición de funcionario, al no verificarse el requisito típico de la participación del ejercicio de la función pública. Está claro, sin embargo, que en este caso el funcionario habrá empleado en la ejecución de un delito común una potestad pública, un poder exorbitante, idóneo para interferir unilateralmente en las esferas jurídicas subjetivas de los particulares. Las conductas a inscribir en este grupo de supuestos serán, fundamentalmente, las relacionadas con el uso de la fuerza por parte de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, la denominada coacción directa en materia de orden y la seguridad públicas, un campo en el que los contenidos de la agravante pueden beneficiarse de un mayor grado de pormenorización, habida cuenta de que, por consecuencia del mandato constitucional de sometimiento de los poderes públicos a la propia Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (arts. 9. 31 y 103. 11 CE), toda facultad o competencia que conlleve restricciones o ablaciones de los derechos fundamentales y/o las libertades públicas debe venir otorgada por una norma con fuerza de ley -orgánica, incluso, si la intervención afecta a aquéllos incluidos en la Sección 1ª del Capítulo 2º del Título I de la Constitución (art. 81. 1 CE)-³¹.

D. EL TRATAMIENTO JURÍDICO- PENAL DE LAS MODALIDADES ATÍPICAS DE ABUSO COMPETENCIAL: LA CONSTRUCCIÓN DEL PREVALIMIENTO COMO CLÁUSULA RESIDUAL DE RESPONSABILIDAD POR ABUSOS EN EL EJERCICIO DEL CARGO.

Las conclusiones alcanzadas en punto a la operatividad del prevalimiento nos permiten afrontar y resolver el problema de su relación con las conductas delictivas realizadas por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos, es decir, en el ámbito de las competencias que les corresponden en tanto titulares de los órganos administrativos. La delimitación de la esfera de aplicación de uno y otras se ha conducido por vías diversas y hasta irreconciliables, en el sentido de que mientras para el primero se ha adoptado el criterio de la eficacia de la condición jurídico-pública en orden a posibilitar o facilitar la ejecución de un delito, en las

³¹ Vid. Sánchez García, *Ejercicio legítimo del cargo...*, cit., pp. 209 y ss.; Queralt Jiménez, *Introducción a la policía Judicial*, cit., pp. 39 y 40.

segundas se ha identificado una extralimitación en el ejercicio de la función pública que cubriría pero al propio tiempo desplazaría y se opondría a aquél. Diríase que la determinación del elemento material del prevalimiento ha pretendido resolverse con un “aceptable” grado de seguridad jurídica a costa de dar por sentada su incompatibilidad estructural con los esquemas normativos de los tipos del Título XIX (“Delitos contra la Administración Pública”) y del Capítulo V del Título XXI CP (“Delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales”). Esta línea de trabajo reclama un proceso de control y verificación, toda vez que presupone la existencia de formas de realización objetiva de un abuso competencial situadas a caballo de ambas hipótesis (el “carácter”, la “función”), y que ni poseen el sentido de las conductas típicas de los delitos contra la Administración Pública, ni constituyen situaciones fácticas que puedan subsumirse en el artículo 22. 7^a CP bajo la forma de un abuso de las relaciones o de las situaciones correspondientes a la relación de servicios del funcionario.

Como punto de partida para ese proceso puede aceptarse que, efectivamente, la creación de la agravante tiene lugar en el marco preestablecido por la Parte Especial del Código penal, a título de cláusula de recogida de los abusos no tipificados. A esa conclusión obliga la caracterización formal de su círculo de autores : los funcionarios públicos. En este sentido, el impacto producido por aquélla en el sistema del Derecho penal de la función pública podría contemplarse muy gráficamente desde la perspectiva de un “traspaso” o “transferencia” de contenidos que provoca, como resultado más visible, la imposibilidad de considerar técnicamente “prevalimiento” aquellos hechos para los que el texto punitivo ya ha reservado una estructura y una sanción autónomas, bien como delitos específicamente destinados a los funcionarios, bien como delitos comunes agravados.

Sin embargo, el hecho de que el legislador haya circunscrito indirectamente su ámbito de vigencia material mediante la descripción de los abusos de función más graves y frecuentes, no implica que se haya desentendido de aquéllos otros que “simplemente” *podrían acompañar* a la realización de los delitos comunes. Desde luego, no es ésa la solución que sugiere el vigente sistema de política legislativa con relación a los abusos contenidos en el Capítulo V del Título XXI CP. Precisamente, la función de la norma del artículo 542 CP -que tipifica el impedimento del ejercicio

de los derechos fundamentales que pueden hacerse valer ante los funcionario cuando venga protagonizado por aquéllos de los que depende y no haya sido ya objeto de sanción en las restantes normas del Capítulo³²- es la de destacar los derechos individuales respecto a los cuales los peligros de extralimitación desde la actividad pública no aparecen como empíricamente elevados, notables.

La existencia de la figura del impedimento de derechos cívicos expresa claramente la vigencia del principio de subsidiariedad en la distribución sistemática de la materia de los “abusos competenciales o de función” en el Código penal. Pues bien, con la salvedad de la objetiva ausencia en el texto punitivo de una definición general del abuso de función punible, nada induce a pensar que ese mismo principio -la subsidiariedad- no pueda mantenerse con todas las consecuencias a la hora de examinar las relaciones existentes entre las figuras nominadas de la Parte Especial y la agravante 7^a.

No hay que perder de vista el dato de que la constitución de una nueva agravante -o la dotación de nuevos contenidos materiales a la misma- es trasunto de ideas de justicia y de proporcionalidad³³. Los intereses político-criminales pueden y deben jugar un papel en la decisión legislativa. Por consiguiente, el debate sobre la conveniencia y oportunidad de engrosar los contenidos del prevalimiento con instrumentalizaciones en el ejercicio de las competencias propias del cargo desempeñado por el funcionario no puede tener otro eje que su virtualidad para traducirse en la más fácil y más segura comisión de un hecho punible. Y conviene recordar a este propósito que, de no hallarse acomodo para el abuso funcional en el elemento objetivo del prevalimiento, la exaspera-

³² Combinando los análisis sobre el objeto de la acción y sobre la conducta, H. Roldán Barbero propone un listado de derechos fundamentales a encajar en el ámbito del artículo 542 CP que incluye, entre otros, los derechos a usar el español y el catalán, gallego y vasco, en aquellas Comunidades Autónomas en las que sean lenguas oficiales (art. 31 CE); el derecho a elegir libremente la residencia (art. 19 CE); el derecho a la libertad de expresión, siempre que el impedimento de su ejercicio no se traduzca en alguna de las conductas del artículo 538 CP (art. 20. 1. a CE); los derechos jurisdiccionales, salvo los específicamente protegidos (art. 24 CE); el derecho a la libertad de sindicación y a la huelga (art. 28 CE); y el derecho a la libre elección del trabajo y a la promoción laboral (art. 35 CE). Cfr. “El delito de impedir...”, cit., pp. 1602 y 1603.

³³ Vid. Cobo del Rosal / Vives Antón, *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 880.

ción de la pena en los casos en que facilita la lesión de cualquier bien jurídico de un modo irrelevante desde la perspectiva de cualquiera de las figuras de los Títulos XIX y XXI CP quedaría a merced de las agravantes de abuso de superioridad o de alevosía, circunstancias de *ratio*, de ámbito y, eventualmente, de estructura no intercambiables con los de aquél.

Lo más razonable será, en definitiva, suponer que el legislador se ha guiado por un criterio puramente cuantitativo en la organización de los contenidos típicos de los abusos competenciales y de la agravante. Frente a aquellos “fragmentos” de acciones prohibidas por el ordenamiento jurídico de los que se ocupan las conminaciones penales del Título XIX CP, la positivización del prevalimiento se significa, entonces, como una medida de racionalización, permitiendo la armonización de un sistema caracterizado, de otra manera, por un desequilibrio entre ciertos abusos del método casuístico y la desatención a las agresiones con abuso de función proyectadas sobre valores individuales y colectivos. Lejos de propiciar la “inmunización del Derecho penal”, esa aparente ausencia de contenidos típicos en la circunstancia constituye en realidad expresión de una depurada técnica legislativa, merced a la cual, y sin necesidad de esperar a las esforzadas elaboraciones de la doctrina y la jurisprudencia, viene a prevenirse la aparición de una significativa laguna legal. En suma, desde la concepción que sitúa la *ratio* de la agravante en la conexión entre la condición funcional y el delito, o sea, en la mayor facilidad para la ejecución de éste procedente de la posesión de aquélla, ni parece necesario ni siquiera oportuno (político-criminalmente hablando) prescindir de los abusos de función en el elemento material del prevalimiento.

Ese esquema de racionalización del que venimos hablando tiene, además, posibilidades reales de funcionamiento efectivo. Adoptando como figuras-guía las que dan vida a los delitos del cargo del Capítulo V del Título XXI y del Título XIX CP, será posible reconstruir “paradigmas” de abuso competencial en los que el intérprete podrá encontrar un firme punto de partida para el estudio del elemento material u objetivo de la agravante. Siendo más precisos, aquéllos se obtendrán a través de la provocación de un déficit de tipificación, en lo atinente al objeto material, a los elementos subjetivos del injusto o a las cláusulas valorativas que suelen acompañar -como pautas o indicios de gravedad- a las conductas típicas. Si bien los “subtipos” resultantes, carecerán, por imperativo del principio de legalidad penal, de las propiedades criminales de los

abusos nominados, integrarán, con toda seguridad, modalidades de prevalimiento.

Perfilado el método de trabajo y a título meramente ejemplificativo, enunciaremos únicamente dos hipótesis tomando como referencia los delitos de impedimento del ejercicio de derechos cívicos (art. 542 CP) y de prevaricación administrativa (art. 404 CP).

Para dar respuesta a aquellas desviaciones funcionales que afectan a derechos no “fundamentales” o respecto a cuyo ejercicio el funcionario se halla en una relación diversa de la requerida por la primera de las figuras, cabrá proponer -de acuerdo con los caracteres que revistan las conductas- la aplicación de los tipos comunes de coacciones o amenazas con intervención, en su caso, del prevalimiento³⁴.

El fundamento de la tipicidad del delito de prevaricación estriba, por su parte, en la conducta de dictar una resolución arbitraria, pero parece evidente que un funcionario podrá verse allanada su agresión ilegítima contra bienes jurídicos individuales o supraindividuales por la intermediación de resoluciones “meramente” ilegales o injustas. El tipo del artículo 404 CP habrá quedado *sin contenido*, porque en ausencia de la connotación “arbitraria” de la resolución ya no cumple la función que le asignara el legislador; pero habrá de convenirse en que una respuesta coherente y diversa ante esos hechos “comunes” más fácilmente ejecutados constituye una exigencia ineludible para un Derecho penal asentado sobre los principios de relatividad y de fragmentariedad. Un alcalde puede adoptar una resolución en virtud de la que se traslade de su puesto de trabajo a un *funcionario municipal imponiéndole condiciones laborales higiénico-sanitarias y de seguridad que perjudiquen inequívocamente los derechos reconocidos por disposiciones legales o por convenios colectivos*³⁵. Si en puridad en la resolución utilizada como cauce no puede acredi-

³⁴Téngase presente que el legislador de 1995 ha tipificado expresamente la coacción con objeto de impedir un derecho fundamental (art. 172 CP), proclamando su aplicación salvo que el hecho tenga señalada una pena mayor en cualquier otro precepto del texto punitivo. La puesta en práctica del principio de alternatividad para resolver los concursos de leyes que pudieran producirse por esta vía plantea, sin embargo, numerosos problemas técnicos: *Vid.* Roldán Barbero, “El delito de impedir...”, cit., p. 1602.

³⁵Construimos nuestro ejemplo sobre el supuesto de hecho relatado en la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1994, que apreció la existencia de un concurso ideal entre la prevaricación y los delitos contra los derechos de los trabajadores.

tarse ninguno de los vicios que permitirían dar cumplimiento al presupuesto típico de la “arbitrariedad” (quizá porque en si mismo el acuerdo pudiera justificarse “parcialmente” en actuaciones concretas imputables al sujeto pasivo y que merecieran una respuesta sancionadora), y en cambio sí debe afirmarse la concurrencia de todos los elementos típicos del delito del artículo 311. 1º CP, deberá venir en aplicación a efectos punitivos lo dispuesto en el artículo 66. 3ª CP. Bajo este perfil, el prevalimiento presentará una estructura similar a la de los delitos de abuso de la competencia para emanar actos o declaraciones formales de la Administración, procediendo su apreciación, por lo tanto, ante el cumplimiento de cualquier acto administrativo, técnico o jurídico, desviado de su causa típica al fin de facilitar o de asegurar la ejecución de un delito común³⁶.

E. INEFICACIA DEL PREVALIMIENTO POR SU INHERENCIA A LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA .

De la catalogación de los supuestos “atípicos” de abuso competencial como formas de prevalimiento se desprende ya su significado de elemento constitutivo tanto de las figuras delictivas específicamente reservadas a los funcionarios, como de las que simplemente representan modalidades agravadas o cualificadas de delitos comunes (v.gr. delitos de detenciones ilegales, de torturas y contra la integridad moral, de descubrimiento y revelación de secretos o de allanamiento de morada)³⁷. La

³⁶Estas mismas conclusiones pueden estimarse válidas para las restantes figuras del grupo. Un empleado público puede facilitarse la realización de un ulterior delito común sustrayendo documentos sin trascendencia para el tráfico ordinario administrativo o para la función desempeñada por el empleado público y cuya custodia le estaba encomendada (*Vid.* art. 413 CP), o proponiendo el nombramiento de una persona incurso en causa de incompatibilidad con el cargo en cuestión (*Vid.* art. 405 CP).

³⁷La doctrina no pone en entredicho la ineficacia del prevalimiento, por imperativo de lo dispuesto en el artículo 67 CP, en todos o en algunos de los delitos contra la Administración Pública. Por la primera opción se decantan Rodríguez Mourullo, en Córdoba Roda / Rodríguez Mourullo, *Comentarios al Código penal*, Tomo I, cit., p. 672; M. García Arán, *Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español*, Barcelona, 1982, p. 160. González Cussac, voz “Prevalimiento...”, cit., p. 454; J. M. Lorenzo Salgado, “Circunstancias atenuantes en el ordenamiento penal español”, *EJO*, Apéndice VIII, Buenos Aires, 1996, p. 147; A. Arroyo de las Heras, *Manual de Derecho penal. El delito*, Pamplona, 1985, p. 624; Cerezo Mir, *Curso de Derecho penal español. Parte General II*, cit., p. 396; J. Goyena Huerta, “Prevalimiento

adopción de este criterio trae causa, por consiguiente, de la organización de sus contenidos típicos en torno a la instrumentalización de los poderes, las facultades, las técnicas o las ventajas comisivas ínsitos en la condición de partícipe en el ejercicio de la función pública. Por definición, ni el prevalimiento interviene como una agravante de *status*, ni los delitos contra la Administración Pública sancionan conductas interpretables con arreglo a una “inerte” condición profesional del sujeto activo.

Volviendo la mirada a los tipos que describen los modelos de delincuencia contra la Administración Pública, se advierte fácilmente, sin embargo, que en su decisión de tipificación el legislador ha hecho acopio de determinados elementos relativos al ejercicio de la función, y, correlativamente, prescindido de otros. Dicho con otras palabras, para su relevancia típica es suficiente con la ejecución de determinados comportamientos abusivos -activos u omisivos-, con el uso ilegítimo de ciertas facultades inherentes al ejercicio de un cargo público: dictar una resolución arbitraria, realizar un nombramiento ilegal, desobedecer una orden, apropiarse de los fondos que se administran, revelar secretos oficiales. Ahora bien, partimos de la base de aquellos elementos de “contorno” que el legislador no ha estimado necesario para que se verifique el esquema abstracto de un delito pueden tomar cuerpo llegado el momento de su realización concreta. Y en este caso, si el funcionario adiciona a la modalidad abusiva en que consiste la conducta típica el plus de facilidad ejecutiva que supone el abuso de otra clase de facultades jurídicas o técnicas inherentes

del carácter público”, en J. Muñoz Cuesta (coord.), *Las circunstancias agravantes en el Código penal de 1995*, Pamplona, 1997, p. 73; Puente Segura, *Circunstancias eximentes...*, cit., p. 551. Por la segunda, una corriente minoritaria que preconiza una solución analítica, caso por caso, del problema. En esta línea, E. Borja Jiménez ha escrito que “la gran mayoría de los tipos contenidos en el Título VII del CP (Sección II, Título VII, Libro II del CPTR73) va a ser incompatible con la aplicación de la agravante” (“El principio de inherencia del artículo 59 del Código penal”, *ADPCP*, Tomo XLV, 1992, p. 211), en tanto que Prats Canut destaca que la agravante no puede apreciarse si los datos fácticos en que se apoya generan como consecuencia jurídica la nota de especialidad de los delitos de los funcionarios públicos, lo que obligará a estar a las peculiaridades del caso concreto [en Quintero Olivares (dir.), *Comentarios al Nuevo Código penal*, cit., p. 254]. El Tribunal Supremo se ha pronunciado afirmativamente sobre la inherencia del prevalimiento al cohecho (STS de 2 de diciembre de 1961), a la malversación (STS de 21 de marzo de 1992) y a la estafa y apropiación indebida agravadas por un abuso del cargo (SSTS de 24 de febrero 1956, de 12 de abril de 1993 y de 3 de noviembre de 1993, entre otras).

a su cargo, deberá darse entrada al prevalimiento como agravante común. A ello obliga la contraposición entre el modelo legal, abstracto, del delito y la variedad o pluralidad de manifestaciones concretas de la conducta tipificada en él, esto es, de medios o instrumentos materiales o jurídicos que pueden incorporarse a la misma.

El diagnóstico sobre la concurrencia del prevalimiento en un delito contra la Administración Pública deberá reflejar, pues, que además de a las modalidades de comportamiento que deben considerarse “típicas”, el funcionario ha recurrido a otra de las ventajas que le depara su condición jurídica de partícipe en el ejercicio de la función pública y cuya presencia, además de absolutamente ajena a la descripción típica, no aparezca como en la realidad de las cosas como modo normal o habitual de realización del hecho. Superada esa primera fase de análisis, deberá establecerse el “peso” -en términos de efectividad en la puesta en práctica del hecho- que le corresponde a ese *quid pluris* respecto del abuso que está en la base del delito, al fin de constatar su coincidencia con el perfil objetivo de la agravante 7^a.

Este podría ser el caso de las instrumentalizaciones competenciales en las que, con arreglo a los mecanismos de déficit ya aludidos, los tipos del Título XIX CP resultan desplazados en favor del artículo 22. 7^a CP. Puede traerse a colación en este sentido el carácter eventualmente medial de delitos como la prevaricación y la infidelidad en la custodia de documentos en relación con figuras como la malversación “propia” de caudales públicos de los artículos 432 y 433 CP, situaciones normalmente resueltas a nivel doctrinal y jurisprudencial a través del expediente del concurso ideal de delitos del artículo 77 CP. En síntesis, la esencia de la malversación estriba en un ejercicio ilegal, abusivo, de las competencias de gestión del patrimonio público propias del cargo desempeñado por el funcionario. Para su perfección es suficiente con que el funcionario sustraiga o distraiga caudales o efectos puestos a su cargo; ésa es la modalidad de prevalimiento que el legislador estima suficientemente grave como para originar, desde el mismo momento de su concurrencia, responsabilidades penales con arreglo a los artículos 432 y siguientes CP. De ello se sigue que si el funcionario acude a otra de las ventajas, relaciones o situaciones que le proporciona su condición jurídica, y que, repetimos, permanecen extramuros del elemento objetivo del delito, su aprovechamiento deberá hacerse funcionar en buena lid como agravante genérica.

En favor de esta conclusión pueden y deben alegarse también razones materiales, pues ya *prima facie* es bien intuible que existirá una notable diferencia entre los supuestos en que la figura se actúa sin otra instrumentalización que la expresamente descrita en tales preceptos y aquéllos en los cuales, en cambio, se presenta acompañada de otras situaciones que la han facilitado o asegurado.

A esta interpretación de las relaciones entre el prevalimiento y los delitos de los funcionarios públicos, que cierra el sistema, dotando de utilidad y sentido a la construcción subsidiaria del prevalimiento, únicamente se sustraen la apropiación o estafa agravadas del artículo 438. El elemento típico del “abuso del cargo”, sobre el que pivota su configuración típica, obtiene carta de naturaleza tan pronto como la función o destino del funcionario facilita *de cualquier forma* la realización de la infracción patrimonial. No parece posible aislar en su seno, pues, formas de prevalimiento que, pudiendo servir al fin de facilitar la defraudación, no revistan ya carácter típico. Incluso en presencia de diversas ventajas perfectamente delimitables espacial, lógica, conceptual o temporalmente, la agravante genérica nunca podrá hallar espacio propio en el ámbito de esta figura.

PARTE SEGUNDA

EL CONCEPTO MATERIAL DE INJUSTO Y LOS DELITOS CONTRA LA
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

CAPÍTULO I

ESTUDIO DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

A. CONSIDERACIONES PREVIAS. LA CONSTRUCCIÓN DE LOS DELITOS DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS COMO DELITOS DE ACTIVIDAD TIPIFICADA: FUNDAMENTO Y PROPUESTAS DOCTRINALES. PRESUPUESTOS DOGMÁTICOS Y METODOLÓGICOS PARA CONTROLAR LA EXISTENCIA DE UNA ESTRUCTURA “TIPO” EN LAS FIGURAS DEL TÍTULO XIX DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL.

De la exposición sobre los modelos legislativos de tratamiento de la responsabilidad penal de los funcionarios públicos, por delitos perpetrados en el ejercicio del cargo, se desprende que las críticas más habituales de que es objeto el grupo aluden a su naturaleza residual y a la imposibilidad de encontrar un denominador común a las figuras que lo componen distinto del elemento de la autoría. Cualquier intento de construcción sistemática de los tipos del Título XIX CP debe asumir como presupuesto, por lo tanto, el análisis de su específico contenido de injusto, exigencia que resulta especialmente clara en relación con las reservas que ha suscitado la integración en él de los delitos “impropios”, señaladamente de la malversación por apropiación de caudales públicos (art. 435 CP). Será únicamente a la vista de la estructura y del perfil ofensivo que presente que podrá establecerse si la circunstancia de que la apropiación de los fondos públicos se realice en el ejercicio de un cargo público se toma en consideración sólo para aumentar la gravedad de un tipo patrimonial básico o si, por el contrario, determina el nacimiento de una unidad valorativa nueva¹. Con carácter general, ése es el criterio que deberá presidir el

¹Al igual que ocurría con la lesión corporal en el cargo en Alemania, la malversación y los argumentos con que puede defenderse o rechazarse su pertenencia al grupo concitan la atención de los estudiosos de los delitos contra la Administración Pública en España. De ahí que procedamos a exponer ahora con cierto grado de detalle las dos tesis contrapuestas sostenidas para definir su naturaleza jurídica. Un primer grupo de interpretaciones identifica el componente patrimonial del injusto de la malversación por apropiación en la lesión de la propiedad pública. Quintano Ripollés, principal representante de esta corriente, escribía así que la malversación no es sino un delito contra la propiedad cometido por un

examen de la incidencia real de los fenómenos normativos de modificación de tipos independientes -frecuentes en la Parte Especial de los textos punitivos- en la configuración del grupo.

funcionario público, cuya singular entidad jurídica responde a la “simbiosis de valores que se entremezclan en su estructura” y que abona por su apartamiento de lo específicamente patrimonial (*Curso de Derecho penal*, Tomo II, cit., pp. 507 y 508). Su naturaleza de delito contra la propiedad vendría avalada por sus propias características típicas: 1º) la sustracción por un funcionario público de los caudales que tenga a su cargo o a su disposición por razón de sus funciones supone la realización de una conducta de apoderamiento de bienes ajenos bajo los presupuestos subjetivos que caracterizan a las modalidades lucrativas de los delitos contra la propiedad; 2º) la relación causal y normativa entre la tenencia de los caudales públicos y el ejercicio de las funciones expresa la causa por la que la malversación ha sido específicamente castigada como “delito profesional”, pero viene también a acentuar su parentesco conceptual con la apropiación indebida, puesto que en ambas a aquél le corresponde con carácter previo la custodia o disposición del objeto material del delito; 3º) del mismo modo que en la apropiación indebida, de nuevo, el delito se consuma en el momento en que se verifica la sustracción, sirviendo en su caso el posterior reintegro únicamente para enervar la aplicación de la atenuante de arrepentimiento espontáneo; y 4º) su régimen punitivo se gradúa conforme a consideraciones de resultado, “al modo habitual que en los delitos contra la propiedad ordinarios, si bien con mayor rigor como corresponde a especies cualificadas”. Cfr. *Curso de Derecho penal*, Tomo II, cit., pp. 509 y 510. Con Quintano, manejando sus mismos argumentos, Ferrer Sama, *Comentarios al Código penal*, Tomo IV, cit., p. 180; R. Bleuca Fraga, “La aplicación pública de caudales a diferente destino como delito de malversación”, *ADPCP*, Tomo XXXVIII, 1986, p. 764; Rodríguez Devesa / Serrano Gómez, *Derecho penal español. Parte Especial*, cit., p. 1131; Méndez Rodríguez, *Sobre si el delito de malversación...*, cit.; y, tras la entrada en vigor del Código penal de 1995, Castro Moreno, *La malversación de caudales públicos...*, cit., pp. 52 y 53, para el que la actual configuración del tipo, la correlación entre las agravaciones del artículo 432. 2 y algunas de las contempladas para delitos patrimoniales, la exigencia de ánimo de lucro, la aplicación de la figura de la receptación cuando los bienes provienen de la malversación y “el entendimiento jurisprudencial de que no vulnera el principio acusatorio ni el derecho de defensa la condena por estafa, apropiación indebida o receptación cuando se había acusado exclusivamente por malversación”, entre otros, “suponen argumentos más que sólidos para poder afirmar que el objeto directo de protección en el delito de malversación es el patrimonio público”. Su única especialidad con relación a los delitos que tutelan el patrimonio común radicaría en el mayor reproche que merecen los atentados al patrimonio público perpetrados por sujetos que infringen deberes específicos de custodia o gestión (*op. cit.*, p. 54). Un segundo planteamiento entiende que, a pesar de que el peculado supone, efectivamente, un ataque a intereses de índole patrimonial, la regulación que recibe en el Código Penal impide su consideración como delito contra la propiedad en sentido técnico, por estar ausentes en ella las características esenciales propias de aquel grupo de infracciones. En esta línea, Olesa Muñido y Suárez Montes centran sus observaciones en las diferencias técnicas -no meramente gramaticales- existentes entre la malversación por apropiación y la apropiación indebida, tanto en punto a los títulos de disposición de los bienes, como al propio contenido material

A lo largo de las hojas precedentes se ha hecho referencia a las diferentes teorías sostenidas por la doctrina española en relación con el concepto de “delito cometido en el cargo” y al significado y valor que se

de las facultades dispositivas que poseen los respectivos sujetos activos. Olesa incide en que si el momento consumativo del delito coincide con la extracción de los caudales del ámbito público para ser colocados bajo el dominio privado del agente, parece claro que el funcionario que los tenga a su cargo deberá, al mismo tiempo, tener de hecho o de derecho cierto poder de disposición sobre ellos. Sucede, sin embargo, que dicha disposición “pugna esencialmente con la función pública”, resultando perturbadora “y fruto del pancivilismo que durante muchos años ha dominado el Derecho Penal” la introducción en el campo de acción de la malversación de cualquier clase de concepción posesoria. En puridad, la tenencia de los caudales “a cargo” o “a disposición” implicaría una situación jurídica más compleja que las formas posesorias, en la medida en que vendría directamente vinculada a las obligaciones del sujeto como partícipe en el ejercicio de la función pública. Cfr. F. F. Olesa Muñido, “El delito de malversación por distracción de caudales o efectos públicos en el Código penal español”, en *Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Vitoria*, Tomo I, Barcelona, 1983, pp. 632 y ss. Suárez Montes, por su parte, destaca que el concepto de posesión que convendría a la malversación -aquél en orden al cual lo relevante es la disposición jurídica de los bienes, esto es, el cumplimiento de una función de conservación y custodia adaptada a la naturaleza del servicio al que figura adscrito el funcionario- contradice el que el propio Código penal reclama en otras disposiciones, como tenencia tangible, directa y material de los bienes, resultando tan amplio como inútil a efectos interpretativos. Cfr. R. F. Suárez Montes, “El delito de malversación de caudales públicos”, *RGLJ*, 1966, pp. 831 y ss. Retoman todos o algunos de los argumentos manejados por estos autores F. Díaz Palos, “Malversación de caudales públicos”, *NEJ*, Tomo XV, Barcelona, 1972, pp. 816 y ss.; M^a C. Zabalegui Muñoz, “La malversación de caudales públicos”, *CDJ*, 1994-IV, pp. 153 y ss. Un punto de vista ecléctico es el que parece sustentar Morales García, quien, no obstante reconocer la disparidad de bienes jurídicos en juego -en el caso de la malversación, además del patrimonio o de la propiedad, el principio de eficacia de la actividad administrativa en sentido amplio-, sostiene que entre los delitos de apropiación indebida y de malversación de caudales públicos del artículo 432 se produce una concurrencia de normas penales, cuya solución “debe poder alcanzarse aplicando las reglas lógico formales típicas del principio de especialidad” (*Los delitos de malversación...*, cit., p. 210). A su juicio, “si se realiza abstracción de los elementos nucleares de cada uno de los preceptos se observa la naturaleza general de la apropiación indebida respecto al delito de malversación de caudales públicos” (*op. loc. cit.*), siendo así que el funcionario que malversa “realiza siempre el tipo de la apropiación indebida cualificada... excepto cuando el elemento ausente se refiere a la cualificación subjetiva del autor, circunstancia que remitirá a la aplicación del artículo 252 CP” (*op. cit.*, p. 212). Frente a la diferencia cualitativa teóricamente representada por la conexión “funcional” entre el objeto material y el sujeto, Morales subraya que, en cualquier caso, la dicción del tipo del artículo 432 sigue presuponiendo “la existencia de título -administración, por lo general- por el que el sujeto se obliga a la realización de tareas propias del cargo que desempeña y a la restitución íntegra del contenido de la obligación cuando ésta quede rescindida” (*op. cit.*, p. 211). En este trabajo, centrado en la teoría general del grupo de los delitos en el ejercicio del cargo, se propugna

le ha concedido al momento típico de la conexión entre la función desempeñada por el sujeto y el hecho delictivo. Hemos reflejado, así, la preocupación doctrinal por subrayar que, aunque el elemento de la autoría “funcionario público” viene definido de forma unitaria, sintética, en las correspondientes disposiciones de la Parte General, desarrolla una cierta función “tipificante” en el sistema de los delitos contra la Administración Pública². Ese punto de partida no ha permitido, sin embargo, una reconstrucción unitaria de su estructura típica. La justificación para ello puede hallarse en la ausencia de estudios monográficos al respecto, habiéndose concentrado el trabajo doctrinal en el análisis hermenéutico -según criterios típicamente técnico-jurídicos- de los delitos más representativos, básicamente el cohecho, la malversación, el tráfico de influencias, la prevaricación y la revelación de secretos³. Indicaciones sobre el modelo

el tratamiento de la malversación por apropiación como delito independiente, en sentido técnico y también valorativo, del delito de apropiación indebida. Así lo impone, desde luego, la conjunción en su tipo de una serie de elementos específicos, diferenciados de los que corresponden a la apropiación; pero también, y ante todo, la presencia de un medio comisivo absolutamente ajeno a la estructura técnica de los delitos patrimoniales: las facultades o poderes inherentes al desempeño de funciones públicas de gestión y administración de recursos públicos, y que al integrarse en la conducta típica operan una verdadera “transmutación” de su naturaleza. Expresado gráficamente, la malversación no puede definirse como una apropiación de bienes públicos acaecida en el marco organizativo de la Administración Pública, ni siquiera como una detracción perpetrada al amparo de la posición del sujeto activo (un funcionario) en el seno de aquélla. Consiste, antes que nada, en el empleo de medios “del cargo” (técnicos, fácticos o jurídicos), para poner por obra una apropiación; empleo que, tal y como se explicará en un momento posterior, permite adscribir la conducta típica a la categoría de las infracciones del deber jurídico-público de imparcialidad. Dicho ello, no puede dejar de subrayarse que la literatura suele incurrir en un *error procedendi* al decidirse por la calificación de delito impropio, agravado, en detrimento de la de delito autónomo. La conceptualización del delito propio o de delito dependiente, indica J. Cuello Contreras, “no se encuentra al principio del proceso de interpretación, condicionándola, sino al final de la misma, como conclusión de los resultados interpretativos a que se llega después de plantearse una serie de problemas que afectan fundamentalmente al concurso, participación y error” (“La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: el delito sui generis”, *ADPCP*, Vol. XXXI, 1978, pp. 90 y 91).

² En su momento dejamos constancia de la existencia de un importante sector de la doctrina española que identifica en la estructura de los tipos de los delitos de funcionarios la presencia de un medio comisivo determinado, el abuso de poder público. A ese lugar nos remitimos para obtener una imagen clara del grado de elaboración de esta tesis.

³ Esa aproximación unilateralmente exegética a los delitos contra la Administración Pública fue denunciada por Bacigalupo, “Sobre la reforma...”, cit., p. 349. El método tradi-

de delito que conviene al conjunto de las infracciones comparecen, así, en la manualística o en los estudios sobre figuras particulares, de una forma en buena medida marginal.

cionalmente empleado por la doctrina para el análisis y exposición sistemática del Derecho penal ha sido el tecnicismo jurídico, que es una derivación del método filosófico-positivista empleado por la dogmática y que en el terreno jurídico-penal tuvo como principales defensores a Von Liszt y Rocco. Este último señalaba que “si observáis más de cerca el modo de proceder propio del conocimiento científico del Derecho positivo ... veremos, que los medios técnicos de que dispone este conocimiento se resumen exclusivamente en tres órdenes de procedimientos o de investigaciones: 1º) una investigación exegetica, 2º) una investigación dogmática y sistemática, 3º) una investigación crítica del Derecho positivo”. Cfr. A. Rocco, *El problema y el método de la ciencia del Derecho penal*, 3ª ed., Bogotá, 1986, pp. 18 y 19. En los años ochenta tuvo lugar, tal y como advierte P. Barcellona (*I soggetti e le norme*, Milano, 1984, pp. 48 y ss.), una “vigorosa reanudación del tecnicismo jurídico y de las orientaciones que tienden a redefinir las condiciones teóricas para una concepción del Derecho como ciencia lógica y para una identificación de la función del intérprete en los términos de un mero traductor de los enunciados normativos, portador de una competencia especialista, pero absolutamente libre de condicionamientos ideológicos y valorativos. Se trata de una operación más amplia tendente a realizar una reducción del derecho a una técnica de formalización de las decisiones jurisprudenciales y a una técnica de derivación de los enunciados normativos”. La novedad más importante que trae consigo dicha recuperación “está representada por el uso consciente de las adquisiciones del neopositivismo lógico y de la aplicación del análisis del lenguaje a la ciencia jurídica y a la estructura del discurso jurídico, al objeto de resolver en la ‘cientificidad’ el problema de la legitimidad”. Conjuntamente con ese nuevo método técnico-jurídico se impondrá, nuevamente, el modelo de pensamiento kelseniano, con arreglo al cual la tarea del jurista se desarrolla en dos planos distintos. “Como ciencia del lenguaje legislativo, la ciencia del Derecho parece presentarse como una actividad absolutamente rigurosa y formalizada, independiente de toda forma de condicionamiento externo, y dirigida esencialmente a definir la modalidad técnica de la traducción de los diversos enunciados normativos y la descripción de sus recíprocas relaciones. Viceversa, la actividad del jurista práctico, del operador jurídico, se resuelve en una técnica argumentativa tendente a justificar las consecuencias prácticas (que se quieran producir), mediante la aplicación de una norma, y en definitiva, a persuadir mediante la capacidad misma de la línea argumentativa empleada” (*I soggetti...*, cit., pp. 50 y 51). El método técnico-jurídico ha sido objeto de importantes críticas, centradas primordialmente en cuatro aspectos (*vid.* E. Bacigalupo, *Delito y punibilidad*, Madrid, 1983, pp. 23 y ss.; C. Lamarca Pérez, “Posibilidades y límites de la dogmática penal”, *CPC*, nº 33, 1987, pp. 527 y ss.; J. Mª Silva Sánchez, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, pp. 51 y ss.). El primero, la estricta sujeción a la norma positiva. El segundo, el tratamiento del Derecho como un hecho, en el sentido de las ciencias naturales, equiparación que desconoce -subraya Bacigalupo (*op. cit.*, p. 24)- “que la interpretación de las reglas del derecho positivo no es posible sin definir previamente qué es el Derecho positivo y, por lo menos, cuáles son los criterios para su interpretación”. En tercer lugar, el excesivo formalismo del sistema al que conduce el empleo “riguroso” de la lógica deductiva (*vid.* Silva Sánchez, *Aproximación...*, cit., pp. 51 y ss.). Por

Intentos de sistematización de la materia en los términos propuestos pueden hallarse, en cambio, en las doctrinas alemana e italiana. La literatura especializada en ambos países propugna desde hace tiempo la construcción unitaria del grupo como elemento clave para su interpretación y como criterio para desvelar el significado real de cada uno de los delitos que lo forman en el seno del ordenamiento jurídico. En este trabajo vamos a hacernos eco de aquellos planteamientos que identifican como característica principal de su estructura un elemento de orden “funcional”: el abuso de la función pública. En efecto, a tenor de las exposiciones de Wagner, Maurach, Welzel y Loos, en Alemania⁴, y Severino di Benedetto,

último, Silva Sánchez señala que dicho método no permitiría “dar cuenta” de las teorías dogmáticas habituales (*op. cit.*, p. 119). Aunque no podemos entrar aquí en un debate de este género, sí queremos destacar que la construcción de un sistema dogmático a la medida de los delitos contra la Administración Pública -propio, específico de ellos- no puede dejar a un lado los aspectos prácticos y político-criminales. En este sector de la Parte Especial encuentran, pues, una especial justificación las advertencias de Roxin en el sentido de que un método jurídico “tiene que partir de que las concretas categorías del delito -tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad- deben sistematizarse, desarrollarse y contemplarse desde un principio bajo el prisma de su función político-criminal” (cfr. C. Roxin, *Política criminal y sistema del Derecho penal*, trad. del alemán de F. Muñoz Conde, Barcelona, 1972, p. 32). Ello dotaría a estos delitos de un tratamiento jurídico-penal que, además de respetar la seguridad jurídica y las exigencias básicas del sistema penal, aspirase a encontrar soluciones acordes con criterios de justicia material, en particular en relación con las cuestiones teóricas más controvertidas (el error, la autoría mediata, la tentativa del sujeto inidóneo).

⁴Excepción hecha de las aportaciones de Binding y de Wagner, pocas y en todo caso incidentales son las consideraciones teóricas que implican directamente a la estructura de los tipos del actual Capítulo 30 del Código penal. De entre ellas vamos a referirnos, además de a la tesis de Wagner, a las debidas a Welzel, Maurach y Loos, que son las que atienden más específicamente a las indicaciones que suministra el Derecho positivo acerca de la relación que, *ab interno* de cada uno de ellos, debe existir entre el hecho y el desempeño del cargo. La interesante construcción de Binding, de la que se concluye la irreducibilidad de las figuras a una estructura unitaria, se examina en un momento posterior. Importa matizar, asimismo, que la opción por el alineamiento de la de Loos con las de Welzel y Maurach tiene su razón de ser en el dato de que su teoría de los delitos “del cargo” como delitos con medios comisivos nace con aspiraciones de validez general, de aplicación a todos los ilícitos del grupo, salvo al cohecho. El escrito de habilitación de Wagner constituye una propuesta de reconstrucción sistemática y valorativa de la categoría de los delitos en el ejercicio del cargo a partir del contenido de injusto que les es propio. La obra adopta como paradigma de estudio la figura de la lesión corporal en el cargo (*Körperverletzung im Amte*) del § 340 *StGB*, de cuya estructura el autor aísla como momento fundamental la “conexión interna” existente entre el desempeño del cargo y la ejecución de la conducta. Para Wagner, la delimitación material -valorativa- de la tipicidad del § 340 *StGB* no puede operarse ni al hilo del bien jurídico

en Italia², la relación de medio a fin entre los elementos integrantes de los tipos se constituye en un principio estructural de todos los delitos de los funcionarios públicos. El desvalor de resultado, la lesión o puesta en

protegido ni con arreglo al deber jurídico-público infringido por los funcionarios, sino a partir de los criterios normativos de Derecho público que permiten diferenciar sus actuaciones oficiales -públicas- de las meramente privadas, esto es, los criterios de imputación del injusto al Estado (*Amtsverbrechen*, cit., p. 100). Su papel como elementos de integración de la norma penal vendría avalado tanto por la exigencia de que la conducta se realice “en el ejercicio del cargo”, como por el concepto de funcionario público a los efectos penales del -por aquel entonces vigente- § 359 *StGB*, en el que este autor identifica ya los presupuestos del mencionado proceso de imputación. A resultas de ello, Wagner cuestiona la conceptualización de la lesión en el cargo como delito “impropio” de funcionario (*op. cit.*, p. 107). Representando el § 359 un momento objetivo del injusto caracterizador de la conducta misma, no podría verse en el tipo de la lesión corporal en el cargo un tipo meramente agravado por el elemento personal de la autoría. Constituiría, bien al contrario, la “estructura jurídica propia de una nueva categoría valorativa”, cualitativamente diferenciada -en atención a su contenido de injusto- de la lesión corporal “común” de los §§ 223 y siguientes *StGB*; en definitiva, un verdadero *delictum sui generis* (*op. cit.*, p. 168). Estas son las premisas teóricas a las que, de acuerdo con Wagner, debe responder la clasificación técnica de los delitos del Capítulo 30 del Código penal alemán. Así, un primer grupo de ellos -la prevaricación en perjuicio de parte (§ 339), la coacción para la obtención de una declaración (§ 343) y la exacción ilegal de impuestos (§ 353), entre otros- presentará una estructura típica coincidente con la de la lesión corporal, al tratarse de figuras de lesión de bienes jurídicos individuales ulteriormente imputada al Estado (*Staatszurechnungsdelikte*) y *ab interno* de las cuales el elemento de la autoría opera también como elemento caracterizador de la conducta (*op. cit.*, pp. 235 y ss.). Los “delitos no imputables al Estado” (*Nichtsstaatszurechnungsdelikte*) -el cohecho pasivo en sus modalidades típicas de dejarse prometer y aceptar (§ 331), la prevaricación en favor de una parte (§ 339), la falsedad documental en el ejercicio de la función pública (§ 348) y la infidelidad en el servicio extranjero (§ 353 a), por ejemplo-, en cambio, contendrán lesiones de bienes jurídicos e intereses estatales no imputables al Estado mismo, en orden a las cuales el § 359 serviría exclusivamente para caracterizar al sujeto activo (*op. cit.*, p. 285). Aun así, Wagner concluye que su injusto típico, no reducible a unidad, no resulta en ningún caso equiparable al de los delitos “comunes”, puesto que la agresión a los bienes estatales por parte de los representantes del propio Estado provoca daños de especial significación (*Geltungsschaden*) en el prestigio de aquél (*op. cit.*, p. 288). De otra parte, del carácter estatal del bien jurídico protegido por los delitos de una y otra clase (imputables y no imputables) se seguiría la inmediata atipicidad de las conductas justificadas (*op. cit.*, p. 311). Para Welzel (*Das deutsche Strafrecht*, cit., pp. 486 y 487; “Der Irrtum...”, cit., pp. 208 y 209), la esencia de los delitos de los funcionarios radica en que son cometidos abusando del poder que proporcionan los cargos públicos, entendido dicho abuso en el sentido de lesión de los deberes del servicio. Por sí sólo, subraya, el carácter público del sujeto no hace del hecho un delito en el cargo, en la medida en que los funcionarios pueden ser sujetos activos de cualquier delito común. Lo único que recibiría sanción penal bajo esa nomenclatura, y ello en tanto en cuanto se dirigiese contra bienes jurídicos de la colectividad o de los particulares, sería la infracción

peligro del bien jurídico, proviene en ellos de un desvalor típico de acción, es decir, de una acción que posee determinadas propiedades positivas, al inscribirse en el desarrollo -defectuoso, viciado- de una función pública.

de determinados deberes emanados del ingreso en el *status* funcional. Maurach (*Strafrecht. Besonderer Teil. Teilband 2*, cit., pp. 201 y 202) ve en la transformación histórica de los delitos de funcionarios en delitos en el ejercicio del cargo el referente básico para el estudio de los tipos de los §§ 331 y siguientes del Código penal. Con arreglo a los planteamientos del Derecho penal estamental -señala- no sería posible identificar una dirección de ataque común a los delitos propios e impropios, en los que el factor coyuntural de la autoría del funcionario público serviría meramente para incrementar el desvalor de acción, sin influenciar en lo más mínimo el desvalor de resultado. Sin embargo, su comprensión como delitos “en el cargo” haría reconocible un bien jurídico que asume la dirección dogmática en la interpretación del grupo y que enuncia como la “confianza pública en la pureza del ejercicio del cargo”. A partir de esta conclusión, Maurach construye las conductas típicas como abusos de la función característica del cargo que desempeña el sujeto activo aptos para poner en peligro la confianza de la ciudadanía en la gestión pública. La estructura típica de los delitos en el cargo se caracterizaría así por la presencia de un elemento objetivo-personal (el abuso de una función del cargo) que expresaría, con diverso alcance, la relación objetiva del cargo público con la conducta descrita por los tipos. En los delitos propios, esa relación surtiría un efecto constitutivo de la conducta misma, al ser tan intensa que excluye la autoría de los sujetos no funcionarios. En los impropios, en cambio, no impediría la realización de la conducta por cualquiera, pero incrementaría de forma significativa su contenido de injusto. Loos, en fin, reflexiona sobre la estructura típica de los delitos de los funcionarios al hilo de su estudio de los problemas de participación de los *extranei* en el delito de cohecho. En su opinión, tanto en los delitos impropios como en los propios el ataque al bien jurídico se produce con medios estatales y al amparo de la presunción de legalidad de que goza la actividad pública, de forma que la interpretación del elemento de la autoría “funcionario público” como elemento de la acción “no es sólo posible, sino indispensable” (“Zum Rechtsgut...”, cit., p. 894, nota 57). Pues bien, si esos medios de fuerza estatales no son elementos personales y únicamente resultan accesibles a los particulares por intermediación de los funcionarios públicos, la participación de un *extraneus* no debería de representar una cuestión problemática salvo cuando lo que entra en juego es un cohecho. El significado “expresivo” del cohecho marcaría, en este sentido, un punto de inflexión en el problema. Al poseer una estructura típica peculiar, en la medida en que su contenido de injusto vendría dado por la disconformidad del sujeto activo con su rol de titular de un cargo público, la intervención en él de un *extraneus* no podría sujetarse a las reglas generales predicables para el resto de las figuras. En ese “significado expresivo” se justificaría, precisamente, la existencia del tipo del cohecho activo del § 333, instrumento técnicamente adecuado -esto es, ya no sólo bajo el punto de vista de la dimensión teleológica de la pena- para la punición de las formas más graves de concurrencia en el cohecho pasivo. Cfr. “Zum Rechtsgut...”, cit., pp. 893 y 894, nota 57. Todos estos autores propugnan, como se ve, la aplicación de pautas y criterios de Derecho público para delimitar conceptual y también valorativamente -pues en ello se hace radicar precisamente el «desvalor de acto» de las figuras- la conexión existente entre el hecho delictivo y el ejercicio

Aquí se acepta, pues, la tesis de que todos los delitos de los funcionarios públicos contra la Administración Pública manifiestan una suerte de “tensión interior”, de tal forma que sus desvalores de acto y de resultado,

del cargo. Para Wagner y Loos, claramente, el § 359 *StGB* -actualmente § 11. 1 Nr. 2-, que define al *Amtsträger*, contiene los presupuestos normativos de acuerdo con los cuales la conducta de un sujeto es calificada como conducta “estatal” e imputada al Estado mismo. Con ese punto de partida, llegan a la conclusión de que las características personales de esta disposición no representan simplemente cualidades personales del autor, sino componentes objetivos del injusto de todos aquellos delitos que consideran imputables al Estado. En el caso de Welzel y Maurach, al concepto de funcionario público se recurre simplemente para reclamar las propiedades especiales de las correspondientes acciones típicas, constitutivas de infracciones de deberes o de abusos de poderes inherentes a la relación de servicios del funcionario.

Severino di Benedetto analiza la estructura típica de estas figuras tomando como referencia la construcción dogmática del delito especial en tanto ilícito “funcionalmente orientado”. En la base del delito especial -puntualiza- se asiste siempre a un fenómeno de recepción de normas jurídicas extrapenales que confieren a los sujetos que se hallan en ciertas condiciones un conjunto de poderes y deberes jurídicos. La infracción de esas situaciones jurídicas activas o pasivas será la que, al traducirse en una lesión de la legalidad e imparcialidad de la actividad pública desarrollada por los tres poderes estatales, determine la intervención del Derecho penal (*I delitti dei pubblici ufficiali...*, cit., p. 151). El desvalor típico de todos los ilícitos contenidos en el Capítulo I del Título II Del Código penal italiano se hallará, de esta forma, en la violación de los deberes y en el abuso de los poderes inherentes a las funciones ejercitadas por el sujeto (*op. cit.*, pp. 152 y 153). En el peculado (art. 314), por ejemplo, el poder jurídico representado por la posesión de los bienes públicos “por razón del cargo” connotaría normativamente las conductas típicas de apropiación o distracción como abusos de una situación jurídica activa de disponibilidad -jurídica o de facto- del objeto material del delito. En los delitos de peculado sobre cosas recibidas por error (art. 316), de utilización de secretos del oficio, científicos o industriales (art. 325) y de instigación a la inobservancia de deberes (art. 327) sería ya el propio tenor literal de las normas el que pondría sobre aviso del significado de instrumentalización de situaciones jurídicas activas y pasivas relacionadas con el desarrollo de competencias públicas que revisten las conductas. El cohecho pasivo propio (art. 319), por su parte, se caracterizaría por el incumplimiento de un acto debido o por el cumplimiento de un acto que, al transgredir deberes funcionales, nunca podría ser legítimamente realizado, en definitiva, por el uso no conforme a la legalidad de una situación jurídica de poder o de deber. En el cohecho pasivo impropio (art. 318) y en la omisión o rechazo de actos del oficio (art. 328) la referencia a las tareas o funciones inscritas en el ámbito de competencias del sujeto valdría también para individualizar las conductas típicas. El quebrantamiento de depósito judicial (art. 334), la concusión (art. 317), el abuso de oficio (art. 323) y la revelación de secretos del oficio (art. 325) constituirían delitos de abuso de una situación jurídica pasiva, de deber. En fin, los delitos caracterizados por el abandono y la interrupción de oficios públicos o por la perturbación de su funcionamiento (arts. 330, 331, 332 y 333) presupondrían la existencia de un deber de prestar con continuidad y regula-

lejos de ser meramente concomitantes, se hallan conectados por una relación de recíproca subordinación. El ejercicio de la actividad pública de que se trate se erige en ellos como el instrumento mediante el cual se lesiona o se pone en peligro el bien jurídico tutelado, articulándose entre ambos una relación de medio a fin cuyo alcance y consecuencias pueden conocerse siguiendo el modo de operar de la literatura cuando se enfrenta a estructuras similares en otros ámbitos delictivos⁶. Así, y por aludir a la más significativa de ellas, deberá someterse a las exigencias del principio de imputación subjetiva del tipo, lo que quiere decir que, además de reunir las propiedades materiales para conducir al resultado, la función misma habrá de ser aparecer a los ojos del autor como aquello que va a permitirle su consecución.

A esta propuesta de construcción de los delitos contra la Administración Pública, que ha sido objeto de importantes críticas en otra dirección, cabrá achacarle, antes que nada, su equivocidad. Salta a la vista que la afirmación de la existencia o inexistencia en los tipos del Título XIX del Código penal español de una misma tipología de desvalor de acto presupone el haber llegado a alguna clase de convención con relación al concepto y al significado que le corresponde a aquél en tanto componente general del injusto típico. Es bien sabido que la doctrina penal utiliza ese término en más de un sentido, atribuyéndole diversas funciones dentro de la teoría jurídica del delito y, en general, en la aplicación de la

ridad el servicio, sancionado en todas las normas de disciplina de las actividades calificables como legislativas, jurisdiccionales y administrativas. En desarrollo de este discurso, Severino di Benedetto reivindica la derivación de la cualificación personal del autor del contenido de las competencias, poderes y deberes jurídicos aludidos en los tipos, así como el carácter no exclusivo de las posiciones subjetivas relevantes en los delitos contra la Administración Pública, en la medida en que el desarrollo de una función por un sujeto privado de investidura formal también revestiría relevancia jurídico-administrativa y, con ello, jurídico-penal. Ambos factores -“no exclusividad” y delimitación de la autoría a través de las referencias objetivas vertidas en el tipo- deberán ser convenientemente considerados -insiste esta autora- a la hora de afrontar el estudio de cada una de las figuras en particular, toda vez que la cualificación de una actividad como ejercicio de funciones públicas a los efectos penales habrá de atender a la reglamentación de las tipologías de actos y poderes jurídicos desarrollada por el Derecho administrativo. Cfr. *op. cit.*, pp. 154 y 155.

⁶ En particular, en el texto se sigue a E. Gimbernat Ordeig, “El comportamiento típico en el robo con homicidio”, *ADPCP*, Tomo XVII, 1964, pp. 429 y ss.

ley penal⁷. Se entiende, entonces, que tanto los planteamientos que puedan acogerse en uno u otro sentido -unidad o heterogeneidad estructurales- como las propias críticas que puedan formularseles han de ponerse en relación con la concepción de la antijuridicidad penal que se sustente, pues las variaciones en la determinación de los elementos y sub-elementos que la integran se traducen automáticamente en cambios radicales en la configuración de la estructura del delito. Ello puede verse con toda nitidez en la corriente de opinión a la que acabamos de adscribirnos. Bajo la referencia genérica a un abuso de función constitutivo del desvalor de acto, Severino di Benedetto comprende el uso de un medio objetivo, asimilable al engaño o la violencia y que trae consigo la negación de un valor que encuentra su tutela en la Constitución⁸. Resulta, sin embargo, que la noción de abuso de función también se cohonesta perfectamente con una caracterización de la conducta típica ajustada al concepto de acción finalista, siendo así que otro de los autores que defienden para los delitos en el ejercicio del cargo el sistema de las infracciones con medio comisivo determinado es nada más y nada menos que Welzel. Para él, concretamente, el injusto de los delitos de funcionarios viene esencialmente determinado por el fin que el autor asignó al hecho, por la actitud con que lo cometió y por los deberes que lo obligaban especialmente para con su cargo⁹. Obviamente, determinadas circunstancias que integrarían un “desvalor de acto” así concebido, en términos puramente finalistas, no se compadecen con una concepción objetiva del injusto.

Es importante tomar nota de este dato para dejar claro, ya desde este momento, que cualquier posicionamiento en el problema objeto de estudio pasa por su coordinación con un determinado punto de vista sistemático, y que en esa medida todas las clasificaciones que puedan proponerse para estos delitos tendrán, inevitablemente, un valor relativo. La discusión sobre la estructura de los delitos de los funcionarios contra la Administración Pública se implica, de este modo, con el debate sobre la

⁷ Véanse las exposiciones de S. Huerta Tocildo, *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, Madrid, 1984, pp. 24 y ss., y P. Laurenzo Copello, *El resultado en Derecho penal*, Valencia, 1992, pp. 35 y ss.

⁸ Cfr. Severino di Benedetto, *I delitti dei pubblici ufficiali...*, cit., pp. 150 y 151.

⁹ Cfr. Welzel, “Der Irrtum...”, cit., pp. 208 y 209.

naturaleza, contenido y fines de la norma penal, pues lo que se intenta establecer con ella son los requisitos que permiten considerar que ciertas clase de normas -las que regulan las conductas delictivas de los funcionarios públicos- han sido infringidas, es decir, que estamos ante un ilícito penal. El concepto de “delito funcional” que aplicaremos en este trabajo a la categoría de los delitos de funcionarios es desarrollo lógico de un entendimiento exclusivamente objetivo del “desvalor de acto”, coherente con una sistemática que hace del desvalor de resultado (=lesión o puesta en peligro del bien jurídico) el elemento fundamental del injusto penal. Hacer equivalente el abuso de la función pública a un “desvalor de acto” sin ulteriores precisiones conduciría a un sistema formalista, abierto a una pluralidad de argumentaciones y construcciones dogmáticas distintas y contradictorias, incapaz de proporcionar las dosis necesarias de seguridad jurídica.

Intentando sintetizar ahora los argumentos desarrollados en clave problemática frente a la sistematización de los delitos contra la Administración Pública a partir de la categoría del “desvalor de acto”, hay que conceder, en primer lugar, que su caracterización como abusos de función se sostiene con un mayor énfasis a la hora de fijar los criterios generales del sistema que cuando se trata de determinar el contenido de injusto de cada una de las figuras del grupo. Las críticas de Stortoni a este respecto están, probablemente, más que justificadas¹⁰. Para contestarlas, habrá que identificar y definir los elementos conceptuales que se reúnen en torno al denominador común “ejercicio de la función”, así como los criterios conforme a los que pueden y deben delimitarse entre sí. Avanzamos ya ahora que los mecanismos jurídicos que explican la correlación entre las situaciones jurídicas de poder y de deber en el ámbito de la

¹⁰ Cfr. Stortoni (*L'abuso di potere*, cit., p. 8, nota 6) denuncia la enorme confusión de conceptos en que incurre la doctrina a la hora de poner en relación los conceptos de abuso de función y de infracción de deber jurídico-público con la estructura de los delitos de los funcionarios: “Sintomático de esta situación nos parece el hecho de que en el análisis se pone en común mismamente la legalidad, los derechos del ciudadano, la fidelidad. Bienes a los que subyacen concepciones antitéticas de la relación ciudadano-autoridad, con consiguiente incidencia en la función socio-política de las normas penales en cuestión”. El escaso rigor a la hora de definir las diversas formas de instrumentalización de la condición jurídica del funcionario público es, ciertamente, lugar común en la corriente interpretativa a la que aquí nos sumamos.

función pública serán de gran utilidad al efecto. Fin de la investigación en este terreno será, pues, establecer cuándo y en presencia de qué condiciones el ordenamiento jurídico-penal otorga relevancia penal al mal ejercicio de una función pública.

En segundo lugar debe rescatarse la crítica general que Stock había dirigido a la tesis de Binding sobre el concepto de “delitos del cargo” (*Amtsverbrechen*), crítica significativa habida cuenta de que Wagner reconoce al propio Binding como el precursor inmediato de su teoría¹¹. Stock destacaba el valor de la construcción elaborada por aquél sobre el plano de las reflexiones *de lege ferenda*, pero también sus límites y escaso rendimiento en orden a la interpretación del derecho positivo: “(la opinión de Binding) puede aceptarse -escribe- para reconocer la esencia de algunos delitos del cargo aislados, pero se muestra por necesidad inútil para el reconocimiento de la esencia del grupo de los actuales *Amtsverbrechen*, puesto que desmienten toda justificación de la misma”¹².

Esta observación sólo puede ser contrarrestada dotando a ese desvalor de acto de un sólido fundamento normativo, haciendo descender el abuso de la función del propio contenido -en nuestro caso- de los tipos del Título XIX, Libro II, del texto punitivo. Las palabras de Stock proporcionan, en cualquier caso, la base para rechazar un método sintético, generalizador, e intentar uno analítico, a la hora de verificar cuál es el concreto aspecto del ejercicio de la función afectado por la conducta realizada por el funcionario público. Siempre habrá de procederse con la mirada puesta en las exigencias de cada tipo y en lo que permitan al intérprete.

Un tercer grupo de críticas se sostiene, por último, con el argumento de la imposibilidad lógica de que ciertos delitos del grupo puedan entenderse cometidos en ejercicio de las funciones propias del cargo. En ellos, tal y como indica Stortoni, el funcionario se valdría de la posición que ocupa sin servirse de las facultades jurídicas que le son inherentes, de tal forma que si en los casos de ejercicio de la función la acción incluye un componente normativo, “representado por el uso ilegítimo del poder”, en éstos otros la conducta se situaría “sobre un plano completamente naturalístico”¹³. Su clasificación legal como delitos en el ejercicio del

¹¹ Vid. Wagner, *Amtsverbrechen*, cit., p. 405.

¹² Cfr. Stock, *Entwicklung...*, cit., p. 249.

¹³ Cfr. Stortoni, *L'abuso di potere*, cit., p. 16.

cargo se explicaría por otros motivos técnicos, relacionados con la naturaleza de las conductas, más concretamente, con el fin perseguido con ellas o con los elementos descriptivos que las rodean¹⁴.

¹⁴Cfr. Stortoni, *L'abuso di potere...*, cit., pp. 33 y ss. Stortoni insiste en que la calificación como abuso fáctico o jurídico de la utilización de una cierta situación asociada al desempeño de funciones públicas no tiene un fundamento ontológico, sino que debe decidirse a partir del examen minucioso de la figura delictiva descrita por el legislador y de su *ratio legis*. Podría sostenerse así -escribe (*op. cit.*, p. 38)- que el funcionario que utiliza invenciones o descubrimientos que ha conocido por razón del oficio (art. 325) lo hace sirviéndose de las funciones que ejerce. Sin embargo, un atento examen de dichas figuras normativas pondría de manifiesto que la función pública es empleada en estos casos en un momento precedente al de la realización de la conducta típica, concretamente en el de la aprehensión de la invención o del descubrimiento. Se trataría, por lo tanto, "de hipótesis delictivas que se resuelven sólo en la violación de un deber, a la que se añade la particular relevancia que en ellas asume el tratamiento de la confianza especial depositada en el funcionario" (*op. loc. cit.*). Otro delito de abuso de posición fáctica sería el cohecho. En el impropio sería ya la conformidad a los deberes del cargo del acto comprado u ofrecido lo que indicaría que lo que viene en consideración no es un abuso, sino un ejercicio correcto de la función. Tratándose del propio, la realidad normativa desmentiría su aparente naturaleza de delito de abuso de la función. Así, el que el cohecho subsiguiente se consume en un momento posterior - el de la realización del convenio de compraventa con el particular- al de la ejecución del acto propio del cargo demostraría que su existencia no depende en absoluto del desarrollo de las funciones públicas por parte del agente corrupto. En el caso del cohecho antecedente, el delito se consumaría ya con la dación o la aceptación de la promesa de dádiva, siendo por lo tanto del todo irrelevante el que el acto objeto del delito llegue o no a realizarse (*op. cit.*, pp. 39 y 40). Tampoco las conductas típicas de la malversación por apropiación del artículo 314 o de la conjunción carnal del 520 del Código penal italiano (equivalente a los abusos contra la libertad sexual de los artículos 443 y 444 del texto punitivo español) guardarían relación alguna con la función desarrollada por el sujeto activo. La apropiación como forma de malversación se sustancia -explica Stortoni- en una modificación de la relación entre el sujeto y el objeto material del delito, que de posesión se transforma en propiedad. Con respecto a ella, el ejercicio de la función pública no podría desplegar entonces ninguna clase de efecto, al incidir exclusivamente sobre el primero de los términos de la mencionada relación: "la posesión, originaria y... legítima" (*op. cit.*, p. 174). En conclusión, para este autor los únicos delitos del Código penal italiano que merecerían el calificativo de abusos de función serían el abuso de oficio (art. 323), la malversación por distracción (art. 314) y la concusión (art. 317), figuras todas ellas que implicarían necesariamente el empleo de las facultades jurídicas que le corresponden al sujeto activo en virtud de su pertenencia a la Administración Pública. Cfr. *op. cit.*, pp. 166 y ss. En una línea de trabajo muy próxima a la que representa Stortoni, Binding subrayaba las enormes dificultades que presenta la comprensión dogmática de los delitos de funcionarios como un grupo homogéneo, coherente. Su planteamiento arranca de su tradicional clasificación tripartita en delitos propios - los que sólo podría perpetrar un funcionario público-, delitos comunes agravados -cometidos en relación causal con el ejercicio del cargo- y delitos comunes sin conexión alguna con un

La idea es que si el desarrollo de la conducta en el ejercicio de la función es el factor determinante de la naturaleza jurídica de los delitos “en el ejercicio del cargo”, ciertas figuras deberían recibir un tratamiento

cargo público. Estas distinciones serían, en su opinión, “demasiado superficiales”, pues ni la condición de funcionario del sujeto serviría por sí sola para hacer del delito ejecutado un delito “del cargo”, ni el hecho de que el bien jurídico agredido por aquél estuviera también al alcance de un particular sería argumento suficiente para desechar tal posibilidad (*Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Besonderer Teil*, Band 2. Abteilung 2, cit., pp. 402 y 403). Lo que verdaderamente fundamentaría la existencia de un delito “del cargo” sería, por el contrario, su derivación del “círculo de autoridad o poder” (del “cargo” oficial) que legalmente le corresponde al autor. Éste sería, en realidad, un órgano del Estado que abusa de su competencia, como titular de un cargo público, para poner en práctica una cierta clase de infracciones (*op. cit.*, p. 404). La genuina finalidad de las normas que prevén delitos “del cargo” no sería otra, en consecuencia, que la protección del Estado o de la colectividad contra la autoridad o poder de los órganos estatales (*op. cit.*, pp. 405 y 406). En sentido conceptual, expone, los auténticos delitos “del cargo” presentan dos vertientes nitidamente diferenciadas. En primer lugar, en ellos toma cuerpo una agresión a los derechos y a los bienes jurídicos que el cargo pone a disposición del funcionario y que pueden pertenecer tanto al Estado como a los particulares. Pero, además, ese ataque revestirá la peculiaridad de que “se produce en nombre y con el poder del Estado”, aunque contra las normas que el funcionario tiene la obligación legal de observar al ejercer su cargo (*op. cit.*, p. 403). Las conductas del juez que dicta conscientemente una sentencia falsa, del fiscal que acusa falsamente, del funcionario de un registro que anota una entrada no veraz en el libro correspondiente o de un funcionario facultado para detener que practica una detención ilegal valen, señala, como actuaciones estatales, al inscribirse formalmente en los márgenes de la competencia legalmente atribuida a dichos sujetos. Y es en ese “forzamiento” del Estado a tolerar que su propio poder sea utilizado para cometer un delito en lo que debe reconocerse la naturaleza “estatal” de estas figuras (*op. cit.*, p. 404). Este panorama cambiaría completamente cuando el funcionario realiza conductas que están más allá de su competencia. Cuando ello suceda, no sería el Estado el que actúa antijurídicamente, sino su órgano, que lo hace “sólo aparentemente” en su nombre, abusando de una “ficticia” competencia estatal (*op. cit.*, p. 405). A su juicio, lo que induce al legislador a arbitrar la correspondiente protección penal en estos casos es simple y llanamente la pretensión del sujeto activo de actuar ejercitando un poder estatal (*op. loc. cit.*). Para denominar a estas figuras -entre las que incluye a la lesión corporal en el cargo (§ 340 *StGB*) y a la aplicación de medios de coacción para obtener una confesión (§ 343 *StGB*), Binding propone los términos de “delitos impropios del cargo” y de “delitos comunes” de los funcionarios públicos, idóneos para expresar la ausencia en ellas de los rasgos que convierten al delito “del cargo” en un delito estatal (*op. loc. cit.*). Un dato más a tener en cuenta es que para Binding la antijuridicidad de los *Amtsverbrechen* debe apreciarse en términos absolutamente objetivos. Un juez unipersonal -escribe- puede prevaricar en favor de una de las partes, sirviéndose, por ejemplo, de un argumento que él mismo estima falso para no admitir un recurso presentado en favor del demandado. Pero si finalmente llega a dictar -a pesar de dicha intención inicial- una sentencia ajustada a Derecho, la conducta de prevaricación no se habrá realizado, “ni siquiera habrá comenzado” (*op. cit.*, p. 406). En

dogmático y político-criminal distinto del que le corresponderá al grupo, al no cumplimentar en absoluto tal exigencia. Pedrazzi la expresa muy gráficamente cuando escribe que una cosa son las incriminaciones que miran a reprimir los abusos de los poderes estatales, y otra bien distinta las que cumplen una función de respaldo de la disciplina en el ámbito de las organizaciones públicas o en mano pública. En la descripción de las primeras se haría alusión al ejercicio actual o potencial de poderes típicos de Derecho público, en este último caso bajo la forma del abuso de la cualidad de funcionario. Las segundas, entre las que se contarían la malversación, la revelación de secretos y el cohecho, no sólo se dirigirían a los funcionarios, sino también a todos aquellos sujetos vinculados a los entes públicos por una relación de servicios¹⁵.

ese supuesto, aduce, podría existir, a lo sumo, una lesión del deber del cargo, pero nunca un “delito del cargo”, al tratarse de actos de ejercicio del poder estatal objetivamente adecuados a Derecho (*op. loc. cit.*). De acuerdo con su exposición, entre los delitos cuyas conductas radican en un uso ilegítimo de la competencia del funcionario deberían incluirse la prevaricación y las exacciones ilegales. Simples delitos comunes de los funcionarios serían, en cambio, la malversación de caudales públicos y la revelación de secretos. Fuera del ámbito conceptual de los *Amtsverbrechen* permanecería asimismo el cohecho impropio. Tratándose del propio, en cambio, Binding expresa sus dudas: “la conducta que contiene una lesión de los deberes del cargo o del servicio... puede ser directamente tanto una conducta correspondiente como completamente ajena a la competencia del funcionario” (*op. cit.*, p. 410).

¹⁵ Cfr. Pedrazzi, “Problemi e prospettive...”, cit., pp. 388 y ss. En España acoge los planteamientos de este autor Valeije Álvarez, “Reflexiones...”, cit., pp. 476 y 477. A las mismas conclusiones llega un muy representativo sector de la doctrina italiana, representado por Spinelli, Pannain, Infantini y Pagliaro. Todos estos autores desarrollan el concepto dogmático “delito de funcionario” a partir de lo que habitualmente se enuncia como “carácter objetivo” de los elementos especiales de la autoría. La asunción de las posiciones jurídicas reclamadas por los tipos de los delitos contra la Administración Pública se derivaría, en su opinión, del desarrollo de una cierta clase de actividad (una función pública legislativa, judicial o administrativa o un servicio público) y subsistiría únicamente en la medida de dicho ejercicio, independientemente de la existencia de una relación de empleo público entre el sujeto y el ente público o de la naturaleza del ente mismo. Este planteamiento teórico les proporciona un criterio general con el que someter a examen la estructura de los delitos contra la Administración Pública: el de la relación existente entre el ejercicio de la función o servicio y el tipo de injusto; relación que califican como “constante” pero, con arreglo a un punto de vista funcional, “completamente variable”. Constante, porque los tipos siempre tomarían en consideración, al margen de la referencia vertida en el sujeto activo, situaciones que reclaman la realización de una función o de un servicio públicos por parte de aquél. Completamente variable, porque esas referencias se contendrían en elementos a los que corresponde un significado distinto en la estructura del tipo de injusto. De esta forma, en el abuso de oficio (art. 323), el elemento típico que requeriría la realización objetiva

La estructura de los delitos contra la Administración Pública será el objeto de estudio de la segunda parte de este trabajo. La elección obedece a diversas consideraciones. De lo hasta aquí expuesto puede colegirse fácilmente que estamos ante un problema abierto, de cuya solución de-

de la función o servicio sería el medio comisivo, concretado en actos administrativos o comportamientos materiales o técnicos -incluidos los omisivos-. Asimismo a un medio comisivo se reconduciría la situación típica de ejercicio de la función o servicio en el delito de concusión (art. 317), alternativamente formulado como abuso de la cualidad -instrumentalización de la situación fáctica dimanante del ejercicio de una función o servicio público- o abuso de poder -ejercicio extemporáneo o viciado de los poderes del oficio público o amenaza del mismo-. El tipo del cohecho pasivo propio antecedente (art. 319) reservaría al cumplimiento de un acto contrario a los deberes del oficio el papel de “dolo específico”, resultando su efectiva producción ajena al momento consumativo (el de la recepción de la retribución indebida o de la aceptación de la promesa de recibirla). En los delitos de malversación (art. 314) y utilización de invenciones o descubrimientos conocidos por razón del oficio (art. 325), en fin, el ejercicio de la función o servicio representaría el “presupuesto de la conducta”, en la medida en que requieren que el sujeto tenga la posesión o disponibilidad del objeto material o que haya accedido al conocimiento de la invención, descubrimiento científico o aplicación industrial “por razón del oficio o servicio”, respectivamente. Todos estos autores afrontan también la cuestión de la caracterización de las situaciones jurídicas en que deben hallarse los funcionarios y encargados de servicio para dar cumplimiento a los hechos delictivos. Puesto que hacen depender la concurrencia de los elementos de la autoría del desarrollo de acciones o actividades jurídico-públicas, se ven obligados a estudiar las reglas jurídicas (incluidas las relativas a la propia competencia) cuya infracción o respeto permiten identificarlas. Las opiniones a este respecto son, sin embargo, estrictamente analíticas, surgiendo al socaire de los problemas interpretativos que plantea cada una de las figuras delictivas. Así, la nulidad o anulabilidad administrativas del acto se entienden absolutamente irrelevantes en orden a la existencia del abuso de oficio, entendiéndose suficiente con que produzca cualquier clase de efectos jurídicos (incluso interinos o provisionales). En sede de cohecho, el acogimiento de la concepción “objetiva” de los elementos de la autoría permite a Pagliaro apreciar delito cuando un sujeto que carece de la cualificación de funcionario o encargado en el momento de aceptar la retribución asume posteriormente los poderes relativos a aquel cumplimiento. Por otra parte, y ya que el artículo 319 exige la existencia de una relación funcional entre el cargo y el acto a realizar, con ocasión del estudio de éste último se concluye que el delito subsistiría incluso en los supuestos en que su objeto fuera imposible, ilícito o indeterminado, o en que se incumpliesen requisitos formales esenciales, pero no cuando procediese de un sujeto absolutamente incompetente. Finalmente, el requisito de la “razón del cargo” en el peculado y en la utilización de invenciones y descubrimientos no implicaría la necesaria existencia de una competencia en sentido técnico del Derecho administrativo, bastando con la de una competencia “de hecho”, con el ejercicio de funciones nominalmente propias de otro funcionario o encargado tolerado por la propia Administración. Cfr. G. Spinelli, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Milano, 1964, pp. 578 y ss.; Pannain, *I delitti...*, cit., pp. 45 y ss.; Infantini, *L'abuso della qualità...*, cit., pp. 1 y ss.; Pagliaro, *Principi di Diritto penale. Parte Speciale*, cit., pp. 31 y ss.

penden numerosas cuestiones relativas a la interpretación y aplicación de estas figuras. Así, y prescindiendo de particularidades que no son indispensables a los fines de este estudio, si se llegase a la conclusión de que el ejercicio de la función constituye verdaderamente el medio comisivo, habría que traer a colación las dificultades para admitir tanto un principio de ejecución de la tentativa no estrictamente objetivo-formal como su realización en comisión por omisión, tal y como hace la doctrina mayoritaria cuando expone las peculiaridades dogmáticas de los delitos de actividad con instrumentos de ejecución legalmente determinados¹⁶.

Por otra parte, la individualización de la estructura misma no es sino el procedimiento para lograr una mayor y mejor delimitación del concepto “delito de funcionario público”, dado que es en ella en la que se muestran con la mayor claridad todos los aspectos problemáticos que

¹⁶ Mir Puig (*Derecho penal. Parte General*, cit., p. 223) sostiene que mientras que en los delitos con medios determinados la descripción típica restringe de forma expresa las modalidades que puede adoptar la conducta (por ejemplo, el robo con fuerza en las cosas, que implicaría el uso de alguna de las formas de fuerza contempladas en el art. 238 CP), las posibilidades de realización de los delitos resultativos abarcan cualquier conducta que cause el resultado (por ejemplo, el delito del art. 138, que reza “el que matare a otro”). En el mismo sentido, sobre la distinción entre una y otra clase de tipos, Cobo del Rosal / Vives Antón, *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 409; Gómez Benítez, *Teoría jurídica del delito*, cit., pp. 163 y 164; Bustos Ramírez, *Manual de Derecho penal. Parte General*, cit., p. 271; J. Cerezo Mir, *Curso de Derecho penal español. Parte General II. Teoría jurídica del delito / 1*, 5ª ed., Madrid, 1997, p. 105; y Jakobs, *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 209. En opinión del último de los autores, puesto que la ejecución de la acción a su vez ostenta un aspecto externo y en tal sentido un resultado, el grupo de los delitos de mera actividad no puede separarse tajantemente de los delitos de resultado de conducta limitada. Jakobs propone los ejemplos del allanamiento de morada en la modalidad de penetrar en ésta (§ 123 StGB), caracterizable a su entender como delito de mera actividad, “pero también como delito en el que se ha ocasionado de un modo determinado un ‘estar dentro’”, y el perjurio (§ 154 StGB), que “puede definirse como jurar o como llevar a cabo de propia mano un juramento (o incluso como comunicación con el órgano ante el que se presta juramento, y en este caso sería un delito de resultado con conducta tasada)”. Todos estos autores reconocen trascendencia a esta distinción en sede de omisión en el sentido que apunta Jescheck: “el injusto específico de la acción por el no impedir el resultado en los delitos con elementos especiales de la acción sólo puede corresponder con el hacer positivo cuando el resultado se realiza aproximadamente en la forma exigida por el tipo” (*Tratado de Derecho penal. Parte General*, cit., p. 572. La advertencia sobre la facilidad con la que estos delitos admiten un principio de la tentativa no estrictamente objetivo-formal la hace, entre otros, Gómez Benítez (*op. loc. cit.*). La mayoría de estos autores traen como ejemplo de delito con actividad tipificada la estafa. Ninguno se refiere expresamente, sin embargo, a los delitos en el ejercicio del cargo.

tradicionalmente han rodeado a esta materia, desde la indeterminación de las conductas -tipificadas con arreglo a elementos normativo-jurídicos-, hasta las divergencias interpretativas protagonizadas por la doctrina en relación con el tratamiento dogmático del denominado “instrumento doloso no cualificado”, pasando por la construcción de su injusto en clave exclusivamente subjetiva, en tanto infracciones de deberes deontológicos de lealtad, obediencia o fidelidad, con cierta presencia todavía en los estudios actuales a pesar de recordar a concepciones -teóricamente superadas- que sustentaban el juicio de antijuridicidad sobre datos inherentes a la personalidad del sujeto (*Gesinnungsstrafrecht*).

El análisis en cuestión habrá de discurrir por tres momentos o fases. En primer lugar habrá que verificar si el desarrollo incorrecto de la función puede ocupar, efectivamente, el lugar que los tipos asignan a los medios de realización de la conducta, esto es, si es viable sistematizar y categorizar estas infracciones utilizando como parámetro el modo en que los comportamientos típicos expresan o manifiestan el ejercicio desviado de una actividad pública. Posteriormente, se tratará de adaptar la noción formal de “abuso” de la función a una interpretación teleológica de la norma penal, para lo cual habrá que demostrar que su idoneidad para conducir un ataque al bien jurídico protegido. Por último, y presupuesto que todos y cada uno de los puntos de vista que podrían exponerse sobre el fundamento y naturaleza jurídica de los delitos contra la Administración Pública traen aparejadas soluciones concretas a cuestiones de Derecho penal sustantivo, habrá que acreditar la posibilidad de inferir de la caracterización que aquí se pretende pautas respetuosas con los principios de seguridad jurídica y con las exigencias básicas del sistema penal moderno, como los principios de culpabilidad y de igualdad. Su perfil ofensivo, la autoría mediata con instrumento doloso no cualificado y la tentativa del sujeto inidóneo son los campos que hemos seleccionado. Cada uno de estos temas será objeto de un análisis particularizado.

Resta una cuestión relevante por resolver en esta introducción, la relativa a la precisión del instrumento teórico que nos ha de servir para controlar la existencia de una estructura “tipo” en todos los delitos de los funcionarios contra la Administración Pública, así como las eventuales manifestaciones o variaciones -esenciales o no esenciales- acusadas por la misma en cada figura o grupo de figuras. Ese instrumento nos lo proporcionará el concepto de delito especial. La elección se justifica en atención al

proceso de reelaboración dogmática de que ha sido objeto, centrado fundamentalmente en consideraciones de orden estructural. Como explica Langer, el delito especial representa una verdadera forma de aparición del delito, que concreta su concepto general con eficacia para el sistema común del Derecho penal y cuya diferencia legal con el delito común no puede ser desconocida por ninguna opción sistemática¹⁷.

B. LOS DELITOS DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS COMO DELITOS ESPECIALES. CONCEPTO Y ESTRUCTURA DE LOS DELITOS ESPECIALES DE POSICIÓN JURÍDICA.

I. EL DELITO ESPECIAL. CRITERIOS DE CARACTERIZACIÓN. DELITOS DE POSICIÓN FÁCTICA Y DE POSICIÓN JURÍDICA. RECONDUCCIÓN DE LA SITUACIÓN ESPECIAL DEL AUTOR A UNA POSICIÓN DE GARANTE¹⁸.

Hace tiempo que la literatura monografista -particularmente en Alemania e Italia- ha señalado la necesidad de superar la consideración

¹⁷Cfr. W. Langer, *Das Sonderverbrechen. Eine dogmatische Untersuchung*, Berlin, 1972, p. 385. Frente a la opinión de Langer, hay que dejar constancia, no obstante, de que la generalidad de la doctrina española expone el concepto de delito especial no como forma de aparición del delito, sino como clase de tipo por razón de los sujetos. La noción de forma de manifestación del delito, propuesta por la doctrina alemana para poner de manifiesto la existencia de determinadas relaciones conceptuales entre hipótesis de delito “principales” e hipótesis “accesorias”, esto es, dependientes en su existencia de la de las principales, es tradicional objeto de discusión en la literatura italiana. Sin poder entrar en el fundamento y términos de dicha controversia (*vid.* G. Marini, *Lineamenti del sistema penale*, Torino, 1993, pp. 640 y 641, con amplias indicaciones), hacemos notar con carácter muy general que la literatura española les otorga su contenido más tradicional (*iter criminis*, autoría y participación y concurso), y destaca la trascendencia de aprehender correctamente su naturaleza con vistas a solventar problemas relacionados con la prescripción del delito -que ha de entenderse referida al delito consumado, nunca al frustrado o a la tentativa, ni a la pena prevista para el cómplice o el encubridor- o con la fijación del tiempo y lugar de comisión de delito. Cfr. Rodríguez Devesa / Serrano Gómez, *Derecho penal español. Parte General*, cit., pp. 770 y ss.; Cobo del Rosal / Vives Antón, *Derecho penal. Parte General*, cit., pp. 635 y ss.; Sanz Morán, *El concurso de delitos*, cit., pp. 19 y ss.; Octavio de Toledo / Huerta Tocildo, *Derecho penal. Parte General. Teoría jurídica del delito*, cit., pp. 419 y ss. A juicio de A. Pagliaro (*Principi di Diritto penale. Parte Generale*, 4ª ed., Milano, 1993, pp. 446 y 448), la teoría de las formas de aparición responde a exigencias de economía científica, en la medida en que previene la repetición del tratamiento de cuestiones inherentes al significado compartido por todas las figuras en examen y permite limitar la investigación a los aspectos que son particulares de cada una de ellas.

¹⁸ No existe unanimidad en la doctrina extranjera en la adopción de una fórmula lingüística con que designar los delitos que únicamente pueden ser cometidos por quienes

formal del delito especial para atender a las peculiaridades que presenta su estructura típica. Su genérica caracterización como aquél que, en contraposición al delito común, puede ser cometido sólo por determinadas clases de sujetos -en el sentido de que de no haber sido realizada por ellos la conducta sería atípica (delito propio) o bien determinaría la aparición de un delito diverso y conminado con pena menos grave (delito impropio)- ha dado paso, así, al estudio de las repercusiones que pueda tener la integración del elemento especial de la autoría en el

se hallan en determinadas situaciones. En la alemana se utilizan indistintamente expresiones como *Sonderverbrechen*, *Sonderstrafat*, *Standverbrechen*, *Pflichtdelikte*, *Garantensonderdelikte* o *Delikte mit besonderen persönlichen Merkmalen*. En Italia son habituales las referencias a los delitos “exclusivos”, “particulares”, “especiales”, “de subjetividad restringida” o “propios”. En las obras de carácter general, la literatura penal española utiliza de forma mayoritaria, por el contrario, la locución «delitos especiales» (así, Cobo del Rosal / Vives Antón, *Derecho penal. Parte General*, 4ª ed., cit., p. 326; Mir Puig, *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 225; Muñoz Conde / García Arán, *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 261; J. M. Gómez Benítez, *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte General*, Madrid, 1984, p. 153; J. Cerezo Mir, *Curso de Derecho penal español. Parte General II. Teoría jurídica del delito / I*, cit., p. 113; Rodríguez Mourullo, *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 269; Bustos Ramírez, *Manual de Derecho penal. Parte General*, cit., p. 420; D. - M. Luzón Peña, *Curso de Derecho penal. Parte General I*, Madrid, 1996, p. 304; Cuello Contreras, *El Derecho penal español. Parte General*, cit., p. 518; Quintero Olivares, *Los delitos especiales...*, cit., pp. 15 y 16; L. Gracia Martín, *El actuar en lugar de otro en Derecho penal, Vol. I. Teoría general*, Zaragoza, 1985, passim, alternándola con la de “delitos con especiales elementos de la autoría”). Como excepción, J. Ortego Costales denomina a los delitos únicamente realizables por las personas que reúnen ciertos requisitos “delitos de sujeto diferenciado” (*vid. Ensayo sobre la Parte Especial del Derecho penal*, La Laguna, 1959, pp. 28 y ss.). Entiendo que la propia ausencia de difusión de las utilizadas por la doctrina extranjera debe ser el mejor aval para seguir optando por una expresión que, si bien no exenta de reservas -piénsese en el uso de la misma para designar aquellas figuras delictivas tipificadas en leyes penales especiales, habitual en la doctrina latinoamericana (*vid. A. Quintano Ripollés / J. Heilpern*, “Sonderdelikte”, en *Diccionario de Derecho comparado, Tomo I. Alemán-Español*, Madrid, 1951, p. 474; M. Acosta Romero / E. López Betancourt, *Delitos especiales*, 2ª ed. actualizada, México, 1990, p. 12)- al menos en nuestro ámbito jurídico-cultural no genera ya *ab initio* confusión en una materia no precisamente necesitada de ella. Junto a ello, tampoco se puede desconocer la proclividad a equívocos interpretativos de la denominación “delitos de posición”, en principio la que mejor se adecua a la perspectiva dogmática con que aquí nos aproximamos al delito especial. Aquélla parece, efectivamente, reflejar una tendencia -no poco extendida entre los estudiosos de los delitos de funcionarios- a centrar sus peculiaridades en una especie de “modo estático de ser” del sujeto activo, relevante como tal, desvinculado de toda dinámica ofensiva a bienes jurídicos comunitarios.

tipo a la hora de la configuración del correspondiente contenido de injusto¹⁹.

La opción por un análisis estructural del delito especial ha determinado una sensible modificación de los criterios de conceptualización y aglutinamiento de la categoría²⁰. Esa tipología no se integrará ya, sin más,

¹⁹ Que la delimitación de la delincuencia especial no puede operarse negativamente fue tempranamente advertido por J. Nagler (cfr. *Die Teilnahme am Sonderverbrechen. Ein Beitrag zur Lehre von der Teilnahme*, Leipzig, 1903, pp. 11 y ss.). Argumentando al respecto, Quintero Olivares (*Los delitos especiales...*, cit., p. 16) subraya que la posibilidad de formar parte de la estructura típica no debe proceder de una causa anterior, como sería por ejemplo la carencia de imputabilidad, que afectaría por igual a todo el repertorio de infracciones. Es preciso -concluye- que la limitación sentada en el tipo se corresponda con una “realidad absoluta” y una con característica personal y “no exterior” del autor (*op. cit.*, p. 18). Para G. Maiani (*In tema di reato proprio*, Milano, 1965, pp. 14 y ss.) la unificación en la categoría del delito especial de las hipótesis de incidencia constitutiva y limitativa carece de utilidad sobre el plano dogmático. La pretensión de profundizar en la estructura de los delitos especiales exigiría, por contra, la exclusión del ámbito de estudio de los calificables como tales sólo en atención a la extraneidad de los sujetos activos a las situaciones normativas previstas como causas de justificación. Ya A. Kaufmann (*Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna*, trad. del alemán de E. Bacigalupo / E. Garzón Valdés, Buenos Aires, 1977, pp. 330 y 331) consideraba la determinación negativa del sujeto como una de las posibilidades teóricas de incorporar las causas de justificación (en su lenguaje “tipos penales de excepción” o proposiciones permisivas) a la “materia de prohibición”. En relación con la legítima defensa, por ejemplo, sujetos de la prohibición serían sólo aquéllos que no son atacados, que no están en una situación de defensa. Esta solución le parecía sin embargo desechable por tres razones. La primera, porque si el no ser atacado fuese un elemento de la autoría no habría ninguna norma “general”. La segunda, porque se desconocería que el atacado no tiene por qué llevar a cabo por sí mismo la defensa necesaria. Finalmente, porque la “intención de defensa” no podría ser elemento de la autoría, en la medida en que la intención de un acto que constituye la materia de la prohibición pertenece a ella, no a la descripción del autor.

²⁰ Con arreglo a la tesis tradicional, la articulación del delito especial como categoría dogmática descansaba sobre el dato de la especial sujeción o el especial deber jurídico representados por el elemento de la autoría. El origen de ese deber se localizaba bien en la propia fuerza vinculante de la norma penal, que obligaría únicamente a los funcionarios o militares -delitos a los que en la práctica se contraía el concepto- (cfr. K. von Grolman, *Grundsätze der Kriminalrechtswissenschaft*, 4. Aufl., Gießen, 1825, pp. 25 y ss.; K. Binding, *Grundriss des Deutschen Strafrechts. Allgemeiner Teil*. 8. Aufl., Leipzig, 1913, p. 77), bien en la específica situación en que ciertos grupos de personas vendrían a encontrarse con carácter previo, integrada por deberes especiales penalmente sancionados (vid. A. Finger, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Band I*, Berlin, 1904, p. 108; E. Beling, *Die Lehre vom Verbrechen*, neudruck der Ausgabe Tübingen 1906, Aalen, 1964, p. 241; H. von Weber, *Grundriss des Deutschen Strafrechts*, Bonn, 1948, p. 31, citado por Quintero Olivares, *Los delitos especiales...*, cit., p. 38, nota 43). Se trataba en cualquier caso, como pone de manifiesto el propio

por aquellas figuras cuyo autor se halle en una posición formal de deber desvinculada del contenido de injusto, sino sólo por las que se caracterizan por la posición jurídica o fáctica en que el sujeto se halla frente al bien jurídico por consecuencia de cualidades, estados, condiciones o situaciones reclamadas explícita o implícitamente como elementos esenciales de la norma penal²¹. En el bien entendido de que con la referencia a la posición del agente frente al objeto de la tutela debe entenderse aludida la existencia de una relación típica, o sea, jurídico-penalmente relevante entre ambos. La literatura monografista habla, en efecto, de la existencia de una relación de “connaturalidad” u “homogeneidad sustancial” entre la situación del sujeto y el bien jurídico, distinguiendo ulteriormente entre homogeneidades “naturalísticas” (existentes “en la realidad fenomenológica”) y homogeneidades “jurídicas” (derivadas del vínculo en que la situación del sujeto y el bien jurídico vienen a hallarse en el ámbito de

Quintero, de planteamientos formales, ajenos a todo problema de método o contenido de la definición del delito especial (cfr. *Los delitos especiales...*, cit., pp. 16 y 17, nota 16, con ulteriores referencias sobre lo que denomina “incolora forma” de aproximarse al delito especial).

²¹ Cfr., entre las numerosas aportaciones esenciales a la construcción de la moderna teoría del delito especial, en la doctrina italiana, G. Bettiol, *Sul reato proprio*, Milano, 1939, p. 27 y ss.; Maiani, *In tema...*, cit., pp. 50 y 51; A. Fiorella, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Firenze, 1985, pp. 18 y 104 y ss.; F. Mantovani, *Diritto penale. Parte Generale*, 20 ed., Padova, 1988, p. 144; G. Santaniello / L. Maruotti, *Manuale di Diritto penale. Parte Generale*, Milano, 1990, p. 135; C. Fiore, *Diritto penale. Parte Generale*, Vol. I, *Introduzione allo studio del Diritto penale. La legge penale. Il reato*, Torino, 1993, p. 159; entre los autores alemanes, P. Blauth, *Handeln für einen anderen nach geltendem und kommendem Strafrecht*, Heidelberg, 1968, pp. 56 y 57; A. Wiesener, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Stellvertretern und Organen*, Frankfurt, 1971, pp. 128 y ss., con ulteriores referencias; Langer, *Das Sonderverbrechen*, cit., pp. 404 y ss. y passim; B. Schünemann, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht. Eine Untersuchung der Verantwortlichkeit der Unternehmen und ihrer Führungskräfte nach geltendem und geplante Stra- und Ordnungswidrigkeitenrecht*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1979, pp. 138 y ss.; Kaufmann, “Fundamento del deber jurídico...”, cit., pp. 12 y 13; Jakobs, *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, cit., pp. 791, 831, 877, 878 y 993 y ss.; en la doctrina española, Bustos Ramírez, *Manual de Derecho penal. Parte General*, cit., p. 262; y, sobre todo, Gracia Martín, *El actuar en lugar...*, Vol. I, cit., pp. 59 y ss.; mismo autor, *Responsabilidad de directivos, órganos y representantes de una persona jurídica por delitos especiales*, Barcelona, 1986, pp. 26 y ss.; mismo autor, en J. L. Díez Ripollés / L. Gracia Martín, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales. Vida humana independiente y libertad*, Valencia, 1993, pp. 78 y ss.; mismo autor, “Instrumentos de imputación jurídico penal en la criminalidad de empresa y reforma penal”, *AP*, 1993-I, pp. 215 y ss.

un sistema normativo dado)²². Pero tanto en un caso como en otro, la realización de la agresión al bien jurídico desde una posición particular opera ante todo como un criterio de caracterización interna de los tipos penales especiales²³.

²² En estos términos, Maiani, *In tema...*, cit., pp. 79 y 99; Fiore, *Diritto penale. Parte Generale*, Vol. I, cit., p. 159; Langer, *Das Sonderverbrechen...*, cit., p. 456. Gracia Martín (*El actuar en lugar...*, Tomo I, cit., pp. 355 y 356) aprecia la existencia de dos clases de estructuras sociales susceptibles de alojar bienes jurídico-penalmente relevantes. En primer lugar, las que permanecen abiertas, permitiendo que cualquier ciudadano se valga de ellas en un momento determinado para llevar a cabo una actividad social. En segundo lugar, las que sirven a un potencial de actividad que monopoliza una clase concreta de sujetos. Para proteger los bienes jurídicos inscritos en las primeras -que este autor identifica con los instrumentos que posibilitan el intercambio o la intercomunicación social en sus diversas vertientes- el legislador prohibiría las acciones de lesión o de peligro que cualquier persona que se introduzca en ellas se halla en condiciones de protagonizar, distinguiéndose formalmente las figuras correspondientes por resultar sus sujetos activos descritos a través del anónimo «el que...». Pero cuando los bienes jurídicos se enmarcan o han ingresado en las segundas, la construcción de tipos delictivos especiales se inspiraría en la idea del ejercicio de la función, en el criterio del dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico protegido.

²³ Langer ha expuesto con claridad esta línea de interpretación. Todo injusto -apunta- consiste en una lesión de valores comunitarios, lesión que a su entender debe examinarse tanto bajo un punto de vista objetivo como personal. Los elementos del tipo que individualizan este injusto general y que, por tanto, pueden cometerse por cualquier persona son elementos generales del injusto. A esos elementos se añaden “elementos relativos del injusto”, elementos que operan relativizando -aumentando o disminuyendo- el injusto general y que constituyen los elementos del tipo especial que connotan la especialidad de su injusto (cfr. “Zum Begriff...”, cit., pp. 250 y 251). *Vid.* asimismo Maiani, *In tema...*, cit., pp. 79 y 80; Fiore, *Diritto penale. Parte Generale*, Vol. I, cit., pp. 159 y 160. Para Gracia Martín (*El actuar en lugar...*, Tomo I, pp. 351 y 352) la diferencia entre delitos especiales propios e improprios debe ponerse en relación con la existencia de bienes jurídicos únicamente presentes en el seno de ciertas estructuras sociales y bienes simplemente “atrapados” -debido a su propia movilidad- en ellas y que acusan, por ese motivo, un mayor grado de desprotección. Ejemplo de los primeros serían los bienes jurídicos “recta administración de justicia” o “derecho de crédito”, cuyas acciones típicas de lesión sólo podrían ser realizadas por quienes ejecutan las funciones propias de un cierto rol social. Con respecto a los delitos especiales improprios, las acciones adecuadas de lesión o peligro pertenecerían al ámbito de posibilidades de acción de todos, pero realizadas en la esfera de dominio social presentarían un mayor grado de ofensividad, siendo posible incluso que una acción prohibida a los restantes ciudadanos fuese el contenido positivo de la función que desempeña una clase específica de sujetos y que, produciéndose dentro de ciertos límites, resultase lícita. Tal sería el caso de la acción de detención del artículo 184 CPTR73). Más matizadamente, según Langer (*Das Sonderverbrechen...*, cit., pp. 404 y ss., y 412 y ss.) la encomienda del bien jurídico a un ámbito especial

Esa labor de delimitación material del delito especial se ha visto facilitada por la adopción de una cierta orientación metodológica a la hora de plantear su estudio. En efecto, cuando se dice que aquél implica la existencia de una cierta posición del agente frente al bien jurídico, se está haciendo alusión a un elemento del tipo -la posición- que pone en conexión dos términos distintos (el sujeto y el bien jurídico) y que, por lo tanto, como escribe Maiani, podría ser analizado con relación a cualquiera de ellos: con relación al sujeto si se tomase como punto de referencia el vínculo existente entre la norma especial y quienes se hallan en la posición misma; y con relación al bien jurídico si se considerasen los elementos que, dando contenido material a la posición, como complejo de poderes y deberes, entran a formar parte del tipo de injusto y adquieren significado de acuerdo con el fin esencial de toda norma jurídico-penal: la protección de bienes jurídicos contra determinadas conductas lesivas o peligrosas²⁴.

La adopción de la primera de las pautas conduciría a la aceptación de la tesis tradicional que veía en la presencia de un deber jurídico-penal correlativo a la restricción de destinatarios impuesta por la norma el único dato relevante de la estructura de la figura²⁵. Una tesis falsa y que, por lo tanto, debe combatirse. Cualquier consideración sobre el problema excede con mucho, por supuesto, de los límites lógicos de este trabajo, pero es importante poner de manifiesto que la teoría de la

de influencia social determina -aun en presencia de una idéntica forma de agresión- una automática modificación del desvalor de la conducta delictiva en los supuestos en que venga realizada precisamente por un sujeto perteneciente al mismo. De cualquier modo, lo que para este autor permanece indiscutido es que al injusto especial le corresponde como forma legal característica un tipo de injusto especial, con momentos característicos por medio de los que se diferencia típicamente del tipo de injusto común y que determinan que sólo resulte comisible por determinadas personas. Por ello, la restricción de la autoría lo será también de la trascendencia jurídico-penal del hecho a su realización en un ámbito social determinado.

²⁴ Vid. Maiani, *In tema...*, cit., pp. 18 y 19.

²⁵ Vid. Nagler, *Die Teilnahme...*, cit., pp. 7 y ss.; G. Dahm, *Täterschaft und Teilnahme im Amtlichen Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuch. Ein kritisches Beitrag zur Lehre von der Teilnahme als einem Problem der Gesetzgebung*, Breslau, 1927, p. 120; H. Welzel, *Derecho penal alemán*, 4ª ed. castellana, trad. de la 11ª ed. alemana de J. Bustos Ramírez / S. Yáñez Pérez, Santiago de Chile, 1993, p. 230; Bettiol, *Sul reato proprio*, cit., pp. 12 y ss.; G. Bettiol / L. P. Mantovani, *Diritto penale. Parte Generale*, 12ª ed. riveduta e integrata, Padova, 1986, pp. 113 y 114.

universalidad del ámbito de aplicación de las normas primarias jurídico-penales especiales goza de amplia aceptación en la doctrina moderna, que maneja al respecto argumentos tanto de carácter técnico como político-criminal. Entre los primeros: a) la posibilidad de que cualquiera asuma la posición del sujeto activo en cuanto se verifiquen las condiciones objetivas y subjetivas determinantes de su surgimiento (ilimitada destinación potencial de la norma); b) la necesaria diferenciación entre el “círculo formal de destinatarios de una norma” (ámbito personal de vigencia) y un círculo material determinado por la descripción típica y que sería, efectivamente, el que sufriría restricciones en el caso de los delitos especiales; y c) la evidente ampliación del ámbito de destinatarios derivada de las normas que describen las formas de participación, que advierten a los particulares que no pueden ser autores principales de los delitos descritos por las normas especiales. Entre los segundos: a) el valor del principio lógico y jurídico que postula la identificación de la norma con la proyección de su voluntad hacia hechos futuros y hacia sus posibles autores de ellos; y b) como argumento *a contrario*, el absurdo a que conduciría delimitar el ámbito de destinatarios de las normas penales atendiendo a la extensión o restricción del conjunto de sujetos con relación a los cuales, y de modo absolutamente circunstancial, surgen, cambian y se extinguen las circunstancias determinantes de su consideración como sujetos activos de las conductas disciplinadas²⁶.

²⁶ Cfr., por ejemplo, Kaufmann, *Teoría de las normas*, cit., pp. 177 y ss.; H. -J. Bruns, *Der untaugliche Täter im Strafrecht*, Karlsruhe, 1955, p. 31; Langer, *Das Sonderverbrechen*, cit., pp. 250 y ss.; Antolisei, *Manuale di Diritto penale. Parte Generale*, cit., pp. 49 y 50; Pagliaro, *Principi di Diritto penale. Parte Generale*, cit., pp. 163 y 164; en la doctrina española, Quintero Olivares, *Los delitos especiales...*, cit., pp. 49 y 50; E. Octavio de Toledo y Ubieto, “Las actuaciones en nombre de otro”, *ADPCP*, Tomo XXXVII, 1984, p. 49; E. Octavio de Toledo y Ubieto / S. Huerta Tocildo, *Derecho penal. Parte General. Teoría jurídica del delito*, cit., p. 51. En todo caso no puede perderse de vista que, tal y como pone de manifiesto Rodríguez Mourullo (*Derecho penal. Parte General*, cit., p. 84), la polémica en torno a la cuestión de los destinatarios de las normas penales cobra importancia fundamentalmente en el marco de las concepciones imperativas, de acuerdo con las cuales lo que aquéllas contienen es primordialmente un precepto dirigido a los súbditos que les indica las conductas a mantener para evitar la imposición de la pena. El tema reviste singular trascendencia en relación con estos delitos, que un muy amplio sector doctrinal caracteriza como figuras “de deber jurídico especial”.

La moderna teoría de delito especial se nutre de presupuestos metodológicos objetivos. De esta forma, en primer lugar, la mejor doctrina estima necesario analizar por separado -caso por caso- el contenido de esa relación entre el sujeto y el bien jurídico que expresan las posiciones subjetivas de autor. En consonancia con ello, se distingue entre las posiciones de autor que tienen su origen en situaciones ya disciplinadas por normas extrapenales y de las que el sujeto activo extrae un conjunto de deberes y poderes directamente relacionados con la objetividad jurídica del delito -por ejemplo, la posición de funcionario público-, y aquéllas otras que nacen de situaciones únicamente valoradas y disciplinadas por la norma penal y a las que serán extraños todos los problemas de integración y correlación que conciernen a las primeras -por ejemplo, la posición de padre o hermano-²⁷.

²⁷En Alemania es clásica la bipartición entre “verdaderos delitos especiales” y “delitos comunes subjetivamente limitados”, esto es, aquéllos en los que la norma penal no fundamentaría obligación jurídica especial alguna, limitándose a describir especiales relaciones interpersonales como presupuestos del injusto (*vid.* R. Von Hippel, *Deutsches Strafrecht. Band 2. Das Verbrechen. Allgemeine Lehren*, Neudruck der Ausgabe Berlin 1930, Aalen, 1971, p. 437; Langer, *Das Sonderverbrechen*, cit., pp. 59 y ss.; H. Welzel, *Das deutsche Strafrecht. Eine Systematische Darstellung*, 11. Aufl., Berlin, 1969, p. 195; Stratenwerth, *Strafrecht. Allgemeiner Teil I*, cit., p. 81). Stratenwerth (*op. loc. cit.*) y Kaufmann (“Fundamento del deber jurídico...”, cit., p. 13) llegan a excluirlos de la categoría de los delitos especiales. En Italia, la distinción entre posiciones jurídicas y fácticas o sociales está presente en autores como G. Allegra (“Azione del reato proprio e tipologia di azione e di autore”, *S.P.*, 1950, pp. 389 y ss.), Antolisei (*Manuale di Diritto penale. Parte Generale*, cit., p. 155) y, sobre todo, F. Grisogni, *Diritto penale italiano*, Vol. II, *La struttura della fattispecie legale oggettiva*, 2ª ed., Milano, 1947, pp. 214 y ss.), que además de las cualidades naturales incluye entre las posiciones fácticas los estados patológicos y las relaciones meramente fácticas con el objeto material del delito, el medio delictivo o el lugar de la consumación. Dichas exposiciones obvian, sin embargo, toda referencia al trasfondo estructural de la misma. En la doctrina española, viene recogida por Quintero Olivares (*Los delitos especiales...*, cit., pp. 15 y 41) y Octavio de Toledo / Huerta Tocildo (*Derecho penal. Parte General. Teoría jurídica de delito*, cit., pp. 49 y 50) y desarrollada por Gracia Martín (*El actuar en lugar...*, Vol. I, cit., pp. 405 y 406; *Responsabilidad de directivos...*, cit., p. 20, nota 3), quien pone de manifiesto que la restricción de la autoría en los delitos de posición fáctica obedece a puntos de vista valorativos diversos de los predicables respecto de los delitos con posiciones jurídicas. Por ello, según la construcción que propone del tipo de injusto de éstos últimos, no se trataría siempre de delitos especiales de garante ni cabría en punto a ellos una actuación en lugar de otro, al tratarse de cualidades personales tan inseparables que son inintercambiables. En contra de esta opinión, sin embargo, Cerezo Mir (*Curso de Derecho penal español. Parte General I. Introducción. Teoría jurídica del delito / I*, cit., p. 334, nota 50), que entiende que el matrimonio y el parentesco de consanguinidad funda-

Pero además, y ya a partir de la monografía de Nagler sobre la participación, la situación peculiar en que se halla el autor del delito especial viene reconducida a los esquemas conceptuales propios de la posición de garante en tutela del bien jurídico como elemento típico de los delitos de omisión impropia. En esta línea se inscriben las más conocidas definiciones materiales de los delitos especiales, como son la de los *Pflichtdelikte* acuñada por Roxin, la de los *Garantensonderdelikte* de Schünemann y Jakobs y la de los delitos de dominio social de Gracia Martín. “La relación autor-bien no está definida únicamente de modo negativo como un mero no-lesionar, sino potencialmente por medio de un *status*... que fundamenta, de modo distinto, como sucede en los deberes de no lesionar o sus derivados, un deber especial en sentido estricto”, escribe Jakobs sintetizando este punto de vista²⁸.

mentan -más allá de los expresamente consignados en el Código civil- deberes jurídicos específicos, como se advertiría en los delitos de comisión por omisión, en punto a los que a cónyuges y descendientes se les reconoce posición y deber de garantes. Cerezo desconoce, en cambio, el concepto de delito especial para el incesto entre hermanos (*op. loc. cit.*), con lo que en el fondo acepta las premisas de Stratenwerth.

²⁸ Cfr. Jakobs, *Derecho penal. Parte General*, cit., pp. 877 y 878. Roxin (*Política criminal y sistema...*, cit., pp. 43 y ss.) escribe que el fundamento de la sanción en los *Pflichtdelikte* radica en que alguien infringe las exigencias de conducta derivadas del papel social que desempeña; que su sustrato se halla en sectores de la vida conformados ya jurídicamente y cuya capacidad de funcionamiento debe ser protegida; y que, con vistas al cumplimiento del principio *nullum crimen* es indiferente el que su infracción se realice por acción u omisión. Gómez Benítez (*Teoría jurídica...*, cit., pp. 154 y 155) ejemplifica en la estructura del derogado delito de parricidio su concepto general del deber especial como componente del injusto típico: el parricidio es un delito especial -dice- porque los autores tienen un especial deber de no atentar contra la vida de sus familiares. En un momento anterior destaca que la infracción del deber específico es -con independencia de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico- el criterio especial de imputación objetiva al autor, y no el mero dominio del hecho. Para Bustos Ramírez (*Manual de Derecho penal. Parte General*, cit., pp. 262 y 263) la relación del sujeto activo especial con el bien jurídico puede ser constitutiva del desvalor de acto, esto es, fundamentadora del injusto (delitos propios), o bien meramente cofundante del mismo, de forma que en defecto de la misma subsistiría un delito base (delitos impropios). En opinión de Octavio de Toledo / Huerta Tocildo (*Derecho penal. Parte General. Teoría jurídica del delito*, cit., p. 51), en numerosas ocasiones la estructura del injusto de los delitos especiales se asienta sobre la existencia de específicos deberes a cargo de determinados sujetos activos, deberes cuya infracción es un elemento del tipo exigido por causa de las relaciones que han de vincular a su sujetos activo con el bien jurídico de que se trate. E. Schmidhäuser señala explícitamente que en los *Sonderdelikte* el hecho típico viene descrito en tales términos que

2. ELEMENTOS TÍPICOS DE LOS DELITOS ESPECIALES DE POSICIÓN JURÍDICA: LA SITUACIÓN JURÍDICA DEL SUJETO Y EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN.

En los delitos especiales de posición jurídica -que suponen la regla general en el Derecho penal especial y en el Derecho administrativo sancio-

el autor infringe siempre un deber especial de protección del bien jurídico. Se tratará, por ello, de delitos cuyo injusto típico presupone un verdadero deber de garante (*Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., Tübingen, 1984, p. 107). J. Wessels (*Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat und Ihr Aufbau*, 27. neubearbeitete Aufl., Heidelberg, 1997, p. 7) y H. - H. Jescheck (*Tratado de Derecho penal. Parte General*, trad. de la 4ª ed. alemana de J. L. Manzanares Samaniego, Granada, 1993, p. 248) coinciden en considerar presupuesto de los tipos especiales las "especiales posiciones de deber de los sujetos activos". Hay que hacer notar, sin embargo, que predomina la definición del delito especial como aquél en el que la conducta del autor lleva aparejada la infracción de un deber jurídico específico. Cfr., entre otros, K. Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht im Nebenstrafrecht*, Tübingen, 1969, p. 110; Blauth, "Handeln für einen anderen"..., cit., pp. 76 y ss.; G. Stratenwerth, *Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Die Straftat*, 3. neubearbeitete Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München, 1981, p. 81; H. Otto, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, 4. neubearbeitete Aufl., Berlin, New York, 1992, p. 270; Cerezo Mir, *Curso de Derecho penal español. Parte General I. Introducción. Teoría jurídica del delito / 1*, cit., p. 334. Este trabajo tomará en consideración los principales resultados a que ha conducido ese análisis objetivo de la posición especial del sujeto. La concepción dogmática aquí sustentada nos obliga a marcar distancias, sin embargo, con la extendida configuración del injusto típico del delito especial como aquél que recibe su contenido material de la infracción de un deber jurídico extrapenal con que resulta específicamente gravado el agente. Con arreglo al preconcepto de injusto del que partimos, el expuesto por los profesores Cobo del Rosal y Vives Antón en su sistema de Derecho penal español (*Derecho penal. Parte General*, cit., pp. 244 y ss.), la doble función de la norma penal (valorativa - determinativa) bifurca la estructura de la teoría jurídica del delito en dos juicios: el de antijuridicidad, en tanto contrariedad al ordenamiento jurídico en su conjunto, y el de culpabilidad, como antinormatividad penal. A cada nivel de imputación se asocia un elemento del delito y distintas consecuencias jurídicas. La imputación objetiva -atribución de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico a la conducta típica- se alinea con la antijuridicidad general. La imputación subjetiva -atribución de la conducta como propia al autor o de la voluntariedad a quien participa en una conducta ajena- determina la concurrencia de la culpabilidad, procediendo a afirmar en ese momento la contradicción con la norma penal, la infracción del deber de obligación. El injusto de los delitos especiales no podrá construirse, por tanto, recurriendo a la idea de deber jurídico como elemento primario. Sí, en cambio, al concepto de posición de deber, pues del juicio de valor en que se sustancia la norma puede desprenderse un deber ser ideal positivo de amparar un bien jurídico. En su primer nivel, el correspondiente a la norma objetiva de valoración, la imputación se fundamentará en este caso en la no realización de la actividad protectora -activa u omisiva- esperada por el ordenamiento jurídico; espera originada por la entrega del bien jurídico al sujeto activo y que existirá aunque el individuo concreto no se halle obligado a realizar dicha acción u omisión, esto es, aun cuando no sean debidas. En consecuencia, también aquí se muestran claramente

nador²⁹- la realización del supuesto de hecho establecido por el tipo depende de una determinada cualidad jurídica del autor. Dichas cualidades representan -en términos de técnica normativa- la respuesta del legislador a un estímulo “visual”: el acceso “general” de ciertos sujetos (“funcionarios”, “deudores”, “administradores”, “militares”) a los bienes merecedores de protección jurídico-penal presentes en los espacios sociales u organizativos en que aquéllos desarrollan sus actividades³⁰. Pero constituyen a la vez ele-

diferenciables los planos del valor y del deber. Entre los partidarios de identificar la esencia del injusto con el desvalor de resultado, a partir de una concepción causal de la acción y de la configuración de la norma jurídico-penal como juicio valorativo sobre determinados estados y acontecimientos y como norma de determinación en sede de culpabilidad se cuentan Mezger, *Tratado de Derecho penal*, Tomo I, cit., pp. 328 y ss.; Rodríguez Mourullo, *Derecho penal. Parte General*, cit., pp. 76 y ss.; J. Baumann / U. Weber, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 9. Aufl., Bielefeld, 1985, pp. 259 y ss.; M. Bajo Fernández, “Algunas observaciones sobre la teoría de la motivación de la norma”, *EP*, Vol. I, 1977, pp. 21 y ss.; Carbonell Mateu, *Derecho penal...*, cit., pp. 49 y ss.

²⁹ Cfr. Schünemann, “Cuestiones básicas...” cit., p. 542.

³⁰ Así, B. Schünemann, “Die Bedeutung der ‘Besonderen persönlichen Merkmale’ für die strafrechtliche Teilnehmer- und Vertreterhaftung”, 2. Teil, *JURA*, 1980, p. 575, quien indica que el legislador utiliza «imágenes plásticas» en las descripciones de los tipos especiales, caracterizando al autor mediante *status* de los que fluyen relaciones materiales con los bienes jurídicos presentes en el correspondiente ámbito social; y Quintero Olivares, *Los delitos especiales...*, cit., p. 39, que ve en el dato proporcionado por la posición de un individuo en la sociedad (juez, funcionario, hombre casado) el factor determinante de la decisión legislativa de hacer caer sobre aquél la responsabilidad “principal” de salvaguarda de un determinado bien jurídico (respectivamente, la recta administración de justicia, la honestidad administrativa, la moral matrimonial). Es, sin embargo, a R. D. Herzberg (“Die Problematik der ‘besonderen persönlichen Merkmale’ im Strafrecht”, *ZStW*, 1976, pp. 82 y ss.; y “Akzessorietät der Teilnahme und persönliche Merkmale”, *GA*, 1991, pp. 145 y ss.), a quien se debe la aportación más interesante en el estudio de la técnica legislativa de tipificación de los delitos con especiales elementos de autoría. Herzberg indica que el legislador plasma en ciertos tipos penales -aquéllos en los que los elementos personales de autor no expresan un especial desvalor o un mayor merecimiento de pena- imágenes fácticas prejurídicas que al ser trasladadas a los mismos determinan una circunscripción de la punibilidad a esas lesiones “típicas” del bien jurídico. La identificación como sujetos especiales del “hombre” (§ 83 *StGB*, delito de exhibicionismo), el “deudor” (§ 288 *StGB*, delito de frustración de la ejecución), el “partícipe en un accidente” (§ 142 *StGB*, delito de alejamiento no autorizado del lugar del accidente), el “poseedor” (§ 246 *StGB*, delito de apropiación indebida) o el “miembro de la tripulación” (§ 297 *StGB*, delito de puesta en peligro del buque por contrabando) no serviría al fin de graduar el injusto, sino sólo al de delimitar hechos y autores a través de un criterio de habitualidad o normalidad: el legislador restringiría esos tipos tomando en consideración únicamente los casos normales. Herzberg extrae

mentos normativos del tipo³¹; elementos que connotan formalmente una pluralidad de figuras subjetivas surgidas en ámbitos normativos extrapenales -en el Derecho administrativo, civil, procesal...- y cuya exacta calificación jurídica constituye una cuestión abierta en la literatura.

Las reflexiones de la doctrina alemana sobre las referencias conceptuales por las que se definen los elementos objetivos de autoría se producen tanto en sede de teoría general del delito especial como, muy significativamente, con motivo de la exégesis del inciso final del número 1 del § 14 (“cuando una ley fundamente la punibilidad conforme a cualidades personales, relaciones o condiciones (especiales características personales), también es aplicable al representado, aunque estas características no se den en él pero sí en el representado”). En el primero de los terrenos, se dan por buenos conceptos como los de “condiciones jurídicas”³², “roles o papeles sociales” existentes en el seno de sectores de la vida jurídicamente conformados³³, “posiciones publicísticas”³⁴, “situaciones vitales” que fundamentan el deber jurídico especial y la posición del sujeto³⁵, “*status*”³⁶ o “posiciones o estados definidos por una normativa extrapenal”³⁷. En el segundo, la opinión mayoritaria comprende los elementos objetivos de la autoría bajo el término “relaciones”, entendido en el sentido de vínculos externos de una persona con otras personas, con instituciones o con cosas.

conclusiones de este esquema para el régimen de la accesoriadad de la participación en los delitos especiales. Gracia Martín acepta esta hipótesis de trabajo, señalando como imagen social pretípica “eficaz” a los ojos del legislador para la totalidad de los delitos de dominio social la de los sujetos que se muestran “ostensible y originariamente” como titulares de las posibilidades materiales de realizar las acciones típicas. Cfr. *El actuar en lugar...*, Vol. I, cit., p. 382.

³¹ Cfr. Fiore, *Diritto penale. Parte Generale*, Vol. primo, cit., p. 159; Fiorella, *Il trasferimento...*, cit., p. 283; Octavio de Toledo / Huerta Tocildo, *Derecho penal. Parte General. Teoría jurídica del delito*, cit., p. 50; Gracia Martín, *El actuar en lugar...*, Vol I, cit., pp. 208 y 209.

³² Cfr. Langer, *Das Sonderverbrechen*, cit., pp. 63 y 64, con otras referencias en el mismo sentido.

³³ Cfr. Roxin, *Política criminal...*, cit., pp. 44 y 45.

³⁴ Vid. Schmidhäuser, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit. p. 107.

³⁵ Vid. H. Welzel, *Das Deutsche Strafrecht. Eine Systematische Darstellung*, 4. Aufl., Berlin, 1954, p. 396.

³⁶ Cfr. Schünemann, *Unternehmenskriminalität...*, cit., p. 138; Jakobs, *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 831.

³⁷ Vid. Wiesener, *Die strafrechtliche...*, cit., pp. 128 y ss.

Entre los autores italianos, Carnelutti señala que en la base de los tipos especiales se halla una relación diversa de la relación jurídico-penal y que podría ser jurídica o de hecho, dependiendo de que produjese o no consecuencias jurídicamente relevantes diversas de las penales³⁸. Para Grispigni se trata en todo caso de condiciones relevantes para otras ramas del derecho y que podrían consistir tanto en cualidades como en relaciones jurídicas, resultando la distinción entre ambas -dice- muy difícil en la práctica³⁹. Maiani, por su parte, rechaza la idoneidad del concepto de relación jurídica como aglutinante de todas las figuras jurídicas a que puede dar vida el substrato de que dimanan las posiciones jurídicas, optando por el concepto más amplio de situación jurídica, comprensivo asimismo de relaciones no intersubjetivas⁴⁰, propuesta que recoge Fiorella⁴¹.

En España, ya del Rosal describía como delitos especiales aquéllos en que el precepto demandaba “precisas propiedades o condiciones al sujeto activo”⁴². Gracia Martín considera que el autor de los delitos especiales se caracteriza formalmente por un status que define tanto su posición social, económica o jurídica como -mediatamente- el ámbito de protección de la norma⁴³, y reconduce todos los elementos de autoría al concepto técnico-jurídico de “relaciones” interpersonales, institucionales o reales⁴⁴. Gómez Benítez alude a situaciones de deber extrapenal⁴⁵; Mir Puig y Octavio de Toledo / Huerta Tocildo a condiciones subjetivas de carácter normativo⁴⁶; y Quintero Olivares a “situaciones de deber u obediencia o de poder, de sexo, de profesión, de condición jurídica, etc.”⁴⁷.

³⁸ Cfr. F. Carnelutti, *Lezioni di Diritto penale. Il reato. I*, Milano, 1943, p. 120.

³⁹ Vid. Grispigni, *Diritto penale italiano. Vol. II*, cit., pp. 212, 214 y 215, nota 10.

⁴⁰ Vid. *In tema...*, cit., pp. 56 y 57.

⁴¹ Vid. *Il trasferimento...*, cit., pp. 19 y 20.

⁴² Cfr. J. del Rosal, *Derecho penal español (Lecciones). Tomo II*, Madrid, 1960, p. 124.

⁴³ Cfr. Gracia Martín, *El actuar en lugar...*, Vol. I, cit., pp. 365 y 386 y ss.; *Responsabilidad de directivos...*, cit., pp. 27 y ss.; “Instrumentos de imputación...” cit., pp. 229 y ss.

⁴⁴ Cfr. L. Gracia Martín, *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*, Vol. II, *Estudio específico del art. 15 bis del Código penal español (doctrina, legislación y jurisprudencia)*, Zaragoza, 1986, p. 139.

⁴⁵ Cfr. Gómez Benítez, *Teoría jurídica del delito*, cit., p. 156.

⁴⁶ Vid. Mir Puig, *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 225; Octavio de Toledo / Huerta Tocildo, *Derecho penal. Parte General. Teoría jurídica del delito*, cit., p. 50.

⁴⁷ *Los delitos especiales...*, cit., p. 34.

En este trabajo se sostiene que la categoría jurídica idónea para expresar esa diversidad de figuras de autor normativamente definidas es la de la situación jurídica, que en la más lata de sus acepciones sirve para identificar a las “distintas circunstancias de la existencia jurídica personal, en las que se contienen en potencia todas las posibilidades de la vida del sujeto de derecho, con arreglo a las cuales realiza actualmente o puede realizar en cualquier momento las varias formas de conducta que constituyen el activo y el pasivo de su haber jurídico”⁴⁸.

En la teoría general del Derecho suelen distinguirse, como es sabido, tres grandes círculos o agrupaciones de situaciones jurídicas subjetivas: el de los deberes jurídicos, el de las facultades jurídicas y el de las posi-

⁴⁸ Cfr. L. Legaz Lacambra, *Filosofía del Derecho*, 2ª ed., Barcelona, 1961, p. 710. Rechazamos así, en primer lugar, el concepto de posición jurídica, que denota genéricamente un nexo entre un sujeto y el Derecho derivado de un substrato material o jurídico que identifica el “ser normativo” de aquél, dotándolo de contenido (cfr. L. Díez-Picazo / A. Gullón, *Sistema de Derecho civil. Vol. I, Introducción. Derecho de la persona, Autonomía privada. Persona jurídica*, 8ª ed. revisada y puesta al día, Madrid, 1992, p. 218); y lo hacemos porque la moderna elaboración del concepto material de delito especial se apoya precisamente en el estudio objetivo de las posiciones especiales, en el establecimiento del modo en que la estructura típica del delito se ve afectada por el contenido de las mismas. Tampoco aceptamos, en segundo lugar, el concepto de relación jurídica. Puesto que el substrato del que se deriva la posición jurídica determina -en el sector normativo que regula sus efectos- el surgimiento de una multiplicidad de figuras jurídicas (contrato, *negotiorum gestio*, relación de empleo público), se hace necesario localizar una categoría conceptual que comprenda dicha variedad, y la utilidad del concepto de relación jurídica a este fin es más que discutible. Independientemente de la acepción del concepto de relación jurídica que se acoja, éste expresa siempre una relación intersubjetiva que tiene por objeto una relación social a la que el ordenamiento jurídico confiere “juridicidad” en consideración a su relevancia y de la que se deriva el deber de observar un comportamiento determinado (cfr. A. Levy, *Teoria generale del Diritto*, 2ª ed., Padova, 1953, p. 30; J. Castán Tobeñas, *Situaciones jurídicas subjetivas*, Madrid, 1963, pp. 68 y 69). No todas las posiciones jurídicas que tienen cabida en el ámbito de la delincuencia especial son reconducibles a ese esquema (en el mismo sentido, Maiani, *In tema...*, cit., pp. 56 y 57). Es el caso de la del sujeto activo de la apropiación indebida, que no nace de una relación intersubjetiva, sino de la relación entre el sujeto activo y el objeto material. Finalmente, el concepto de condición jurídica viene asimilado por la mejor doctrina al de situación jurídica. La preferencia por éste obedece únicamente, entonces, a razones expositivas, de diferenciación entre los delitos de posición jurídica y los de posición fáctica. La condición del sujeto especial puede ser meramente fáctica, ciertamente; pero no existen las situaciones subjetivas fácticas como categoría específica de la fenomenología jurídica. Sí existen las situaciones jurídicas, como categoría capaz de comprender cualquier condición subjetiva normativamente regulada, cualquiera que sea su significado concreto.

ciones de integración y de conexión que se producen entre las personas como consecuencia de la combinación de deberes y facultades. Los deberes pueden ser legales o generales (reflejo y efecto inmediato de las normas jurídicas) y particulares, que constituyen el lado pasivo de la relación jurídica, como contrapartida de los derechos subjetivos. En el círculo de las facultades jurídicas se subdistinguen, a su vez, dos sectores: el de los derechos subjetivos en sentido estricto, y el de las demás facultades que sólo implican situaciones protegidas de carácter secundario (los efectos reflejos de las normas, las facultades jurídicas, los llamados derechos potestativos o de formación o modificación jurídica, las situaciones jurídicas interinas, la carga, la acción o derecho de acción y el interés legítimo). Finalmente, en el grupo de las posiciones jurídicas de integración y conexión de las facultades y de los deberes se distinguen las situaciones jurídicas personales, que incluyen las relaciones jurídicas y el *status*. Éste último designa un complejo de situaciones jurídicas diversas (potestades, derechos, obligaciones, etc.) unitariamente consideradas en función de un determinado rol social o jurídico. Se trata de una técnica de simplificación semántica que cumple, a la vez, un papel de acotamiento de un colectivo de personas que ostentan un conjunto de situaciones jurídicas comunes y de designación sintética y abstracta de dicho conjunto de situaciones jurídicas⁴⁹.

La mayoría de los tipos con especial posición jurídica de autor -no todos (recuérdese el caso de la apropiación indebida, por ejemplo)- utilizan la fórmula definitoria del *status*. Las normas penales especiales - escribe Blauth- individualizan a grupos de sujetos “potencialmente activos” en estructuras cuya capacidad de funcionamiento requiere tutela⁵⁰;

⁴⁹ Para la clasificación de las situaciones jurídicas, entre otros, Castán Tobeñas, *Situaciones jurídicas subjetivas*, cit., pp. 50 y ss.; Santamaría Pastor, *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, cit., pp. 877 y ss. Sobre el *status*, en particular, A. Cicu, “Il concetto di Status”, en *Studi Simoncelli*, Napoli, 1917, pp. 61 y ss.; F. Messineo, *Manuale di Diritto civile e commerciale*, Vol. I, 8ª ed., Milano, 1952, pp. 136 y 137; Santamaría Pastor, *Fundamentos...*, Vol. I, cit., pp. 903 y 904.

⁵⁰ Cfr. Blauth, *Handeln für einen anderen...*, cit., pp. y 55 y 56. Debe hacerse notar que Blauth limita esta observación a los delitos especiales de injusto constituido por la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. En términos similares, Roxin, *Política criminal...*, cit., pp. 44 y 45; Wiesener, *Die strafrechtliche...*, cit., p. 147; Schünemann, *Unternehmenskriminalität...*, cit., pp. 142 y ss.; mismo autor, “Die Bedeutung...”, cit., p. 575; Quintero Olivares, *Los delitos especiales...*, cit., p. 39; Gracia Martín, *El actuar en lugar...* Vol. I, cit., pp. 364 y 365.

y lo hacen apelando al “modo de ser” que presentan en un sistema normativo extrapenal (mercantil, civil, administrativo...)»⁵¹, sobre el que proyectan una valoración conducida por la finalidad que les es propia: la de proteger bienes jurídicos. Los elementos normativos que cualifican al autor integran situaciones jurídicas estatutarias de carácter instrumental, adoptadas por las normas penales como presupuesto del deber ser ideal en que -en los términos antes referidos- se sustancia el injusto del delito especial⁵².

⁵¹ La referencia que se hace en el texto al “modo de ser normativo” de los autores de los delitos especiales necesita de alguna concreción. Efectivamente, el “ser” del sujeto activo del delito especial viene identificado en un complejo de poderes y obligaciones creados por el ordenamiento con vistas al cumplimiento de determinadas funciones. Ahora, individualizar una figura normativa de autor especial no significa en modo alguno abandonar el terreno del hecho típico para centrarnos exclusivamente en el sujeto y concretar así una tipología no de delitos, sino de autores, como preconizaba un sector de la doctrina tradicional (cfr. Allegra, “Azione del reato proprio...” cit., pp. 389 y ss., que veía en este ámbito el terreno más propicio para la aplicación de los postulados de la teoría del tipo de autor; G. Guarnieri, “Alcuni orientamenti della più recente dottrina penalistica germanica”, *ADPP*, 1941, pp. 701 y ss). El elemento de la autoría de un delito especial se integra en un todo unitario con el hecho típico, trazando -juntamente con los restantes componentes del tipo de injusto- los límites de la tutela penal. En los delitos especiales no se aplica una pena porque un sujeto “sea en un cierto modo”, sino porque encontrándose en una determinada situación jurídica realiza una conducta típica y antijurídica. Hablar aquí de un tipo normativo de autor es sólo una forma -afortunada- de expresar la estrecha vinculación entre la conducta típica y “el ser” -en las normas administrativas, civiles, mercantiles...- del sujeto activo. Como iremos viendo en los sucesivos apartados de este capítulo, las notas subjetivas del agente, fijadas por las normas que disciplinan la situación jurídica, son el *prius* lógico y jurídico del hecho. De la propia descripción de la norma penal resulta la necesidad de tener presente la situación jurídica en que se halla el sujeto activo en orden a interpretar correctamente la conducta típica de los delitos especiales, que es una conducta connatural a aquélla, a lo que se ha denominado “modo de ser normativo”. Para una exposición detallada de las teorías de la “culpabilidad por el carácter” *Vid.* H. Achenbach, *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*, Berlin, 1974, pp. 123 y ss. Para su crítica general, por todos, G. Stratenwerth, *El futuro del principio jurídico-penal de culpabilidad*, trad. del alemán de E. Bacigalupo / A. Zugaldía Espinar, Madrid, 1980, pp. 45 y ss.; P. Nuvolone, *I limiti taciti della norma penale*, Palermo, 1947, pp. 69 y ss.; Cobo del Rosal / Vives Antón, *Derecho penal. Parte General*, cit., pp. 408 y ss.

⁵² El concepto de situación jurídica instrumental se toma de S. Cassarino. Por la relación de las situaciones jurídicas con las normas que las regulan distingue este autor entre las que denomina “primarias” -que se hallan en relación directa con las normas encaminadas a disciplinar el comportamiento de los sujetos- y las “instrumentales” (relacionadas con normas del mismo u otros sectores del ordenamiento jurídico que tienen por objeto disciplinar el proceso de producción de efectos jurídicos y que toman en consideración aquéllas a modo de presupuesto para el surgimiento de otros deberes, facultades o derechos no susceptibles de enumeración limitativa). Cfr. *Le situazione giuridiche e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 1956, p. 4.

Las situaciones jurídicas estatutarias que incorporan los tipos especiales poseen, sin embargo, un valor interpretativo meramente formal, de indicio de la tipicidad. La literatura subraya que es a ésta última en su globalidad a la que los delitos especiales deben su naturaleza jurídica diferenciada. En dicho terreno presentan -indica Maiani- “un *quid* inherente al sujeto pero no subjetivo..., que se refleja sobre todos o algunos de los elementos objetivos”⁵³ y que no puede aislarse ni sobre el plano de la tutela del bien jurídico -pues los delitos especiales no son delitos con bienes jurídicos especiales⁵⁴- ni sobre el de la punibilidad, esto es, de la elección de una de las varias sanciones previstas en abstracto para un mismo hecho. Para dar contenido a ese substrato que da cuño y es específica

⁵³ Vid. Maiani, *In tema..., cit.*, pp. 118 y 119.

⁵⁴ Cabe recordar que una representativa corriente de opinión pone en relación la exposición de determinados bienes jurídicos únicamente al ataque de sujetos especiales -por razones atinentes a su propia naturaleza o a su ubicación en el seno del ordenamiento positivo- con la construcción de las normas especiales como normas de destinatario restringido. De acuerdo con estos autores carecería de sentido desvalorar el acto lesivo frente a quienes, por ausencia de la cualificación personal necesaria, no tienen relación o contacto alguno con los bienes protegidos, hallándose en posición de absoluta neutralidad frente a ellos. Lo que de particular tendría entonces la estructura del delito especial sería únicamente la especialidad del bien jurídico protegido, a la que haría relación la del autor de su lesión (Así, entre otros, M. Bernhardt, *Der Einfluss persönlicher Verhältnisse auf die Strafbarkeit der Teilnehmer (§ 50 StGB)*, Dissertation, Breslau, 1909, pp. 43 y 44, cit. *apud* Langer, *Das Sonderverbrechen*, cit. p. 52, notas 96 y ss.; K. Salm, *Das versuchte Verbrechen*, Karlsruhe, 1957, p. 93; Baumann / Weber, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., p. 132; otras referencias en Langer, *Das Sonderverbrechen*, cit., p. 52. En la doctrina italiana, A. Moro, «Sul fondamento della responsabilità giuridica dell' estraneo che partecipi a reati propri», *GI*, 1948, pp. 26 y ss. Una variante de esta interpretación es la sostenida por H. P. Karstedt (*Der Begriff der Amtsdelikte im geltenden Strafrecht und seine Reform*, Dissertation, Leipzig, 1931, pp. 64 y ss.) y W. Münzinger (*Die sogenannten eigentlichen und die sogenannten uneigentlichen Amtsdelikte*, Dissertation, Würzburg, 1934, pp. 10 y ss.), que distinguen en los delitos de funcionarios un doble bien jurídico: uno especial ofendible sólo por los *intraanei* y otro común ofendible por la generalidad de los ciudadanos. Es muy discutible, sin embargo, que existan bienes jurídicos exclusivamente lesionables por ciertos *intraanei*. Contrarios a ello, aduciendo el carácter general y comunitario del concepto de bien jurídico-penal, se han mostrado Gracia Martín (*El actuar en lugar..., Vol. I*, pp. 362 y 363); Quintero Olivares (*Los delitos especiales..., cit.*, pp. 40 y ss.), quien subraya que, aun cuando la restricción del ámbito de la autoría se opera a partir de una posición jurídica (por ejemplo, en el delito de falsedad cometido por un funcionario público), el sentido de la ley es preservar un bien de naturaleza comunitaria (en ese caso, a su juicio, la fe pública como criterio de funcionamiento idóneo de la Administración y de consecución de la confianza de los administrados), lo que serviría para explicar que el particular que ayuda

la lesión o puesta en peligro del bien jurídico la doctrina recurre a la idea de función o actividad. Es el desarrollo de las funciones sociales o institucionales inherentes al *status* del autor lo que permite el acceso típico al bien jurídico, esto es, lo que proporciona la clase de dominio, influencia o poder que los tipos reclaman como condición *sine qua non* para ejecutar las acciones de lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos. Definición del autor en términos de *status* y fundamento de la tipicidad en la función que fluye de aquéllos y con arreglo a la cual acceden al bien jurídico y ejecutan la conducta típica son, pues, los dos momentos constitucionales de la tipicidad de los delitos especiales⁵⁵.

al funcionario a cometer la falsedad ha de ser castigado a título de partícipe en ese delito, al haber agredido un bien que estaba “personalmente” obligado a respetar; A. Fiorella (“Sui rapporti tra il bene giuridico e le particolari condizioni personali”, en A. M. Stile (a cura di), *Bene giuridico e riforma de la parte speciale*, Napoli, 1985, pp. 195 y ss.), para quien la teoría del doble bien jurídico en los delitos especiales incurre en una petición de principio, en la medida en que la pluriofensividad dependería de la condición especial del sujeto únicamente si se cumpliera la premisa -falsa- de que uno de los bienes jurídicos sólo podría ser ofendido por el *intraeus*; y Langer (*Das Sonderverbrechen*, cit., pp. 245 y ss.). Este último autor trae a colación la polémica entre Binding y Oppenheim y la decisión del primero de adscribir a la sociedad los bienes jurídicos protegidos por los delitos de los funcionarios en el ejercicio de sus cargos (cfr. Langer, *Das Sonderverbrechen*, cit., p. 191). En otro sentido, está claro que si se acoge una concepción metodológica del bien jurídico, éste representará una mera proyección de los significados de la figura delictiva teleológica y unitariamente considerada, así que tratándose de una proyección unitaria, también acusará la influencia de la condición personal especial del sujeto; pero la concepción metodológica hace del bien jurídico un concepto estéril, incapaz de llevar a cabo funciones dogmáticas o garantistas. Una concepción empírico-social permite dejar a un lado bienes como la “fidelidad” o la “probidad” en el ejercicio de la función pública, esto es, aquéllos que en teoría sólo podrían ser ofendidos por los funcionarios públicos. Cfr. Langer, *Das Sonderverbrechen*, cit., p. 246, que argumenta recurriendo a la igualdad de bienes jurídicos del cohecho activo y pasivo; Fiorella, “Sui rapporti...”, cit., pp. 196 y 197.

⁵⁵ Refiero a continuación los planteamientos de los autores más representativos. Maiani (*In tema...*, cit., pp. 54 y ss.) reconduce la esencia típica del delito especial a la fusión de la situación jurídica del sujeto con la norma penal. A resultas de dicha fusión, el delito especial resulta ser el delito de un sujeto que hallándose en una situación jurídica determinada -que le da acceso normativo a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico- actúa de forma diversa a cómo en virtud de la referida situación debería. En opinión de Fiorella (*Il trasferimento...*, cit., pp. 55 y ss. y 109 y ss.), la actualización del elemento especial de la autoría en el hecho típico deberá establecerse atendiendo a la infracción del deber y al abuso de poder subyacentes a la función ejercitada por el sujeto. La relevancia de la primera como factor de incremento del contenido de injusto vendría acreditada tanto por la previsión de

Un sector de la literatura ha desarrollado ulteriormente, sin embargo, este esquema conceptual básico. Para Kaufmann, Fiorella y Gracia

numerosas figuras omisivas especiales como por el modo en que la obligación extrapenal se “reactiva” al entrar en contacto con las figuras descritas de forma activa, en el sentido de que los delitos de acción pueden -según Fiorella- transformarse en delitos de omisión si el resultado delictivo es imputable a una omisión del sujeto y éste tenía el deber jurídico de impedirlo. Sobre la base de su propuesta de interpretación fáctica de los elementos normativos extrapenales de los tipos, Wiesener (*Die strafrechtliche...*, cit., pp. 147 y 148) entiende que la caracterización tanto del tipo especial como de su autor vienen perfiladas por la esfera de actividad que aquél realiza dentro del orden social. A su juicio, es el desempeño fáctico de dicha esfera lo que cualifica para realizar el hecho típico, que se refiere precisamente a la lesión de la misma. Esa asunción fáctica fundamentaría la posición especial de deber del autor -deber personalísimo de acción u omisión, no deber extrapenal referente a las persona en sentido técnico-jurídico, como centro de imputación normativa de derechos y deberes-, de no lesionar el bien jurídico. Langer (*Das Sonderverbrechen*, cit., pp. 404 y ss. y 412 y ss.; “Zum Begriff der ‘besonderen persönlichen Merkmale’”, en *Festschrift für R. Lange*, Berlin, New York, 1976, pp. 250 y ss.) ve en la relación dialéctica de “entrega” del bien jurídico al sujeto en un ámbito de influencia social el dato determinante de la modificación del desvalor (=lesión del bien jurídico) que identifica al delito especial. Al injusto especial (*Sonderunrecht*) le corresponde siempre -señala- como forma legal característica un tipo de injusto especial, con momentos característicos (*relatives Unrechtselemente*) por medio de los cuales se diferencia del tipo de injusto común y que determinan que sólo resulte comisible -a título de autor- por concretos círculos de sujetos. Para Schünemann (*Unternehmenskriminalität und Strafrecht...*, cit., pp. 92, 93 y 138; “¿Ofrece la reforma del derecho penal económico alemán un modelo o un escarmiento?”, trad. del alemán de T. Rodríguez Montañés, *CCGPJ*, n° 8, 1991, pp. 39 y 40; “Cuestiones básicas...”, cit., pp. 543 y 544), la autoría de los delitos especiales viene conectada a la asunción de funciones sociales que hacen nacer deberes de garantía en virtud del dominio sobre el desvalimiento del bien jurídico o sobre cosas o procedimientos peligrosos. La posición de autor presupondría ciertas relaciones materiales con el bien jurídico -relaciones objetivas de dominio de la protección sobre su vulnerabilidad- que fluyen del ejercicio de las correspondientes funciones sociales. Kaufmann (“Fundamento del deber jurídico...”, cit., pp. 12, 13 y 14) rechaza la existencia en el ámbito nuclear del Derecho penal de delitos con puros elementos de la autoría, apuntando que el momento característico de los delitos especiales, “que establece una relación entre el autor y la acción (la mayoría de las veces el objeto del hecho), designa tanto al sujeto de la norma como también a la acción normada; se trata de un elemento del tipo”. Jakobs escribe que el fundamento de la tipicidad del delito especial es la infracción de un deber jurídico de naturaleza extrapenal impuesto a ciertos sujetos en virtud de sus competencias institucionales. En esas competencias tendría además su origen la posición de garante del autor y el deber de actuar en los delitos impropios de omisión (*Derecho penal. Parte General*, cit., pp. 52 y 53, 214, 266 y 267 y 993 y ss.). En la doctrina española, Gracia Martín (*El actuar en lugar...*, *Vól. I*, cit., pp. 350 y ss.; *Responsabilidad de directivos...*, cit., pp. 27 y ss.; “Instrumentos de imputación...”, cit., margs. 226 y ss.) explica e interpreta los delitos con especiales elementos de la autoría por el dominio social del bien jurídico que tiene el sujeto cualificado, dominio

Martín, en particular, la actividad o función desarrollada por el sujeto no es sólo presupuesto de la tipicidad, sino que caracteriza en un sentido muy preciso las conductas típicas de los delitos especiales de posición

social que constituiría también la fuente material de su posición de garante. En virtud de sus facultades, medios y posibilidades de acción que el *status* otorga a quien lo ocupa, el sujeto poseería un dominio sobre la esfera social correspondiente y tendría la posibilidad de respetar o de agredir el bien jurídico. Por ello, el legislador no apoyaría la construcción de los tipos delictivos especiales sobre la idea de la infracción del deber relativo al papel social desempeñado por el agente, sino sobre la idea del ejercicio del poder mediante la actualización de una función, es decir, sobre el criterio normativo del “dominio sobre la estructura social”. La reconstrucción técnica del concepto de delito especial ha tenido proyección en el más tradicional de sus criterios de sistematización, el que atiende a su “propiedad” o “impropiedad”. Al hilo de estos “nuevos” planteamientos teóricos se incide en lo erróneo de afirmar la identidad del hecho cometido por el sujeto cualificado (malversación) y del constitutivo del delito común “teóricamente” correspondiente (apropiación indebida). La malversación -escribe Maiani- se integra de connotaciones peculiares relativas al ejercicio de la función pública que impiden la realización de la ofensa típica por parte de un *extraneus*. Cfr. *In tema...*, cit., pp. 224 y 225. Según Langer, la identificación en la malversación por apropiación del § 350 StGB (*Amtsunterschlagung*) -suprimida por la *Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch* (EGStGB) de 2 de marzo de 1974- de una forma de aparición del delito especial requeriría del reconocimiento en ella, tanto de un injusto típico (puesto que las diferencias simplemente concernientes a la culpabilidad o al merecimiento de pena no afectarían a la subdivisión entre delito común y delito especial como formas de aparición del delito), como de una punibilidad diversos (pues todas las diferencias del injusto típico que aparezcan conminadas con la misma sanción penal no conciernen al concepto de forma de aparición) de los de la apropiación indebida (*einfach Unterschlagung*) del § 246. Y a su entender, ambos requisitos resultaban cumplimentados con anterioridad a la entrada en vigor de la EGStGB. En concreto, atendiendo a la primera de las perspectivas, la malversación ni presentaría un bien jurídico especial -puesto que a su juicio se trata de un delito contra la propiedad, al igual que la apropiación- ni contendría un tipo especial de conducta agresiva. La transmutación de su naturaleza jurídica obedecería sencillamente al dato de que al funcionario le habrían sido entregados (*überantwortet*) -quedando, por lo tanto, sometidos a las posibilidades de dominio e influencia que proporciona su cargo- determinados bienes u objetos previamente sujetos a su custodia. El que la correlativa forma de aparición (el delito común) se halle o no tipificada no justificaría, por lo tanto, la existencia de diferencias estructurales entre unos delitos especiales y otros. Cfr. *Das Sonderverbrechen*, cit., pp. 388, nota 4, y 391 y ss. Como se ha avanzado en un momento anterior, la reforma emprendida por la EGStGB culmina las aspiraciones de reducción de las cualificaciones de los delitos de funcionarios en relación a sus teóricos tipos base (cfr. “Entwurf eines Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuch”, *DB*. 6. Wahlperiode, Drucksache VI/3250, p. 266: “El título de la Parte Especial sobre los delitos en la función pública contenía un gran número de delitos en la función pública impropios, así que, cuando el autor no era portador de dicha función, tenía una sanción inferior a la que se aplicaba cuando el autor era portador de la misma..., el cambio, sin duda, se debía a una necesidad de política criminal, pues los principales tipos que se mantenían en el título sobre

jurídica. El sujeto y la materia de la norma -escribe Kaufmann expresando este punto de vista- resultan caracterizados al mismo tiempo mediante una relación especial entre el sujeto y su acción o mediante el no ejercicio

los delitos de función pública presentan numerosas dudas sistemáticas y sin un definitivo pronunciamiento sobre el tratamiento de los delitos impropios de funcionario se dispuso la derogación de varios preceptos de la Parte Especial”). Sea como fuere, en la literatura reciente se insiste sobre todo en las consecuencias agravatorias de la penalidad con relación a un ámbito cerrado de sujetos a la hora de calificar un delito como especial en sentido lato (*unechte Sonderdelikt*), atendándose de forma secundaria al dato formal de la mutación del *nomen iuris*. Delitos especiales impropios se consideran así los de los §§258 a (frustración de pena en la función) y 340 (lesión corporal en el ejercicio de funciones públicas) *StGB*. Cfr. T. Lenckner, número 132 antes del § 13, en A. Schönke / H. Schröder, *StGB*, 22. neuarbeitete Aufl., München, 1985; Schmidhäuser, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., pp. 106 y 107; Otto, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeiner Strafrechtslehre*, cit., p. 41; C. Roxin, *Derecho penal. Parte General*, Tomo I, *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, traducción de la 2ª ed. alemana de D. M. Luzón Peña / M. Díaz y García Conlledo / J. de Vicente Remesal, Madrid, 1997, p. 338. Utiliza en primer lugar el criterio formal Jescheck, *Tratado de Derecho penal. Parte General*, cit., p. 240. En la doctrina española son escasas las consideraciones acerca del concepto y estructura de los delitos especiales impropios. Aún así, creo que pueden identificarse cuatro líneas interpretativas. Para Sainz Cantero (*Lecciones de Derecho penal. Parte General*, cit., p. 547) y Mir Puig (*Derecho penal. Parte General*, cit., pp. 225 y 226), el criterio rector de la distinción entre delitos propios e impropios sería la inexistencia o existencia de correspondencia de la figura especial con un delito común. E. Gimbernat Ordeig (*Autor y cómplice en derecho penal*, Madrid, 1966, p. 252), Rodríguez Mourullo (*Derecho penal. Parte General*, cit., p. 269), Cobo del Rosal / Vives Antón (*Derecho penal. Parte General*, cit., pp. 277 y 278), Quintero Olivares (*Los delitos especiales...*, cit., p. 31) y Suárez Montes (“El delito de malversación...” , cit., p. 870, nota 89), en cambio, denominan delitos especiales en sentido amplio (“impropios”) a aquellos en que la posición del autor fundamenta únicamente una sanción especial, aumentándola o disminuyéndola, sin afectar a la esencia del injusto tipificado. Dentro de este grupo, Cobo y Vives, señaladamente, definen como delitos especiales propios a los delitos en que la particularidades del sujeto pertenecen al tipo de injusto de la infracción correspondiente, fundamentando su configuración autónoma (por ejemplo la malversación). Gómez Benítez (*Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte General*, cit., pp. 155 y 156), Bustos Ramírez (*Manual de Derecho penal. Parte General*, cit., p. 262) y de la Cuesta Arzamendi (*El delito de tortura*, cit., pp. 196 y ss., con matizaciones) sostienen, por su parte, que la esencia del delito impropio estriba en que la infracción del deber jurídico extrapenal co-fundamenta el injusto. Finalmente, Gracia Martín (*El actuar en lugar... Vol. I*, cit., pp. 351 y 352), Octavio de Toledo / Huerta Tocildo (*Derecho penal. Parte General. Teoría jurídica del delito*, cit., pp. 50 y 51) y Cerezo Mir (*Curso de Derecho penal español. Parte General I. Introducción. Teoría jurídica del delito / 1*, cit., p. 334) parecen conjugar criterios formales y materiales. El primero define como tipos “impropios” a los que contienen acciones de lesión o puesta en peligro que corresponden a la realización de las funciones propias de un rol social determinado, acciones que serían portadoras de una carga positiva de mayor vulnerabilidad del bien jurídico y que entrarían en concurso de leyes en relación de especialidad con un tipo común paralelo. Para los

o ejercicio defectuoso de una función por parte de su titular⁵⁶. Y ese fenómeno normativo de constatación simultánea del ejercicio de la función y de la conducta típica puede seguirse de modo especial en los delitos de los funcionarios públicos, en los que, como apunta el propio Kaufmann, “la caracterización de la función pública aparece unida con la cualidad especial de la acción, con su relación respecto al oficio público ejercido”⁵⁷.

segundos, se trataría de los delitos que, llevando aparejada la infracción de un deber jurídico específico, aparecen como paralelos a otros comunes, realizables por cualquier persona. Por lo que se alcanza a ver, el problema es fundamentalmente terminológico. Con arreglo a la perspectiva dogmática que asumimos y que está en la línea de las de Langer y Maiani, entre otros (*vid.* también, por ejemplo, Allegra, “Sulla rilevanza...”, cit., p. 527; Bettiol, *Sul reato proprio*, cit., pp. 26 y ss.; Fiore, *Diritto penale. Parte Generale. Vol. I*, cit., pp. 159 y 160; Schmidhäuser, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., pp. 106 y 107; Bustos Ramírez, *Manual de Derecho penal. Parte General*, cit., pp. 262 y 263), incluimos en la categoría de la delincuencia especial a aquéllas figuras en cuyo seno la posición subjetiva desempeña eficacia constitutiva en el tipo de injusto, bien porque determina que la conducta sea atípica si quien le da vida es un sujeto no cualificado, bien porque configura un delito de título diverso. No son delitos especiales en sentido dogmático, entonces -y llamémosles luego delitos especiales en sentido amplio, impropios, no exclusivos...- aquéllos en punto a los que la posición del sujeto viene considerada por la norma penal simplemente como una circunstancia agravante o atenuante de la pena, proyectándose exclusivamente sobre el terreno de la punibilidad, sin “tocar” el tipo. Sobre esta base debemos clarificar que no creo que pueda hablarse de eficacia simplemente modificativa en aquellas hipótesis en que la presencia de la condición subjetiva determina una mutación en el título del delito. A la previsión de una figura penal diferente no podrá no corresponder siempre un contenido de injusto peculiar. Como ya destacara Bettiol (*Sul reato proprio*, cit., pp. 26 y ss.), la posición subjetiva no es aislable de la “forma” del delito. Cuestión diversa es que pudiera verificarse -para cada figura singular y mediante un estudio cuidadoso de su contenido de injusto- la ausencia de toda relación esencial entre el sujeto y el bien jurídico, subsistiendo únicamente, por ejemplo, respecto del sujeto pasivo o del objeto material. Ahora, incluso en estos supuestos no dejaríamos de tener, si no un delito especial en sentido material, sí un hecho típico especial, caracterizado porque afecta de una forma distinta al bien jurídico.

⁵⁶ Cfr. Kaufmann, “Fundamento del deber...”, cit., pp. 12 y 13.

⁵⁷ Cfr. Kaufmann, “Fundamento del deber jurídico...”, cit., p. 13, en la que ilustra esa afirmación con la estructura típica de la prevaricación, que “presupone que el asunto a decidir cae en el ámbito del juez”. En opinión de Fiorella, del propio tenor literal del art. 357 del Código penal italiano (que, como sabemos, define a los oficiales públicos como “aquéllos que ejercitan una función pública legislativa, judicial o administrativa”) se desprende la necesidad de identificar el desvalor inherente a las conductas típicas de los delitos contra la Administración Pública en la infracción del deber o el abuso de poder subyacentes a la función pública o actividad ejercitada (*Il trasferimento...*, cit., p. 107). Por ello, reconoce a la regulación positiva sentada en el Título de los delitos contra la Administración Pública el valor de principio general para la disciplina e interpretación de los delitos especiales (*op. loc. cit.*).

De ese dato se sirve, precisamente, Gracia Martín para reconducir sus conductas típicas, que conceptúa como acciones inscritas en el proceso de ejercicio de la función encomendada a tales sujetos en régimen de monopolio, a tres tipologías: a) las actuaciones que constituyen expresión directa de una función “tan específica que ni siquiera todo funcionario público podría ser sujeto activo del delito, sino sólo aquéllos en cuya órbita de competencias cae el asunto a que se refiere”, como Adictar resolución arbitraria⁵⁸; b) las acciones que se realizan con ocasión del ejercicio de la función que compete al sujeto, bien porque su trascendencia jurídico-penal se supedita a que se perpetren con abuso del cargo, bien habida cuenta de la propia situación del bien jurídico o del objeto material del delito, caso éste último de la destrucción de documentos confiados al sujeto activo “por razón del cargo”⁵⁹; y c) las actuaciones que dan vida a los delitos impropios, como la detención ilegal del artículo 184 CPTR⁷³, que al incardinarse en el cumplimiento de una actividad pública vendrían revestidas de una cualidad específica, traducida en la especial vulnerabilidad del bien jurídico⁶⁰.

En este trabajo se retoma esa propuesta de interpretación de los elementos especiales de autoría en relación con los restantes elementos típicos⁶¹, por los motivos que se exponen a continuación.

⁵⁸ Cfr. *El actuar en lugar...*, Vol. I, cit., pp. 369 y 370.

⁵⁹ Cfr. *El actuar en lugar...*, Vol. I, cit., p. 370.

⁶⁰ Cfr. *El actuar en lugar...*, Vol. I, cit., pp. 370 y 371.

⁶¹ Sin dar a sus construcciones el desarrollo que se ha visto en las obras de Kaufmann, Gracia y Fiorella, enfatizan asimismo la naturaleza del delito especial de funcionario como “delito de la función” Schmidhäuser, Wiesener y Cuello Contreras. Schmidhäuser señala que la posición de deber en los delitos del cargo, “conceptualmente equiparable a la posición de garante”, dimana de la posesión y ejercicio de un cargo o función pública (*Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., p. 107). En la misma línea, Wiesener indica que lo esencial de los delitos de los funcionarios públicos no es el *status* de funcionario, sino la esfera de actividades que implica y en cuyo desarrollo se realizan las conductas típicas (*Die strafrechtliche...*, cit., p. 129). Para Cuello Contreras (*El Derecho penal español. Parte General*, cit., pp. 518 y 519), “autor de estos delitos sólo puede serlo quien desempeña una función pública en cuyo seno se realice el acto delictivo”; y así, continúa, el legislador no sólo tiene en cuenta la posible lesión de los bienes jurídicos de los ciudadanos por los representantes del Estado, “sino también que el funcionario abusa de la preeminencia del Estado frente a los ciudadanos, lo que hace su conducta especialmente reprochable”.

En primer lugar, por entenderla como una opción plenamente congruente con una exégesis verdaderamente autónoma de la norma penal. Sobre la base de argumentos atinentes al contenido de injusto del delito, la restricción del círculo de autores a los titulares de una función institucional -como es la función pública- puede justificarse únicamente en la medida en que la conducta típica consista en un desarrollo irregular de la misma. Esta línea de trabajo nos permite aproximarnos a los delitos de los funcionarios como “estratificaciones normativas racionales”, ligadas a una legislación penal de talante democrático, asentada sobre un proceso de selección de las formas más graves en que pueden resultar agredidos los bienes jurídicos⁶². Eso es lo que resaltaba Langer cuando escribía que sólo después del entendimiento del principio de igualdad en el sentido de que la responsabilidad debe alcanzar a cada uno según su posición, obligaciones y funciones está preparado el terreno para ver en el delito especial la manifestación de una evolución jurídica muy espiritualizada, no una desechable reliquia de clase⁶³.

Por otra parte, de las construcciones teóricas precitadas se sigue la posibilidad de tratar todos los problemas de estructura del delito especial de posición jurídica sobre la base de ciertas premisas genéricas e inmodificables y que atienden a la interrelación en que se hallan en su seno la situación jurídica estatutaria y el ejercicio de la función. La primera de esas premisas es que las conductas típicas constituirán un ejercicio directo de las funciones o facultades correspondientes al *status* jurídico extrapenal reclamado por el elemento objetivo de la autoría, o, al menos, actuaciones especialmente desvaloradas por el legislador penal al realizarse en conexión con el ejercicio dichas funciones o actividades. La segunda, que en tales términos se asiste a un recíproco condicionamiento

⁶² Cfr. Mantovani, *Diritto penale. Parte Generale*, cit., p. 144.

⁶³ Cfr. *Das Sonderverbrechen*, cit., p. 389. En términos similares, Mantovani, *Diritto penale. Parte Generale*, cit., p. 144: “El delito especial halla su propia razón política en una estructura social evolucionada, en la que vengan diferenciadas las funciones correspondientes a los individuos y, por lo tanto, atribuidos particulares deberes y responsabilidades. Con base en su cualificación el sujeto viene puesto en una particular relación con el bien jurídico tutelado, que le consiente producir la ofensa... A pesar de que comporten una posición de desventaja para el correlato de sujetos, los delitos especiales no contrastan con el principio constitucional de igualdad, si y en cuanto sin embargo tutelén intereses tales para justificar tal posición más desfavorable”.

-primero, en el terreno de la lógica, pero también en el de la interpretación de los tipos penales- entre la situación jurídica del sujeto y ese defectuoso ejercicio típico de la función, condicionamiento que se mantiene invariable, con independencia de las formas y grados de la presencia de dicho ejercicio en los tipos⁶⁴.

⁶⁴ Una cuestión discutida de la teoría general del delito especial es la que atañe a si las facultades que dan contenido a la conducta típica sólo pueden ser puestas en práctica desde una situación de concurrencia de una cualificación orgánica perfecta, o si, por el contrario, también pueden actuarse desde una mera posición fáctica determinada por irregularidades o vicios en el nombramiento o incluso por su absoluta inexistencia. Optar por una u otra solución encierra una gran trascendencia interpretativa, pues tras esta problemática se agita en realidad la *vexata quaestio* de la determinación del grado de compatibilidad entre el sentido originario de los elementos normativos del tipo y el fin de protección de bienes jurídicos de las proposiciones jurídico-penales. Así en opinión de Maiani (*In tema...*, cit., pp. 54 y ss.) y Fiorella (*Il trasferimento...*, cit., pp. 109 y ss.) las conductas de los delitos especiales constituyen en todo caso una infracción de los deberes o un abuso de los poderes subyacentes al *status* jurídico del sujeto activo. En consecuencia, la existencia de la forma de agresión al bien jurídico típicamente prevista vendrá condicionada a la propia subsistencia y eficacia del *status* del autor en el sector del ordenamiento jurídico que regula su constitución, desarrollo y extinción. Wiesener (*Die strafrechtliche...*, cit., pp. 147 y 148) y Gracia Martín (*El actuar en lugar...*, Vol. I, cit., pp. 350 y ss.) entienden, por contra, que lo jurídico-penalmente relevante es el ejercicio de la función en términos fácticos, naturalísticos. Esa construcción, que les permite abandonar la visión del *status* como un *prius* lógico de las conductas típicas, despeja el camino para la crítica al procedimiento legislativo de creación de los delitos especiales de posición jurídica. Un procedimiento que al requerir para los autores una idoneidad formal, desvinculada de los caracteres materiales de las acciones que acotan el ámbito de protección de las normas provocaría que conductas revestidas de un desvalor similar al del hecho típico resultasen impunes. Aquí se sostiene que la revalorización del contenido material de los delitos especiales no pasa por el rechazo apriorístico del significado jurídico extrapenal de las cualificaciones subjetivas, sino, ante todo, por el respecto del principio de tipicidad, por la interpretación conjunta del autor y de la acción a la luz del parámetro que proporciona el tipo. Por lo tanto, será una vez clarificada la naturaleza -fáctica o jurídica- de los poderes cuyo ejercicio se toma en consideración en el tipo cuando deba tomarse postura acerca de la subordinación de la norma penal al perfeccionamiento de la cualificación subjetiva según los principios del derecho privado o administrativo. Esta postura es defendida por Schünemann (*Unternehmenskriminalität...*, cit., p. 92, comentando la teoría de los *Pflichtdelikte* de Roxin). En España en este sentido se orientan algunos estudios en el ámbito de la delincuencia societaria (vid. T. Rodríguez Montañés, *La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios*, Madrid, 1997, pp. 113 y ss.; A. Nieto Martín, *El delito de administración fraudulenta*, Barcelona, 1996, pp. 268 y ss.). Por lo demás, la apelación al carácter autónomo del Derecho penal puede servir -correctamente entendida dicha propiedad- de importante contraargumento frente a la tesis "reduccionista" de Gracia Martín. Evidentemente, el legislador no tipifica las conductas de un administrador societario, de un funcionario, de un deudor o de un militar porque representen una infracción de reglas

Las investigaciones sobre el delito especial como forma de aparición proporcionan así un instrumento valioso en el estudio de la estructura típica de los delitos de los funcionarios públicos, “contingente principal”, dice Langer, de los delitos con autoría determinada por una posición jurídica⁶⁵. La elaboración doctrinal en este campo permite definir el modelo al que teóricamente deberá responder su tipificación. La idea clave al respecto es, como se ha expuesto, la de la existencia de un nexo de principio entre la responsabilidad penal y el desarrollo de funciones cualificadas a la hora de delimitar el ámbito de los sujetos responsables, en el sentido de que el ejercicio de la función pública deberá referirse tanto a la cualidad del autor como a la de la acción. Con ello se abren camino las tesis de Wagner y de quienes le siguen o sustentan construcciones similares, al tiempo que pierden peso las críticas de Stock. Apelar a su construcción como delitos de actividad tipificada goza, una vez sentados los presupuestos teóricos de aquella categoría, de la más exquisita de las fundamentaciones dogmáticas: la construcción y concreción del concepto general de delito.

Ya sabemos que para respetar la fisonomía jurídica de los delitos de los funcionarios públicos como delitos especiales habrá de hacer de la “función pública” un momento de la conducta al que el legislador atiende uniformemente al realizar las correspondientes descripciones típicas. No puede desconocerse, no obstante, que la realidad normativa evidencia la extrema variabilidad de los puntos de conexión del ejercicio de la función con los tipos de los delitos contra la Administración Pública. Sin cumplimiento de deberes o ejercicio de poderes o facultades objeto de una normativa extrapenal no surgiría el elemento subjetivo del injusto del

jurídicas extrapenales. Lo hace porque pretende dispensar tutela a bienes jurídicos esenciales frente a agresiones particularmente peligrosas. En aras de ello, sin embargo, el análisis de la estructura de los preceptos en cuestión -no sólo el de su función y finalidad político-criminal- puede hacer concluir al intérprete que el legislador penal ha adoptado sin variaciones un instituto propio de otro sector del ordenamiento jurídico. En este caso, el legislador habrá decidido definir el tipo de delincuente mediante la invocación a un *status* jurídico extrapenal y la modalidad comisiva a través de una remisión al cuadro normativo inherente a ese *status*. Y si ello es así, ni podrá subsumirse en el tipo una conducta que no infrinja las normas extrapenales que disciplinan ese *status*, ni podrá afirmarse que la norma penal sea un puro esquema sancionatorio. Se trata, en realidad, de un problema de interpretación que no se agota, ni mucho menos, en la por otra parte reconocida relevancia de la posición del sujeto activo frente al bien jurídico.

⁶⁵ Cfr. Langer, *Das Sonderverbrechen*, cit., p. 112.

cohecho pasivo propio “por ejecutar un acto injusto en el ejercicio de su cargo” (art. 420 CP), ni las situaciones típicas -distintas de la conducta de la “razón de la función pública” y la “razón del oficio o cargo”, que cualifican el título de tenencia de los fondos públicos en la malversación del artículo 432. 1 CP y el del conocimiento de los secretos o informaciones en el delito del artículo 417. 1 CP, respectivamente. Ahora, afirmar que *esos* sean los únicos vínculos existentes entre ellos nos parece una simplificación ayuna de todo apoyo legal. La medida exacta en que el ejercicio de la función afecta a todas y cada de las figuras clasificadas como delitos especiales no es apreciable apriorísticamente. En ese sentido hay que advertir que la adopción de la idea del “ejercicio de la función” como piedra de toque del sistema permite exclusivamente captar aquellos principios generales que constituirán, al propio tiempo, caracteres diferenciales de los delitos constituidos por posiciones jurídicas. Si a lo que se aspira es a señalar los aspectos o momentos en que se concreta su eficacia habrá de procederse analíticamente, identificando caso por caso los deberes, poderes o facultades en cuyo ejercicio o cumplimiento se ejecuta la conducta, renunciando a cualquier perspectiva de síntesis. Ése será nuestro objetivo en los apartados siguientes de este capítulo.

C. EL CONCEPTO DE DELITO “FUNCIONAL” Y SU APLICACIÓN A LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

Los delitos de los funcionarios públicos son delitos caracterizados por posiciones subjetivas de derecho, esto es, por condiciones subjetivas expresadas a través de elementos normativos de las proposiciones jurídico-penales. El parámetro al que hace referencia el elemento de la autoría de cada uno de los tipos del Título XIX viene constituido, de acuerdo con el artículo 24. 2º CP, por la participación en el ejercicio de la función pública. La cualificación de funcionario debe definirse, por ello, como un elemento normativo-jurídico de la figura penal⁶⁶. Más exactamente, podría

⁶⁶ Concretamente, como lo que K. Engisch denominaba elemento normativo con condiciones de utilización predefinidas (“Die normativen Tatbestandelemente im Strafrecht”, *Festschrift für E. Mezger*, München, 1954, pp. 147 y 148). Con arreglo a los criterios tradicionales, la literatura ha visto en el elemento “funcionario público” el arquetipo de elemento normativo de valoración jurídica. Cfr. E. Mezger, *Tratado de Derecho penal*, Tomo II, trad. del alemán de J. A. Rodríguez Muñoz, Madrid, 1946, p. 375.

calificarse como un elemento *doblemente normativo-jurídico*⁶⁷, pues la ley penal diseña el régimen punitivo de la función pública coordinándose de forma directa, inmediata, con el Derecho administrativo, procesal y, en general, con el Derecho público extrapenal, toda vez que el texto punitivo no proporciona una interpretación o un concepto propio de lo que ha de entenderse por función pública.

En las siguientes líneas se tratará de demostrar que la cualificación de funcionario público, como elemento del tipo de injusto, viene en consideración en el sistema de los delitos contra la Administración Pública en tanto en cuanto implica el ejercicio de determinados poderes o el cumplimiento de ciertos deberes preestablecidos ya por el Derecho extrapenal de la función pública; señaladamente, y en relación con el objeto de esta investigación, por el Derecho administrativo. Ese presupuesto -con apoyo dogmático, como se ha indicado en el trabajo doctrinal sobre el concepto de delito especial- será el que nos lleve a la reconstrucción de la estructura de los delitos de los funcionarios públicos en los términos expuestos en la introducción a esta segunda parte del trabajo. Se concluirá así que en la decisión sobre la técnica de tipificación a emplear en relación con estos delitos -la de la actividad tasada a determinados medios comisivos-, el legislador penal se ha inspirado esencialmente en el principio de no contradicción interna del ordenamiento jurídico.

Las fórmulas que integran el concepto de funcionario público a efectos penales constituyen categorías «dúctiles» en manos del intérprete. La literatura penal española siempre se ha felicitado, por ejemplo, de que el legislador omitiese toda referencia a cualificaciones subjetivas establecidas por el Derecho administrativo para apelar claramente, en cambio, al ejercicio de la función como elemento material de la definición misma. Si el Derecho penal tiene fines y objetos distintos a las otras ramas del ordenamiento -ha escrito Rebollo Vargas sintetizando la que parece ser la verdadera razón material para este punto de vista-, es lógico que disponga de un concepto propio de funcionario, teleológicamente orientado y alejado de los formalismos propios del régimen jurídico de la

⁶⁷ Cfr. Severino di Benedetto, *I delitti...*, cit., p. 19. Sobre los fenómenos de doble normación -hetero-integración legislativa en la terminología acuñada por la doctrina italiana-, ampliamente, F. Cordero, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Torino, 1957, pp. 159 y ss.

burocracia del Estado⁶⁸. Este dato -repetimos, pacíficamente aceptado- trae por consecuencia, sin embargo, algo en lo que la doctrina se detiene escasamente y que, sin embargo, cabe estimar como altamente significativo⁶⁹; y es que por esta vía el Derecho penal permite que accedan a la posición de garantía en tutela del bien jurídico implicado en los tipos en cuestión sujetos diversamente nominados y clasificados con arreglo a la normativa administrativa pero que pueden definirse como “funcionarios”, con arreglo a los términos del artículo 24. 2º, por razón de las funciones -incluso transferidas o delegadas- que desarrollan. El legislador muestra así su voluntad de individualizar al responsable de estos delitos exclusivamente por razón del ejercicio de ciertas atribuciones, funciones o competencias, a las cuales reconoce eficacia constitutiva con relación a cada uno de los tipos. La disciplina penal de la función pública se inspira claramente, por lo tanto, en la idea de una responsabilidad repartida en función de las competencias y de las misiones encomendadas a cada uno de los sujetos que interviene en la “gestión de la cosa pública”.

⁶⁸ Cfr. Rebollo Vargas, *La revelación de secretos...*, cit., p. 79, recogiendo la opinión de Malinverni en esta misma dirección. Cfr. también Cobo del Rosal, “Examen crítico...”, cit., pp. 236 y ss.; Queralt Jiménez, “El concepto penal...”, cit., p. 480; del Toro Marzal, en Córdoba Roda / Rodríguez Mourullo / del Toro Marzal / Casabó Ruiz, *Comentarios al Código penal*, Tomo II, cit., p. 733; Mestre Delgado, en Lamarca Pérez (coord.), *Manual de Derecho penal. Parte Especial*, cit., p. 550. García-Trevijano Fos acuñó para la disposición del art. 119. 3º CPTR73 el calificativo de “concepto vectorial o finalista”, extrayendo de ello importantes consecuencias prácticas, entre ellas la necesidad de su interpretación restrictiva (*Tratado de Derecho administrativo*, Tomo III, Vol. I. cit., p. 405. Ya se ha indicado en otros momentos de este trabajo que la doctrina afirma de forma unánime el carácter autónomo del concepto penal de funcionario con relación al formulado por la legislación y doctrina administrativas. En línea con el razonamiento seguido en el texto, conviene traer a colación, sin embargo, la postura de Queralt Jiménez, en línea con el razonamiento seguido en el texto: “Pese a la pretendida autonomía, casi independencia, que la mayoría de la doctrina atribuye al Derecho penal para elaborar sus nociones propias de funcionario, autoridad y agente de la misma, los conceptos que estamos manejando no son penales, sino que han de ser tomados *caso a caso* si se dan las circunstancias requeridas por la ley penal, ya que, al no definir las o al emplear una terminología no técnico-jurídica, ha debido asumir el derecho extra-penal” (“El concepto penal...”, cit., p. 496, nota 88, cursivas en el original).

⁶⁹ Entre los monografistas, la única alusión a la problemática de la delegación de competencias es la que realiza Quintero Olivares, en Quintero Olivares (dir.), *Comentarios al Nuevo Código penal*, cit., p. 291, quien rechaza la utilidad del criterio de la naturaleza delegable de las funciones a la hora de la atribución diferenciada de las condiciones jurídicas de autoridad y funcionario.

A través del elemento de la autoría los tipos especiales del Título XIX realizan, pues, una indicación omnicomprendiva de sujetos que se abre por sí misma, sin obstáculos, a consideraciones de carácter funcional. El Código penal restringe el círculo de los responsables penales por delitos “en el cargo” a quienes ejerciten de forma efectiva una función pública, ya sea a título nominal o derivativo, por transferencia⁷⁰, prescindiendo completamente de que vengan revestidos de alguna cualificación extrapenal. Por poner un ejemplo, quien se apropia de los caudales públicos que administra por razón de sus funciones se integra en el círculo de autores de los delitos de malversación de caudales públicos con independencia de que se haya perfeccionado en su favor la cualificación formal de cuentadante de la Administración Pública⁷¹. Sobre este extremo es

⁷⁰ La doctrina alemana dominante rechaza la posibilidad de aplicar el § 14 StGB, que prevé la responsabilidad de órganos y representantes por delitos con elementos personales especiales concurrentes en el representado, a los ilícitos con elementos “altamente personales”, entre los que se incluirían los delitos de los funcionarios públicos. Cfr. Jescheck, *Tratado de Derecho penal. Parte General*, cit., pp. 208 y 598 y ss., para quien tales características limitan la accesoriadad de la participación de acuerdo con el sentido del § 28, al definir el injusto del hecho principal de tal modo -personalísimo, intransmisible- que sólo quienes los poseen podrían darle vida; Lackner, *Strafgesetzbuch...*, cit., pp. 79 y 80; Samson, SK, número 10 al § 14; C. Roxin, LK, número 41 al § 14; Blauth, *Handeln für ein anderen*, cit., pp. 53, 88 y 112. En la doctrina española, Octavio de Toledo y Ubieto (“Las actuaciones...”, cit., pp. 62 y ss.) excluye del ámbito de aplicación del artículo 15 bis del derogado Código penal aquellos elementos altamente personales -como la condición de funcionario público- que por su estrecha relación con un individuo determinado no pueden transferirse a quien actúa en su nombre. No alcanzamos a comprender el sentido del calificativo “elemento altamente personal” en relación con el ejercicio de funciones públicas, toda vez que el propio ordenamiento exhibe mecanismos de transferencia del ejercicio de las competencias públicas, el más importante de ellos la delegación. Por lo tanto, al margen de las restricciones de orden subjetivo, objetivo o formal a que viene sometida dicha figura (*Vid.* art. 13 apartados 2 y 5 LRJPAC), parece que debe compartirse la opinión de Fiorella (*Il trasferimento...*, cit., p. 314) cuando señala que las funciones en sí mismas, como construcción normativa, podrían referirse a cualquiera y que es exclusivamente el ordenamiento jurídico -al margen de esas casi “ontológicas” conexiones que parece imaginar la doctrina- el que decide acotar el ámbito de sujetos encargados de ejercitarlas. Defiende también la eficacia de las actuaciones en lugar de otro en los delitos de funcionarios Schünemann, “Die Bedeutung...”, cit., p. 574. Una rigurosa crítica a la especial adherencia al sujeto activo de un deber “altamente personal” como criterio material determinante de la estructura de los delitos de propia mano puede verse en M^a L. Maqueda Abreu, *Los delitos de propia mano*, Madrid, 1992, pp. 126 y ss.

⁷¹ A tenor del art. 128 LGP: «Serán cuentadantes en las que hayan de rendirse al Tribunal de Cuentas: a) Los funcionarios que tengan a su cargo la gestión de los ingresos y

necesario, no obstante, hacer una puntualización; y es que la “participación en el ejercicio de la función pública”, a la que debe atribuírsele, según subraya unánimemente la doctrina española, el carácter de “elemento esencial” de la noción de funcionario público del artículo 24. 2º del texto punitivo⁷², debe cohonestarse con las descripciones contenidas en los tipos. Quiere decirse con ello que el legislador le otorga eficacia constitutiva única y exclusivamente a aquélla que hace relación a las situaciones, circunstancias o elementos con que resulta delimitado el ámbito de la tipicidad del delito de funcionario de que se trate⁷³, pues, en definitiva, el concepto que le subyace “está recortado, está contraído y limitado a las concretas descripciones de la ‘Parte especial’”⁷⁴.

Haciendo balance de lo hasta aquí señalado, tenemos, entonces, que los delitos de los funcionarios públicos deben considerarse como delitos funcionales *stricto sensu*, esto es, consistentes en el (mal) ejercicio de una función, y que son las indicaciones que proporcionan los restantes elementos relativos a la función pública presentes en los tipos las que

la realización de gastos, así como las demás operaciones de la Administración General del Estado; b) Los Presidentes o Directores de los Organismos autónomos, Sociedades estatales y demás Entes que conforman el Sector público estatal; c) Los particulares que, excepcionalmente, administren, recauden o custodien fondos o valores del Estado, sin perjuicio de que sean intervenidas las respectivas operaciones; y d) Los perceptores de las subvenciones corrientes a que se refieren los artículos 80 y 123 número 2 de esta Ley».

⁷² Cfr. Cobo del Rosal, “Examen crítico...”, cit., p. 241; Mestre Delgado, en Lamarca Pérez (coord.), *Manual de Derecho penal. Parte Especial*, cit., p. 550. LLaman la atención sobre la necesidad de interpretar el concepto de funcionario público a partir del bien jurídico “función pública”, Rebollo Vargas, *La revelación...*, cit., p. 89; Cugat Mauri, *La desviación...*, cit., p. 177.

⁷³ El artículo 24. 2º, precepto aclaratorio por excelencia, representa una norma jurídica dependiente, conformada a partir de su puesta en conexión con cada uno de los tipos destinados a los funcionarios públicos, y, en ese sentido, completa pero “referida”. Su especialidad como tal estriba en que el sistema de coordinación normativa que el Código penal establece por intermediación de ella no se concreta ni en la aparición de nuevos tipos ni en la excepción de los preceptos de la Parte Especial. Sobre ese plano, su función se agota en la reconstrucción de la conducta delictiva y de las consecuencias jurídicas previstas para la figura que venga en consideración. Sobre ello *Vid.* E. Octavio de Toledo y Ubieto, *Sobre el concepto de Derecho penal*, Madrid, 1981, pp. 175 y 176.

⁷⁴ Cfr. Cobo del Rosal, “Examen crítico...”, cit., pp. 240 y 241; Cobo del Rosal / Quintanar Díez, en Cobo del Rosal (dir.), *Comentarios al Código penal*, Tomo III, cit., p. 49. Incide en ello, entre otros, Cugat Mauri, *La desviación...*, cit., p. 180, nota 28.

permiten identificar el ámbito de actividad en el que aquéllos han de participar para poder ser considerados sujetos activos (la producción de actos o resoluciones administrativas, la custodia de documentos públicos o privados, la gestión de los recursos públicos, la contratación pública...). De la puesta en relación de la definición del artículo 24. 2º CP con la estructura típica de cada uno de los delitos del Título XIX puede seguirse como conclusión lógica la de que los responsables de los delitos contra la Administración Pública resultan individualizados por la posición que les proporciona o en que los sitúa su intervención, bajo ciertas condiciones formales -la elección, el nombramiento de autoridad competente o la disposición inmediata de la ley-, en un preciso sector o campo de actuaciones de carácter público; conclusión que convalida, indudablemente, los criterios de que nos hemos servido para caracterizar la tipicidad de los delitos especiales, pero que nos coloca, sin embargo, ante un campo precisado de elaboración doctrinal, ya que, dejando a un lado declaraciones genéricas, la literatura penal española no ha alcanzado a precisar a qué campos de actividad se abre la referencia conceptual “participar en el ejercicio de funciones públicas”. Teniendo en cuenta que el procedimiento interpretativo reclamado por el propio legislador para identificar al sujeto activo de los delitos de los funcionarios apunta, como se ha señalado, exclusivamente a la mencionada participación, la trascendencia de la laguna doctrinal merece ser subrayada⁷⁵.

⁷⁵ Haciendo un esfuerzo de síntesis podemos identificar en la doctrina española los siguientes significados de ese elemento típico. Rebollo Vargas (*La revelación de secretos...*, cit., p. 89) considera que debe ser entendido como el ejercicio de la propia función pública, ejercicio para el que reclama además un contenido material, la capacidad para afectar al bien jurídico protegido. Partiendo del tono coloquial de las expresiones empleadas por el CP en este contexto, Queralt Jiménez escribe que ejercer el cargo y participar en el ejercicio de funciones públicas es lo mismo a efectos penales (“El concepto penal...”, cit., p. 484). Octavio de Toledo sostiene que “ejercer el cargo supone más que participar en el ejercicio de la función pública: implica ejercer dicha función; por ello, si bien la participación en el ejercicio de la función pública no implica el ejercicio del cargo; en cambio, el ejercicio de tal función sí supondrá siempre el ejercicio del cargo” (*La prevaricación...*, cit., p. 139). Para Quintero Olivares, la participación alude a una intervención que no supone potestad propia para ejecutar las actividades de la Administración o de la Jurisdicción (en Quintero Olivares (dir.), *Comentarios al nuevo Código penal*, cit., p. 291). En opinión de Polaino Navarrete, “exige, en rigor, algo más que el mero ‘participar’”, debiendo entenderse “como equivalente a ‘ejercer’, de conformidad con una concepción real-funcionalista, adecuada las exigencias del ordenamiento punitivo”. Este mismo autor precisa posteriormente que “el reconocimiento de

En este trabajo se sustenta la opinión de que ese requisito coincide con la atribución efectiva por el Derecho extrapenal de la función pública de ciertos poderes y deberes jurídicos relacionados con el ámbito de actividad típicamente relevante⁷⁶, por entender que es el propio Derecho positivo el que reclama su titularidad como presupuesto para la realización de estos ilícitos. De hecho, en el articulado del Título XIX encontramos expresiones como las que siguen: proponer, nombrar o dar posesión “en el ejercicio de su competencia” (art. 405), ser infiel en la custodia de documentos encomendados “por razón de su cargo” (arts. 413, 414 y 415), revelar secretos que “no deban ser divulgados” (art. 417), aceptar, solicitar o recibir dádivas para realizar acciones u omisiones “en el ejercicio de su cargo”,

competencias funcionariales -concluye- “ha de delimitarse conforme a la concepción orgánica del Estado, de génesis Kelseniana, pues el funcionario no es sino un individuo titular de las funciones orgánicas de servicio estatal, caracterizado por las notas de remuneración y profesionalidad públicas, que nos llevan al denominado concepto material-real de funcionario”. Cfr. Polaino Navarrete, en Cobo del Rosal (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte Especial II*, cit., p. 275. J. Córdoba Roda escribe que los actos relativos al ejercicio del cargo en relación con los tipos del cohecho son aquéllos que se llevan a cabo en el desempeño, sea conforme o contrario a Derecho, de las funciones públicas, es decir, los efectuados «dentro del marco de las funciones atribuidas al sujeto por el ordenamiento jurídico» (“El cohecho de funcionarios públicos”, *Estudios jurídicos en honor del Prof. Octavio Pérez-Vitoria*, Barcelona, 1983, pp. 178 y 180). Para del Toro Marzal (en Córdoba Roda / Rodríguez Mourullo / del Toro Marzal / Casabó Ruiz, *Comentarios al Código penal*, Tomo I, cit., pp. 739 y ss.), finalmente, participar en el ejercicio de funciones públicas «supone una actividad de la persona que se orienta hacia determinadas finalidades que se corresponden con el bien común y con intereses generales, colectivos o sociales». La dificultad de determinar la esfera de los mencionados intereses se mitigaría, según él, con la posibilidad de acudir a la “regulación normativa de la actividad”. El hecho de que el Tribunal penal no venga obligado “a someterse a comprobaciones distintas de lo que su propio imperio le aconseje”, concluye, “no es obstáculo para que se deseche tan importante fuente de interpretación”. En otro lugar, sin embargo, este autor había apuntado que las condiciones personales o subjetivas del funcionario (“las relaciones de servicio y fidelidad, el grado de la jerarquía, la retribución y, en general, las condiciones de ingreso, organización, dependencia situación escalafonaria, adquisición de derechos pasivos, etc”) se hallan al margen de aquella participación. Cfr. *op. cit.*, pp. 733 y 734.

⁷⁶ La interpretación que proponemos conecta con las observaciones de Jakobs sobre los delitos de funcionarios: “en los delitos especiales en sentido estricto, ha de garantizarse o al menos posibilitarse una relación positiva -con el bien jurídico- (un funcionario como autor de delitos de funcionario no está suficientemente definido mediante la incorruptibilidad... Un *status* sólo se alcanza cuando el deber sancionado jurídico-penalmente forma parte de un haz de relaciones institucionalmente aseguradas (funcionario...)” (*Derecho penal. Parte General*, cit., pp. 877 y 878).

“relativos al ejercicio de su cargo” o “propios de su cargo” (arts. 419, 420, 422), traficar con influencias prevaliéndose del “ejercicio de las facultades de su cargo” (art. 428), sustraer o distraer caudales a cargo del funcionario “por razón de sus funciones” (art. 432, 433), defraudar a un ente público aprovechando la intervención “por razón de su cargo” en contratos públicos (art. 436), exigir “aranceles o minutas que no sean debidos” (art. 437), cometer estafa o apropiación indebida “abusando de su cargo” (art. 438), realizar negociaciones prohibidas sirviéndose del deber de informar “por razón de su cargo” en un contrato (art. 439), realizar actividades profesionales fuera de los casos permitidos por las leyes (art. 441), hacer uso de un secreto “del que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo” (art. 443). Especialmente significativo es, en punto a ellas, el recurso al término “cargo”, empleado por los textos legislativos de Derecho público y por la doctrina administrativa como sinónimo de ejercicio de la función pública⁷⁷, y que designa en un sentido orgánico una posición jurídica compleja, de la que pueden dimanar “derechos y facultades, pero también deberes y potestades”⁷⁸.

Ahora bien, de las consideraciones que se han realizado sobre la estructura de los delitos especiales se desprende ya que la cualificación subjetiva guarda en ellos una estrecha relación con el contenido de desvalor típico. Profundizar en el estudio del elemento de la autoría de los delitos de los funcionarios públicos requiere, por consiguiente, desentrañar su significado valorativo, esto es, identificar el componente del injusto al que hace referencia⁷⁹. Éste es el punto en el que la investigación

⁷⁷ Cfr. R. Entrena Cuesta, *Curso de Derecho administrativo*, Vol. II. 2, cit., p. 359; García Trevijano-Fos. *Tratado...*, Vol. III. 1, cit., p. 355.

⁷⁸ Cfr. J. C. Carbonell Mateu, *La justificación penal. Fundamento, naturaleza y fuentes*, Madrid, 1982, pp. 162 y 163; Cobo del Rosal / Vives Antón, *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 436.

⁷⁹ En Alemania Blauth (*Handeln für ein anderen...*, cit., pp. 55 y ss.) distingue entre delitos especiales referidos al resultado (*erfolgsbezogene Sonderdelikte*) y delitos especiales referidos al autor (*täterbezogene Sonderdelikte*). Blauth adopta como punto de partida los delitos que Roxin caracteriza como *Pflichtdelikte* en el sentido de que suponen implican una posición de deber (*Pflichtenstellung*) del sujeto activo. En ellos, el representante del sujeto que cumple la cualificación especial requerida por la norma asumiría -en virtud del mandato de representación- una posición de deber asimilable a la del autor. Por ello, la extensión del ámbito de la autoría al representante aparecería plenamente justificada. Pero esa posición de deber podría venir en consideración en el tipo a la hora de circunscribir el círculo de la autoría tanto porque se relaciona con el resultado de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico puesto en las manos del sujeto, como porque indica una condición estrictamente «personal» de deber (*täterbezogene Pflichtenstellung*). Lo verdaderamente relevante para el

que aquí se desarrolla entronca con las tesis defendidas en Alemania e Italia sobre la construcción de los delitos ejecutados en el ejercicio del cargo como estructuras con medios comisivos determinados y en el que, a la vez, debe darse cuenta de las críticas formuladas a propósito de la misma⁸⁰.

Para clarificar esta cuestión debe retomarse la reflexión sobre lo imprescindible de considerar e interpretar la cualidad especial de “funcionario público” en el marco del conjunto de actividades genéricamente implicado

Derecho penal en el primer supuesto sería la influencia que podría ejercitar el sujeto sobre el bien jurídico y, por lo tanto, la *Sozialschädlichkeit* (dañosidad social) del hecho delictivo, mientras que en el segundo lo sería la intervención personal del autor y su reprobabilidad ético-social (*sozial-ethische Verwerflichkeit*). En este caso, la condición personal (por ejemplo, la de funcionario público) no podría ser transferida a terceros, al sancionarse un incumplimiento estrechamente conectado al obligado personalmente por lo mismos (*Vid.* Blauth, *Handeln für ein anderen...*, cit., pp. 84 y ss.). Un amplio sector de la doctrina moderna entienden rechazable la distinción que propugna Blauth en el ámbito de los delitos especiales. *Vid.*, por ejemplo, G. Gründwald, “Zu den besonderen persönlichen Merkmale (§ 28 StGB)”, *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1989, p. 555, subrayando que la cualidad de funcionario público da significado y carácter al hecho típico lesivo del bien jurídico; C. Roxin, *LK*, número 25 al § 28,; Gracia Martín, *El actuar en lugar... Vol. I*, cit., pp. 306 y 307, recogiendo de Schünemann (*Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, cit., p. 228) la opinión de que querer ver lo injusto de los delitos de funcionarios en la lesión de deberes especiales con contenido ético-social referido al *status* social del sujeto significaría volver a un Derecho penal estamental; Fiorella, *Il trasferimento...*, cit., p. 313, criticando la diversidad cualitativa que Blauth identifica en las posiciones de deber de un juez que prevarica y de un administrador societario que comete una infidelidad patrimonial.

⁸⁰ Con arreglo a la sistemática objetiva que adoptamos, el núcleo del injusto estriba fundamentalmente en el desvalor de resultado, entendiendo por tal la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido por el tipo. En un planteamiento de esta índole tiene también viabilidad, sin embargo, la categoría del desvalor de la acción, como señala Rodríguez Mourullo. Pues como el Derecho penal no sanciona todos los atentados imaginables a los bienes jurídicos fundamentales que ampara, sino únicamente aquellos que se muestran más intolerables, “el desvalor de la acción entrañado en la modalidad de ataque puede y debe ser también elemento del contenido sustancial de los hechos conminados con pena” (*Derecho penal. Parte General*, cit., pp. 335 y 336). Concebido, en estos términos, como aquellos elementos específicamente objetivos que describen la forma y clase de la perpetración del hecho, el desvalor de acción está presente en determinados tipos de la Parte Especial del Código en los que “se observa que la protección del bien jurídico se encuentra circunscrita a modalidades específicas de ataque. Es lo que sucede, por ejemplo, en el delito de coacción” (cfr. Alonso Álamo, *El sistema...*, cit., p. 441). A partir de su adscripción expresa al sistema de los profesores Cobo del Rosal y Vives Antón, Carbonell Mateu reconoce, por ejemplo, el desvalor añadido que supondría la modalidad alevosa de la acción (*La justificación penal*, cit., p. 84).

en la definición del artículo 24. 2º CP. Un atento examen revela, en efecto, que las conductas típicas de los delitos contra la Administración Pública no se sitúan frente a un complejo de funciones, sino que se oponen a un sector de la función pública bien acotado: a aquél del que el delito de que se trate representa una desviación, un ejercicio incorrecto. Pues bien, al aislar conceptualmente la clase de actividad o de función concreta a la que, caso por caso, alude el tipo (“gestionar fondos”, “dictar resoluciones”, “realizar actos propios del cargo”, “custodiar documentos oficiales”...) se hace evidente que el “carácter interpretable” de aquélla se traduce en un específico desvalor objetivo de acto, consistente en la infracción de deberes jurídicos propios de la condición funcional y en el abuso de los poderes jurídicos que deben ejercitar los órganos de la Administración.

Un primer fundamento para esa afirmación nos lo proporciona la naturaleza normativa del elemento de la autoría en cuestión, habida cuenta de que lo que subyace al *status* con el que el legislador define al autor de todos los delitos especiales de posición jurídica es, precisamente, la titularidad de deberes y de poderes jurídicos. Creemos, no obstante, que el argumento esencial que la avala es el reconocimiento que el texto punitivo hace de la relevancia, en términos de “contenido de injusto”, de las actividades que desarrollan aquéllos en cumplimiento de sus deberes estatutarios o de los poderes jurídicos de que es titular el órgano en que se insertan.

Así, de sostenerse que para dar vida a los tipos del Título XIX basta con un ejercicio meramente fáctico de la función pública, completamente desvinculado de los requisitos y presupuestos que exige el Derecho administrativo para atribuirle relevancia jurídica, habría que llegar a la conclusión de que también el usurpador de funciones públicas accede al ámbito de la autoría típicamente relevante, puesto que en última instancia los comportamientos que el funcionario podría poner en práctica poseerían idéntico valor y significado que los que podría protagonizar él mismo. Con otras palabras, con vistas a ejecutar conductas privadas de toda ligazón con la función pública, y en esa medida meramente fácticas o naturalísticas, la ilicitud del título para el ejercicio de aquélla devendría un dato completamente intrascendente. Lo único que debería tomarse en consideración sería el hecho de que el usurpador se hallaría en una posición privilegiada -aquélla en la que lo situaría el ejercicio de los actos propios de un funcionario- para atacar el bien jurídico, posición que, en

buena lid, habría de bastar para hacerlo ingresar en el círculo de los sujetos activos típicos.

Sin embargo, el usurpador, como sujeto que asume de forma contraria a Derecho el ejercicio de determinadas funciones públicas, no posee en absoluto la condición de funcionario público a efectos jurídico-penales. Eso es lo que deja ver a las claras el Código penal al dedicar disposiciones independientes, con una ubicación sistemática muy diversa, a la incriminación del ejercicio abusivo de la función pública (arts, 404 y siguientes, Título XIX) y a su usurpación (art. 402, Título XVIII). Por si fuera poco, este último precepto define la usurpación como el ejercicio ilegítimo de actos propios de una autoridad o funcionario por parte de quien se arroga -sin tenerlo- carácter oficial, reclamando así como sujeto activo del delito a cualquier particular o funcionario que actúe como tal. La propia letra de la ley opone conceptualmente, por consiguiente, al funcionario que ejercita incorrectamente su función y al que obrando como un particular la usurpa⁸¹. Trayendo esa idea al terreno que nos interesa, diríamos, en definitiva, que en el planteamiento del legislador la asunción *contra legem* de las funciones públicas impide que surjan las situaciones jurídicas extrapenales de deber y de poder a que las que asocia el desvalor típico de los delitos del Título XIX, Libro II, del Código penal.

⁸¹ El estudio de la estructura típica del delito de usurpación reviste especial trascendencia a los efectos de caracterizar el ejercicio de la función como elemento típico de los delitos realizados en el ejercicio del cargo. Dicha estructura se compone de tres elementos: el ejercicio de actos propios de una autoridad o funcionario público, la atribución de carácter oficial y la ausencia de título o causa legítima para hacerlo. De ella se desprende, entonces, y en primer lugar, que nos hallamos ante un delito común, que podrá protagonizar cualquier persona con la única excepción del legítimo titular del cargo público correspondiente, es decir, de quien está ya legalmente investido de la titularidad funcional que se usurpa. Cfr. Orts González, *El delito de usurpación...*, cit., p. 78; J. J. Queralt Jiménez, *Derecho penal español. Parte Especial*, 4ª ed., Barcelona, 2002, pp. 476 y 477; Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte Especial*, cit., p. 682; Córdoba Roda, *Comentarios al Código penal*, Tomo III, cit., pp. 1029 y 1030; Orts Berenguer, en Vives Antón (coord.), *Comentarios al Código penal de 1995*, Vol. II, cit., p. 1768; López Garrido / García Arán, quienes escriben que “este delito se comete por quien no posee en modo alguno la condición de funcionario, puesto que si se trata de un funcionario que invade competencias que no le son propias puede ser aplicable el delito de usurpación de atribuciones de los artículos 506 y ss.” (*El Código penal...*, cit., p. 175). La determinación de si concurre o no ese presupuesto negativo suscita, con todo, dificultades cuya solución debe, a juicio de la doctrina, buscarse en la regulación administrativa de la correspondiente clase de autoridad o funcionario público. De esta suerte, cuando la situa-

Este punto de vista es corroborado por la formulación en el artículo 20. 7^a de una cláusula a través de la que el texto punitivo asume que el cumplimiento por los agentes públicos de las funciones que les ha encomendado el ordenamiento jurídico puede justificar sus conductas de

ción administrativa -v. gr. de suspensión- no comporte la pérdida de la cualidad de funcionario, sino una simple interrupción en el desempeño de la función, no podrá considerarse cumplimentada dicha exigencia, pues al ser el sujeto en tal caso funcionario público no estará en condiciones de dar vida al elemento típico de la atribución del carácter oficial. En contra, sin embargo, Queralt Jiménez (*op. loc. cit.*), a cuyo juicio si el funcionario está suspenso actúa como particular. Con relación a ese primer requisito, una cuestión extraordinariamente relevante es la de esclarecer si los términos de “autoridad” y “funcionario público” aludidos por el tipo poseen el significado previsto para uno y otro por el artículo 24. 2º CP o si la determinación de su sentido habrá de resultar de las normas administrativas. La doctrina ha defendido tanto una como otra opinión. Aceptan la primera posibilidad Córdoba Roda (*op. cit.*, pp. 1023 y 1024) y Orts González (*El delito de usurpación...*, cit., pp. 56 y 57), invocando dos razones. Ante todo, la de que la regulación del artículo 402 responde al propósito de evitar la usurpación de funciones públicas por quienes participan válidamente en su ejercicio, y ello con independencia de que los sujetos de cuyas funciones se trate posean o no la cualidad de funcionario o autoridad según el Derecho administrativo. En segundo lugar, la utilización por el artículo 402 del binomio “autoridad” y “funcionario público” parece corresponderse con la dualidad de nociones definidas en el artículo 24.2º (*op. cit.*, p. 1024). Opinan, por contra, que dichos elementos típicos deberán entenderse realizados cuando los actos ejercidos sean propios de quienes cumplen los requisitos que definen las nociones de funcionario o de autoridad en el Derecho administrativo, Conde-Pumpido Ferreiro (en Conde-Pumpido Ferreiro (dir.), *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, Tomo III, cit., p. 3769) y Rodríguez Devesa (*Derecho penal español. Parte Especial*, cit., p. 1006). El primero, y especialmente, insiste en que ésa es la solución coherente con la *ratio* del tipo, el aseguramiento de que los actos propios de las autoridades o funcionarios públicos sólo sean ejecutados por quienes tienen poder y facultades para hacerlo legítimamente, toda vez que es la normativa administrativa la que pone en relación la condición jurídica de funcionario y sus competencias. La primera de las tesis es la que parece contar con mayor fundamentación. Con arreglo a ella, quienes cumplan los dos requisitos establecidos por el segundo párrafo del artículo 24 -la participación en el ejercicio de funciones públicas concurriendo disposición inmediata de la ley, elección o nombramiento de autoridad competente- no podrán ser castigados conforme al artículo 402, incluso cuando hubieran accedido a la función pública indebidamente. La causa es que dichos sujetos no cumplirán nunca el presupuesto negativo de no revestir la cualidad de la autoridad o del funcionario público cuyos actos son ejercidos. En el mismo sentido, D. Herdegen (numeros 5 y 11 al § 132, *LK*, 1. Band. 10. völlig neu bearbeitete Aufl., Berlin, New York, 1988), al hilo de su estudio del § 132 *StGB*, de redacción muy similar a la del art. 402 CP (“Quien sin autorización se ocupa del ejercicio de una función pública o practica una acción que solo puede practicarse en vigencia de una función pública, será penado con pena privativa de libertad hasta dos años o con multa”). En contra, para el Derecho italiano, A. Pagliaro (“Usurpazione di funzioni”, *ED*, Tomo XLV, Varese, 1992, p. 1158) quien trabaja, sin embargo, sobre presupuestos distintos: el art. 347 del Código penal

lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos individuales o supraindividuales. No deberá resultar forzado admitir que ese mismo ejercicio ha sido tenido en cuenta para exigirles una mayor responsabilidad cuando

italiano reza “Cualquiera que usurpe una función pública o las atribuciones inherentes a un empleo público será castigado con la reclusión hasta dos años. A la misma pena viene sometido el oficial público o empleado que, habiendo recibido participación del procedimiento que hace cesar o suspender sus funciones o sus atribuciones, continúa ejercitándolas”. El segundo requisito típico de la conducta de usurpación de funciones públicas es el ejercicio de los actos funcionariales en ausencia de título o causa legítima para ello. La interpretación de ésta última exigencia suscita la cuestión -que interesadamente conviene traer aquí a colación- de si debe entenderse referida a la totalidad de la conducta típica, integrada por el ejercicio de actos propios de una autoridad o funcionario público y por la atribución de carácter oficial, o únicamente a la actuación relativa al mencionado ejercicio. En el problema se detiene Córdoba Roda. Para este autor, de acogerse la primera de las opciones la función de tal requisito se contraería a expresar una remisión a los principios generales de justificación contenidos en el artículo 8 CPTR73. Entenderlo, por el contrario, referido únicamente determinaría la atipicidad de las conductas en las que el sujeto, al ejercer actos para los que está facultado, se atribuya una cualidad oficial de la que carece. De las dos interpretaciones, Córdoba elige la segunda. En primer lugar, “porque la ausencia de todo signo ortográfico de separación entre el requisito de la ausencia de título o causa legítima, por un lado, y la acción de ejercicio de actos propios, por otro, a diferencia de la separación existente entre dicha conducta y la de atribución de carácter oficial, aboga bajo el punto de vista gramatical, en favor de la exégesis propuesta”; y, en segundo lugar, “por la razón de que, de ejercer una autoridad o funcionario actos que le son propios, no cabe estimar la existencia de una usurpación de funciones -constitutiva ésta de lo que la ley trata de prevenir-, no obstante la falsa atribución de una cualidad oficial de la que el sujeto carece”. Cfr. Córdoba Roda, *Comentarios al Código penal*, Tomo III, cit., pp. 1032 y 1033. Tenemos, pues, que cuando el sujeto activo de la usurpación es ya un funcionario público la alusión al ejercicio de actos propios de autoridad o funcionario debe entenderse, como indica Queralt (*op. ult. cit.*, p. 477), en el sentido de ausencia de base legal para que el autor ejecute actos pertenecientes a la esfera de atribuciones de otros funcionarios, fueren de la categoría que fueren. Resulta, así, que la figura del usurpador de funciones públicas opera una suerte de delimitación negativa de la figura del funcionario público a efectos penales. Designa una posición subjetiva irregular en el seno de la Administración Pública que se concreta en el desarrollo de una actividad -“propia de las autoridades y funcionarios públicos”- para la que el Derecho público no proporciona justificación bastante. El Código penal no puede proporcionar un concepto de “legitimidad para ejercitar la función pública”. A partir de ese dato, no hay razón alguna para sostener la existencia de diferencias sobre este extremo entre el ordenamiento jurídico-penal y el administrativo, esto es, para reconocer que el primero sigue sus propias reglas. Si para afirmar la existencia de un delito del cargo debe verificarse la presencia en él de alguno de los elementos conceptuales relativos al ejercicio de la función pública de que es titular el funcionario, parece claro que dichos actos deberán superar el filtro de una cierta “legitimidad” para no incurrir en usurpación de funciones, y que esa

para facilitarse la comisión de un delito instrumentalizan el poder o las facultades inherentes al mismo⁸². La interpretación que la literatura ha venido haciendo del contenido de esta causa de justificación abona, además, la opción de disociar las actuaciones desarrolladas con infracción del deber y las que se concretan en el abuso del poder público, pues en ella no se da entrada al cargo como un todo conceptualmente inescindible, sino en tanto fuente de posibles derechos y deberes⁸³.

Finalmente, una ulterior confirmación intrasistemática de la validez de la tesis que defendemos puede localizarse en la existencia en el ordenamiento jurídico-penal de figuras a través de las cuales el legislador ha puesto de manifiesto su voluntad de delimitar claramente los elementos normativos que hacen referencia a la infracción de deberes y al abuso de poderes jurídicos de aquellos otros cuyo referente es el abuso de un poder fáctico o meramente naturalístico. A este respecto hay que recordar que el artículo 22. 7^º del Código penal prevé como causa genérica de agravación de la responsabilidad criminal la de prevalerse del carácter público que tenga el culpable, cuyo elemento material comprende precisamente la instrumentalización de los contenidos de las relaciones orgánica y de servicios de los funcionarios públicos. Lo que a los ojos del

legitimidad la proporciona el Derecho administrativo y la regulación del conjunto de funciones y atribuciones de los titulares de los órganos del Estado. Como dice Herdeger, lo que hace un funcionario que usurpa es ejercer competencias que no pueden hacerse corresponder con el contenido objetivo del cargo que ostenta (*LK*, número 5 al § 132). Sobre la figura del usurpador en Derecho administrativo, ampliamente, J. de la Vallina Velarde («Sobre el concepto de funcionario de hecho», *RAP*, n.º 29, 1959, p. 136) quien traza el límite conceptual entre dicho sujeto y el funcionario de hecho con arreglo a la teoría de la inexistencia de los actos administrativos: “sus actos no producirán efecto jurídico alguno..., puesto que no se trata en realidad de actos administrativos, ya que al usurpador no cabe darle la condición de funcionario sino, como dice Fortshoff, de simples actuaciones privadas objeto de clasificación penal”. Por ello debe convenirse con Herdegen en que el bien jurídico de la usurpación de funciones públicas se sustancia en la autoridad del Estado y sus órganos: “Se los pone en peligro cuando una persona no autorizada ejecuta funciones jurídico-públicas como sujeto supuestamente investido de un cargo, y de esta manera crea la apariencia de una conducta estatal que en realidad no está bajo el control de los órganos estatales competentes” (*LK*, número 1 al § 132).

⁸² Cfr. Del Toro Marzal, en Córdoba Roda / Rodríguez Mourullo / Del Toro Marzal / Casabó Ruiz, *Comentarios al Código penal*, Tomo II, cit., pp. 727 y 728, nota 13, retomando la opinión de Márquez Azcárate.

⁸³ Como apuntan Cobo del Rosal / Vives Antón (*Derecho penal. Parte General*, cit., p. 436) y Carbonell Mateu (*La justificación penal...*, cit., pp. 162 y 163), lo que caracteriza a ese “ejercicio” profesional justificante es la presencia simultánea de derechos y de deberes.

legislador autoriza a agravar la responsabilidad criminal en los supuestos abarcados por ella no es, principalmente, el que la condición de funcionario público le proporcione a su titular una situación fáctica privilegiada para delinquir. Prueba de ello es su subsistencia como circunstancia independiente de las de alevosía, de abuso de superioridad y de abuso de confianza⁸⁴.

Es posible afirmar, en suma, que el contenido de desvalor ínsito en la cualificación subjetiva típica “funcionario público” radica en la infracción de los deberes jurídicos y en el abuso de los poderes jurídicos vinculados al ejercicio de una concreta función pública; y ello, entiéndase bien, incluso en las figuras delictivas en las que, a simple vista, la mencionada condición reviste una eficacia meramente modificativa de la responsabilidad criminal, como el tráfico de influencias o la malversación de caudales públicos.

Ello no significa que, en línea de principio, deba rechazarse la posibilidad de que la condición formal de “funcionario”, el *status*, aporte un componente específico de reprobación al hecho punible. Lo que sí hay que descartar de plano es que el Derecho penal venga a vincular ese elemento de la actitud espiritual a una “estática” condición jurídica extrapenal. El Código penal individualiza como “garante” del correcto ejercicio de la función pura y simplemente a quien la ejerce cumplimentando los requisitos formales descritos en su artículo 24. 2º, y es a dicha posición funcional a la única a la que podrá atribuirse ese significado. Esta conclusión viene corroborada por el hecho de que el ordenamiento jurídico permite que la función pública sea actuada también por sujetos que no poseen nominalmente la cualificación profesional teóricamente correspondiente a la función misma, cuando median procedimientos de transferencia o delegación de competencias.

⁸⁴ El dato adquiere mayor significado, si cabe, teniendo presente la conexión sistemática y estructural existente entre el prevalimiento y los delitos cometidos por los funcionarios públicos. De su propio entendimiento como cláusula residual de responsabilidad por abusos “atípicos” en el ejercicio del cargo podrá obtenerse, por otra parte, otro argumento de peso con vistas a sostener que el legislador penal ha querido hacer de la distinción entre los abusos de poder fáctico o naturalístico y las exlramitaciones en el cumplimiento de poderes jurídicos un principio general del sistema. Sobre ello *Vid.* F. Vázquez-Portomeñe Seijas, *La circunstancia agravante de prevalimiento del carácter público (art. 22. 7º del Código penal)*, Valencia, 2001, pp. 65 y ss.

D. EL ABUSO DE PODER Y LA INFACCIÓN DEL DEBER COMO DATOS DE ESPECIFICACIÓN DE LAS CONDUCTAS TÓPICAS DEL TÍTULO XIX CP.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS.

Hemos concluído que el “funcionario público” mencionado en los tipos del Título XIX del Código penal es el titular del ejercicio de la función que posee relevancia jurídico-penal, y que a ese ejercicio se asocia el haz de poderes y de deberes cuyo abuso o infracción, respectivamente, integran el desvalor específico que el elemento de la autoría agrega al hecho. Completando el discurso añadiremos ahora que los delitos de los funcionarios públicos contra la Administración Pública presentan la estructura típica característica de los denominados “delitos de actividad tipificada” o “delitos con medios comisivos legalmente definidos”, pues el ejercicio de la función pública opera en ellos como un factor de especificación modal de carácter normativo -ya que no constituye un medio de realización del delito definible exclusivamente por sus propiedades o rasgos fácticos- y a través del cual la conducta adquiere una mayor determinación. Como puede verse, las disciplinas penal y extrapenal de la función pública terminan por confluir, de esta manera, en el elemento típico del “ejercicio de la función”⁸⁵, eso sí, con el nada desdeñable matiz de que mientras el Derecho administrativo se ocupa también de la posición institucional que implica el *status* del funcionario, como complejo de las funciones abarcadas por él mismo, el Derecho penal sólo se interesa por una función concreta de tal complejo y por las infracciones de deberes y por los abusos de poderes que pueden perpetrarse en su cumplimiento⁸⁶.

En un momento anterior se ha aludido también, empero, a que un sector de la doctrina identifica, al lado de figuras en las que las conductas expresarían de una forma nítida el ejercicio de una función pública, otras

⁸⁵ En estos términos, Cobo del Rosal, “Examen crítico...”, cit., pp. 238 y 239.

⁸⁶ Sobre la función y eficacia normativa del concepto administrativo de funcionario público, A. Guaita, “Funcionario público”, *NEJ*, Tomo X, Barcelona, 1960, pp. 496 y ss.; S. Royo Villanova, “El concepto de funcionario público y la relación de función pública en el nuevo Derecho español”, *RAP*, n° 44, 1964, pp. 11 y ss.; R. Entrena Cuesta, “Régimen estatutario de los funcionarios públicos”, *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Prof. García de Enterría*, Tomo III, Madrid, 1991, pp. 2601 y ss.

cuya descripción típica impediría acoger esa opción, al no darse entrada en ella a actos o a procedimientos típicos de Derecho público. Debemos demostrar, entonces, que la lectura en clave funcional de las figuras implicadas no precisa de ningún género de forzamiento, ni de su tenor literal, ni de su sentido teleológico. Sabemos ya que la redacción técnica de los tipos delictivos del Título XIX, Libro II, del Código penal proporciona de por sí indicios interpretativos que favorecen el reconocimiento de la eficacia constitutiva del ejercicio de la función en el seno de todos y cada uno de ellos. Conocemos asimismo los argumentos dogmáticos y sistemáticos que autorizan a pensar que su sujeto activo, el “funcionario público”, participa en aquél justamente en la medida en que instrumentaliza ciertas situaciones jurídicas de poder y de deber para ejecutar los comportamientos delictivos. Se trata ahora de llevar tales presupuestos teóricos a sus últimas consecuencias, es decir, de coordinar el orden de ideas expuesto en los apartados precedentes con la disciplina sentada para estos otros delitos del Título XIX. Desarrollaremos esa tarea respetando la premisa metodológico que conduce este estudio, el del trabajo sobre la teoría general del grupo de los delitos comisivos perpetrados en el ejercicio del cargo. No nos haremos eco, por lo tanto, a las polémicas provocadas por la interpretación de cada una de las figuras en particular, sobre las que sí existe en España numerosa bibliografía especializada. Otra forma de proceder desviaría el objeto y excedería de los límites del análisis que aquí se presenta.

2. LOS LÍMITES EXTERNOS DE LA CATEGORÍA DE LOS DELITOS DE ABUSO DE PODER. CONCEPTO, ELEMENTOS INTERPRETATIVOS Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ABUSO DE PODER JURÍDICO-PENALMENTE RELEVANTE.

El partir de la base de que el abuso de un poder jurídico, como elemento constitutivo de la conducta, sólo concurre a tipificar ciertas figuras delictivas nos introduce de lleno en uno de los terrenos problemáticos de la construcción que se expone: la delimitación entre las situaciones de poder y de deber jurídicos presentes en cualquier función de carácter público.

La bibliografía específica al respecto no discurre por una línea homogénea⁸⁷. Buena parte de los autores que reclaman la presencia en los tipos delictivos que nos interesan de un abuso de poder (Binding, Welzel,

⁸⁷ Sabemos ya que un sector de la doctrina alemana encabezado por Roxin sostiene que existen formas especiales de tipos, los denominados “delitos de infracción de deber” (*Pflichtdelikte*), en los que el fundamento de la autoría sería el incumplimiento de un deber jurídico especial que le incumbe a una determinada clase de sujetos -señaladamente a los funcionarios públicos y a los “garantes” en los delitos de comisión por omisión- y cuya transgresión sería suficiente para afirmar la concurrencia de los presupuestos de la autoría, aunque el sujeto no realizase todos los requisitos de la conducta típica ni tuviese el dominio del hecho. *Vid.* C. Roxin, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, trad. de la 7ª edición alemana de J. Cuello Contreras / J. L. Serrano González de Murillo, Madrid, 2000, pp. 385 y ss. Son, sin embargo, las aportaciones vertidas en trabajos monográficos las que reclaman nuestra atención en este momento. Diremos, con todo, que la mayoría de la doctrina española rechaza la teoría de Roxin, argumentando a partir de las exigencias del principio de legalidad y de la teoría del dominio del hecho. De adoptarse tal criterio de autoría -se subraya- se estaría admitiendo un concepto extensivo de autor, enterrándose con ello las posibilidades de apreciar inducción o complicidad del propio *intra-neus*, es decir, de distinguir entre autoría y participación en los delitos especiales. Suele admitirse, no obstante, que determinados tipos del Código penal español responden al patrón definido por el autor alemán, como por ejemplo el del artículo 432 CP, en el que se castiga al funcionario que sustrae o consiente que otra persona sustraiga caudales o efectos públicos. *Vid.* M. Díaz y García Conlledo, *La autoría en Derecho penal*, Barcelona, 1991, pp. 728 y 729, nota 54; M^a C. López Peregrín, *La complicidad en el delito*, Valencia, 1997, pp. 90 y 91, nota 52; Quintero Olivares, *Los delitos especiales...*, cit., pp. 102 y ss.; Muñoz Conde / García Arán, *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 466. Para otras referencias a favor y en contra de la teoría de los *Pflichtdelikte* en España y Alemania, J. López Barja de Quiroga, *Autoría y participación*, Madrid, 1996, pp. 170 y ss. Conviene subrayar también que, en su formulación originaria, la teoría de los *Pflichtdelikte* no hace de la infracción del deber un medio comisivo (“no... interesa la cualidad externa de la conducta del autor, porque el fundamento de la sanción radica en que alguien infringe las exigencias derivadas del papel social que desempeña”, dice Roxin, *Política criminal...*, cit., p. 43), que es lo que aquí se sostiene, sino exclusivamente el criterio fundamental de imputación del hecho al autor, la regla que sustituye al dominio del hecho en el ámbito de los delitos especiales de posición jurídica. Más discutible es que en sus posteriores desarrollos y revisiones no se haya producido una aproximación a este otro punto de vista. *Vid.*, por ejemplo, Schünemann, *Unternehmenskriminalität...*, cit., p. 92: “Para estos delitos he aceptado anteriormente que su criterio de imputación decisivo era exclusivamente la lesión de un deber jurídico extrapenal que confiere al tipo su fisonomía y asume completamente el lugar de los criterios de imputación válidos en punto a los delitos de dominio. Esta tesis de Roxin la tengo ahora sólo por parcialmente correcta, pues la allí presupuesta accesoriadad del Derecho penal al Derecho civil o al Derecho público sólo es válida allí donde el bien jurídico se identifica con un instituto jurídico metapenal o bien donde la conducta típica alude a cualidades o negocios jurídicos”.

Bacigalupo y Wagner) lo asocian a la infracción de un deber especial del funcionario relativo al correcto ejercicio de la función⁸⁸. Severino di Benedetto, principal estudiosa de la estructura de los abusos de los funcionarios públicos en Italia, califica indistintamente a los delitos contra la Administración Pública como instrumentalizaciones de una u otra situaciones jurídicas⁸⁹. Rodríguez Devesa / Serrano Gómez y Mestre Delgado, en cambio, reconocen el carácter de “medio comisivo” exclusivamente al abuso de poder, propugnando la reducción a ilícito disciplinario de las conductas que conlleven una simple perturbación de la relación de servicios que une al funcionario con el Estado.

Nosotros trazaremos las diferencias existentes entre una y otra situación jurídica (“poder”-“deber”) trabajando con el concepto de poder administrativo que expone García de Enterría. El “poder público” -escribe- se convierte jurídicamente en un “haz” de potestades singulares asignadas a la Administración por el ordenamiento, potestades que “encierren las posibilidades de una actuación concreta” por parte de la misma, hasta el punto de que toda acción administrativa constituye, en el fondo, un ejercicio de ellas⁹⁰. En la catalogación de dichas potestades como poderes jurídicos, dicho autor se detiene, en primer lugar, en su carácter

⁸⁸ Cfr., con toda claridad, Binding, *Lehrbuch...*, cit., p. 395; Welzel, “Der Irrtum...”, cit., pp. 208 y 209; Bacigalupo, “Sobre la reforma...”, cit., pp. 1095 y 1100, en las que indica que los delitos de los funcionarios “se caracterizan porque su comisión presupone el ejercicio abusivo de un cargo público” y “deben alcanzar comportamientos que, en primer lugar, importen un ejercicio contrario al deber de la función pública”. Wagner rechaza la independencia conceptual de la infracción de los deberes del cargo y del ejercicio de la función en los delitos de imputación estatal, aduciendo que en ellos la actuación del funcionario se traduciría precisamente en una infracción del deber de ejercitar correctamente las funciones propias del cargo, de un modo que impida que el Estado se vea convertido en sujeto de imputación de actos viciados. En los delitos no imputables al Estado, el desvalor de acto consistiría en que la conducta típica se desarrolla en conexión con las funciones del cargo, de forma que el bien jurídico lesionado (por ejemplo, el patrimonio público o la imparcialidad de la Administración pública en sus funciones decisorias) sería uno de los que aquél pone al alcance del funcionario mismo. En este caso, Wagner identifica en la infracción del deber del cargo un medio comisivo con un componente de desvalor intencional añadido, al resultar el Estado perjudicado por quien, en virtud de la relación de función pública, está obligado a garantizar la legal realización de todas sus actividades. Cfr. *Amtsverbrechen...*, cit., pp. 285 y 235 y ss.

⁸⁹ Cfr. *I delitti...*, cit., pp. 441 y ss.

⁹⁰ Cfr. García de Enterría / Fernández, *Curso...*, Tomo I, cit., pp. 441 y ss.

exorbitante. “La potestad -explica- articula un poder de actuar frente a círculos genéricos de sometidos que se manifiesta en la posibilidad de producir efectos jurídicos que los a ella sometidos han de soportar; y dichos efectos jurídicos pueden ser con normalidad efectos de gravamen, de cuyo ejercicio concreto surjan obligaciones, deberes, cargas, vínculos, restricciones”⁹¹. Además, señala, esos poderes administrativos pertenecen en su gran mayoría -con la única exclusión, quizá, de los meramente organizatorios- a la clase de las conocidas como potestades-función, esto es, aquéllas que deben ser ejercitadas en función del interés público, “que no es el interés propio del aparato administrativo, sino el interés de la comunidad de la cual la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales...”. Ello comporta como consecuencia inmediata el que la Administración “está obligada al ejercicio de sus potestades cuando ese interés comunitario lo exija, obligación que abarca incluso a las potestades discrecionales más amplias”⁹².

Con estas precisiones queda delimitado el ámbito propio del abuso de poder típico: la extralimitación en el ejercicio de las potestades públicas, esto es, de los poderes jurídicos que conoce el Derecho administrativo. Este concepto de abuso de poder viene a coincidir con el que Vives Antón y el amplio sector de la doctrina española que le sigue han elevado a la condición de elemento constitutivo de todos los delitos característicos de los funcionarios públicos. Estaremos en presencia de un delito en el ejercicio de la función pública, dirá Vives, cuando la conducta integre un acto material o jurídico sometido al Derecho público y dictado o realizado, con finalidad pública y en el marco de un ente público, por un funcionario no absolutamente incompetente para dictar o para realizar la clase de actos en la que se inscribe⁹³. Atendida su naturaleza jurídica, la actuación para la que las potestades habilitan a la Administración -enseña en esta misma dirección García de Enterría- es de cinco clases: emanación de reglamentos, producción de actos administrativos *stricto sensu* o declarativos, realización de contratos, ejercicio de la coacción pública y práctica de la actividad técnica. Cuando la ley las atribuye, añade en otro

⁹¹ Cfr. García de Enterría / Fernández, *Curso...*, Tomo I, cit., p. 445.

⁹² *Vid.* García de Enterría / Fernández, *op. loc. cit.*

⁹³ Cfr. Vives Antón, “La detención”, cit., pp. 51 y 52.

lugar, preestablece cuatro condiciones para su ejercicio: su existencia, su extensión, la competencia para ejecutarlas -que se referirá a un ente y, dentro de éste, a un órgano determinado- y su fin, que por regla general estará implícito y aludirá “a un sector concreto de las necesidades generales”⁹⁴.

La prevaricación (art. 404 CP) y el delito de nombramientos ilegales (art. 405 CP) se adaptan sin problemas a este esquema. Como indica González Cussac, la jurisprudencia y la doctrina entienden pacíficamente por resolución todo acto de la Administración de carácter decisorio y que incida en el ámbito de derechos e intereses de los administrados⁹⁵, lo que incluye los acuerdos y las decisiones de los órganos colegiados y excluye los informes y dictámenes⁹⁶. La propuesta, el nombramiento y la dación y toma de posesión son, por su parte, y a tenor del artículo 36 LFCE, actos de trámite necesarios para adquirir la condición de funcionario administrativo “de carrera”, esto es, la de aquél que, en virtud precisamente de un nombramiento legal, desempeña servicios de carácter permanente, figura en las correspondientes plantillas y percibe un sueldo o una asignación fija con cargo al presupuesto correspondiente (art. 4 LFCE)⁹⁷. El carácter de abusos de poder jurídico de estas figuras viene indirectamente reconocido por la doctrina monografista. Mir Puig acude a la teoría de las nulidades del acto administrativo a la hora de establecer el contenido del elemento del tipo “sin que concurren los requisitos legalmente establecidos”, que adjetiva a las conductas de proponer, nombrar y dar posesión en el artículo 405⁹⁸. Octavio de Toledo y Ubieto se representa como tentativa inidónea de prevaricación el dictar actos administrativos inexistentes según la configuración que de esa categoría jurídica hacen los propios García de Enterría / Fernández⁹⁹.

⁹⁴ Cfr. García de Enterría / Fernández, *Curso de Derecho administrativo...*, Tomo I, cit., pp. 484 y 454.

⁹⁵ Cfr. González Cussac, *El delito de prevaricación...*, cit., p. 49.

⁹⁶ *Vid.* Cugat Mauri, *La desviación...*, cit., p. 209, con indicaciones bibliográficas y jurisprudenciales.

⁹⁷ Cfr. S. Mir Puig, “Nombramientos ilegales, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abuso en el ejercicio de su función”, *CDJ*, 1996, pp. 314 y 315.

⁹⁸ Cfr. Mir Puig, *op. ult. cit.*, pp. 316 y 317.

⁹⁹ Cfr. Octavio de Toledo y Ubieto, *La prevaricación del funcionario...*, cit., pp. 409 y 410.

3. PROBLEMAS INTERPRETATIVOS DE LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER. ELEMENTOS PARA UNA PRIMERA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA CATEGORÍA: LAS RELACIONES ENTRE EL CONTENIDO MATERIAL DE LA CIRCUNSTANCIA DE PREVALIMIENTO Y LA INFRACCIÓN DEL DEBER COMO ELEMENTO DEL TIPO DE INJUSTO. INCIDENCIA DE LA INFRACCIÓN DEL DEBER EN EL CORRECTO EJERCICIO DE LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS. VERIFICACIÓN EN LA INFRACCIÓN DEL DEBER DE LOS RASGOS Y REQUISITOS DEL DESVALOR OBJETIVO DE ACCIÓN.

Con vistas a precisar el elemento material de la circunstancia agravante de prevalimiento de carácter público nos hemos servido de las elaboraciones de la doctrina administrativa sobre los contenidos de la doble relación jurídica instaurada, en virtud del contrato de función pública, entre el funcionario y la Administración. Retomando el hilo de aquel discurso, conviene incidir ahora en que la distinción entre la relación orgánica y la relación de servicios no se alinea con la que pueda existir -en el plano de la composición personal de los órganos administrativos- entre la persona física o el colegio titular del órgano y el conjunto de personas que les prestan auxilio y apoyo en el cumplimiento de las funciones o de las tareas materiales propias del mismo; sino con la que contrapone el desarrollo de la función jurídica como producto institucional típico de cada órgano administrativo y los elementos organizativos y materiales con los que el ordenamiento jurídico lo dota para atender a aquél¹⁰⁰. Dependiendo de los puestos de trabajo que ocupan en cada momento y del propio origen de su reclutamiento, el titular y los auxiliares del órgano desarrollan ciertas relaciones institucionales, entre ellos y con el público; se sirven de elementos materiales, de bienes muebles; y utilizan determinados inmuebles. El funcionario recibe órdenes de las autoridades y de sus superiores jerárquicos dentro del mismo órgano, que, por descontado, debe respetar y obedecer; desarrolla un relación de trato profesional con sus subordinados, pudiendo entorpecer o facilitar el cumplimiento de sus obligaciones; custodia documentos a través de los que toma conocimiento de datos y de informaciones que no debe divulgar so pena de perjudicar al servicio, o porque afectan a la vida privada -económica o personal- de un administrado; trata directamente con el públi-

¹⁰⁰ Vid. García de Enterría / Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, cit., pp. 806 y 807.

co, debiendo hacerlo con esmerada corrección, imparcialidad y desinterés, sin favorecer a una persona o a un grupo con relación a otra o a otros por razones personales, familiares o de cualquier otra naturaleza, y sin recibir contraprestación económica alguna; o gestiona recursos materiales administrativos, que debe aplicar de acuerdo con la destinación legalmente establecida. Estas situaciones jurídicas, descritas en los artículos 76 a 82 LFCE o deducibles de otras regulaciones especiales -como la de incompatibilidades (arts. 3 y ss. LIPSAP, 10 y ss. LCAP), la legislación de secretos oficiales (art. 13 LSO) o la LOTCu - o del catálogo de infracciones disciplinarias (arts. 87 a 90 LFCE y art. 31 LMRFP)¹⁰¹, en uno y otro caso en concepto de deberes jurídicos, representan elementos típicos de los delitos “de infracción de deber”, con cuya intermediación el legislador hace valer los requerimientos de los principios de *ultima ratio* -al suponer verdaderos elementos basales del estatuto jurídico de los funcionarios públicos- y de reserva de ley formal en materia penal -al revestir ese rango todas las normas que concurren a conformar el núcleo de la infracción penal-.

Para comprobarlo vamos a partir de la clasificación de los delitos contra la Administración Pública formulada por Morales Prats / Rodríguez Puerta¹⁰², que exponen la materia de una forma, a la vez, didáctica y rigurosa. Tras presentar los contenidos de los dos primeros capítulos del Título XIX como “los atentados más graves al principio de legalidad en el ejercicio de funciones públicas”, estos autores distinguen figuras que amparan principios de naturaleza organizativa fundamentales para el adecuado funcionamiento de Administración, como los de eficacia, jerarquía y coordinación. Esa dirección de ataque se la atribuyen a los delitos omisivos del Capítulos III (desobediencia y denegación de auxilio), así como a las figuras descritas en el Capítulo IV (infidelidad en la custodia de documentos y violación de secretos)¹⁰³. Frente a ellos, se situarían aquéllos cuyo móvil primordial consiste en la obtención de una ganancia ilícita, identificados con los contenidos en los Capítulos V al IX (cohecho, tráfico

¹⁰¹ Para una completa exposición de las situaciones jurídicas de deber inherentes a la relación de servicios, *Vid.* Parada Vázquez, *Derecho administrativo II. Organización y empleo público*, cit., pp. 498 y ss.; Ortega Alvarez, en Parejo Alfonso / Jiménez-Blanco / Ortega Álvarez, *Manual de Derecho Administrativo*, Vol. 2, cit., pp. 29 y ss.

¹⁰² Cfr. Morales Prats / Rodríguez Puerta, en Quintero Olivares (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, cit., p. 1602.

¹⁰³ Cfr. Morales Prats / Rodríguez Puerta, *op. loc. cit.*

de influencias, malversación, fraudes y exacciones ilegales y negociaciones prohibidas a los funcionarios y abusos en el ejercicio de la función)¹⁰⁴.

Los tipos del delito de infidelidad en la custodia de documentos (arts. 413 y 414 CP) son interpretables a la luz del conjunto de deberes funcionales de los funcionarios públicos¹⁰⁵. A tenor del artículo 76 LFCE, el funcionario está obligado a cumplir de manera exacta y puntual las funciones de su cargo, exigencia que entronca con el principio constitucional de eficacia administrativa (art. 103. 1)¹⁰⁶ y que recibe el respaldo del Derecho disciplinario, al tipificarse como infracciones en este orden conductas como el abandono del servicio (art. 31. 1. c LMRFP), la notoria falta de rendimiento que comporte inhibición en el cumplimiento de las tareas encomendadas (art. 31. 1. f LMRFP), la participación en huelgas a los que la tengan prohibida y el incumplimiento de los servicios esenciales en caso de huelga (art. 31. 1. k y l LMRFP), el abuso de autoridad y la tolerancia de los superiores con la comisión de faltas muy graves y graves de sus subordinados (art. 7. 1. b y d RDFCE), la falta de rendimiento que afecte al normal funcionamiento de los servicios (art. 7. 1. i RDFCE), la grave perturbación del servicio (art. 7. 1. n RDFCE), el descuido o negligencia en el ejercicio de sus funciones (art. 8. d RDFCE) y el incumplimiento de los deberes y obligaciones del funcionario (art. 8. e RDFCE). Además, el art. 44. 2 LRJPAC considera falta muy grave la no emisión de la certificación de acto presunto solicitada en debida forma, dentro del plazo y con los requisitos establecidos, cuando proceda.

¹⁰⁴ Morales Prats / Rodríguez Puerta, *op. loc. cit.*

¹⁰⁵ Cfr. H. Roldán Barbero, "Sobre el delito de infidelidad en la custodia de documentos", *LL*, 1994 - 4, p. 1062: "Como elemento delimitador del tipo objetivo, el... Código penal exige que el funcionario (o el particular a él equiparado) tenga confiados los documentos por razón de su cargo. Para determinar en alcance de este deber de cargo habrá que estar, en principio, a la distribución del trabajo administrativo dentro de la oficina o dependencia pública. Si la custodia documental no está confiada, empero, a un funcionario concreto, todos los empleados públicos de la oficina tendrán el deber de garantizar la conservación de los documentos. Luego si alguno de ellos realiza la conducta de sustracción, destrucción u ocultación, se entenderá que concurre el elemento típico en examen". Con carácter general, sobre la categoría de los deberes jurídicos funcionales, *Vid.* M. Sánchez Morón, *Derecho de la función pública*, 3ª ed., Madrid, 2001, p. 260.

¹⁰⁶ Cfr. Morales Prats / Rodríguez Puerta, en Quintero Olivares (dir.), *Comentarios al Nuevo Código penal*, cit., p. 1773.

En los artículos 415 y 417 CP es la infracción del deber jurídico de secreto lo que aparece como un momento esencial de la conducta tipificada¹⁰⁷. Este deber impide al funcionario revelar las informaciones o datos que conozca o posea por razón del desempeño de su cargo y que estén cubiertos por una declaración legal de secreto oficial¹⁰⁸. Alcanza, fundamentalmente, a todas las materias clasificadas como secreto o como información reservada en virtud de la Ley 9/1968, de 5 de abril, de Secretos Oficiales, modificada por la Ley 48/1978, de 7 de octubre, por su relación con la defensa o con la seguridad del Estado. Otras materias sujetas al deber de secreto, por distintas causas, son las relacionadas en la LOREG, que prohíbe en su artículo. 41. 2 la información particularizada sobre los actos contenidos en el censo electoral, salvo que se solicite por conducto judicial; en la LGT, cuyo artículo 11 obliga a las autoridades y funcionarios a guardar “el más estricto y completo sigilo” sobre datos personales que obtenga la Administración tributaria; en la LOGS, que establece en su artículo 10. 3 la confidencialidad de la información relacionada con el proceso sanitario y con la estancia de personas en instituciones sanitarias públicas y en las privadas colaboradoras; en el Código penal, en la medida en que su artículo 118 excluye la publicidad de las inscripciones del Registro Central de Penados y Rebeldes; en la LORTADCP, que protege en su artículo 7 datos relativos a la ideología, religión, creencias, origen racial, salud, vida sexual y comisión de infracciones penales o

¹⁰⁷ Rebollo Vargas (*La revelación...*, cit., pp. 65 y 66) considera la infracción del deber de guardar secreto como un elemento del tipo de estos delitos: “El deber o la obligación de guardar secreto del funcionario público se articula alrededor de razones tanto de interés público como de razones de interés privado, dependiendo en cada caso cuál sea el tipo de secreto o información que ha revelado. Pero esa infracción del deber en la que incurre el funcionario público no es suficiente para hacer gravitar sobre su eje el núcleo del injusto ni en los delitos de funcionarios en general, ni en la revelación de secretos en particular... El criterio que debe utilizarse para concretar en qué consiste ese etéreo ‘algo más’ que la simple infracción del deber del funcionario que se quebranta por el hecho de la revelación, consiste en atender a criterios de afección al bien jurídico. Es decir, no es posible calificar un supuesto de hecho como delito de revelación de secreto o información por un funcionario a partir sólo de la simple infracción del deber de guardar secreto que tiene el funcionario, sino cuando con motivo de esa revelación se afecta al bien jurídico protegido”.

¹⁰⁸ Sobre el contenido normativo y fundamento del deber jurídico de secreto, R. Sainz Moreno, “Secreto e información en el Derecho público”, en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Prof. E. García de Enterría*, Madrid, 1991, pp. 2869 y ss., cuyas indicaciones se siguen en el texto.

administrativas por personas determinadas; y, finalmente, en la LI, cuyo artículo 8. 4 impone al personal que preste servicios en los registros de actividades y de bienes y de derechos patrimoniales de los altos cargos un “deber permanente de mantener en secreto los datos e informaciones que conozca por razón de su trabajo”. En el ámbito disciplinario tanto “la publicación o utilización indebida de secretos oficiales, así declarados por Ley o clasificados como tales” (art. 31. 1 e LMRFP), como “el quebrantamiento por parte del personal que preste servicios en los registros de actividades y bienes y derechos patrimoniales del deber permanente de mantener en secreto los datos e informaciones que conozca por razón de su trabajo” (art. 31. 1. ñ LMRFP) representan faltas muy graves.

La apropiación de caudales públicos (art. 432 CP), la aceptación de dádivas por realizar actos del cargo (art. 419 CP), la exacción de un impuesto no debido (art. 437 CP), la solicitud de favores sexuales (art. 443)... no son actos administrativos, contratos o reglamentos, y tampoco puede verse en ellas el ejercicio de potestades públicas de coacción en materia de seguridad y orden público o de una actividad técnica. Su desvalor objetivo de acto, al igual que el de la gran parte de las figuras de los Capítulos V al IX, radica claramente en la infracción del deber jurídico de imparcialidad a que vienen sujetos los funcionarios públicos¹⁰⁹. Se

¹⁰⁹ En esta línea, quizá, Valeije Alvarez, “Consideraciones...”, cit., pp. 362 y 363: “el injusto típico que caracteriza el delito de cohecho no se puede extraer solamente poniendo el acento en la realización del acto contrario al ejercicio del cargo, sino que ha de extraerse de la conducta típica globalmente considerada. En este sentido... ya los mismos comportamientos objetivos, esto es, ‘solicitar’, ‘recibir’ o ‘aceptar’, e independientemente de que el acto perseguido sea conforme o contrario al deber muestran como característica más destacada ser expresiones que evidencian un compromiso o una clara connivencia entre el órgano... de la Administración y un interés o un grupo de intereses extraños a ella, y por lo tanto, origen o fuente de indebidas injerencias en la imparcial actuación de los poderes públicos”. Reflexionando sobre los tipos del delito de tráfico de influencias del artículo 428, Cugat Mauri (*La desviación...*, cit., p. 183) señala que la conducta de influencia del art. 428 podría catalogarse como un tipo de abuso de la condición de funcionario, al no apreciarse especial afección alguna a las funciones públicas propias de su competencia. Esta opinión se acomoda a lo sostenido en este trabajo. El tráfico de influencias es, a todas luces, un delito de infracción de deber jurídico. Por ello mismo, sin embargo, no puede compararse otra de las apreciaciones de Cugat Mauri, la de que al tratarse de un delito especial impropio, la conducta del tráfico “no es sustancialmente diversa de la del delito común del artículo 419”. La relación entre ambas figuras es la misma que puede establecerse entre la malversación de caudales públicos y la apropiación indebida, a la que nos hemos referido reiteradamente a lo largo de estas páginas.

trata de una obligación para la que cabe reclamar rango constitucional, al venir explícitamente mencionada en el art. 103. 1 del Texto Fundamental, que reserva a la Administración Pública la finalidad institucional de servir a los intereses generales con objetividad¹¹⁰. Según enseña la doctrina administrativa, aunque la más relevante de sus manifestaciones es el deber de actuar con lo que se ha dado en llamar “eficacia indiferente”, dicha neutralidad no agota sus contenidos, que inciden también en las relaciones del funcionario con la sociedad, previniendo contra toda actuación en el ejercicio del cargo que implique favorecer ilegalmente a personas, organizaciones sociales o grupos. De hecho, la protección que le dispensa el Derecho administrativo se produce fundamentalmente a través de la legislación de incompatibilidades (LI, arts. 1. 3, 11. 1 y 12. a) y de la consagración de la obligación de abstención y de la posibilidad de recusación del funcionario que tenga relación personal con el asunto que haya de conocer o relación de parentesco, amistad o enemistad con alguno de los interesados, o que haya intervenido con anterioridad en el mismo como testigo o perito, conforme a lo dispuesto en los artículos 28 y 29 LRJPAC. La legislación disciplinaria sanciona asimismo la inobservancia de estos deberes en los artículos 31. h de la LMRFP y 6 y 7 g del RDFCE.

Ahora bien, la afirmación de que los comportamientos que dan vida a este subgrupo de delitos de funcionarios pivota sobre el incumplimiento de deberes específicos impuestos al funcionario en virtud de su posición jurídica en el seno de la burocracia pública se hace acreedora, a todas luces, de ulteriores precisiones, pues al seleccionar su técnica de tipificación el legislador ha practicado una segunda discriminación entre las situaciones funcionariales dotadas de operatividad jurídica en el sistema normativo vigente. Acabamos de indicar que la malversación, la infidelidad, la revelación dibujan el acceso del funcionario a los bienes y objetos que componen el substrato material de los órganos administrativos (caudales, documentos, informaciones). Sin embargo -y ésa es la clave de su régimen jurídico-, la única referencia válida para su construcción como delitos en el ejercicio del cargo la proporciona la relación existente entre esas actividades técnicas o materiales y las funciones

¹¹⁰ Vid. Santamaría Pastor, *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, cit., pp. 250 y 251, a quien seguimos en el texto.

públicas que constituyen el acervo competencial de aquéllos. La transgresión del deber cobra en ellos su verdadero sentido, por consiguiente, una vez que deja de ser referida prioritariamente a las obligaciones que integran el *status* del funcionario, para configurarse con relación al correcto ejercicio de las potestades administrativas. Mir Puig expresa muy gráficamente la idea que aquí pretende resaltarse. Con relación al tipo del artículo 441, escribe, el legislador no castiga todo ejercicio profesional relacionado con la esfera de sus atribuciones oficiales, ni toda intervención directa o indirecta en empresas o asociaciones privadas; sólo castiga dichas conductas si tienen 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”¹¹¹.

Bien miradas, todas y cada una de esas facultades típicamente relevantes aparecen vinculadas, pues, al ejercicio del cargo, esto es, al ámbito competencial en el que el funcionario puede desarrollar legalmente sus actuaciones como tal. En unos casos, porque el objeto mismo de la competencia es el desarrollo de actividades técnicas o de gestión (custodiar documentos, arts. 413 a 415; administrar caudales públicos, arts. 432 a 435; recaudar de los particulares determinadas cantidades que adeudan a la Administración y cuyo pago les es exigible, art. 437). En otros, porque revisten carácter instrumental con respecto al ejercicio de la competencia en sentido estricto (permanecer en el puesto de trabajo para el que ha sido seleccionado y nombrado y que tiene a su cargo determinadas funciones y servicios públicos, arts. 407 a 409; tener conocimiento de secretos o informaciones “por razón de su oficio o cargo”, arts. 417 y 442; no realizar actividades profesionales o de asesoramiento al servicio de entidades privadas en aquellos asuntos “en que deba intervenir o haya intervenido por razón de su cargo”, art. 441). En un tercer grupo de supuestos, en fin, porque se hallan indisolublemente ligadas al mismo, de forma que su instrumentalización es cauce privilegiado para interferir en él (transaccionar con el cargo, arts. 419 a 426, 443 y 444; prevalerse “del ejercicio de las facultades del cargo” o de cualquier otra situación derivada de relaciones personales o jerárquicas, art. 428; abusar del “cargo” para cometer una estafa o una apropiación indebida, art. 438). Si bien lo hasta ahora indicado requiere concreción o complemento mediante un exa-

¹¹¹ Cfr. Mir Puig, “Nombramientos ilegales...”, cit., p. 321.

men analítico que no puede tener lugar aquí, con los datos con que contamos podemos afirmar ya que la catalogación de los delitos de que nos ocupamos como “infracciones de deberes” no impide mantener para ellas el carácter de delitos funcionales, perpetrados “en el ejercicio del cargo”.

Parece fuera de toda duda, sin embargo, que de admitir que la malversación, la revelación de secretos o los abusos contra la libertad sexual obtienen su carta de naturaleza como “delitos en el ejercicio del cargo” de la transgresión de deberes ético-sociales sin incidencia alguna en la dinámica comisiva externa de las conductas típicas, habría que poner en entredicho la constitucionalidad de la decisión de reservar a los funcionarios un tratamiento penal más oneroso o desfavorable, que sólo puede sostenerse a partir de criterios materiales de merecimiento de pena. El criterio del que debe servirse el legislador a la hora de diseñar el régimen punitivo de todas las figuras de la Parte Especial es, obviamente, el de su correspondencia con determinados contenidos de desvalor. Si el Código reclama al funcionario como sujeto activo de los delitos de “infracción de deber” habrá de ser porque puede poner por obra unos concretos desvalores de acto -de medio- y de resultado. Llegamos así al último de los problemas generales que conviene abordar aquí: la necesidad de acuñar una noción de “infracción del deber funcional” que justifique su catalogación como medio comisivo del que deducir un desvalor objetivo de acto alineado con el que representa el abuso de poder público.

Es obligado reconocer que, aunque el deber -como categoría conceptual- ha de ponerse en relación con un bien jurídico-, *a priori* no parece sencillo identificar en él un desvalor de acto construido exclusivamente en atención a los medios ejecutivos empleados en la comisión de un delito. Pero si el expediente del incumplimiento de los deberes del cargo se presta a un entendimiento formalista¹¹², no es éste, evidentemente, el punto de vista que nos interesa. Por el contrario, la idea que conviene subrayar es la de que en el sistema jurídico de la función pública la situación jurídica de deber se abre a ámbitos de gestión o actividad, es decir, a situaciones de hecho. Sin pretender hacer del paralelismo otra cosa que

¹¹² De interés para la interrelación entre las categorías del deber jurídico y el bien jurídico, M. Cobo del Rosal, “Revisión del problema del consentimiento en las lesiones”, *ADPCP*, 1964, p. 259; Sánchez Morón, *Derecho de la función pública*, cit., p. 239.

un recurso didáctico y expositivo, creemos que el contenido material, fáctico, de la “infracción del deber” puede captarse con ayuda de uno de los postulados básicos de la filosofía analítica del lenguaje, utilizado a la sazón por la doctrina moderna para proceder a la interpretación de los elementos normativos del tipo¹³. Conocer informaciones “por razón del cargo” (art. 417), integrarse en un sistema institucionalizado de relaciones jerárquicas (art. 428), disponer fáctica o jurídicamente de los soportes documentales de la actividad administrativa (art. 414)... denotan el acceso del funcionario a elementos procedimentales, organizativos o funcionales que le proporcionan una posición privilegiada para agredir los bienes jurídicos institucionales implicados en el desarrollo de la actividad administrativa. La “situación típica” que genera cada una de estas figuras sólo puede explicarse e interpretarse *bilateralmente*, a partir de la con-

¹³ La categoría de los elementos normativos del tipo penal ha recibido un nuevo enfoque a partir de la propuesta de un sector de la doctrina alemana de coordinar los procedimientos de interpretación de los mismos con los axiomas de la filosofía analítica del lenguaje. Todo proceso de aplicación jurídica -señala U. Dopplaff (“Plädoyer für einen Verzicht auf die Unterscheidung in deskriptive und normative Tatbestandsmerkmale”, *GA*, 1987, pp. 17 y ss.)- tiene su origen en la articulación de “conceptos figurativos” extraídos de fenómenos reales. A la hora de describir las situaciones de hecho jurídico-penalmente relevantes, las construcciones teóricas que aparecen reflejadas en los tipos penales serían sólo los eslabones finales de una cadena de definiciones que encuentra su primer momento, su inicio, en los conceptos formados -y aprehendidos- a través del proceso de socialización, esto es, en las experiencias diarias con cosas, individuos y acontecimientos reales del mundo cotidiano. Por ello, la razón de ser de la delimitación entre los elementos descriptivos y los normativos estribaría sólo en el número de operaciones de intermediación necesarias para concretar el sector de la realidad denotado por unos y por otros términos. Mientras los elementos descriptivos presentarían referencias propias y peculiares, es decir, adscribibles inmediatamente a ellos, las cláusulas normativas remitirían a una ulterior norma con elementos que precisarían, a su vez, de una interpretación que los pusiese en relación con su correspondiente “estado de cosas”. De esta forma, si el significado de los elementos normativos, escribe E. Schlüchter, se abre, en primer lugar, por los conceptos, las reglas de aplicación dogmática y las definiciones explicativas connotados por la expresión legal empleada, también viene dado, en segundo lugar, por el conjunto de objetos reales con que se conectan. *Vid.* E. Schluchter, *Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht*, Tübingen, 1983, p. 23. Por consecuencia del cambio metodológico con esta opción interpretativa, resulta abrogado el criterio de la valoración paralela en la esfera del profano, que era consecuencia de la concepción del conocimiento requerido por el dolo en los elementos normativos como un acto de comprensión espiritual. Ahora se sostendrá que, si la intelección del delito por su autor exige siempre la verificación de una labor de identificación, dicha tarea sólo podrá solventarse a partir de los conceptos que pertenezcan a su repertorio cognitivo. Tales

ción de sentido existente entre la conducta material puesta en práctica por el funcionario (apropiarse, revelar, solicitar, destruir) y su situación jurídica. Que la de “infracciones de deberes jurídicos” sea la calificación jurídica que mejor les convenga a sus conductas típicas, al no presentar los elementos de especialización suficientes como para merecer la consideración técnica de abusos de poder, no significa, por lo tanto, que no quepa descubrir en ellas actuaciones positivas de empleo de prerrogativas inherentes a la condición jurídica de funcionario¹¹⁴. En apoyo de esta afirmación puede traerse, además, la decisión legislativa de atenuar la sanción prevista para aquellas figuras que tipifican, ab interno del Título XIX, las agresiones protagonizadas -en algún caso en relación funcional con los delitos en el ejercicio del cargo- por los particulares. Así las cosas, no se advierten mayores obstáculos para considerar que el concepto de desvalor de acción con el que hemos venido trabajando proporciona un marco de referencia válido para acoger también estas hipótesis, lo que no obsta para que su régimen jurídico se haga acreedor de reflexiones y conclusiones particularizadas. Ilustremos todas estas consideraciones con dos ejemplos.

La apropiación típica del delito de malversación no coincide ni valorativa ni -lo que es más importante- conceptualmente con las que dan vida al hurto o a la apropiación indebida, pues en ella concurre una especificación modal completamente ajena a las mismas. Y es que la conducta del artículo 432 consiste en sustraer caudales al amparo de una posición institucional -la de gestor de los recursos públicos- que, exigiendo de su

conceptos son, excepción hecha de los eventualmente aprehendidos por consecuencia de un determinado ejercicio profesional, los empleados en la descripción de la situación de hecho a que se refiere el correspondiente tipo y que permiten captar el contenido de significación social de la característica correspondiente. Cfr. Dopplaff, “Pladöyer...”, cit., pp. 22 y 23. Esta orientación ha sido adoptada en la doctrina española por C. Suay Hernández, “Los elementos normativos y el error”, *ADPCP*, Tomo XLIV, 1991, pp. 111 y ss.

¹¹⁴Para concluir con este esbozo general del tema, hay que dejar constancia de que el hecho de que en el sistema jurídico de la función pública un fenómeno naturalístico de instrumentalización de las ventajas o facultades deparadas por la condición jurídico-pública, no consistente en la emanación de actos jurídicos o materiales sometidos al Derecho público, se sustancie en la infracción de un deber no debe causar sorpresa, toda vez que las propias conductas que dan vida a la prevaricación o a los nombramientos ilegales implican, a la vez que un abuso de la función, la infracción del deber jurídico de actuar las competencias públicas en los casos y con arreglo a las formas y criterios previstos por la ley.

titular la más exquisita de las imparcialidades, implica una ventaja comisiva, un incremento en la facilidad de ejecución. Las orientaciones doctrinales que la conceptúan como delito patrimonial meramente agravado por la condición especial del autor incurren en el vicio de prescindir de esa necesaria interacción entre el desempeño del cargo público y la acción sustractiva a la hora de perfilar su naturaleza jurídica.

Las exacciones ilegales nos presentan, por una parte, a un particular que desarrolla actividades u operaciones que devengan, por regla general, obligaciones de contenido económico, y por otra al funcionario competente para liquidar y ejecutar los correspondientes derechos de la Administración y que exige el pago de sumas no debidas o superiores a las debidas. El doble sentido que puede revestir la conducta típica de “exigir el pago”, defraudatorio o pseudo-coactivo, nos pone ya sobre aviso de la clase y naturaleza de abuso que da contenido al delito. Todas y cada una de las ventajas de que podría valerse el funcionario para dotar a su reclamación de la seriedad y probabilidad de éxito requeridas en orden a la conjugación del tipo (el respeto que a la ciudadanía le merecen las decisiones de los agentes del Estado, el temor al uso que puedan hacer de sus poderes, la dificultad de controlar técnicamente sus decisiones y de aislar aquéllas simplemente dotadas de una falsa apariencia de legalidad) se anudan a la exhibición de su cualidad de “funcionario exactor”. Esa exteriorización formal de su identidad como titular de un cargo público por medio del cual se gestiona la recaudación de las cantidades adeudadas a la Administración no da vida, obviamente, a un abuso de poder público; lo que el funcionario pone por delante es una situación jurídica vinculada a la relación orgánica que mantiene con el Estado y que en el Derecho de la función pública viene definida como “de deber”, pasiva.

CAPÍTULO II

EL PERFIL OFENSIVO DE LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

A. LA CARACTERIZACIÓN DE LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO DELITOS CON BIEN JURÍDICO “INTERMEDIO ESPIRITUALIZADO” O COMO “DELITOS POR ACUMULACIÓN”: LAS PROPUESTAS DE LOOS Y DE SUS SEGUIDORES. VALORACIÓN CRÍTICA: LA NECESIDAD DE PRESERVAR LA VIGENCIA DE LOS PRINCIPIOS GARANTISTAS DEL DERECHO PENAL EN EL ÁMBITO DE LA DELINCUENCIA CONTRA BIENES JURÍDICOS SUPRAINDIVIDUALES.

En apoyo del sistema trazado, definido por la relevancia típica del abuso de las potestades públicas y de la infracción de los deberes estatutarios del funcionario vinculados al ejercicio del aquéllas, puede traerse la coherente definición del perfil ofensivo de estas figuras que de él se sigue. En ese terreno, las conclusiones aquí alcanzadas contradicen las de aquellos autores que, en el seno de un discurso de rechazo de la posibilidad de hallar una solución dogmática global para todos los delitos de peligro abstracto, han subrayado la peculiar estructura presentada por los tipos delictivos relativos a las estructuras o instituciones básicas en el funcionamiento del Estado o del sistema social, caso de los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos¹. Por su actualidad

¹En la exposición tomamos como referencia a aquellos autores que ponen en relación la construcción de los delitos de funcionarios como delitos de peligro abstracto con su aceptación del “buen o correcto funcionamiento de la Administración Pública” como bien jurídico de la categoría. Así, entre los autores alemanes, y refiriendo sus consideraciones al delito de cohecho, Loos, (“*Zum Rechtsgut...*”, cit., pp. 888 y ss.) J. Wolter (*Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, Berlin, 1981, pp. 328 y 329) y G. Jakobs (*Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2. Aufl. Berlin, New York, 1991, p. 175). En la doctrina italiana, G. Fiandaca (“La tipizzazione del pericolo”, *DDDP*, 1984, p. 456) y C. Fiore (*Diritto Penale. Parte Generale*, Vol. I, Torino, 1993, pp. 181 y ss.). En la doctrina española, Rodríguez Montañés, *Delitos de peligro...*, cit., pp. 299 y ss. Sin apelar a dicho bien jurídico final, identifican expresamente - como los autores primeramente citados- el bien intermedio protegido por el grupo con la confianza de la ciudadanía en la pureza del cargo Roxin (*Derecho penal. Parte General*, Tomo I, cit., pp. 410 y 411) y B. Schünemann (“Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte”, *JJA*, 1975, pp. 793 y 798), en referencia concreta al delito de cohecho.

e interés nos detendremos someramente en esta cuestión, sobre la que intentaremos un pronunciamiento al hilo, como decíamos, de los datos que arroja la configuración típica de estos delitos con arreglo al esquema que ya conocemos.

En un trabajo sobre el bien jurídico del cohecho de amplia repercusión, Loos trajo al debate científico la idea de que la confusión entre los intereses públicos y los privados suponía, a la vez, una amenaza de perjuicio del *ethos* oficial del funcionario público y una forma de predisposición del medio natural de la Administración -el público, la ciudadanía- a la compra de sus decisiones. Los contactos corruptos de los funcionarios con los particulares -señalaba- llevan directamente aparejado el peligro de que sus actos futuros no se orienten con arreglo a la disciplina interna de la organización administrativa y a sus objetivos, por lo que en puridad el cohecho debería calificarse como un delito de peligro que protege el funcionamiento de la Administración de los riesgos connaturales al carácter “corruptible” de sus agentes².

El aspecto más significativo de la construcción de Loos lo constituyen sus reflexiones acerca del empleo de las técnicas de tipificación del peligro -abstracto o concreto- para dispensar tutela penal a las instituciones sociales. Partiendo de la base de que los tipos relativos a intereses individuales contienen siempre la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico de carácter sustancial -directamente lesionable-³, Loos incide en que la tutela de las instituciones podría articularse, bien a través de la de un potencial de posibilidades de conducta relacionado con las mismas⁴, o bien a través de la garantía de las normas sociales que aseguran su

² *Vid.* “Zum Rechtsgut...”, cit., pp. 888 y 889.

³ A juicio de Loos (*op. cit.*, p. 888), los tipos que conforman la tutela penal de los intereses individuales atienden siempre a un potencial de posibilidades de conducta, de manifestación biológica (la vida, la salud...) o normativa (la propiedad). Delimitado dicho potencial, desentrañada la trama del proceso de construcción de los conceptos penales a partir de conceptos de formación prejurídica y extrajurídica, el intérprete podrá hallar respuesta, enfatiza, a la cuestión de si a través de las conductas que vienen en consideración en los correspondientes tipos aquél puede ser objetivamente lesionado o puesto en peligro.

⁴ Tal y como ocurriría con los tipos relativos a los delitos patrimoniales, en punto a los que sería completamente indiferentes si lo que se afecta tangiblemente es el de un individuo o el del Estado (*op. loc. cit.*).

ordenado funcionamiento. Sin embargo, cuando la pretensión última fuese la de preservar la integridad y la función de dichas instituciones, puntualiza, al legislador no le quedaría otro remedio que el de tipificar puestas en peligro por infracción de las reglas sociales. En el caso del cohecho, concretamente, ni el *ethos* del funcionario, ni la confianza de la ciudadanía admitirían concreción en objeto alguno susceptible de lesión o de puesta en peligro concreto, siendo únicamente concebibles su afectación o perjuicio operando sobre la base de los esquemas característicos del peligro abstracto⁵.

Trazando un paralelismo entre los fundamentos teleológicos de la delincuencia socio-económica y de la de los funcionarios públicos, Loos detecta así la presencia en ambas de bienes jurídicos superiores (los objetivos superiores de la economía y el regular funcionamiento de la Administración del Estado, en sus modalidades de preservación del *ethos* funcional y de afianzamiento de la ciudadanía en la integridad de las actuaciones públicas, respectivamente) e intereses intermedios (frente a la estabilidad monetaria o al equilibrio de los balances de cuentas, la pureza en el ejercicio del cargo) que, al igual que los primeros, carecerían de las propiedades necesarias para ser lesionados o puestos en peligro a través de conductas aisladas. Con todo, Loos se cuida mucho de advertir que sólo una falsa idealización de los susodichos conceptos podría desconocer su propiedad de objetos causalmente lesionables, con el matiz, eso sí, de que dicha lesión debería observarse como un proceso normativo, no físico, conducido por la masificación de las conductas corruptas individuales⁶. El contenido de desvalor de la aceptación de una dádiva no residiría, entonces, en que trajese como consecuencia la aparición de determinadas “circunstancias” desaprobadas por el ordenamiento jurídico, sino en su “significado expresivo”, en el “mal ejemplo” que proporciona -como transgresión de un principio normativo de buena administra-

⁵ Vid. “Zum Rechtsgut...”, cit., pp. 890 y 891. Volviendo sobre el último concepto -la confianza general en el correcto desempeño de las funciones públicas-, Loos indica que sin una mínima “docilidad” de los ciudadanos, la Administración devendría una pura entelequia. Cualquier acto administrativo de carácter oneroso sería objeto de quejas o reclamaciones que imposibilitarían el cumplimiento de las tareas públicas.

⁶ Vid. “Zum Rechtsgut...”, cit., pp. 891 y 892.

ción- a los agentes al servicio del Estado; en suma, en su impacto sobre las actitudes y el modo de obrar del funcionariado⁷.

La elaboración de Loos ha ejercido notable influencia en las doctrinas alemana, italiana y española. Apuntando las dificultades de tipificación de la lesión o concreta puesta en peligro del bien jurídico “buen orden de la Administración” -al producirse su menoscabo más que por cada acto individual, por la reiteración generalizada de conductas que no respetan las reglas básicas que aseguran el sistema organizativo y su funcionamiento- una muy representativa corriente de opinión se ha acercado a la construcción del peligro abstracto como forma de tutela más adecuada (técnica y político-criminalmente) en el ámbito delictivo que reclama nuestra atención. La entidad y naturaleza del bien implicado en el Título XIX del Código penal español reclamaría, siguiendo este razonamiento, el empleo de dicha técnica de tipificación, concebida no ya como mecanismo de anticipación de la protección de bienes esenciales, sino como cauce “natural” para la realización de los objetivos de tutela pretendidos por el legislador⁸.

⁷ Vid. “*Zum Rechtsgut...*”, cit., pp. 892 y 893, nota 57. En términos de injusto típico, lo decisivo en punto a estas figuras no serían, por consiguiente, las consecuencias perniciosas de las conductas infractoras, la transgresión de los fines que la Administración Pública persigue con cada acto que debe dictar un funcionario en el ejercicio del cargo. Sobre ese plano, los delitos de cohecho tipificarían comportamientos que aisladamente considerados resultarían absolutamente inidóneos para perjudicar las condiciones de funcionamiento de las organizaciones públicas.

⁸ Creo necesario subrayar que entre los planteamientos de los autores más representativos que pueden adscribirse a esta corriente de opinión se aprecian, a su vez, sensibles diferencias, no siempre puestas de manifiesto por la doctrina (Vid., por ejemplo, Rodríguez Montañés, *Delitos de peligro...*, cit., pp. 299, nota 332, y 300, nota 334; A. Doval Pais, *Los delitos de fraude alimentario. Análisis de sus elementos esenciales*, Pamplona, 1996, pp. 262 y ss.). Así, Schünemann (*Moderne Tendenzen...*, cit., pp. 793 y 798), Roxin (*Derecho penal. Parte General*, Tomo I, cit., pp. 410 y 411) y Wolter (*Objektive und personale...*, cit., pp. 328 y 329) singularizan en el seno de los delitos de peligro abstracto aquéllos en punto a los cuales la opinión social ha constituido un «bien jurídico intermedio espiritualizado», bien jurídico cuya lesión conllevaría un auténtico desvalor y tendería un puente conceptual con los delitos de lesión de bienes jurídicos de contenido sustancial. Tratándose de los delitos de los funcionarios públicos (§ 331 y ss. *StGB*) dicho bien intermedio sería la confianza de la población en la pureza del ejercicio de los cargos públicos, lesionable sólo con la realización de un elevado número de agresiones. Para estos autores, en consecuencia, es el desvalor de la conducta lo que fundamenta la punibilidad, habida cuenta de que la subsunción típica de cada actuación corrupta o arbitraria no precisa de una puesta en peligro de aquél. En caso contrario, y al

Si bien algún autor les reconoce el carácter de delitos de lesión en un sentido puramente formal -con respecto al “bien intermedio espiritualizado” u “objeto representativo”, dependiendo de las diversas denominaciones adoptadas-, los delitos de los funcionarios en el ejercicio de

igual que ocurre con los delitos contra la seguridad del tráfico, sostienen, se frustraría la aspiración del legislador a proscribir determinadas formas de actuación. En definitiva, como refiere expresamente Roxin (*op. cit.*, p. 410), serían razones de prevención general las que se hallarían en la base de las correspondientes descripciones típicas. Jakobs (*Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., p. 175) acepta en línea de principio las conclusiones a que llega Schünemann con relación a los “bienes jurídicos intermedios espiritualizados” (*op. loc. cit.*, nota 178), pero su construcción no arranca de la diferenciación entre delitos orientados a la protección de bienes individuales o suficientemente individualizables y aquellos otros en que se protegen bienes jurídicos colectivos, sino de la toma en consideración del nivel de abstracción que la determinación de los bienes jurídicos alcanza en las formulaciones doctrinales. Con arreglo a ello, explica, los delitos patrimoniales, por ejemplo, podrían considerarse perfectamente delitos de peligro abstracto si el objeto de tutela se identificase con la libertad ajustada a la esfera patrimonial. Por otra parte, la referencia al peligro abstracto significa para Jakobs el hallazgo de un objeto con función representativa del bien jurídico y que viene directamente lesionado por la conducta típica, como sucedería con la veracidad en las declaraciones judiciales en relación con el regular funcionamiento de la Administración de Justicia en el delito de falso testimonio o con el desinterés económico de los funcionarios públicos en relación con el buen funcionamiento de los aparatos administrativos en el delito de cohecho. Diverso, a su vez, de los anteriores es el planteamiento de Fiandaca (“La tipizzazione...”, cit., pp. 455 y ss.), quien hace hincapié en que el recíproco condicionamiento entre los objetos y las técnicas de la tutela penal obliga a establecer valoraciones político-criminales diferenciadas, adquiriendo el peligro abstracto rasgos peculiares con relación al carácter individual o colectivo del bien jurídico que deben concretarse con relación a campos de materia suficientemente homogéneos. Volviendo sus ojos a los delitos de los funcionarios públicos, Fiandaca entiende que un bien jurídico como el “buen funcionamiento de la Administración Pública” aparece como lesionable únicamente a través de la generalizada y frecuente repetición de las conductas típicas, de forma que lo que viene en consideración a propósito del mismo es el problema de valorar hasta qué punto la conducta aislada idealmente lesiva del bien intermedio de carácter inmaterial (la confianza de los ciudadanos en el correcto funcionamiento de las instituciones) posee por sí misma un desvalor suficiente para justificar la incriminación. A la hora de proceder a dicha valoración -expone- será necesario tener siempre presentes, como conceptualmente diversas, las cuestiones relativas a la existencia de un bien jurídico merecedor de tutela penal y al quantum de agresión que toda conducta incriminable debe estar en grado de provocar en aquél. Por razones definibles como «ontológicas» no se trataría, por lo tanto, de sopesar las ventajas técnicas y político-criminales que conllevaría el recurso a la técnica del peligro concreto en detrimento de la del peligro abstracto (la delimitación del área de punibilidad y la potenciación de la eficacia preventiva general y especial de la pena), sino de asumir que la articulación del modelo delictivo “delito de peligro abstracto” en el seno de la categoría conceptual “delito contra el

sus cargos anclarían su contenido de injusto en la acción desvalorada por su significado “socialmente expresivo”, quedando sujetos a una construcción dogmática en punto a la cual el bien jurídico perdería toda estabilidad como criterio de legitimación de la sanción de las realizaciones típicas. Siendo ello así, y una vez desechada -por motivos “ontológicos”- la posibilidad de constatar la peligrosidad de la conducta con relación al “bien mediato” u “objeto representado”, la referencia al “buen funcionamiento de la Administración” carecería de trascendencia para contrastar la naturaleza dolosa o imprudente de la intervención del autor, habiendo de comprender tales elementos simplemente -al margen de la acción típica y, en su caso, del resultado (naturalístico)- la agresión al objeto o bien representante⁹; y sería únicamente en consideración al principio de

buen funcionamiento de la Administración Pública” postula una valoración político-criminal especial. Dicho ello, lo cierto es que a la hora de proponer el coeficiente que debe emplearse en tal valoración, Fiandaca no va más allá de sugerir que las reglas de conducta de cuya estabilización se trataría resulten verdaderamente “funcionales” con vistas a garantizar la incolumidad del bien jurídico institucional. En términos parecidos a Fiandaca pero sin apelar al expediente del bien intermedio espiritualizado, Fiore (*Diritto Penale. Parte Generale*, Vol. I, cit., pp. 181, 184 y 187), finalmente, distingue entre los bienes jurídicos colectivos cuya tutela no sería conceptualmente planteable sobre la base de la técnica del peligro concreto y aquéllos con respecto a los cuales aquélla resultaría simplemente “insuficiente”, en la medida en que el requerimiento de la verificación de un peligro efectivo frustraría cualquier fin de tutela. La matización es relevante. Tratándose de los segundos (como la seguridad del tráfico) el legislador presumiría la idoneidad de la conducta para agredir el bien tutelado, su capacidad potencial para ocasionar la ofensa, debiendo conducir la demostración de su inidoneidad absoluta a la irrelevancia penal de la acción. En los primeros -entre los que parece incluir el bien jurídico “relativo a la funcionalidad de órganos y aparatos institucionales”- “una suerte de invencibilidad estructural” impediría contradecir la presunción legislativa de peligrosidad de la conducta. La protección penal apuntaría a la pretensión de que se observasen determinadas reglas de conducta idóneas para evitar el riesgo de actuaciones que comprometerían la integridad del bien. Tiene razón, pues, B. Mendoza Buergo cuando describe el panorama doctrinal en la materia en los siguientes términos: “para unos, lo difícil es que por su carácter estructural estos bienes sean lesionables, y por ello se requiere para ellos la creación de delitos de peligro abstracto; mientras que para otros ocurre exactamente lo contrario y lo que es difícil de concebir es la posibilidad de que estos bienes intermedios puedan ser sólo puestos en peligro, sosteniéndose que son ya realmente lesionados”. Cfr. *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, Granada, 2001, p. 481, nota 330.

⁹ Así, como ejemplifica Rodríguez Montañés (*Delitos de peligro...*, cit., p. 303), en el delito de cohecho pasivo las exigencias del “tipo subjetivo” -de acuerdo con el planteamiento dogmático suscrito por la autora, distinto del que aquí aceptamos, se agotarían en la

insignificancia que cabría estimar atípicas las conductas en los supuestos de “ataques mínimos”¹⁰.

La teoría de los delitos con bien jurídico “espiritualizado” ha sido contestada por un no menos importante sector doctrinal, cuyas argumentaciones vamos a exponer sintéticamente.

consciencia del funcionario del carácter y finalidad de la solicitud, de la aceptación o de la recepción de la dádiva y en la voluntad de actuar a pesar de ello. Resultaría irrelevante, por eso, que el funcionario buscase desacreditar a la Administración, que estuviese persuadido de que con su conducta no le reportaría perjuicio alguno o aspirase exclusivamente a enriquecerse con la “venta” de su actuación pública.

¹⁰ Cfr. Wolter, *Objektive und personale...*, cit., p. 329; Schünemann, “Moderne Tendenzen...”, cit., p. 798; Roxin, *Derecho penal. Parte General*, Tomo I, cit., p. 411 (“Únicamente infracciones mínimas, que ya *in abstracto* no perjudican al bien jurídico protegido, como pueden ser presentes bagatelas en los §§ 331 y siguientes.... pueden excluirse mediante una interpretación restrictiva”); Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, cit., p. 175; Rodríguez Montañés, *Delitos de peligro...*, cit., p. 303; Demetrio Crespo, “Consideraciones sobre la corrupción...” cit., p. 186, nota 30. En la misma línea, para Fiandaca (“La tipizzazione...”, cit., pp. 455 y ss.) la única posibilidad de evitar una excesiva dilatación del ámbito de la punibilidad en los delitos contra la Administración Pública vendría de la mano de una interpretación restrictiva “teleológicamente orientada” que permitiese excluir, por ejemplo, los simples donativos del tipo del cohecho. *De iure condendo* este autor propugna asimismo una reformulación de las figuras típicas dirigidas a reducir los márgenes de elasticidad y a acentuar la congruencia entre la descripción del hecho típico y los objetivos de tutela perseguidos. También V. Manes (“Bien jurídico y reforma de los delitos contra la Administración pública”, trad. del italiano de R. Padilla Alba, en *RECPC*, n.º 2, 2000 (http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_02-01.html) apuesta por la aplicación del principio de exigüidad en los casos de ofensas típicas a bienes tan abstractos que, no permitiendo establecer distinción conceptual alguna entre lesión, peligro concreto y peligro abstracto, “pueden llegar a tener niveles de ofensividad verdaderamente marginales”. Con relación a ellos, señala, una hipotética codificación del principio general de ofensividad no depararía en su opinión ventaja alguna, pues “las conductas conformes al tipo son todas *abstractamente peligrosas* y, por tanto, *ofensivas* en base al coeficiente de ofensividad típico de la estructura de los delitos en cuestión, o sea el, peligro abstracto (al menos en gran parte de los casos)”. Manes recoge las propuestas avanzadas por algunos de los proyectos de reforma italianos de los delitos contra la Administración pública, como el elaborado por la Comisión Morbidelli, que contenía una causa de no punibilidad por los hechos de peculado, malversación contra el Estado y abuso de oficio con fines patrimoniales, para el supuesto de que el hecho no hubiese causado, ni fuese idóneo para causar, un daño patrimonial público o privado de un importe superior a una determinada suma (diez millones de liras), siempre y cuando el daño fuese completamente reparado, a la vez que consideraba no punibles los hechos de abuso de oficio hasta que los mismos actos administrativos no hubiesen producido efectos externos a la Administración pública. Sin desconocer las ventajas de codificar cláusulas de exigüidad particulares, sobre todo en relación con aquellos delitos en los que el perfil normativo del abuso de la función o de la

En primer lugar, se ha indicado que si teóricamente la determinación de la lesión de un bien jurídico colectivo exige un procedimiento “de

infracción del deber acusa un mayor grado de indeterminación (v. gr. las figuras de los artículos 439 y 441), somos de la opinión, no obstante, de que esta propuesta debe ser desechada. La tarea de individualización de las mentadas cláusulas no resulta ni mucho menos sencilla, pues si en ciertos supuestos lo natural será recurrir a un parámetro cuantitativo, en otros -como en el delito de realización de actividades privadas incompatibilidades con la función- el coeficiente sólo podría venir dado por la valoración que el juez pudiera hacer de algunas de las circunstancias concurrentes en la ejecución (v. gr., las relativas al objeto material del delito, a la condición y especialización profesional del sujeto, a las repercusiones del hecho, a la “zona” de la organización administrativa en que tiene lugar). Pero son, sobre todo, consideraciones dogmáticas y político-criminales las que impiden asumirla. En opinión de Manes, la perspectiva de la exigüidad viene abonada por la naturaleza de los bienes jurídicos en juego, “que no permite una segura definición de la conducta en términos de concreta peligrosidad, sino que reclama necesariamente un juicio de peligrosidad (solo) abstracta”. Y, sin embargo, nuestro empeño es justamente el contrario: el de demostrar la operatividad del principio de ofensividad, esto es, su rendimiento a la hora de expresar una determinada elección político-criminal cuando se trata de disciplinar las infracciones que atentan contra el estatuto constitucional de la Administración Pública. Estamos convencidos de que no existe razón estructural alguna para construir los delitos que la ofenden como delitos de peligro, y de que es posible llegar en materia de ofensividad a un planteamiento que, sin forzar las estructuras dogmáticas básicas ni sustraerse a los principios cardinales del Derecho penal del Estado democrático de Derecho, se armonice plenamente con el Derecho positivo. Para demostrarlo, sin embargo, y como paso previo, habrá de determinarse exactamente cuál es el bien jurídico institucional implicado en las figuras del Título XIX del Código penal, pues requisito inexcusable para abandonar la cláusula *omnibus* del peligro abstracto es el hallazgo de un objeto de tutela dotado de una auténtica capacidad selectiva, acomodable a un esquema de precisa y concreta ofensividad. Trazado éste, y a la luz de las indicaciones que proporcionan los tipos sobre los límites o umbrales de la relevancia jurídico-penal de los comportamientos, se estará en condiciones de catalogar la clase de ofensa que conducen. Por otra parte, podría decirse que la filosofía y el *modus operandi* que subyacen a la aplicación de estos correctivos no se hallan exentos de contradicciones, siendo así que para estimar relevante, en términos jurídico-penales, una conducta estos autores llevan a cabo un enjuiciamiento de la situación concreta, una apreciación valorativa del comportamiento individual, no de los de terceros. El *topos* regulativo de la insignificancia de los regalos o la aplicación de la doctrina de la adecuación social al supuesto de las atenciones navideñas a los empleados del servicio postal no son sino criterios teleológicos, que juegan con la idea de la falta de peligrosidad de la acción para la función pública. Sus decisiones sobre la atipicidad del comportamiento corrupto juegan, pues, con una escala en cuyo nivel más bajo se sitúan aquellos comportamientos que no poseen el grado de peligrosidad necesario para ser sometidas al Derecho penal. Así las cosas, cabe preguntarse por qué debe abandonarse ese método cuando se trata de ascender a los niveles más altos de la escala. Lo razonable será seguir comprobando la presencia en el comportamiento individual de las propiedades materiales que determinan su calificación como jurídicamente prohibido.

difícil ejecución”, ello es debido a la creación de bienes excesivamente amplios, habitualmente configurados para dar respuesta a las necesidades regulativas de ciertos sectores de la vida socio-económica”. Se desconocería así que los bienes colectivos constituye siempre -utilizando la expresión de Bustos Ramírez- la “síntesis normativa” de un conflicto social, “síntesis” que resulta lesionada cuando se hacen prevalecer ciertos intereses -que son parte integrante de aquél- en detrimento de otros cuya preeminencia goza de respaldo normativo¹². Antes que trabajar con metáforas conceptuales, la determinación del perfil ofensivo de esta clase de conductas presupondrá, pues, la individualización del conflicto subyacente y la realización de la correspondiente tarea de ponderación, o lo que es lo mismo, el abandono de los parámetros de afección a los bienes clásicos, “ya que lógicamente no podemos hablar de lesión en sentido material (o físico) y sólo entonces de peligro”¹³. Como quiera que “las reticencias para aceptar que los bienes jurídico-penales supraindividuales también pueden ser ‘lesionados’ proviene del origen del concepto de bien jurídico, a partir de una visión causal-naturalista del mundo”, los desajustes provocados por la tesis de los bienes “espiritualizados” serían superables, simplemente, con una redefinición del concepto de “daño”¹⁴.

La literatura es crítica, también, con la deformación de los modelos de imputación básicos asociada al empleo de estructuras típicas de perjuicio o lesión por acumulación, en los que entraría en liza una suerte de “culpa colectiva”¹⁵. La idea que se hace valer es la de que, si el principio de culpabilidad postula que el sujeto activo de un delito debe responder por su propia actuación antijurídica, en ese caso, Aní aquello de lo que

¹² Cfr. C. Méndez Rodríguez, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Madrid, 1993, pp. 42 y 43. R. Mata y Martín recuerda que “el problema representado por la inmaterialidad inherente al bien jurídico para la constatación del menoscabo al mismo no concierne únicamente a los bienes jurídicos suprapersonales, sino que también puede presentarse con los bienes individuales, como en el caso prototípico del honor” (*Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Granada, 1997, p. 38). Incide también en ello M. Corcoy Bidasolo, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Valencia, 1999, pp. 220 y 221.

¹³ *Vid.* Méndez Rodríguez, *op. loc. cit.*

¹⁴ *Vid.* Méndez Rodríguez, *op. loc. cit.*

¹⁵ Cfr. Corcoy Bidasolo, *Delitos de peligro...*, cit., p. 221.

¹⁶ Cfr. J. M^a Silva Sánchez, “¿Protección penal del medio ambiente? Texto y contexto del artículo 325”, *LL*, 1997 - 3, pp. 1714 y 1715.

se le hace responsable es atribuible sólo a él, ni lo que ha hecho puede calificarse como materialmente antijurídico en virtud de las reglas de constitución del injusto que son exigibles”¹⁶.

El argumento que sirve de hilo conductor a un tercer grupo de observaciones es el de la necesaria vigencia del principio de proporcionalidad en todos y cada uno de los sectores de la Parte Especial del Código penal, principio que requiere de una cierta adecuación de la importancia de la sanción prevista para el hecho típico a la relevancia del bien jurídico protegido. Pero para que ello sea posible -señala el representante más destacado de esta línea de pensamiento, Angioni- es indispensable fijar un nivel de concreción de los bienes jurídicos que haga posible su cotejo, en términos de “mesurabilidad”, con el objeto de la sanción¹⁷. A tal efecto, este autor apuesta por desechar la dimensión sociológica del fenómeno de los bienes institucionales -que no permitiría situar a la ofensa como término de referencia fundamental de las conductas individuales- y aproximarse al concepto tradicional de “bien jurídico”, que se sostiene sobre la base de la imputación de cualquier actividad humana a un sujeto, sea una persona física o una colectividad elevada a la condición de “unidad funcional” del sistema¹⁸. De este modo, indica, si cuando vienen en consideración valores como la vida o la libertad, indica, es necesario

¹⁶ Cfr. Mendoza Burgo, *Límites dogmáticos...*, cit., p. 493. La misma autora recoge las consideraciones de C. Prittwitz sobre el abandono en los delitos acumulativos de una imputación individual justa (*Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik un der Risikogesellschaft*, Frankfurt a. M., 1993, p. 371) y de K. Seelman (“Atypische Zurechnungsstrukturen im Umweltstrafrecht”, *NfW*, 1990, p. 1259), que habla de una fundamentación del injusto *ex iniuria tertii*. En esta misma dirección, G. Fiandaca / E. Musco subrayan que la admisión de que el bien jurídico sólo resulta lesionado por medio de múltiples conductas conllevaría la imposibilidad de determinar qué comportamiento concreto ha sido el apropiado para provocar el daño (*Diritto penale. Parte Generale*, Bologna, 1990, p. 87).

¹⁷ Cfr. F. Angioni, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, pp. 188 y 189, en las que escribe que “a diferencia de otras ramas del ordenamiento, que prevén sanciones también frente a las asociaciones, a empresas, a sociedades, el Derecho penal prevé sanciones de naturaleza individual y no de naturaleza colectiva. Por ello el parámetro base del nivel de concreción es el bien jurídico individual perjudicado por la sanción, y en particular el bien de la libertad personal, ya que es el perjudicado por la pena más grave existente en el ordenamiento. Justamente con este bien se debe coordinar, previo procedimiento de asimilación, el bien jurídico tutelado (el ofendido por el delito)”.

¹⁸ Cfr. Angioni, *Contenuto e funzioni...*, cit., pp. 190 y 191.

escindir el concepto genérico del objeto tutelado (“la vida” o “la libertad” -de cualquiera-) de los innumerables bienes jurídicos (“vidas”, “libertades”) pertenecientes a cada persona singular, otro tanto deberá hacerse con respecto a la institución en su conjunto y a las “unidades” que la integran. “A la concreción del hombre en singular” como individualidad digna de tutela, escribe a modo de recapitulación, hace relación “la concreción del órgano institucional en singular”¹⁹.

B. LAS MODERNAS PROPUESTAS DE REDUCCIÓN CONCEPTUAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA A UN BIEN JURÍDICO AFECTABLE POR COMPORTAMIENTOS INDIVIDUALES.

I. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO “ACTIVIDAD ORGÁNICA DE LOS AGENTES PÚBLICOS”. EXPOSICIÓN DE LA TESIS Y VALORACIÓN CRÍTICA.

Haciendo nuestras todas las apreciaciones transcritas, vamos a centrarnos en el planteamiento de Angioni, que marca, probablemente, un punto de inflexión en el terreno metodológico, al someter a los bienes jurídicos institucionales a un proceso de concreción regido por las pautas habitualmente empleadas en la interpretación de los tipos referidos a los bienes individuales. Ya ha quedado claro que se trata de un punto de vista inspirado en el deseo de preservar en esa esfera el concepto material del injusto típico, con un *modus operandi* muy sencillo: reducir la magnitud del bien supraindividual para permitir que pueda ser objeto de una afectación “medible” por cada una de las acciones que realizan el tipo que proceda²⁰.

¹⁹ Cfr. Angioni, *Contenuto e funzioni...*, cit., pp. 192 y 193.

²⁰ No es ésta la línea de trabajo seguida por Mendoza Buergo, a cuyo juicio la diferencia de escala entre las conductas individuales y “la magnitud del bien jurídico” debe solventarse exigiendo un mínimo de peligrosidad en la acción para perjudicar “las condiciones de integridad del bien jurídico” (*Límites digmáticos...*, cit., pp. 494 y 495). Concretando ese postulado en relación con la evasión fiscal, esta autora escribe que, si bien la perpetrada por un solo contribuyente “no pone en peligro ni lesiona por sí sola el erario o la capacidad económica de la Hacienda Pública ... no por ello deja de ser intrínsecamente lesiva por sí misma a partir de un cierto límite mínimo, establecido en virtud de principios como el de carácter fragmentario, ultima ratio, proporcionalidad e insignificancia” (*op. loc. cit.*). Los criterios suministrados por Mendoza para “constatar” las propiedades ofensivas de la conducta coinciden con los avanzados por los partidarios de la teoría de los bienes “espiritualizados”, cuyo forma-

La propuesta de acudir a los conceptos de órgano y de actuación orgánica como referentes para discriminar las ofensas al bien jurídico institucional “Administración Pública” que deben catalogarse como lesiones de aquéllas otras cuyo desvalor se agota en la generación de una situación de riesgo no carece, ciertamente, de armazón teórico ni político-criminal. Desde luego, la puesta en relación de la naturaleza y de la estructura de los delitos de funcionarios públicos con los elementos conceptuales propios de la teoría del órgano administrativo no puede considerarse como un “cuerpo extraño” en los estudios doctrinales en la materia. De hecho, el orden de ideas que subyace a la tesis de Angioni está presente ya en autores como Riccio²¹, Schmidt²² y, especialmente, Mir Puig, para quien, mientras la prevaricación, la infidelidad en la custodia de documentos, la violación de secretos, el abandono de funciones

lismo censura, sin embargo, abiertamente. En el fondo, a su construcción cabrá aplicarle el mismo correctivo que F. Herzog dirige a las de aquéllos; el de que la necesidad de acudir a una “lesividad innata” de las conductas, esto es, no construida sobre su impacto directo en el bien jurídico supraindividual, se alimenta únicamente de las dificultades para precisar el momento en que aquél es lesionado o puesto en peligro (*Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge*, Heildelberg, 1990, p. 35). Por lo demás, Mendoza entiende proyectables sobre el cohecho las reglas de imputación esenciales para el establecimiento de un injusto objetivo típico, eso sí, siempre y cuando se opere con “bienes jurídicos claramente configurados y delimitados” (*op. cit.*, p. 483).

²¹ *Vid.* Riccio, *I delitti...*, cit., p. 20: “la relación orgánica se presenta... como un presupuesto de hecho en relación al delito, en cuanto éste, para subsistir, requiere la atribución de funciones a un sujeto, que es consecuencia de la distribución de las funciones entre varios órganos. Si ‘la persona jurídica es esencialmente distribución de funciones en virtud de los fines que ella asume o viene caso a caso asumiendo’, la distribución de las funciones acontece a través de una organización más o menos compleja; el órgano surge necesariamente y es una parte de la organización mayor personificada. Ahora, si se tutela la integridad física del individuo, su libertad, su dignidad, etc., no puede no ser tutelada la libertad de actividad de la Administración Pública y la conformidad al fin”. La tutela penal -concluye- “se refiere al órgano, al oficio, a la persona jurídica y también a la persona física, titular del oficio; ella es establecida en referencia al normal desarrollo de la relación orgánica, para evitar cualquier desviación, sea que incida sólo sobre el oficio, sea que incida sólo sobre los ciudadanos, sea, en fin, que incida sobre el oficio y sobre el ciudadano” (*op. cit.*, pp. 21 y 22).

²² Cfr. R. Schmidt, *Grundriss des Deutschen Strafrecht. Vergleichende Darstellung des geltenden Rechts sowie des geplanten neuer Strafrechts nach dem im Rechts Ausschuss des Reichstags berantenen Entwurf von 1927*, 2. Aufl., Leipzig, 1931, pp. 313 y 314: “los ‘delitos y contravenciones en el cargo’... toman cuerpo en el deterioro de aquella organización que el Estado, en cumplimiento de su propia función, crea y mantiene para la satisfacción de las necesidades colectivas, a través de la Administración de Justicia... Consisten en acciones ofensivas del

públicas, los abusos contra la libertad sexual, el cohecho, los fraudes y exacciones ilegales y las negociaciones prohibidas a los funcionarios albergarían estructuras lesivas, asentadas en el daño acarreado por el ejercicio indebido de los cargos públicos a los intereses sociales externos a las necesidades del servicio, en la desobediencia y en los nombramientos ilegales el legislador habría optado por adelantar la línea de intervención del Derecho penal mediante el empleo de estructuras típicas de peligro, de forma que con las acciones descritas por los actuales artículos 405 y 410 del texto punitivo vendría exclusivamente a afectarse a la “organización del poder público”²³. En esta lectura, el delito de nombramientos ilegales supondría, incluso, ya no sólo la creación de un peligro para la “pureza” de la vertiente externa de los cargos públicos, sino la propia puesta en peligro abstracto de la organización interna de la Administración, al ser posible que el sujeto irregularmente nombrado resulte idóneo para las funciones que se le encomienden²⁴.

Por otra parte, traer al debate sobre las técnicas de tutela connaturales al grupo el argumento de la diversa trascendencia y repercusión de las actividades puestas en práctica por los elementos personales de los órganos administrativos resulta coherente con la -actualmente mayoritaria- justificación de su existencia en la necesidad de prevenir la incidencia de los abusos de los funcionarios en los heterogéneos intereses sociales implicados en el desarrollo de la acción administrativa. Efecti-

propio funcionario en cuanto órgano estatal... Significan, no sólo en su generalidad, sino también en cada caso concreto, una perturbación del normal y deseable estado de cosas que todos los ciudadanos depositan, para la protección y satisfacción de sus intereses comunes, en el funcionamiento objetivo y conforme a deber de la Administración. Toda recepción de dinero en el cohecho, todo mal uso del poder del cargo para coaccionar... toda prevaricación, aporta un elemento impropio del cargo, extraño al funcionamiento administrativo, que falsea el aparato orgánico de la vida comunitaria. Puesto que el concepto ‘órgano’ debe describir el carácter de la autoridad como un ‘instrumento de actuación’ de la comunidad nacional, el delito del cargo aparece como una inutilización o un deterioro del aparato instrumental de la sociedad... pudiendo en ocasiones acarrear también el daño de los intereses individuales”. Acuden también a la distinción entre deber del cargo y deber del servicio para dar contenido a la relación de progresión entre el ilícito disciplinario y el penal, J. Kohler, *Leitfaden des Deutschen Strafrechts*, Leipzig, 1912, p. 158; P. Fitterer, *Erscheinungsformen und Strafzumessung bei dem wichtigsten Amtsdelikten (AmtsunterSchlagung, Amtsurkundendelikte, Postsendungsdelikte, Bestechung)*, Freiburg im Breisgau, 1951, p. 90.

²³ Cfr. Mir Puig, voz «Nombramientos ilegales», cit., pp. 345 y 346.

²⁴ Cfr. Mir Puig, *op. loc. cit.*

vamente, el concepto de relación orgánica -vínculo organizativo referido a la cualidad jurídica por la que el titular de un órgano actúa produciendo efectos jurídicos que no le son personalmente imputables y ejerce potestades de las que carece como sujeto físico- se abre a un bien jurídico relacionado con la preservación de ciertos estándares normativos (imparcialidad, legalidad, eficacia) en la actividad administrativa de prestación o servicio a la ciudadanía, idea que la mejor doctrina española ha venido situando en el trasfondo de la intervención penal en este campo.

En otro orden de cosas se sitúa la crítica. La operatividad de un modelo teórico de tipificación con arreglo al cual el perfil ofensivo de cada uno de los delitos contra la Administración Pública a partir de su afección al “aspecto externo” de la relación orgánica del funcionario -por utilizar los términos de Riccio- viene condicionada a la determinación de lo que deba entenderse por “actuación externa de la Administración”, verdadera piedra de toque del mismo. En ese punto, todo lo que sabemos es que el texto punitivo español no sirve para convalidar la tesis de que dicho perfil deba decidirse a tenor de su incidencia directa (delitos de lesión) o indirecta, mediata (delitos de peligro) en las relaciones de aquélla con los ciudadanos. La redacción de los hechos típicos de la prevaricación, valorada en el artículo 404 como la proyección externa del poder público a través de actos (viciados) idóneos para modificar en abstracto el esquema de relaciones jurídicas existentes entre la ciudadanía y el Estado²⁵, y de buena parte de los delitos de infracción de deber, como la malversación, la infidelidad en la custodia de documentos públicos, el concierto con fines defraudatorios del artículo 436 o la realización de actividades profesionales o de asesoramiento reseñadas en el artículo

²⁵En la razón de ser de dicho delito de prevaricación se destaca claramente la idea de la desigual relación Administración-administrado o Estado-ciudadano, es decir, de la posesión por la primera de una serie de privilegios o potestades exorbitantes cuyas extralimitaciones pueden suponer las más graves agresiones a los bienes jurídicos individuales y a las que, por ello, debe atenderse con el más oneroso de los instrumentos punitivos con que cuenta el ordenamiento jurídico. Al objeto de evitar incurrir en lecturas precipitadas acerca de su verdadera naturaleza parece necesario, no obstante, volver la mirada hacia el marco penológico contenido en el artículo 404, con arreglo al cual la intensidad del reproche penal que aquélla merece se plasma invariablemente en la imposición de una pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años. Omitiendo toda alusión al “grave daño” para terceros como una de las situaciones en las que sea obligado agravar la pena, el texto propio punitivo pone de manifiesto que no nos encontramos ante una dimensión a la que deba atenderse con preferencia a la hora de perfilar su dirección ofensiva.

44I, en cuya estructura típica no parece posible reservar espacio lógico alguno a la repercusión de las conductas sobre el patrimonio jurídico de uno o varios ciudadanos, suscitan claramente otra interpretación²⁶.

En tanto no se traduzca en la formulación de un coeficiente de afección u ofensa bien determinado y técnicamente viable -verificable en cada una de las estructuras típicas del grupo-, esa recuperación de la actividad orgánica como objeto de tutela no supone ganancia alguna con respecto a los planteamientos de quienes trabajan con la idea de los bienes “espiritualizados”, mostrándose como un criterio formal y ambiguo, que deja sin definir la estructura material que pueden adoptar los tipos y que, dependiendo su alcance, podría conducir a equiparaciones punitivas contrarias al principio de equidad²⁷. Esas objeciones pesan especialmente sobre la sistematización del grupo presentada por Mir Puig, que reúne en torno a la etiqueta “delitos de lesión” a figuras en cuya estructura las posiciones ocupadas por los ciudadanos con respecto al ejercicio de la función pública son muy diferentes, al propio tiempo que cataloga como “delito de peligro” a los nombramientos ilegales, que en puridad no suponen sino una modalidad específica de prevaricación, es decir, de un ilícito “lesivo” con arreglo a su sistema.

2. LA RECONDUCCIÓN DE LOS ILÍCITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA A LA CATEGORÍA DE LA DELINCUENCIA PLURIOFENSIVA. EXPOSICIÓN DE LA TESIS Y VALORACIÓN CRÍTICA.

Otro de los expedientes técnicos que permitiría hacer efectivas las exigencias de concreción de los bienes institucionales consistiría en transmutar la naturaleza de las figuras implicadas, para hacer de ellas construcciones típicas pluriofensivas. El modelo a seguir sería el representado por el nuevo delito de abuso de oficio del artículo 323 del Código penal italiano, cuya reconstrucción como delito de resultado -identificado con la obten-

²⁶ Únicamente el tipo del artículo 417. 1, destinado a la revelación de secretos, contempla una agravación específica orientada en el sentido que se apunta en el texto.

²⁷ El correlato de una concepción material de los bienes jurídicos supraindividuales no se halla en el soslayamiento del principio de ofensividad propio de la intervención jurídico-penal, sino en el principio lógico que rige con carácter general para los delitos de peligro, a tenor del cual procede cualificar de peligrosa una agresión en la medida en que el riesgo que conduce pueda realizarse en un resultado de lesión.

ción de una ventaja patrimonial o con la producción de un daño para el particular- ha llevado a la Jurisprudencia de aquél país a traer al primer plano, junto con el interés público en el buen funcionamiento y transparencia de la Administración pública, el aquél en no verse perturbado en sus derechos Apor el comportamiento ilegítimo del funcionario público”²⁸.

Con constituir un intento loable por ofrecer una lectura sustancial o material de los tipos, esta tendencia choca con el concepto legal de buena parte de las figuras del grupo, que a lo sumo podría acomodarse a un esquema teórico de pluriofensividad “institucional”, al propio tiempo que deja sin respuesta el problema de la concreción del propio bien supra-individual. A esta propuesta, discutible ya técnicamente, cabrá achacarle, pues, su “reduccionismo”, el dejar en la sombra lo que verdaderamente debe ser aclarado de modo taxativo: cómo huir de una interpretación abstracta de los tipos penales del grupo. Paradójicamente, que ello es posible lo asume su propio patrocinador, Manes, cuando rechaza tanto las inclinaciones jurisprudenciales a considerar típica la recepción de dinero separada de un concreto acto “del cargo” apelando a su inidoneidad “para poner en peligro el buen funcionamiento (en la corrupción propia) y la imparcialidad (en la corrupción impropia) de la Administración”, como la extensión del tipo del cohecho a la recepción o aceptación de la promesa de favores indebidos por el mero ejercicio de la función o en consideración de la misma, en los términos que describe el artículo 426 del Código penal español²⁹.

3. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO “EL DESEMPEÑO DE LA ACTIVIDAD PÚBLICA”. EXPOSICIÓN DE LA TESIS Y VALORACIÓN CRÍTICA. TOMA DE POSTURA: RECONSTRUCCIÓN DE LOS DELITOS DEL TÍTULO XIX COMO DELITOS PROCEDIMENTALES. CONSIDERACIONES DOGMÁTICAS Y POLÍTICO-CRIMINALES SOBRE EL “PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO” COMO BIEN JURÍDICO-PENAL. ESTABLECIMIENTO DE SUS CRITERIOS DE AFECCIÓN.

Hace ya algunos años, Sainz de Robles Santa Cecilia apuntó una línea interpretativa que, a pesar de haber pasado desapercibida a la

²⁸ *Vid.* Manes, “Bien jurídico...”, cit.

²⁹ Todas las soluciones dirigidas a eliminar el requisito típico del “acto del cargo”, subraya este autor, abocan a interpretaciones alejadas de los parámetros de una “concreta ofensividad de los ilícitos”, sirviendo para sustentar la opción “por una tutela centrada más en la simple venalidad del cargo, en la calificación pública, que no en la efectiva corrección de la actividad desarrollada” (*op. loc. cit.*).

doctrina española, puede proporcionar, a la luz de las consideraciones desarrolladas, una idea general de la forma en que el legislador dispensa tutela penal a la Administración Pública. Sentado que la garantía del *ethos* funcional incumbe exclusivamente al Derecho disciplinario, señalaba esta autora, el único motivo que podría determinar el adelantamiento de la protección penal en este campo debería ser el peligro para el ejercicio de la función pública que incumbe a los funcionarios³⁰. Desarrollando esta afirmación, Sainz de Robles escribía que la caracterización general del grupo como infracciones de peligro abstracto tiene por base una determinada acepción de la noción de función pública, de la que el Derecho penal preservaría “el prestigio, es decir, la credibilidad frente a los ciudadanos”, lo que la convertiría “en un objeto jurídico cuya lesión sería difícilmente verificable y extremadamente gravosa para la comunidad”³¹. En cambio, proseguía, si el bien jurídico se identificase con el funcionamiento de la organización administrativa al servicio de los fines que le son propios, “las conductas deberían ser seleccionadas por la ley penal en atención a la amenaza, a la efectiva lesión o a la puesta en peligro para la función pública que signifique el comportamiento del funcionario, en tanto afecte de forma negativa y grave a su efectivo desarrollo”. La aplicación de ese coeficiente la llevaba a calificar como figuras de peligro abstracto a los delitos de abandono de funciones públicas y a los abusos contra la libertad sexual³², si bien éstos últimos -indicaba-, al contemplar expresamente la relación posible con la función de la solicitud realizada por el funcionario, podrían considerarse como de peligro hipotético³³. La simple admisión de regalos por el funcionario público “sin conexión necesaria con un acto relativo al ejercicio de su cargo”, por su parte, debería conceptuarse simplemente como una actitud “contraria a la probidad funcional”, cuya comprensión como figura de peligro hipotético reclamaría “la afirmación de la peligrosidad de las acciones que formalmente pudieran subsumirse en el tipo para determinar la actuación del funcionario público de forma contraria a su cargo”³⁴.

³⁰ Cfr. Sainz de Robles Santa Cecilia, *Contribución...*, cit., p. 281.

³¹ *Vid.* Sainz de Robles Santa Cecilia, *Contribución...*, cit., p. 280.

³² *Vid.* Sainz de Robles Santa Cecilia, *Contribución...*, cit., pp. 284 y 285.

³³ *Vid.* Sainz de Robles Santa Cecilia, *Contribución...*, cit., pp. 285 y 286.

³⁴ *Vid.* Sainz de Robles Santa Cecilia, *Contribución...*, cit., p. 287. Sin embargo, para esta autora el cohecho pasivo propio es un delito de lesión de la función pública (*op. cit.*, pp. 286 y 287).

Sainz de Robles Santa Cecilia plantea y define correctamente el problema. La teoría del bien jurídico no ofrece ningún impedimento insalvable para considerar que los tipos penales dirigidos a tutelar bienes supraindividuales no puedan examinarse satisfactoriamente a la luz de las teorías generales del injusto. Si únicamente puede concebirse una ofensa penal a la Administración Pública cuando se verifica un fenómeno de acumulación de conductas corruptas, ilícitas, abusivas, ello obedece a que aquélla no ha asumido todavía el rango de “bien jurídico-penal”, al no haberse sometido al necesario proceso de reducción y depuración conceptual. En realidad, la única perspectiva “dogmática” o “estructural” que le es propia a la técnica de tipificación sancionada por el legislador en materia de delitos contra la Administración Pública es la de la concreta descripción del bien jurídico. La definición del esquema ofensivo de estos delitos corre pareja, por ello, a la reivindicación de la “dignidad penal” de la Administración Pública, cuestión ésta especialmente polémica en la doctrina española y sobre la que conviene llevar a cabo en este momento unas consideraciones generales.

A nuestro modo de ver, los bienes jurídicos institucionales en juego en el Título XIX del Código penal español deben identificarse a través de referencias sociológicas, concretamente aferrándonos a la noción amplia de “procedimiento administrativo”, como conjunto de procedimientos decisorios -aquéllos que desembocan en una resolución administrativa-, de producción de normas con efecto vinculante para terceros -disposiciones administrativas, directivas o planes preparatorios- y de prestación efectiva, que desembocan en el otorgamiento de prestaciones administrativas y sociales³⁵. Todos los delitos que lo integran sancionan

³⁵ La concepción aquí expuesta y que he desarrollado en otro lugar (“El consentimiento del ofendido...”, cit., pp. 370 y ss.) enlaza con las consideraciones de Bustos Ramírez sobre la naturaleza del bien jurídico protegido por los delitos del Título VII del CPTR73 y con las propuestas promovidas por un sector de la doctrina italiana al tratar de ofrecer un modelo o esquema ideal de tipificación de los delitos dirigidos contra las organizaciones sociales. En opinión del primero, su aspiración era preservar “el ejercicio debido o correcto de la función administrativa, que resulta indispensable para el funcionamiento del sistema, y que consiste en dar vías procedimentales para que todos y cada uno de los miembros de la colectividad puedan resolver sus conflictos sociales o efectivizar sus intereses” (*Manual de Derecho penal. Parte Especial*, cit., p. 437). Para Mantovani la idoneidad de la Administración Pública para erigirse en objeto de la tutela penal viene siempre condicionada a su capacidad para ser objeto de “ofensa”, para resultar jurídicamente agredida, siendo consideraciones teleológicas,

modelos institucionales de (buen) funcionamiento de la Administración Pública sobre el plano de los procedimientos técnicos, contractuales, de producción de actos jurídicos o de producción de normas con arreglo a los que desarrolla sus funciones y dilucida sus relaciones jurídicas externas con los particulares -individuales o colectivos-, naturaleza “procedimental” que se justifica sobre el plano de su propia formulación normativa. Y ello, no tanto porque determinadas figuras pertenecientes al «núcleo duro» del grupo se sustancien en una manipulación o entorpecimiento de los actos definitivos o de trámite de un procedimiento administrativo -v. gr. la prevaricación (art. 404), los nombramientos ilegales (art. 405), el tráfico de influencias (arts. 428 y 429), el fraude (art. 436), las negociaciones y las actividades prohibidas a los funcionarios (arts. 439 y 441), los abusos en el ejercicio de la función (art. 443)-, sino, fundamentalmente, porque con arreglo a la técnica de tipificación adoptada por el legislador la competencia legalmente atribuida al funcionario delimita, al propio tiempo, su posición de poder y el ámbito o esfera de la función pública en que se produce o inserta la conducta delictiva. Ese sector de acción o actividad administrativa sobre el que la competencia se proyecta nos sitúa, de esta forma, frente a una realidad institucional muy precisa: aquellos procesos o sucesiones ordenadas de acciones en que se segmenta la función pública y que deben proporcionar transparencia, racionalidad y coordinación a toda la actuación de la Administración. Extraerlos y aislarlos sobre el plano conceptual nos muestra la matriz común que hace posible una síntesis de todas estas normas.

dogmáticas y garantistas las que aconsejarían poner en relación todos los abusos que puedan producirse en este terreno con cada una de las entidades que componen dicho “denominador abstracto”, o sea, con los actos procedentes de los órganos administrativos o con los “procedimientos singulares” (*Diritto penale. Parte Generale*, cit., p. 210, nota 13). También en Angioni está presente el punto de vista “procedimental”, que, sin embargo, se desliza claramente hacia el ya conocido planteamiento de la afección a la actividad del órgano o a la relación orgánica cuando trata de verificar su viabilidad formal en el Derecho positivo. Como bienes dinámico-funcionales -escribe- las Administraciones Pública y de Justicia adquieren la condición de bienes jurídico-penales sólo cuando las agresiones dirigidas contra sus actividades institucionales y procedimientos administrativos y judiciales comportan conjuntamente (o como consecuencia mediata) la ofensa de bienes individuales finales. Así, una simulación de delito únicamente revestiría relevancia jurídico-penal cuando, debido a la pérdida de tiempo ocasionada a los órganos encargados de la investigación, los sujetos interesados en los procesos retrasados o entorpecidos hubieran resultado efectivamente perjudicados. Cfr. *Contenuto e funzioni...*, cit., p. 103.

Hecha esa puntualización, dirigiremos nuestros esfuerzos a la fijación de los criterios de afección a dicho bien jurídico. Como sucede con todos los bienes institucionales, el relativo a los procedimientos administrativos se integra de elementos organizativos y funcionales íntimamente fusionados con los intereses individuales, a los que sirven de soporte. Sin embargo, como parte de la organización social dispuesta para la existencia y conservación de los bienes individuales, compone un objeto de tutela independiente, con densidad propia, susceptible de ser lesionado. Dicho con otras palabras, con su incriminación el legislador aspira a reforzar los mecanismos de acción de las organizaciones administrativas como instrumentos de protección, efectividad y garantía de los bienes jurídicos individuales de los administrados, pero su protección no puede confundirse con la salvaguarda de aquellos.

Con los resultados hasta aquí ganados tenemos, entonces, que el eventual tratamiento de los delitos contra la Administración Pública como figuras de peligro abstracto sólo podría sustentarse en específicas razones derivadas de la asunción de ese preconcepto de bien jurídico, el de “procedimiento administrativo”. Será atendiendo a la perspectiva que proporciona esa precisa referencia conceptual cómo podamos y debemos responder a la pregunta de si es posible clasificarlos como lesivos, de peligro concreto o de peligro abstracto. Pues bien, si ése es el sentido o la dirección que debe adoptar el proceso de reconstrucción del perfil ofensivo de estos ilícitos, la tarea no ofrece, frente a lo que cabría suponer, excesivas dificultades.

Las diversas tipologías de conductas descritas en los artículos 404 y siguientes vienen en consideración en tanto en cuanto a través de ellas se verifican injerencias ilícitas en los esquemas o modelos abstractos de actuación administrativa a los que se abre la competencia del funcionario. Cada uno de los perfiles de extralimitación que dibujan los tipos viene a representar un vicio o coeficiente de parcialidad, de ilegalidad, de ineficacia, que justifican las exigencias de tutela jurídico-penal pero a los que debe otorgárseles relevancia hermenéutica sólo en vía inductiva y mediata, es decir, tomando como referencia la “perversión” que son idóneos para producir en el procedimiento en que, caso por caso, se enmarca la actividad delictiva del funcionario. La trascendencia o significado de esa “perversión” nos dará la clave para catalogar adecuadamente las distintas situaciones que integran los tipos legales. La prevaricación, delito

de lesión por excelencia, se pone claramente en línea con las medidas preordenadas por la LRJPAC en orden a garantizar el contenido y vigencia del principio de legalidad en el procedimiento administrativo y a alejar cualquier pretensión de hacer de él una simple declaración retórica: las previsiones sobre medios de revisión o impugnación de los actos administrativos, sobre recursos y sobre revocación por motivos de legalidad. En cambio, el cohecho, el tráfico de influencias o los abusos contra la libertad sexual representan abusos que, incidiendo claramente en el proceso de valoración y ponderación de intereses a través del que la autoridad administrativa debe determinar el interés público, *sólo suponen un riesgo* de que el procedimiento que *vician* concluya con la producción de actos o actuaciones con un destinatario concreto o individualizado.

Es cierto que los delitos cometidos “en el ejercicio del cargo” suponen una materia particularmente compleja, en la que, junto a hipótesis de abuso en la realización de actividades jurídicas de emanación de actos formales, se acomodan figuras de infracción de deberes relacionados con el ejercicio de funciones públicas. Pero estamos persuadidos de que ésa es la línea de interpretación que debe mantenerse con relación a todos y cada uno de ellos. Cifrar el denominador común de los contenidos en el Capítulo IV del Título XIX, por ejemplo, en la correcta preservación y utilización de los medios o instrumentos esenciales para el cumplimiento de los fines propios de la Administración prepara su calificación como figuras de peligro, en las que lo único que permitiría “dar espesor” a la ofensa -en el sentido de posibilitar la articulación de un juicio de peligro para la actividad final del órgano- sería la trascendencia de los documentos e informaciones para el desempeño de la actividad pública. La comprensión de la infidelidad en la custodia de documentos como figura “procedimental” suministra nuevas pautas interpretativas. El cumplimiento de las mentadas funciones de preservación y utilización no se sustancia sino en un desarrollo expedito del procedimiento administrativo al que se halla incorporado el documento; luego, todas aquellas actuaciones materiales que equivalgan a una distorsión definitiva de aquél conducirán, por su propia naturaleza, una agresión lesiva, un atentado *destrutivo* del bien jurídico protegido. Del mismo modo, la malversación por sustracción de caudales públicos, la revelación de secretos o las exacciones ilegales traen consigo una desnaturalización de los poderes de gestión, de organización y de decisión reconocidos a los órganos admi-

nistrativos de tal calado que *abortan* sin remedio los procedimientos arbitrados para garantizar el desarrollo de la acción administrativa en los términos prescritos por la Constitución, afirmación que se corresponde con la naturaleza de delitos de lesión que debe atribuirseles.

En síntesis, un riguroso estudio de los presupuestos enunciados por cada uno de los tipos del Título XIX permite reconducir los delitos contra la Administración Pública a dos clase de abusos. En el cohecho, en el tráfico de influencias y en los abusos contra la libertad sexual se describen conductas típicas que preceden al ejercicio de la función pública, en el sentido de que tienen por objeto la realización futura de un acto de la función. En consonancia con ello, no resultará forzado admitir que constituyen delitos de peligro para el procedimiento administrativo en que se enmarcan, entendiendo por peligro el riesgo de que se produzcan o realicen actuaciones administrativas viciadas, ilegales. La prevaricación, los nombramientos ilegales, la revelación de secretos, las exacciones ilegales, la malversación de fondos públicos... consisten ya, en cambio, en “malos ejercicios” de la función, esto es, en comportamientos o prácticas que, independientemente de que sustancien o no en actos o actuaciones típicas de Derecho público, no cabe considerar sino -por el modo o medio empleado para delinquir- como expresiones de un desarrollo irregular, incorrecto, ilegal, abusivo, de los procedimientos administrativos.

4. EL PERFIL OFENSIVO DEL DELITO DE COHECHO.

Tras la emergencia de la corrupción como fenómeno “sistemático”, la literatura especializada ha cargado las tintas sobre la dimensión político-criminal del fenómeno, ofreciendo alternativas de criminalización no siempre asumibles en el terreno de la dogmática. En este sentido resulta, no puede no resultar, cuando menos, curioso constatar que, frente a la enorme diversidad de fundamentaciones y concreciones conceptuales de que tradicionalmente ha sido objeto el interés tutelado por el cohecho, existe un punto sobre el que las modernas elaboraciones del peligro parecen estar de acuerdo: la cuestión del contenido de injusto de cada una de las conductas que le dan vida guarda, ante todo, relación con la noción de peligro abstracto. En línea con las objeciones político-criminales esgrimidas contra la teoría de los bienes jurídicos espiritualizados,

vamos a recusar aquí, sin embargo, la concepción del cohecho como delito *peligroso* por su valor “expresivo”. Edificaremos, bien al contrario, su disciplina penal sobre la premisa de que la solicitud, la aceptación o la recepción de una dádiva concretan una ofensa efectiva, real, al bien jurídico protegido por el delito. Además de las antedichas razones materiales, en apoyo de esa configuración puede invocarse, como veremos, su régimen jurídico-positivo en el Derecho español.

Comenzando por el capítulo de las críticas, hay que decir que la tesis de Loos supone un paso atrás en términos de vigencia de los principios garantistas del Derecho penal, teniendo en cuenta que si la tutela de la “confianza” de los particulares y de la “capacidad funcional” de la Administración se justifica, a su vez, con el objetivo de evitar el peligro indeterminado de debilitamiento o desaparición del poder público, el cohecho pasivo debería calificarse como un delito de “peligro del peligro”³⁶. En su exposición se identifica, por otra parte, una de esas peticiones de principio a las que no resulta ajena la construcción dogmática de los delitos de los funcionarios, al sostenerse precisamente lo que debiera ser objeto de demostración: que la solicitud de dádiva pertenece a una especie particular de conductas típicas que se distingue de las dirigidas contra bienes individuales en que portan una peligrosidad “virtual”, determinada por la eventual propagación de corruptelas que terminen por minar la confianza de la ciudadanía en el sistema político-administrativo por el que se rige. Finalmente, también debe quedar claro, en prevención de malentendidos, que la concepción que asimila el bien jurídico del cohecho a la “confianza o credibilidad del Estado ante la colectividad” como presupuesto esencial para salvaguardar las condiciones necesarias para su “buen funcionamiento” y para garantizar su “eficacia o capacidad de intervención para la realización de las finalidades que le están atribuidas” *no conduce necesariamente a su construcción como un delito de peligro abstracto*. De hecho, algunos de los autores que la secundan lo conceptúan, implícita o explícitamente, como un delito de lesión, argumentando que en cualquiera de sus modalidades (propia o impropia, antecedente o subsiguiente) se verifica un efectivo perjuicio de la dignidad y del pres-

³⁶ Cfr. A. M. Almeida Costa, “Sobre o crime de corrupçao”, *BFDUC*, Numero especial, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, 1984, Tomo I, p. 140.

tigio del poder público y, consecuentemente, una quiebra de la confianza depositada por la ciudadanía en la Administración³⁷.

Estas breves observaciones nos sirven para acercarnos a otros modelos constructivos del cohecho alejado del planteamiento de Loos y que, enfrentados a la alternativa de calificarlo como delito de “peligro” o de “lesión”, traslucen el propósito de encontrar un criterio material que permita delimitar ambas formas de injusto.

La primera de las tesis en la que queremos detenernos, avanzada por Binding, sostiene que con el cohecho pasivo se sanciona la “falsificación o adulteración de la voluntad del Estado”, falsificación que se concretaría en la realización por el funcionario de los actos “ilícitos” objeto del convenio³⁸. De las palabras de Binding se deduce que el bien jurídico característico del cohecho propio resultaría lesionado con la conducta del funcionario viciada por el soborno, implicando la puesta en práctica de las conductas típicas de aceptar o solicitar la dádiva su mera puesta en

³⁷ *Vid.*, por ejemplo, H. Schröder, “Das Rechtsgut der Bestechungsdelikte und die Bestechlichkeit des Ermessensbeamten”, *GA*, 1961, pp. 291 y 292. También Corcoy Bidasolo considera al cohecho o a la prevaricación figuras idóneas para producir una lesión -entendida como afectación- de la confianza del ciudadano “en el buen funcionamiento de las instituciones”, en la que cifra el bien jurídico protegido por todos los delitos contra la Administración Pública (*Delitos de peligro...*, cit., p. 220). Por lo demás, el planteamiento de esta autora tropieza con los mismos problemas dogmáticos y político-criminales que la teoría de los delitos acumulativos, pese a que sus presupuestos teóricos son diferentes, toda vez que en su opinión los delitos de peligro abstracto “sólo están legitimados si, en todos ellos, se trata de proteger un bien jurídico supraindividual, del que se pruebe, en el caso concreto, que ha sido puesto en peligro *ex ante* y que ha resultado lesionado, desde una perspectiva *ex post*” (*op. cit.*, pp. 217 y 218). Contradiciendo lo afirmado por ella, la “desconfianza” no representa una magnitud capaz de expresar con objetividad y nitidez el “daño” que se deriva de estas infracciones, resultando difícil explicarse, además, cómo podrían hacerse valer con relación a ella los criterios de medición del desvalor del injusto y de la mayor o menor gravedad “de la afectación” que la propia Corcoy propone como adecuados para determinar la relevancia jurídico-penal de una conducta (*op. cit.*, pp. 224 y 225). Por otra parte, sus reflexiones llevan a preguntarse por qué no habrían de acceder al estatuto jurídico-penal de la función pública todas aquellas faltas disciplinarias dolosas cuya realización pueda incidir de alguna manera en las relaciones entre la ciudadanía y la Administración Pública y motivar, por ello, a través del consabido proceso de reiteraciones, el descrédito y desprestigio de ésta.

³⁸ Cfr. K. Binding, *Handbuch des Strafrechts*, Band I, Leipzig, 1885, pp. 712 y ss. Adoptan este punto de vista P. Bockelmann, “Literaturbericht”, *ZstW*, 72. Band, 1960, p. 257; E. Schmidt, *Die Bestechungstatbestände in der höchstrichterlichen Rechtsprechung von 1879 bis 1959*, München, Berlin, 1960, p. 149.

peligro concreto³⁹. En cambio, la responsabilidad penal por un cohecho “impropio” se justificaría en que la lesión del *ethos*, que no supone en su planteamiento un bien jurídico independiente, envolvería el riesgo de realización de futuras Aprevaricaciones”⁴⁰. La comprensión y el esclarecimiento de la esencia del cohecho que se siguen de la adopción de este punto de vista contrastan abiertamente, como puede verse, con el planteamiento de Loos, que presenta al cohecho como instrumento de prevención, ya no de la práctica de actos ilícitos por los empleados públicos, sino la creación de un clima de venalidad que podría abocar, en un futuro, a la ejecución de los mismos.

La segunda lectura que vamos a traer a colación sitúa el fundamento del cohecho en un abuso de la posición oficial o de las facultades inherentes a la misma, lo que lo configura en todos los supuestos -incluidos los abarcados por el cohecho impropio- como un delito de lesión; una lesión que se verificaría en el momento en que el funcionario violase la “autonomía intencional de la Administración” y en orden a la cual ni la naturaleza del acto al que hace relación el acuerdo ni su efectiva realización desempeñarían papel significativo alguno⁴¹. Esta construcción es defendida en la doctrina española por Rodríguez Puerta, para quien el cohecho previene el menoscabo del principio de imparcialidad, que se produciría “en el momento en que se constata un ‘acuerdo’ o ‘trato’ dirigido a situar al funcionario en una posición ‘parcial’ respecto a su futura toma de decisión”⁴². Con arreglo a este entendimiento, la modalidad básica del cohecho vendría integrada por las hipótesis en que el acuerdo persigue la obtención de un acto conforme a Derecho de naturaleza discrecional (art. 425), mientras que las restantes formas deberían examinarse como agravadas (arts. 419, 420 y 421), puesto que en ellas el acuerdo o intento de acuerdo entre funcionario y particular, además de lesionar el principio de imparcialidad, pondría en peligro el principio de

³⁹ Cfr. Binding, *op. cit.*, pp. 730 y 731.

⁴⁰ Cfr. Binding, *op. loc. cit.*

⁴¹ Vid. F. Geerds, *Über den Unrechtsgehalt der Bestechungsdelikte und seine Konsequenzen für Rechtsprechung und Gesetzgebung: eine strafrechtliche und kriminologische Studie*, Tübingen, 1961, p. 49; Almeida Costa, “Sobre o crime...”, cit., pp. 145 y 146.

⁴² Vid. Rodríguez Puerta, *El delito de cohecho...*, cit., p. 134.

legalidad, al resultar el acto o comportamiento “vendidos” una infracción del ordenamiento jurídico⁴³.

La vía interpretativa que aquí se propone apenas diverge, en cuanto a presupuestos materiales y formulación, de la propuesta de Binding. Eso sí, en lugar de apuntar a la “autonomía intencional” del Estado como núcleo del injusto, lo hace a la idea de la manipulación o violación de los procedimientos de actuación administrativa. Efectivamente, en nuestra opinión el bien jurídico del cohecho reside en la imparcialidad de los procedimientos administrativos, lesionada con la ejecución del “acto” del funcionario público al que se dirige la dádiva. La omisión o la efectiva realización de la actividad prometida por el funcionario no representan, entonces, meras circunstancias que aumentan o disminuyen la gravedad de la infracción. Su piedra angular no se halla en el hecho de “mercadear”, sin más, con el cargo, sino en hacerlo con los actos públicos integrados en la esfera competencial del funcionario. Este cambio de perspectiva supone abandonar la referencia del proceso de adopción de las decisiones públicas para concentrar nuestra atención en el acto a cuya emanación se orientan los contactos espurios mantenidos por el funcionario competente con la ciudadanía. El mentado principio de imparcialidad no mirará, pues, a la “autonomía intencional” de los funcionarios, sino a la ausencia de interferencias en los singulares -determinados o determinables- actos adoptados por ellos; y no se lesiona cuando se logra alterar su posición imparcial, sino cuando en el tráfico jurídico aparece un acto objetivamente contrario al ordenamiento jurídico.

Es a la luz de este planteamiento cómo adquiere sentido la distinta penalidad de las conductas tipificadas en los artículos 419 y 421 con respecto a la forma de cohecho cuyo objeto es un acto injusto (art. 420), al suponer un plus de desvalor, con la mirada puesta en los requerimientos propios del principio de imparcialidad, la circunstancia de que el acto o decisión al que se compromete el funcionario tenga carácter delictivo. Ciertamente, el artículo 419 no exige que el delito objeto del cohecho se realice, sino únicamente que el autor se manifieste dispuesto a llevarlo a cabo, pero en esa disposición debe verse antes que nada el coeficiente que debe conducir el juicio sobre la peligrosidad de la conducta, de tal forma que la efectiva lesión del bien jurídico vendría remitida al momen-

⁴³ Cfr. Rodríguez Puerta, *op. cit.*, p. 140.

to de la efectiva adopción del acto comprometido, en el que la entrada en juego de ulteriores bienes jurídicos forzará la aplicación de la técnica del concurso de delitos.

Salta a la vista, entonces, que todas las modalidades de cohecho de los artículos 425 y 426 difieren materialmente de las de los artículos 419, 420 y 421. Cuando el objeto del acuerdo es un acto conforme a derecho o un acto discrecional en orden al cual el único elemento viciado es el juicio subjetivo de oportunidad del funcionario no cabe sino apelar a los riesgos que conlleva la incidencia de la recepción de gratificaciones en los futuros procesos de toma de decisiones por parte de los funcionarios públicos. En el marco del artículo 425, la mera colocación del funcionario en una posición parcial con respecto a su futura decisión no constituye base suficiente para poder hablar de otra cosa que de un delito de peligro abstracto para la imparcialidad de los procedimientos administrativos, pues la esencia del cohecho -repetimos- no radica en la alteración del proceso de decisión del funcionario, sino en la plasmación de dicha alteración en la emanación de actos viciados. Aquélla únicamente se verá comprometida en mayor medida cuando el acuerdo se dirige a la obtención de actos viciados por infracción de los elementos legalmente determinados o por el uso incorrecto de los poderes discrecionales, hipótesis en las que dichos actos podrán calificarse de injustos y enervarán la aplicación de los artículos 419 ó 420. Los dos incisos del artículo 426 se abren, respectivamente, a supuestos de mera reprobabilidad y a modalidades “menos graves” de concusión, en las que el funcionario no extorsiona o engaña sino que se limita a aprovecharse del error del particular y que reproducen el perfil ofensivo -como delito procedimental- de aquélla⁴⁴. Finalmente, reducida su esfera de acción a los supuestos en los que, pese a haberse producido un acuerdo entre funcionario y particular previo a la ejecución del acto, sólo ha quedado acreditada la entrega de la dádiva o presente con posterioridad a la ejecución del acto contrapartida de la misma⁴⁵, no parecen surgir mayores problemas en trasladar el esquema que ya conocemos al a la figura del cohecho “subsiguiente” del artículo 425.

⁴⁴ Cfr. Rodríguez Puerta, *op. cit.*, pp. 273 y ss.

⁴⁵ *Vid.* E. Orts Berenguer, / I. Valeije Álvarez, en Vives Antón (coord.), *Comentarios al Código penal de 1995*, Vol. II, cit., p. 1837.



CAPÍTULO III

EL RÉGIMEN JURÍDICO-PENAL DEL “INSTRUMENTO DOLOSO NO CUALIFICADO” EN EL ÁMBITO DE LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. RECURSOS Y TÉCNICAS LEGALES.

A. DETERMINACIONES PREVIAS.

El de la impunidad de la denominada “autoría mediata con instrumento doloso no cualificado” -*extraneus* inducido por un *intraneus* para que ejecute, de acuerdo con los requisitos intelectuales y volitivos exigidos por el dolo, la acción típica de un delito especial propio- constituye uno de los principales problemas dogmáticos y político-criminales que debe enfrentar la teoría de la participación criminal¹. Es imprescindible dar noticia, sin embargo, de que en el Derecho penal de la función pública dicho instituto debe examinarse de un modo distinto al usual en otros ámbitos delictivos, al desafiar las particularidades de los tipos que lo conforman todo intento de resolver el problema con ayuda de teorías generales elaboradas de espaldas a ellos. Las soluciones adoptadas por el legislador a la hora de decidir las técnicas y criterios de tipificación de las figuras del Título XIX del Código penal español (v. gr. la equiparación legal de la ejecución personal de la acción al consentimiento, la promoción o el auxilio a su realización por parte de un particular, la correlación de los tipos con otros de sujeto indiferenciado, la previsión de sanciones

¹ Vid. las exposiciones y comentarios de F. - C. Schroeder, *Der Täter hinter dem Täter*, Berlin, 1965, pp. 81 y ss. G. Rodríguez Mourullo, “El autor mediato en Derecho penal español”, *ADPCP*, Tomo XXII, 1969, pp. 570 y ss.; Gimbernat Ordeig, *Autor y cómplice...*, cit., pp. 260 y ss.; Quintero Olivares, *Los delitos especiales...*, cit., p. 99; L. F. Ruiz Antón, *El agente provocador en Derecho penal*, Madrid, 1982, p. 167; H.-J. Hirsch, “Acerca de los límites de la autoría mediata”, trad. del alemán de E. Sola Reche / M. Klein, en *Presupuestos para la Reforma penal*, Santa Cruz de Tenerife, 1992, pp. 111 y 112; J. U. Hernández Plasencia, *La autoría mediata en Derecho penal*, Granada 1996, pp. 309 y ss.; López Barja de Quiroga, *Autoría y participación*, cit., pp. 58 y 59; N. J. de la Mata Barranco, “La participación del funcionario público en delitos comunes y especiales. Autoría y cooperación. Toma de decisiones en órganos colegiados”, en A. Asúa Batarríta (ed.), *Delitos contra la Administración Pública*, Bilbao, 1997, pp. 110 y 111; M^a C. Gómez Rivero, *La inducción a cometer*, Valencia, 1995, pp. 146 y ss.; López Peregrín, *La complicidad...*, cit., pp. 88 y ss.; C. Bolea Bardón, *Autoría mediata en Derecho penal*, Valencia, 2000, pp. 403 y ss.

específicas para el particular ejecutor, la conversión de la realización típica del funcionario en un presupuesto necesario de la del particular, la propia ineficacia del “instrumento” para poner por obra las conductas típicas de la prevaricación y de los nombramientos ilegales) cambian sustancialmente, en efecto, el sentido y escenario del debate, al difuminar considerablemente su trascendencia práctica³. Situado ante los

³Efectivamente, en buena parte de las estructuras típicas del Título XIX la cualidad de autor viene asociada a sus facultades o condiciones para “hacer accesible” al *extraneus*, mediante el uso de su posición especial, la agresión al bien jurídico. La malversación, el cohecho, las exacciones ilegales... son delitos *de autoría mediata*, en el bien entendido de que con esa expresión pretende destacarse exclusivamente el dato de que su único y exclusivo protagonista -el funcionario- puede perpetrarlos a través de un *extraneus*, toda vez que, con la mirada puesta en el devenir fáctico, lo que presuponen es la existencia de una relación paritaria entre el funcionario y el intermediario, no una genuina instrumentalización del segundo. Por otra parte, con toda seguridad, es posible subsumir la conducta de quien ejecuta una sustracción de documentos (art. 413), una estafa o apropiación indebida (art. 438) o una solicitud sexual (arts. 443 y 444) en un tipo que no requiere cualidad personal especial alguna, y considerar, por lo tanto, como inductor al funcionario, cuya responsabilidad podrá venir exacerbada, además, por la cláusula de agravación prevista en el artículo 22. 7º, cuando, para conseguir la lesión del bien jurídico institucional por el no cualificado, instrumentalice cualquiera de las situaciones jurídicas inherentes a sus relaciones orgánica o de servicios (v. gr. manejo de recursos materiales y financieros, conocimientos técnicos). En otros casos, la capacidad previsor de la ley se manifiesta en la elevación de la intervención del particular a la categoría de delito independiente, como sucede, por ejemplo, con el aprovechamiento de la información privilegiada aportada por el funcionario (art. 418), con el intento de corromper a las autoridades o funcionarios (art. 423) y con el ejercicio de influencia sobre funcionarios o autoridades (art. 429). Por último, la propia naturaleza de la conducta típica, que hace de la realización delictiva del funcionario el presupuesto necesario de la del particular (art. 417), o el patrón técnico al que se ajusta la descripción de los medios comisivos (art. 436), permiten ocasionalmente seguir sustentando la calificación de autor para el funcionario, a pesar de ser el “instrumento” el que conduce el ataque contra el bien jurídico. En punto a la última de las figuras citadas, el fraude funcional, resultan decisivos -nuevamente- los criterios de tipificación de la conducta. Desaparecido del tipo del artículo 436 el inciso “directa o indirectamente” que acompañaba al comportamiento típico de “interesarse” en el artículo 400 CPTR73, el concierto con intermediario tendrá cabida ahora dentro del concepto de “uso de cualquier otro artificio para defraudar”, con el que se concreta la segunda modalidad de la acción punible. Como explica J. Catalán Sender, dicha referencia representa “una cláusula abierta” que incluiría todas las modalidades de acción que no consistan directamente en un acuerdo entre el funcionario y el interesado “o que consistan en tal pero entre funcionarios, entre autoridades o entre ambos” (“Nuevos perfiles del delito de fraude funcional en el Código penal de 1995”, en *AP*, 1998-1, p. 79). Destacan la importancia de estas disposiciones en orden a salvar inadmisibles situaciones de impunidad, Antón Oneca, *Derecho penal*, cit., pp. 470 y 471; Rodríguez Devesa / Serrano Gómez, *Derecho*

diversos expedientes empleados para incriminar comportamientos de estructura piramidal, al intérprete deberá interesarse por ponderar su factura técnica -su mayor o menor facilidad de adaptación al fenómeno- y por identificar las finalidades político-criminales a las que responden. Obtenida una imagen precisa de la incidencia y significado del instrumento doloso no cualificado en este campo, nos pronunciaremos sobre las posibilidades de paliar las lagunas de punibilidad que motivaron su desarrollo sin forzamientos del sentido literal o valorativo de los tipos en que puedan presentarse.

B. ANÁLISIS DE LAS CLÁUSULAS DE TIPIFICACIÓN DE LOS COMPORTAMIENTOS DE ESTRUCTURA TRIANGULAR EN EL TÍTULO XIX DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL.

I. LA TIPIFICACIÓN DE DELITOS DE OMISIÓN Y RESULTADO CON EQUIVALENCIA COMISIVA: EL MODELO DE LA MALVERSACIÓN POR SUSTRACCIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS (ART. 432 CP).

La conducta típica del delito de participación necesaria del artículo 432 representa el mejor ejemplo de lo que silva Sánchez denomina omisiones legalmente tipificadas en tipos “de descripción negativa” expresada en “redacciones de naturaleza positiva”³. Pero además, para un sector de la doctrina pertenece a aquella clase de realizaciones referidas a un resultado que aparecen como equivalentes a las correspondientes comisiones activas, o sea, a las que es posible atribuir el resultado no evitado en los mismos términos que a los comportamientos con los que se genera el riesgo activo de producción del mismo. En esa dirección se orienta el propio Silva Sánchez, cuando escribe que el art. 11 “debe aplicarse como criterio rector de la interpretación de los preceptos que -como el que nos ocupa- sí prevén la modalidad omisiva de realización típica”⁴, así como,

penal español. Parte General, cit., p. 801; Hernández Plasencia, *La autoría mediata...*, cit., p. 317; Gómez Rivero, *La inducción...*, p. 152; López Peregrín, *La complicidad...*, cit., pp. 90 y 91, nota 52; de la Mata Barranco, “La participación del funcionario público...”, cit., pp. 101 y 102; Bolea Bardón, *Autoría mediata...*, cit., pp. 427 y 428.

³Cfr. J. M^a Silva Sánchez, *El delito de omisión, concepto y sistema*, Barcelona, 1986, p. 277 y nota 277.

⁴Cfr. J. M^a Silva Sánchez, *El Nuevo código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona, 1997, p. 70.

en general, todos los autores que entienden que la valoración legal que corresponde al consentimiento a la sustracción de caudales públicos es la de la comisión por omisión⁵.

La equiparación punitiva a que se someten ambas formas comisivas invita a considerar, efectivamente, que el legislador tiene en mente una realización omisiva estructural y materialmente idéntica a la comisiva, pues de lo contrario asistiríamos a una contravención de la exigencia -de justicia material y teleológico-valorativa- de que los delitos activos recibieran una mayor punición que los de omisión pura. Con todo, deben sopesarse cuidadosamente las consecuencias a que conduciría un desarrollo coherente de este planteamiento, pues si para poner por obra esta modalidad de malversación no bastase con la aquiescencia mostrada por el funcionario, en buena lid, buena parte de los supuestos que la doctrina y la Jurisprudencia han venido calificando con arreglo a ella deberían remitirse al marco punitivo del delito patrimonial común realizado por el particular, so pena de incurrir en una transgresión del principio de sobrevaloración del aporte representado por su omisión de intervenir en defensa del patrimonio público⁶. En este punto, y a título meramente ilustrativo, pueden traerse a colación las SSTs de 5 de junio de 1998 y de 30 de octubre de 1998, que castigan la introducción de datos en un orde-

⁵ Vid. E. Gimbernat Ordeig, "La omisión impropia en la dogmática penal alemana", *ADPCP*, Tomo L, 1997, pp. 80 y 81; Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte Especial*, cit., p. 977; Orts Berenguer, en Vives Antón (dir.), *Comentarios al Código penal de 1995*, Vol. II, cit., p. 1854; R. Entrena Fabrè, *El delito de malversación*, Valencia, 1999, p. 69; L. Roca Agapito, *El delito de malversación de caudales públicos*, Barcelona, 1999, pp. 178 y ss.; Castro Moreno, *La malversación de caudales...*, cit., pp. 224 y 225. Vigente el CPTR73, se pronunciaban en el mismo sentido, Suárez Montes, "El delito de malversación...", cit., p. 850; Olesa Muñido, "El delito de malversación...", cit., p. 653; Zabalegui Muñoz, "La malversación de caudales públicos...", cit., pp. 175 y 176; N. J. de la Mata Barranco / X. Etxebarria Zarrabeitia, *Malversación y lesión del patrimonio público. Apropriación, distracción y desviación por funcionario, de caudales públicos*, Barcelona, 1995, p. 24. Subrayan lo irrelevante de que la contribución del funcionario tome cuerpo en una acción positiva o en un "mero omitir", Suárez Montes, "El delito de malversación...", cit., p. 847; de la Mata Barranco / Etxebarria Zarrabeitia, *Malversación y lesión...*, cit., p. 24, nota 30; Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte Especial*, cit., p. 977; Roca Agapito, *El delito de malversación...*, cit., p. 180. En contra, Castro Moreno, *La malversación...*, cit., p. 221, para quien "cuando el funcionario realiza actos positivos y no meramente omisivos, en la medida en que éstos sean de carácter esencial, deberá responder como autor (dominio funcional del hecho) de la modalidad activa de malversación apropiativa".

⁶ Sobre ello Vid. el apartado C. 2 de este mismo Capítulo.

nador para que éste operase la orden de pago falseada, conducta en la que no podría verse otra cosa que una cooperación necesaria a la apropiación de los caudales públicos⁷. A ello debe añadirse que en ausencia de dicho precepto el funcionario nunca podría ser considerado autor en comisión por omisión de malversación, al no ser la expresión “consentir que otro sustraiga” lingüísticamente equiparable a la de “sustraer”.

En consideración a ambos datos, vamos a secundar la línea interpretativa marcada por quienes prefieren hablar aquí de una dejación de un deber jurídico-público de custodia constitutiva de una forma de participación y elevada a la consideración de delito independiente⁸. Así las cosas, las razones para la precitada equiparación punitiva se ofrecen, como indica Muñoz Conde, complejas y orientadas más al terreno de las consecuencias político-criminales que al dogmático⁹. Probablemente, además del dato de que ambas modalidades acarrearán idéntico perjuicio para el erario público, en el ánimo del legislador ha prevalecido el empeño en evitar que la mayor parte de las conductas que en la práctica dan vida al tipo queden sometidas a las reglas generales de la participación, lo que se saldaría con un régimen punitivo mucho más favorable o incluso con su impunidad, por ejemplo por tener su autor material un crédito pendiente con la Administración¹⁰. Queda claro, entonces, que una de las figuras que se identifica en el sustrato del precepto es la del instrumento del instrumento doloso no cualificado, tal y como acreditan, por otra parte, determinados detalles técnicos de la regulación que contiene. El primero y más significativo de ellos, la permanencia extramuros del régimen penal de la malversación de los supuestos en que el funcionario consiente la realización de una sustracción a un tercero que carece de ánimo de lucro, ya sea conociendo dicho extremo, ya pensando erróneamente que sí actuaba con él. Revelador es, también, el dato de que el tipo

⁷ Vid. Morales García, *Los delitos de malversación...*, cit., p. 282, nota 134.

⁸ Vid. Catalán Sender, *Los delitos cometidos por autoridades...*, cit., p. 1572; Muñoz Cuesta, “El delito de malversación”, cit., p. 1572; Morales García, *Los delitos de malversación...*, cit., p. 281.

⁹ Cfr. Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte Especial*, cit., p. 977.

¹⁰ En este sentido, entre otros, Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte Especial*, cit., p. 977; de la Mata Barranco / Etxebarria Zarrabeitia, *Malversación y lesión...*, cit., p. 24; Entrena Fabrè, *El delito de malversación*, cit., pp. 69 y 79; Morales García, *Los delitos de malversación...*, cit., pp. 281 y 282.

no presupone connivencia alguna entre el funcionario y el autor material del despojo¹¹, cabiendo incluso la posibilidad, como apunta Orts Berenguer, de que no se conozcan o de que aquél preste su anuencia a la actuación de un sujeto indeterminado¹².

Con todo, hay que reiterar que la conducta de “consentir” la sustracción no se modela exactamente sobre la idea de la inducción, asistiéndose, por ello, a ciertos desajustes que aconsejan examinar con prudencia la tesis de recurrir a este tipo de cláusulas para disciplinar el fenómeno del instrumento doloso no cualificado. Si ya en el propio marco de la malversación podría resultar discutible reservar el mismo tratamiento punitivo a todas las hipótesis de inducción o cooperación necesaria y complicidad, las diferencias dogmáticas y estructurales existentes entre aquella y otras figuras de sujeto restringido justificarán, probablemente, que el legislador preste la habitual atención a la distinta relevancia de la aportación del sujeto especial para que la conducta típica pueda materializarse de forma efectiva.

2. LA INCLUSIÓN EN EL TIPO DE CLÁUSULAS DE REALIZACIÓN “INDIRECTA” DE LA CONDUCTA. EL MODELO DE LAS EXACCIONES ILEGALES (ART. 437 CP).

El artículo 437 castiga, “sin perjuicio de los reintegros a que viniere obligado, con las penas de multa de seis a veinticuatro meses y de suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a cuatro años” a la autoridad o funcionario público “que exigiere, directa o indirectamente, derechos, tarifas por aranceles o minutas que no sean debidos o en cuantía mayor a la legalmente señalada”. Nuestro objetivo es desentrañar el significado técnico y político-criminal de la referencia normativa “directa o indirectamente”, a cuyo efecto deberemos rastrear los elementos de que hace acopio el tipo para establecer la naturaleza y modalidades del delito.

¹¹ Cfr. Morales García, *Los delitos de malversación...*, cit., p. 282, nota 132; Castro Moreno, *La malversación...*, cit., p. 229.

¹² Cfr. Orts Berenguer, en Vives Antón (dir.), *Comentarios al Código penal de 1995*, Vol. II, cit., p. 1854. Debe concederse, no obstante, que difícilmente obrará con ánimo de lucro un funcionario con concertado con el sustractor, tal y como reconoce Castro Moreno (*La malversación...*, cit., p. 230). Con todo, este autor no deja de proponer un supuesto fáctico a calificar, con toda propiedad, con arreglo al artículo 432: el de un funcionario que consiente al abrigar la esperanza de que el tercero comparta con él la ganancia (*op. cit.*, p. 231).

El primero y más importante de ellos es el término que expresa la conducta típica del delito: “exigir”. Abundando en el tópico de las relaciones conceptuales entre las exacciones y el cohecho, un sector de la doctrina ha destacado que la distinción entre los comportamientos que dan vida a unas y a otro radica en el diverso grado de libertad que acusa la voluntad del sujeto pasivo de la conducta; más exactamente, en su actuación con plena consciencia y voluntad y sobre un plano de paridad con el funcionario al fin de obtener una ventaja, extremo que caracterizaría a todas las modalidades normativamente descritas de cohecho y sería extraño a la exacción. De seguirse esta lógica negativa, ésta última vendría en aplicación cuando, atendiendo a las circunstancias del hecho, el funcionario no transaccionase con su cargo o funciones para obtener un beneficio, sino que explotara de algún modo los temores o ideaciones del particular acerca de la posible realización de actos perjudiciales por su parte, incluidos o no en el ámbito de sus competencias. Su mecánica comisiva se situaría, entonces, en el abuso por el funcionario de su situación de superioridad o supremacía, que dotaría al requerimiento de pago de rasgos coactivos, intimidatorios¹³. La mejor prueba de que ello es así, se indica, es que mientras el Código penal reserva la disciplina del cohecho activo para el partícipe en el *pactum sceleris*, el único responsable del delito del artículo 437 es el funcionario público¹⁴. En el momento en que el particular -conocedor del carácter indebido de la exigencia del funcionario- llegase con él a un acuerdo, dejaría de ser la víctima del delito, sometida a un proceso de atemorización psicológica que coarta su libertad de decisión, para convertirse en autor de un cohecho activo.

No compartimos enteramente este punto de vista, que no dispensa la debida atención al título que fundamenta el requerimiento de pago de

¹³ Vid. Mir Puig, *Los delitos contra la Administración Pública...*, cit., p. 347; Valeije Álvarez, *El tratamiento...*, cit., pp. 92 y 93; misma autora, “Aspectos problemáticos...”, cit., pp. 6535 y ss. En esa línea se pronuncian también Alonso Álamo y Etxebarria Zarrabeitia. La primera apunta que es el título de la percepción -si se exige como debida o como un presente o una dádiva- y no la naturaleza del acto lo que delimita ambas figuras (cfr. “Problemas político-legislativos...”, cit., p. 19). El segundo concluye que si el pago “se exige ligado a la realización de un acto que debiera practicar, o como recompensa del ya realizado, la conducta será de cohecho”, mientras que daría tipo al tipo del artículo 437 cuando no presentase “ningún componente teleológico” (cfr. “Fraudes y exacciones ilegales”, cit., p. 226).

¹⁴ Cfr. Valeije Álvarez, *El tratamiento...*, cit., p. 93.

los derechos, las tarifas por aranceles o las minutas: un servicio público al que el sujeto pasivo de la conducta tiene ya derecho sin necesidad de abonar una cantidad mayor que la que legalmente puede solicitársele o de entregarla cuando no concurren todos los presupuestos legales para exigirla. Así lo indican tanto los propios términos en que se expresa la descripción típica, cotejándolos por ejemplo con los de la del cohecho, como el régimen punitivo previsto por el legislador, que no invita a pensar que dicha prestación haya respondido o vaya a responder a un ejercicio ilegal del cargo. En el marco del artículo 437, el pago ilegalmente exigido tiene, por lo tanto, una causa típica en sí misma no contraria a Derecho, de forma que si la actividad conectada con la prestación económica solicitada se refiere a un acto ilícito nunca podría hablarse de exacción, con independencia de que la eventual entrega dineraria se justificase a partir del recelo acerca de lo que el funcionario podría hacer o de las maquinaciones que había urdido¹⁵. La conjunción de este criterio con el primeramente reseñado permite reservar a las exacciones un espacio lógico propio frente al radio de acción del cohecho de los artículos 419, 420, 421 y 425.

Tenemos para nosotros, sin embargo, que si el artículo 437 proporciona elementos conceptuales suficientes para delimitar los supuestos típicos de cohecho y de exacción, no hace lo propio cuando lo que se discute es la reconducción de los hechos a las tipologías de la exacción, de las amenazas o de la estafa. Y es en este punto en el que se muestra decisivo, determinante, como se verá a continuación, el sentido de la cláusula objeto de comentario.

Sin ser la única que le da contenido y sentido valorativo, la nota de la “intimidación” nos descubre el primer gran ámbito de vigencia material de las exacciones ilegales¹⁶. Además de una interpretación literal del precepto, argumentos dogmáticos y político-criminales abonan esta opción. Así, vincular la exigencia de pago de derechos superiores a los debidos o de derechos absolutamente inexigibles a una actitud intimidatoria del funcionario se compadece con la naturaleza jurídica de la

¹⁵ Introdúcen ese correctivo Crespo Barquero, en Serrano Butragueño (coord.), *Código penal de 1995 (Comentarios y jurisprudencia)*, cit., p. 1738; Morales Prats / Rodríguez Puerta, “Artículo 437”, cit., p. 1983.

¹⁶ Vid. Mir Puig, *Los delitos contra la Administración Pública...*, cit., p. 346.

exacción como delito cometido en el ejercicio de las competencias públicas para liquidar y ejecutar derechos contra el patrimonio de los ciudadanos⁷. Por otra parte, inclinarse por una concepción que margine estos supuestos determinaría la impunidad de los requerimientos de pago que no revistiesen carácter defraudatorio, habida cuenta de que la solicitud de las prestaciones mencionadas en el artículo 437 por la realización de un servicio conforme al ordenamiento jurídico no puede calificarse jurídicamente -como acaba de verse- de corrupción.

Dicho ello, lo cierto es que la autonomía típica de la exacción frente a los delitos de amenazas no puede obtenerse a partir de la clase de “intimidación” subyacente a la solicitud. En puridad, ésta podría asumir cualquier forma, siempre y cuando se mantenga inalterada la posición de preeminencia del funcionario sobre la que se asienta la primera de las modalidades del delito. Podrá tomar cuerpo, indudablemente, en la formulación explícita de la amenaza de un mal resultante de un acto u omisión conectados o no con el ejercicio de sus competencias, es decir, incluidos o no en la órbita de las atribuciones legales del cargo que desempeña. Pero la mayor parte de las conductas de requerimiento provocarán ya, de por sí, una suerte de *temor reverencialis* en los particulares, anudado a la cualidad de representante del Estado y a la dificultad de controlar “técnicamente” la licitud o ilicitud de sus decisiones. La mera solicitud podría inculcar, por consiguiente, la amenaza velada de que una respuesta negativa por parte del particular conllevará la no satisfacción de cualquier pretensión legítima por su parte o la obstaculización de las gestiones que vaya a promover o haya promovido. Estos últimos supuestos vienen a inscribirse en una zona gris de las relaciones entre los dos delitos, consecuencia no tanto de la poca precisión del legislador a la hora de tipificar sus respectivas esferas de operatividad, como de esa coacción inherente al funcionamiento ordinario de los aparatos del Estado, esto es, al sentimiento de confrontación al que los particulares difícilmente lograrán sustraerse en sus relaciones con los funcionarios públicos.

⁷ Destacan la nota de la competencia del autor para realizar la acción conminada en el tipo Etxebarria Zarrabeitia, “Fraudes y exacciones ilegales”, cit., p. 222; Catalán Sender, *Los delitos cometidos por autoridades...*, cit., p. 341; Crespo Barquero, en Serrano Butragueño (coord.), *El Código penal de 1995 (Comentarios y jurisprudencia)*, cit., p. 1735; Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte Especial*, cit., p. 982; Mir Puig, *Los delitos contra la Administración Pública...*, cit., pp. 343 y 345.

Pero para que la “exigencia” encaje en el marco de las exacciones no es necesario que el particular sea consciente de lo indebido del requerimiento de pago. Llegamos así al segundo de los ámbitos de operatividad de la exacción: la reclamación acompañada de artificios engañosos puestos en marcha por el funcionario con la finalidad de allanar la voluntad del particular¹⁸. Además de inducirlo a error sobre la cuantía de lo debido o sobre la propia existencia de la deuda o su devengo y exigibilidad, cabe la posibilidad de que le haga creer que la prestación del servicio está condicionada al abono de ciertos derechos, siendo falsa tal circunstancia, o que la actividad que el propio particular requiere es ilegal, cuando se ajusta plenamente al ordenamiento jurídico. Y en todos estos supuestos el funcionario exige los derechos como “debidos”, no pareciendo que deban quedar relegados, sin más, al ámbito del artículo 438 CP¹⁹. En puridad, el tipo del artículo 437 únicamente se vería desplazado si el agente público, sin extorsionar ni engañar, se limitase a aprovecharse del error del particular al pensar que el servicio que había solicitado era injusto o que los derechos objeto de la exigencia de abono eran los que legalmente debía satisfacer para obtener la prestación de aquél. Dicho comportamiento se correspondería con la conducta de “admitir” una dádiva por realizar un acto de naturaleza reglada conforme a Derecho, tipificado en el inciso segundo del artículo 426, la única de las tipologías legales del cohecho con un régimen sancionatorio más leve que el de las exacciones ilegales²⁰.

¹⁸ Pueden encontrarse alusiones al elemento del engaño o fraude en Rodríguez Devesa / Serrano Gómez, *Derecho penal español. Parte Especial*, cit., p. 1203; Etxebarria Zarrabeitia, “Fraudes y exacciones ilegales”, cit., pp. 221 y 224; Catalán Sender, *Los delitos cometidos por autoridades...*, cit., p. 347; Mir Puig, *Los delitos contra la Administración Pública...*, cit., p. 346; Morales Prats / Rodríguez Puerta, “Artículo 437”, cit., pp. 1982 y 1983. Para Alonso Álamo, por el contrario, “la idea de fraude no pertenece a la esencia de las exacciones ilegales” (“Problemas políticolegislativos...”, cit., p. 18).

¹⁹ En contra, Morales Prats / Rodríguez Puerta, “Artículo 437”, cit., pp. 1982 y 1983.

²⁰ Ello permite contestar, además, a aquél sector de la doctrina que constata con extrañeza que las exacciones resultan menos severamente sancionadas que las hipótesis de cohecho, excepción hecha de los supuestos menos graves de cohecho pasivo impropio de los artículos 425. 11 y 426 (*Vid.* Olaizola Nogales, *El delito de cohecho*, cit., pp. 240 y 241). Si la contrariedad de la prestación del servicio público a los deberes del cargo implica automáticamente y por sí misma la degradación del título de la exacción al del cohecho propio, en buena lid, la del cohecho impropio es la única figura que hace relación a la concusión.

Es de la mano de estas consideraciones como puede conocerse el verdadero alcance de la referencia “directa o indirectamente” que acompaña a la conducta de “exigir” en la descripción típica del artículo 437. La afirmación -habitual en la doctrina²¹- de que alude tanto a las conductas fraudulentas o de requerimiento abierto, por una parte, como a las actuaciones directas y personales del funcionario o con intermediación de un tercero, por otra, supone trabajar con un esquema de “mínimos”. En realidad su inclusión responde a la pretensión del legislador de “abrir” las exacciones a soluciones concursales cuando, por las circunstancias que la rodean, la conducta de “exigir” sea ya punible como delito de amenazas o como estafa. Este criterio, defendible en la esfera del Derecho positivo, es, a mayor abundancia, el que mejor se armoniza con el régimen punitivo del precepto. La pena consignada en él (multa de seis a veinticuatro meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a cuatro años) se muestra absolutamente insuficiente para abarcar también las hipótesis en que el funcionario ha dado vida a un delito de amenazas, debiendo suscitarse en consecuencia el correspondiente concurso ideal de delitos. A su vez, calificar única y exclusivamente de *exactor ilegal* al agente público que exige el pago contribuyendo con su actuación a crear un error en el particular supondría reservarle una suerte de privilegio punitivo, puesto que el legislador disciplina en el artículo 438 un delito de estafa agravada castigado con las penas previstas para la estafa común del artículo 249 CP (prisión de seis meses a cuatro años) en su mitad superior e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años. La única técnica que permitiría contemplar todo el desvalor del hecho es, nuevamente, la del concurso ideal con una estafa consumada -de alcanzarse el pago- o en grado de tentativa -de rechazar el particular la exigencia-²².

²¹ Vid. Crespo Barquero, en Serrano Butragueño (coord.), *El Código penal de 1995 (Comentarios y jurisprudencia)*, cit., p. 1736; Orts Berenguer, en Vives Antón (coord.), *Comentarios al Código penal de 1995*, Vol. II, cit., p. 1864. Parecen reservar la cláusula exclusivamente para los casos en que el exactor se entienda con los perjudicados a través de un tercero, Catalán Sender, *Los delitos cometidos por autoridades...*, cit., pp. 342 y 343; Mir Puig, *Los delitos contra la Administración Pública...*, cit., p. 345; Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte Especial*, cit., p. 982; Etxebarria Zarrabeitia, “Fraudes y exacciones ilegales”, cit., p. 225. En la jurisprudencia, sobre la figura del intermediario en las exacciones pueden verse las SSTs de 16 de abril de 1891, de 20 de noviembre de 1884, de 28 de septiembre de 1965 y de 26 de octubre de 1967.

²² Vid., en este sentido, Alonso Álamo, “Problemas políticolegislativos...”, cit., pp. 20 y 21. La regla debe mantenerse, obviamente, de tratarse de una estafa constitutiva de falta

3. LA TIPIFICACIÓN DE LA REALIZACIÓN TÍPICA “POR PERSONA INTERPUESTA”. EL MODELO DEL COHECHO (ARTS. 419 Y 420 CP).

En otras ocasiones el legislador acota, aparentemente, en mayor medida el abanico de posibilidades de realización de la conducta típica, sustituyendo la referencia “indirectamente” por la de “por persona interpuesta”. Las descripciones típicas de los artículos 419 y 420, entre otras²³, dan entrada a esa mención, sobre cuyo significado y ámbito de vigencia se extiende Octavio de Toledo. Este autor verifica cómo el primero de los preceptos alude al funcionario público que solicita o recibe dádiva o presente “por sí o por persona interpuesta”, deduciendo de ello que “la aceptación del ofrecimiento o promesa ha de hacerla el funcionario personalmente o, dicho al contrario, que la aceptación mediante tercero no es típica a los efectos del artículo 419 del Código penal”²⁴. A su vez, prosigue, el artículo 420 refiere la actuación con intermediario a todas las modalidades de conducta, por lo que, con arreglo a él sí deberá considerarse típica la aceptación por el funcionario de una promesa mediante tercero si será típica, algo que califica como “incongruente”, habida cuenta de la menor gravedad de las penas previstas en aquél²⁵. Completando sus reflexiones sobre el régimen legal del cohecho, Octavio de Toledo subraya que la omisión de dicha referencia en los 421, 425 y 426, unido a la propia disparidad de criterios existente al respecto entre los artículos 419

-al provocar un perjuicio inferior a 300 euros (50.000 pesetas)-, figura que se sustraería, según la STS de 27 de junio de 1989, a la disciplina del artículo 438. En contra, identificando la existencia de un concurso de normas a resolver en favor de la estafa en virtud del criterio de la consunción, Rodríguez Devesa / Serrano Gómez, *Derecho penal español. Parte Especial*, cit., p. 1204; Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte Especial*, cit., p. 983; Mir Puig, *Los delitos contra la Administración Pública...*, cit., p. 348. En la Jurisprudencia sancionan esta última solución las SSTS de 12 de febrero de 1986, de 12 de diciembre de 1986, de 14 de abril de 1986, de 27 de junio de 1989 y de 3 de julio de 1991. Para Crespo Barquero (en Serrano Butragueño (coord.), *Código penal de 1995 (Comentarios y jurisprudencia)*, cit., p. 1737) y Queralt Jiménez (*Derecho penal español. Parte Especial*, 2ª ed., cit., p. 881) es la exacción la que desplaza a la estafa.

²³ Cfr. Arts. 439 y 441 CP.

²⁴ Cfr. E. Octavio de Toledo y Ubieto, “Derecho penal, poderes públicos y negocios (con especial referencia a los delitos de cohecho)”, en J. Cerezo Mir / R. F. Suárez Montes / A. Beristain Ipiña / C. Mª Romeo Casabona, *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Granada, 1999, pp. 875 y 876.

²⁵ Cfr. Octavio de Toledo y Ubieto, *op. últ. cit.*, p. 876.

y 420, abonan el mismo resultado de atipicidad para las ejecuciones no personales (con mediador) de las modalidades delictivas que albergan²⁶.

Respetando ese planteamiento, la actuación de la mujer de un concejal que, con pleno conocimiento y consentimiento de aquél, recibe de un particular una suma de dinero por votar favorablemente la moción de censura que al día siguiente iba a presentar el partido de la oposición, a calificar conforme a la modalidad de cohecho tipificada en el artículo 425²⁷, se saldaría, pues, con un veredicto de impunidad, tanto para ella como para el funcionario. Aún contando con el correctivo que representa la interpretación que ve en la posibilidad de que el funcionario se sirva de un tercero para ejecutar la acción delictiva una consecuencia más de la “necesaria relación” existente entre el artículo 421 y el precepto que le precede, puesta de manifiesto por el empleo del adverbio “cuando” al inicio de la descripción del comportamiento típico²⁸, la tesis de Octavio de Toledo presenta, sin embargo, serios inconvenientes. Intentaremos ponerlos de manifiesto.

De admitirse que los márgenes de operatividad de las modalidades de cohecho de los artículos 425 y 426 se ciñen a las actuaciones personales, inmediatas, de los funcionarios públicos, quedarían comprendidas en ellas sólo algunas de las conductas llevadas a cabo por tales sujetos, pero no las actuaciones de los parlamentarios o de los miembros electos de la Administración que se comprometen a realizar una actividad motivada por la entrega o promesa de una dádiva cuando la negociación de la recompensa es protagonizada por un sujeto interpuesto. Pues bien, se nos ocurre que la única razón que podría llevar al texto punitivo a declarar

²⁶ Cfr. *op. loc. cit.* Rodríguez Puerta califica de “discutible” la extensión de la eficacia de dicha cláusula a lo que considera “modalidad básica” del cohecho, la del artículo 425 CP (cfr. *El delito de cohecho...*, cit., p. 263, nota 391).

²⁷ Sobre la conformidad al ordenamiento jurídico de actos como la ruptura de la disciplina parlamentaria o la adscripción a un partido político retribuidas y su consiguiente subsunción en las tipologías “impropias” del cohecho, Rodríguez Ramos, “Transfuguismo retribuido...”, cit., pp. 442 y 443; M^a J. Rodríguez Puerta, “La responsabilidad del particular en el delito de cohecho”, *RDyPP*, 1999-1, pp. 202 y 203, quien se muestra partidaria, con todo, de traer en aplicación la modalidad del artículo 419 cuando la actividad “vendida” sea constitutiva de un delito que puede ser perpetrado en el ejercicio de funciones políticas o legislativas (*op. cit.*, p. 203, nota 41). Ambos autores vienen a secundar las conclusiones de la STS de 11 de mayo de 1994.

²⁸ *Vid.* Rodríguez Puerta, *El delito de cohecho...*, cit., p. 263, nota 391.

la atipicidad de estos supuestos sería la menor trascendencia de la intervención del funcionario en términos de peligrosidad para el bien jurídico. La idea sería la de que en torno a la actividad de los funcionarios corruptos cabría discriminar, por su gravedad, frecuencia o probabilidad de conclusión exitosa, entre las operaciones concluidas con presencia de “hombres de confianza”, que actúan en representación de aquéllos, y aquéllas otras que se concretan tras un contacto directo y personal entre los interesados. Al ponerla en práctica, en su decisión de acomodar la figura a los principios político-criminales de fragmentariedad y de *ultima ratio*, el legislador restringiría las modalidades comisivas a las formas más graves de cohecho impropio -las protagonizadas personal y directamente por el funcionario-, al tiempo que circunscribiría la responsabilidad penal de los intermediarios a los casos en que se aprovechasen de su rol para enriquecerse utilizando el nombre de su principal, esto es, a los casos de iniciativas “autónomas”.

Ahora bien, plantear en estos términos la responsabilidad penal por los delitos de cohecho conduce a un verdadero dislate valorativo. Como explica Caferra, cuánto más consistentes son los intereses que empujan o incitan a la corrupción más compleja es la “puesta en juego”, con el doble fin de no dejar huellas de las operaciones ilícitas y de conservar y alimentar la posición de poder tutelándola también de eventuales incidentes judiciales de persecución²⁹; y una regla habitual de esa “puesta en juego” es la de la clandestinidad del intercambio, esto es, la de que, para evitar hacerse fácilmente vulnerable, el sujeto que se muestra favorable a corromperse nunca actuará de forma directa, sino buscando a un intermediario sobre el que puedan recaer las eventuales consecuencias perjudiciales del error o incluso las reacciones de los rivales vencidos en un negocio y cuya colaboración con la justicia representa uno de las claves para la lucha contra la corrupción³⁰. La misma experiencia italiana demuestra que la expansión del fenómeno de la corrupción con intermediario corre pareja a la formación de grandes empresas públicas y al fortalecimiento de las instituciones de regulación económica, que han ofrecido a la clase política “la posibilidad de nombrar para cargos públi-

²⁹ Cfr. M. Caferra, *Il sistema della corruzione. Le ragioni, i soggetti, i luoghi*, 30 ed., Bari, 1992, p. 28.

³⁰ *Vid.* Caferra, *Il sistema...*, cit., pp. 29 y 30.

cos a hombres de confianza que, manejando enormes cantidades de recursos, tenían que mirar por los intereses de los partidos o de sus cúpulas”³¹. Calificar de “menor” la corrupción enquistada en la dirección, la orientación, la decisión y la gestión de instituciones clave de la vida económica y social situadas bajo la influencia partidista parece poco riguroso. Disciplinar el cohecho preservando la impunidad del funcionario que, para preconstituir las condiciones para salvar una imagen de inocencia, encomienda la toma de contacto con el pagador y el acuerdo del precio y de las modalidades de pago a un intermediario no resiste, obviamente, la crítica.

Por otra parte, la atribución al tráfico del rol de “delito de cobertura” de las lagunas de punibilidad que se derivan de la regulación del cohecho no permite dar cuenta de las relaciones normativas existentes entre ambas figuras. Sin desconocer que podría abarcar ciertas hipótesis de “contraprestación difusa”, de adopción bajo influencia de una resolución “con miras a un futuro cobro del favor”³², lo cierto es que los modelos de conducta abusiva a que se abren los tipos de uno y otro son tangencialmente diversos. La posibilidad de una realización típica adecuada al artículo 430 viene restringida a los supuestos en que lo pretendido u obtenido sea una resolución “injusta” en el sentido de los delitos de prevaricación, conclusión impuesta tanto por la mayor intensidad de la respuesta punitiva que el legislador reserva a la influencia seguida de emisión de la resolución, como por la propia justificación material de la agravación³³. Sobre ese plano, entonces, el problema no estribará ya sólo en que el tráfico comprenda exclusivamente las resoluciones, esto es, los actos de contenido decisorio, sino en la irrelevancia a efectos de los preceptos del Capítulo VI del Título XIX de las resoluciones conformes a derecho, interpretación ésta avalada por la propia atipicidad del cohecho activo impropio. Este obstáculo no queda salvado aunque se atribuya al artículo 425 la función de preservar la imparcialidad en el cumplimien-

³¹ Cfr. M. Caciagli, *Clientelismo, corrupción y criminalidad organizada*, Madrid, 1996, p. 73. Asimismo de interés sobre ello, L. Barca, “La patologia degli anni ottanta”, en L. Barca / S. Trento (a cura di), *L'economia della corruzione*, Bari, 1994, pp. 63 y ss.

³² Vid. Cugat Mauri, *La desviación...*, cit., p. 264.

³³ Cfr. Cugat Mauri, *La desviación...*, cit., p. 248; Octavio de Toledo y Ubieto, “Los delitos relativos...”, cit., p. 1520.

to de actos discrecionales, cuya desviación de la legalidad sí podrá constituir, a todas luces, elemento típico del tráfico de influencias. Aún contando con ello, restarían las hipótesis en que lo que lleva al particular a ofrecer o entregar la dádiva es un error o el “miedo” a que el funcionario actúe injustamente de no mediar una recompensa.

Problemas irresolubles planteará asimismo, con toda seguridad, el dato de que para dar vida al delito del artículo 430 no basta con exhibir las posibilidades de influir, en sentido amplio, en un funcionario. La venta de influencias toma cuerpo cuando el sujeto activo se ofrece “a realizar las conductas descritas en los artículos anteriores”, o sea, a ejercer influencia con prevalimiento, a constreñir la libertad de aquél con vistas a obtener una actuación que genere beneficios económicos para un tercero³⁴. No cabe afirmar, pues, que el ofrecimiento de entregarle al funcionario una retribución -rol del intermediario en un cohecho- equivalga al de incidir en su proceso de motivación en los términos requerido por el tipo del artículo 430. Como señala muy gráficamente Cugat Mauri, o existe prevalimiento, “y por lo tanto no es imaginable que se ofrezca una contraprestación”, o existe contraprestación “y sólo ésta, y por tanto, cohecho”³⁵.

En realidad, la controversia se nos antoja más aparente que otra cosa. La interposición en la que piensa el legislador no se configura cuando se constata la presencia de mediadores, que no impide seguir considerando que las conductas provienen del propio funcionario. Solicita, recibe o acepta tanto el funcionario que, sin necesidad de interposición alguna, manteniendo personalmente el dominio de la acción, la desarrolla personal e integralmente, como el que verifica el negocio a través de un representante, esto es, con el concurso de un medio personal. La idea es la de que de las diversas hipótesis de colaboración en la ejecución del delito (favorecimiento de entrevistas, transmisión de mensajes, aprehensión material o traslado de la dádiva...), el mediador aludido en la descripción legal del delito es única y exclusivamente la persona jurídica a la que se “ingresa” el importe de la dádiva. La persona intermedia en el sentido de los artículos 419 y siguientes no es, en conclusión, un portavoz

³⁴ Vid. Octavio de Toledo y Ubieto, “Los delitos relativos...”, cit., p. 1519; Díaz y García Conlledo, “El delito de tráfico de influencias”, cit., p. 172.

³⁵ Cfr. Cugat Mauri, *La desviación...*, cit., p. 263.

o emisario de declaraciones de voluntad que le transmitió el funcionario, sino un mero receptor de la dádiva.

Razones históricas y político-criminales, perfectamente sintetizadas por Valeije Álvarez, avalan esta lectura. La expresión “persona interpuesta” -explica- se remonta al Derecho romano, que aspiraba a sancionar, mediante su inclusión en los textos legales, la entrega de dádivas a los parientes o personas afines al funcionario³⁶. Su mantenimiento en los sistemas punitivos actuales serviría adicionalmente a la finalidad de evitar que la burla del precepto “acudiendo a la estratagema... de interponer entre el cohechante y el cohechado una persona física o jurídica que se encargue de la recepción de la dádiva y, no en pocas ocasiones, posteriormente de su gestión”³⁷.

Además de los esgrimidos por Valeije, en apoyo de esta tesis pueden traerse, sin embargo, otros argumentos. En primer lugar, la propia praxis de la corrupción, que muestra que en sus formas más complejas la consignación del precio es “encomendado a los canales ordinarios del sistema económico: los canales bancarios y parabancarios o los de las empresas y de sociedades comerciales”³⁸. En los supuestos en que el fenómeno asume, por la entidad y continuidad de las operaciones, dimensiones notables, lo frecuente es la entrada en liza de intermediarios ajenos al hecho ilícito, que distancian el beneficio de su fuente y que permiten al funcionario disponer de él de modo “formalmente inatacable”, mediante una cuenta abierta en un banco extranjero, una participación accionaria o la fabricación de bienes y servicios³⁹.

Una segunda línea de razonamiento juega con los resultados a que conduce la interpretación literal de los preceptos en cuestión.

Sobre ello, lo primero que hay que decir es que las conclusiones extraídas por la doctrina en ese terreno merecen un examen más atento, pues, en puridad, suponen una extensión del ámbito de operatividad de la fórmula que da pie a la discusión más allá de lo que permite una rigurosa exégesis gramatical. Efectivamente, ya hemos visto como la opinión más extendida vincula la posibilidad de actuación con intermediario a las

³⁶ Vid. Valeije Álvarez, *El tratamiento...*, cit., pp. 120 y 121.

³⁷ Cfr. Valeije Álvarez, *El tratamiento...*, cit., p. 121.

³⁸ Cfr. Caferra, *Il sistema...*, cit., p. 30.

³⁹ Cfr. Caferra, *op. loc. cit.*

primeras modalidades de comportamiento que describen los artículos 419 y 420: las de solicitar y la de recibir. Sucede, empero, que no es eso lo que impone la dicción de dichos precepto, con arreglo a la cual la expresión “por sí o por persona interpuesta” representa una apostilla a la de “recibir”, a diferencia de la mención “en provecho propio o de un tercero”, que sí precede a todas las conductas típicas. Dos salidas lógicas podría tener esta restricción de los comportamientos punibles: la primera, la impunidad de la solicitud por intermediario, que es -reiteramos- lo que literalmente imponen los preceptos en cuestión; la segunda, la responsabilidad del funcionario como autor de cohecho tanto cuando interviene directamente como cuando lo hace recurriendo a un intermediario, y, por consiguiente, la necesidad de referir la cláusula en cuestión a otras formas delictivas.

Pero, en segundo lugar, estamos convencidos de que el texto punitivo ofrece cobertura legal bastante a los supuestos de cohecho con intermediario. Si la conducta de “solicitar” viene redactada en términos tan amplios que no importa de qué manera se formule (oralmente o por escrito, expresa o tácitamente), siendo así que la única exigencia que debe hacerse valer frente a ella es la de la idoneidad del medio utilizado para que su contenido pueda ser advertido por el particular⁴⁰, parece razonable entender que el legislador está decidido a castigarla tanto cuando el funcionario la realiza directamente como cuando lo hace indirectamente, a través de un tercero. Algo similar debe decirse con relación a la segunda de las modalidades típicas, en punto a la cual lo único esencial es que se verifique la recepción de una contraprestación económica, no el medio por el que se lleva a cabo el traslado de la misma⁴¹. Con arreglo a ello, y con la limitación que representa el dato de que el cohecho es una figura de realización activa, cualquier forma de entrega podrá considerarse típica, siempre y cuando tenga por consecuencia el ingreso de la dádiva en el patrimonio del funcionario. Aunque el legislador no haga expresa alusión a tal posibilidad, parece claro que la recepción podrá tener lugar, por consiguiente, tanto personalmente como a través de un intermediario⁴². Tampoco la consumación de la conducta de aceptación

⁴⁰ Vid. Valeije Álvarez, *El tratamiento...*, cit., pp. 101 y 102.

⁴¹ Vid. Valeije Álvarez, *op. cit.*, pp. 112 y 113.

⁴² Cfr. Valeije Álvarez, *op. cit.*, p. 112.

de promesa viene sujeta a restricciones, más allá de la necesidad de que sea conocida por el particular. Podrá efectuarse, de nuevo, así, expresa o tácitamente, a través de actos concluyentes -v. gr. el inicio de la realización del acto en cuestión- o de cualesquiera otros comportamientos que muestren nítidamente la aquiescencia al ofrecimiento⁴³, con o sin intervención de intermediario.

Así las cosas, si la “recepción” de la dádiva por persona interpuesta aludiese a la incorporación de un intermediario a la trama delictiva representaría una referencia pleonástica, pues en el sentido de los artículos 419 y 420, también “recibe” la dádiva el funcionario cuando quien lo hace materialmente, en su nombre, es su representante. Probando a suprimirla, en cambio, se pone de manifiesto que no cabría castigar al funcionario público cuando quien “recibe” no es ni el funcionario ni alguien por cuenta suya, sino una persona jurídica, esto es, cuando la dádiva es “abonada” a través de la adquisición de los bienes y servicios comercializados por una persona jurídica. Éste es, a la postre, el dato decisivo para atribuir a la cláusula su valor literal. En el contexto legal del cohecho, la persona intermedia designará, en definitiva, al “intermediario en el beneficio”, al sujeto que, “aparentando actuar por cuenta propia”, interviene “sólo a efectos de recibir en su patrimonio la retribución destinada al funcionario”⁴⁴.

Clarificada la noción de persona interpuesta, la imputación del funcionario de nuestro ejemplo no resulta problemática, naturalmente siempre que sea competente para realizar el acto propio del cargo. Correspondiendo a lo que a todas luces parece ser la voluntad objetiva de la norma y a una interpretación sistemática y teleológicamente orientada

⁴³ Vid. sobre ello Valeije Álvarez, *op. cit.*, p. 123.

⁴⁴ Cfr. Valeije Álvarez, *op. cit.*, p. 119, en la que concluye que “al Código penal no le interesa si el funcionario recibe o disfruta directamente la retribución o si al sujeto que la entrega le mueve el interés propio o ajeno, sino que se interesa únicamente por impedir desde el punto de vista del cohecho pasivo, que el funcionario no obtenga ninguna retribución ilegítima a través del ejercicio del cargo y desde el punto de vista del cohecho activo, que un ciudadano particular no compre la actuación del funcionario, y ello en razón de las gravísimas consecuencias que la corrupción conlleva para el interés público”. En contra, Rodríguez Puerta (*El delito de cohecho...*, cit., pp. 263 y 264), que subsume en la cláusula de la “persona interpuesta” las labores de mediación entre el funcionario y el particular desarrolladas por un intermediario o interlocutor, considerándola expresamente como un recurso técnico que ofrece cobertura legal para sancionar al funcionario cuando es el intermediario “el que entabla relaciones con el particular, e incluso el que recibe en su nombre la dádiva o presente”. Olaizola Nogales (*El delito de cohecho*, cit., pp. 203 y 204) reitera este otro planteamiento.

del artículo, y no ofreciendo el correspondiente tenor literal argumentos de peso que fueren a adoptar la solución contraria, parece claro que la recepción de una dádiva para romper la disciplina de voto del grupo parlamentario podrá tener encaje en el ámbito del cohecho impropio. Tanto si finalmente el acuerdo se logra de forma unilateral, como si a través de un familiar, amigo o representante, el funcionario seguirá siendo autor inmediato y la persona intermediaria será cooperadora necesaria en el delito.

Ahora bien, una vez aislado el plano sobre el que se justifica la decisión legal de sancionar en los artículos 419 y 420 al funcionario que recibe por otro, se descubre la verdadera trascendencia de la ausencia de dicha cláusula en los artículos 425 y 426. La recepción a través de formas de intermediación no personal o, cuando menos, del todo ajenas al hecho delictivo y que permiten la acumulación y blindaje de los frutos del cohecho apunta a una verdadera laguna de punibilidad. La gravedad de esos supuestos, pensando sobre todo en el del artículo 425.2, justifica las críticas a la regulación vigente en este punto.

Si la persona interpuesta de los artículos 419 y 420 tiene una función propia solamente en aquella manifestación de la conducta delictiva consistente en la interposición de un intermediario en la ventaja o beneficio, queda claro que la figura legal del intermediario en el cohecho no guarda relación con la del instrumento doloso no cualificado. En otro plano debe situarse, también, el intermediario del delito de negociaciones prohibidas del artículo 439. Su mención no habla de las propiedades que el texto punitivo atribuye a la conducta típica, pues ésta consiste en el aprovechamiento por el funcionario de la circunstancia de que le compete emitir un informe en relación con un contrato, asunto operación o actividad “para forzar o facilitarse cualquier forma de participación” en ellos, no cabiendo representarse, por lo tanto, su ejecución a cargo de un particular inducido por aquél. Al reservarle un espacio propio en la descripción típica, el legislador ha pretendido sencillamente eliminar las posibles dudas acerca de la punibilidad del funcionario cuando utiliza el subterfugio de servirse de una persona física o jurídica para la obtención del beneficio económico, que constituye el propósito del aprovechamiento⁴⁵.

⁴⁵ Por esta vía, podrá dar vida al tipo el comportamiento del funcionario que favorece con su informe a una entidad de la que ya era socio comercial (*Vid.* Crespo Barquero, en

Ello no impide, ciertamente, reconocer la utilidad de incisos del género del que nos ocupa cuando es verdaderamente el *extraneus* el que ejecuta materialmente la conducta delictiva. En la incorporación legal de la persona interpuesta a la dinámica comisiva del delito de realización de actividades incompatibles con la función toma cuerpo, en este sentido, la más genuina de las soluciones de técnica legislativa a los problemas de incriminación de la autoría mediata con instrumento doloso no cualificado, al prevenir la burla del artículo 441 mediante la intercalación de testaferros o de personas jurídicas como autores formales de la actuación profesional o de asesoramiento de que se trate.

C. IDENTIFICACIÓN DE LAS LAGUNAS DE PUNIBILIDAD PROVOCADAS POR EL EMPLEO DE UN “INSTRUMENTO DOLOSO NO CUALIFICADO”. ELECCIÓN DEL INSTRUMENTO SANCIONADOR.

I. BREVE REFERENCIA A LOS EXPEDIENTES DOGMÁTICOS PROPUESTOS POR LA DOCTRINA PARA SALVAR LA IMPUNIDAD DE LA “AUTORÍA MEDIATA CON INSTRUMENTO DOLOSO NO CUALIFICADO”.

En el seno de los delitos contra la Administración Pública, el “instrumento doloso no cualificado” deparará problemas únicamente en

Serrano Butragueño (coord.), *Código penal de 1995. (Comentarios y jurisprudencia.)*, cit., p. 1742). La alusión al intermediario extiende todavía más, en cualquier caso, el ámbito de aplicación de un tipo de contornos, quizá, excesivamente difusos. Para enervar su eficacia parece idóneo *cualquier aprovechamiento* protagonizado por el funcionario (v. gr. elaborando el informe en tales términos que se fuerce o facilite su participación en el negocio, chantajeando a los interesados para conseguir una contrapartida por informar en un cierto sentido, induciéndolos a creer que para favorecerlos debió evacuar un informe contrario al ordenamiento jurídico) con el objetivo de obtener *cualquier forma de participación* (de contenido patrimonial -recibir acciones en la sociedad beneficiaria del contrato de cuya adjudicación se trata- o no patrimonial -obtener un puesto directivo en ella-) en el negocio. Sus únicos límites exegéticos claros parecen ser dos: que la conducta no conlleve un fraude a la Administración en relación con un contrato público o con la liquidación de haberes públicos -en cuyo caso vendrá en aplicación el artículo 436- y que el interés subyacente sea siempre del propio funcionario -pues el Código no alude a su participación en contratos en los que pueda tener interés un tercero-. Sobre la estructura y la constelación de supuestos que dan vida a esta disposición Crespo Barquero, *op. cit.*, pp. 1741 y ss.; J. Catalán Sender, “El delito de negociaciones prohibidas a funcionarios en el nuevo Código penal”, *AP*, 1998-2, p. 373.

aquellas figuras sin correspondencia con delitos comunes y en las que, siendo conceptualmente posible, la realización mediata de la agresión al bien jurídico no representa, en términos de derecho positivo, uno de los componentes que modulan el contenido de injusto, al agotarse el tipo sin remedio en una realización personal del hecho. Una vez solventadas las dudas surgidas a propósito del régimen legal del cohecho, dos resultan ser los delitos que no proporcionan en apariencia cobertura legal suficiente en el sentido indicado: la infidelidad en la custodia de documentos del artículo 413 y la malversación por distracción de los artículos 433 y 434. Siguiendo el hilo argumental que nos ha conducido hasta aquí, efectuaremos a continuación una breve valoración crítica de los modelos de incriminación presentados por la literatura especializada para articular dicha figura con las estructuras legales en materia de autoría y participación, para confrontar posteriormente el que pueda ofrecer una más sólida fundamentación técnico-legislativa y político-criminal con la estructura y ámbito de aplicación de aquellas normas.

Como es sabido, el más elaborado de los esfuerzos doctrinales dirigidos a adaptar estas hipótesis a los esquemas de la autoría mediata es el debido a los partidarios de la concepción normativa, psicológico-normativa o social del dominio del hecho, entre los que sobresalen Gallas, Welzel, Jescheck⁴⁶ y, en la doctrina española, Mir Puig, en cuyo planteamiento, al no poder realizar el tipo a título propio, el “instrumento doloso no cualificado” no se hallaría en condiciones de arrebatarle al *intra-neus* la pertenencia del hecho⁴⁷. En contra de esta solución se han significado importantes argumentos, siendo los más recurrentes la ruptura de la concepción del dominio del hecho que habitualmente se mantiene en relación con los delitos comunes, la contradicción que supone desarrollar un concepto de “dominio normativo” desconectado del de “dominio fáctico” y lo discutible de los presupuestos metodológicos de que arranca, al pretender transmitir al ejecutor la cualificación del “hombre de atrás” en vez de agregar la conducta del “instrumento” al *intra-neus* y operar sobre la base de una confusión entre la acción típica y la situación en que ha de hallarse previamente el sujeto para poder ser considerado autor

⁴⁶ Cfr. Gallas, *Beiträge...*, cit., pp. 100 y ss.; Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, 110 Aufl., cit., p. 104; Jescheck, *Tratado de Derecho penal. Parte General*, cit., p. 610.

⁴⁷ Cfr. Mir Puig, *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 373.

del delito⁴⁸. En contestación a la propuesta de Mir Puig, en particular, se ha apelado a su incongruencia con el principio de legalidad penal⁴⁹, a la poca claridad de los “criterios materiales que permiten afirmar una instrumentalización del ejecutor” y su consecuente deslizamiento hacia una “fundamentación negativa” de la autoría⁵⁰, y hasta a su carencia de todo fundamento dogmático, al decaer, por pura lógica, la necesidad de impedir a toda costa la aparición en el ordenamiento jurídico de “hechos sin autor penal” decae, por pura lógica, de no poder apreciarse en ellos las propiedades y requisitos de los “hechos” en sentido jurídico-penal⁵¹.

Asimismo descartable es la respuesta dogmática ofrecida por Gracia Martín y aceptada por Hernández Plasencia, consistente en encuadrar al “instrumento doloso no cualificado” en la categoría del “actuar en lugar de otro” del artículo 31 del Código penal, que alude expresamente a quien interviene en lugar de una persona física⁵². Se trata, en palabras de Cerezo Mir, de un criterio material que aboca a soluciones “más justas”, pero que, a la postre, resultan “menos compatibles con el principio de seguridad jurídica que el criterio formal..., con arreglo al cual la regulación del Código penal se basa en la idea de la representación como fundamento de la imputación de la conducta”⁵³. Como indica García Cavero, la delimitación del ámbito de la autoría en los delitos especiales no puede, por razones de coherencia sistemática y seguridad jurídica, quedar abandonada “a independientes y arbitrarias valoraciones exclusivamente penales”⁵⁴. Por otra parte, y de acuerdo con el propio sentido de

⁴⁸ Vid., entre otros, Schroeder, *Der Täter...*, cit., pp. 87 y 88; Rodríguez Mourullo, “El autor mediato...”, cit., p. 573; Gimbernat Ordeig, *Autor y cómplice...*, cit., p. 262; R. H. Herzberg, *Täterschaft und Teilnahme*, München, 1977, p. 32; Stratenwerth, *Strafrecht. Allgemeiner Teil I*, cit., p. 227; R. Bloy, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, Berlin, 1985, p. 239; H. Otto, “Täterschaft, Mittäterschaft, mittelbare Täterschaft”, *JURA*, 1987, p. 256, nota 52; Maurach / Gössel / Zipf, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Teilband 2*, cit., p. 271; Gómez Rivero, *La inducción...*, cit., p. 150; Hernández Plasencia, *La autoría mediata...*, cit., p. 310.

⁴⁹ Vid. Hernández Plasencia, *La autoría mediata...*, cit., pp. 310 y 311.

⁵⁰ Cfr. Bolea Bardón, *Autoría mediata...*, cit., pp. 437 y 438.

⁵¹ Cfr. Díaz y García Conlledo, *La autoría...*, cit., pp. 619 y 620.

⁵² Vid. Gracia Martín, *El actuar en lugar de otro...*, Vol. I, cit., pp. 111 y ss.; Hernández Plasencia, *La autoría mediata...*, cit., p. 318.

⁵³ Cfr. J. Cerezo Mir, *Derecho penal. Parte General-Lecciones*, 2ª ed., Madrid, 2000, p. 193.

⁵⁴ Cfr. P. García Cavero, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: Criterios de imputación*, Barcelona, 1999, p. 172, nota 54.

la propuesta, lo que fundamentaría en estos delitos las actuaciones en lugar de otro no sería la simple asunción de una posición jurídica, sino sobre todo la posibilidad de que el sujeto que accede a ese ámbito de gestión pública pudiese ejecutar las conductas típicas con el mismo significado que quienes participan en el ejercicio de la función pública en las condiciones precisadas por el artículo 24. 2 CP. Pues bien, la asunción meramente fáctica de funciones por la secretaria nunca la situaría, por efecto del artículo 31, en la posición del *intraneus* del tipo penal de la infidelidad en la custodia de documentos. Así lo acreditan la figura de la usurpación de funciones públicas y, sobre todo, la disposición contenida en el artículo 416, destinada a los particulares “encargados accidentalmente del despacho o custodia de documentos, por comisión del Gobierno o de las autoridades o funcionarios públicos”, a los que se aplica un régimen sancionatorio menos gravoso que el reservado a los propios funcionarios cuando incurren en las conductas descritas en los artículos 413 a 415.

La tercera de las posibles vías de incriminación consiste en la construcción de una autoría del sujeto cualificado apoyada en la idea de la comisión por omisión de un garante obligado a proteger el bien jurídico tutelado por el tipo correspondiente y de la que deducir, a título de cooperación necesaria, la responsabilidad penal del *extraneus*⁵⁵. Desechados definitivamente su tratamiento como una causa autónoma de autoría

⁵⁵ Apoyan el recurso a la idea de la omisión Schmidhäuser, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., p. 305; E. Peñaranda Ramos, en relación el castigo de la madre que, con la finalidad de ocultar su deshonra, inducía a un *extraneus* a dar muerte al hijo recién nacido (*La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, Madrid, 1990, p. 357); E. Samson, número 109 al § 25, en Rudolphi, H.-J. / Samson, E. / Horn, E. / Günther, H.-L., *SK*, Band I, 6. neu bearbeitete Aufl., Neuwied, Krißtel, Berlin, 1995; Bolea Bardón, *Autoría mediata...*, cit., pp- 441 y ss. Se han pronunciado abiertamente en contra de esta solución, en cambio, Bloy, *Die Beteiligungsforn...*, cit., pp. 240 y 241, aduciendo la insuficiencia del deber especial del *intraneus* para elevarlo a la categoría de garante; Gracia Martín, *El actuar en lugar de otro...*, Vol. I, cit., p. 111, por entender que la existencia de un acuerdo entre el *intraneus* y el ejecutante no deja espacio lógico alguno a la omisión del primero; y Wagner (*Amtsverbrechen*, cit., p. 380) y Roxin (*Autoría y dominio del hecho...*, cit., p. 747), que constatan que es el propio sujeto cualificado el que crea el riesgo para el bien jurídico por medio de su hacer activo. Para Díaz y García Conlledo la tesis de Peñaranda deparaba problemas tanto en consideración al hecho de que “las posiciones de garante frente a cualquier fuente de peligro no son fáciles de fundamentar” como en punto a la calificación de la omisión de los “supuestos garantes” como comisión por omisión. A este respecto escribe: “no me parece claro que quien no evita

mediata y, en general, la formulación de construcciones *ad hoc* que contradicen los principios básicos de la dogmática jurídico-penal, ésta es la opción que vamos a tomar en cuenta, por parecernos la más correcta dogmática y sistemáticamente, al desvincular el instrumento doloso de la teoría y de los presupuestos técnicos de la autoría mediata y permitir, no obstante, seguir imputando el hecho al *intraneus*. Con todo, la tesis de la conversión del funcionario en autor sin requerir una conducta activa, sobre la base de su intervención omisiva, no se halla, ni mucho menos, libre de objeciones formales y materiales, que como vamos a ver obligarán también a su abandono.

2. CONSIDERACIÓN DE LOS SUPUESTOS PROBLEMÁTICOS.

A. LA INFIDELIDAD EN LA CUSTODIA DE DOCUMENTOS DEL ARTÍCULO 413 CP Y LOS REQUISITOS DEL ARTÍCULO II CP. POSICIÓN DE GARANTE DEL FUNCIONARIO POR INGERENCIA Y RAZONES ESTRUCTURALES QUE IMPIDEN LA EQUIPARACIÓN DE SU OMISIÓN A LAS CONDUCTAS ACTIVAS.

El artículo 413 carece de una cláusula de tipificación de un delito de omisión y resultado similar a las contempladas por los artículos 414. 2 y 415, que permiten salvar las lagunas de punibilidad provocadas por el empleo del “instrumento doloso no cualificado” en relación con las modalidades -menos graves- de infidelidad consistentes en la destrucción o inutilización de los medios puestos para impedir o restringir el acceso a ciertos documentos custodiados por los funcionarios públicos y en el acceso sin la debida autorización a documentos secretos, respectivamente. En este orden de consideraciones, algún autor ha sostenido que la conducta de “sustraer” no puede considerarse equivalente a la de “consentir que otro sustraiga”, argumentando a partir de la falta de previsión

o no procura curar la herida mortal sufrida por su hijo (provenga ésta de fenómenos naturales o de actuaciones de terceros, lo cual por cierto, sobre todo si ésta es dolosa, complica la imputación del hecho al garante como autor...) mate, y ello porque, al contrario que en el caso de la madre que deja de alimentar a su hijo pequeño, ni fáctica ni sicionormativamente se puede afirmar que la omisión ha creado el riesgo de muerte (desde todos los puntos de vista lo crea la herida inferida por el tercero) ni que ha hecho que se incremente de un modo determinante, que se ‘desencadene’ un riesgo descontrolado, que sicionormativamente se da por controlado”. Cfr. *La autoría...*, cit., p. 732, nota 59.

legal al respecto⁵⁶. Frente a esta opinión, no obstante, otro sector doctrinal estima que, puesto que el único marco válido para la admisión de la comisión por omisión en esta figura es el trazado por el artículo 11 del texto punitivo, la concurrencia de todos y cada uno los requisitos allí establecidos obligará a la aplicación sin paliativos de dicha figura⁵⁷. Precisamente la Jurisprudencia inmediatamente anterior al Código penal de 1995 había otorgado carta de naturaleza a esta forma de realización del tipo en la STS de 24 de octubre de 1990, recaída en un recurso de casación contra una sentencia condenatoria por un delito culposo de infidelidad en la custodia de documentos del artículo 364 CPTR⁷³ y que declaró su compatibilidad con las conductas de destrucción, ocultación y sustracción. En ella el Tribunal Supremo castigó como autor de un delito omisivo impropio de infidelidad en la custodia de documentos a un funcionario judicial que dejó “de registrar y ordenar” determinadas causas “ilocalizables o de difícil localización”. La línea de argumentación seguida en ella juega con los conceptos de “bien jurídico”, de “posición de garante” y de “correspondencia valorativa del hecho omisivo con la comisión activa”, sosteniendo los magistrados a este último respecto que resulta “verdaderamente indiferente” para la “seriedad del ejercicio de la función pública en un Estado de Derecho” que “su vulneración tenga lugar” mediante comportamientos activos u omisivos “consistentes en no impedir que los documentos sean destruidos, ocultados o sustraídos”⁵⁸.

⁵⁶ Cfr. Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte Especial*, cit., p. 941.

⁵⁷ Vid. H. Roldán Barbero, “La infidelidad en la custodia de documentos”, *LL*, 1996 - 2, p. 203; J. Cremades Morant, “Infidelidad en la custodia de documentos”, en A. Asúa Batarrita (ed.), *Delitos contra la Administración Pública*, Bilbao, 1997, p. 242; Mir Puig, *Los delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 170; Morales Prats / Rodríguez Puerta, en Quintero Olivares (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, cit., p. 1656.

⁵⁸ El Alto Tribunal incide en que la omisión del cumplimiento del deber de evitar la ocultación de los documentos es equivalente a la ocultación activa, al alinearse valorativamente con ella y presentar un sentido social equiparable. Para los magistrados no cabe duda de que en el caso de autos los documentos “habían estado ocultos hasta que se procedió a su búsqueda como consecuencia del procedimiento disciplinario incoado por el Consejo General del Poder Judicial”. Sentado ello, la sentencia explica que la posición de garante del funcionario surge “de la especial posición que caracteriza a los funcionarios públicos dentro del ámbito de su competencia específica”. La resolución ha sido objeto de comentario por M. A. Colás Turégano, “Infidelidad en la custodia de documentos”, *RGD*, 1991, pp. 3745 y ss.

Dando por sentado que la infidelidad cumplimenta el primero de los requerimientos del artículo 11, al constituir un delito de resultado en un sentido espacio-temporal⁵⁹, la extensión a estos supuestos de la responsabilidad penal en comisión por omisión presupondría, en primer lugar, la concurrencia en el funcionario de la condición especial de garante. En línea de principio, esa posición debería venir dada por la existencia de un conjunto de deberes de naturaleza jurídico-público impuestos al funcionario por el ordenamiento jurídico, y tendría que referirse a la función de proteger la integridad material y jurídica y la eficacia de los documentos en poder de la Administración frente a las agresiones procedentes de terceros, considerados como fuentes de peligro. Examinemos ambas variables.

Es cierto que esa hipotética expectativa fáctico-social de que el funcionario, en el ámbito de sus tareas públicas, proteja la indemnidad de los documentos frente a las actuaciones dolosas de terceros que puedan amenazarla parece encontrar reflejo normativo en el sistema jurídico de la función pública. Incluso sin tener que dar por buena la tesis de Roldán Barbero, que la asocia a las normas que consagran el principio de responsabilidad de los empleados públicos por la buena gestión de los servicios a su cargo del artículo 81 LFCE⁶⁰, la sola lectura del artículo 22 del Real Decreto de 3 de diciembre de 1999, n.º 1829 / 1999, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula la prestación de los servicios postales, en desarrollo de lo establecido en la Ley 24 / 1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios postales, convalida esa apreciación. Dicho precepto, de especial interés en el tema habida cuenta de que las interceptaciones de la correspondencia por parte de los funcionarios de correos para apoderarse de su contenido económico representa uno de los principales campos de acción de la norma

⁵⁹ Vid. Roldán Barbero, “La infidelidad...”, cit., p. 203; Cremades Morant “Infidelidad...”, cit., p. 242; Mir Puig, *Los delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 169. En contra, asociando el hipotético “resultado” a la aparición de un perjuicio ajeno, F. J. Bone Piña, quien escribe que “es difícil encontrar un supuesto en que sustrayendo, ocultando o destruyendo un documento que se tiene encomendado como funcionario no se perjudique a la Administración”, con lo que la infidelidad “se aproximaría notablemente a los delitos de mera actividad”. Cfr. “La falsedad y la infidelidad en la custodia de documentos judiciales”, *AP*, 1996-I, p. 143.

⁶⁰ Cfr. Roldán Barbero, “La infidelidad...”, cit., p. 203.

del artículo 413, describe y, al propio tiempo, acota la responsabilidad de los operadores postales por extravío, destrucción o deterioro de los envíos postales en los términos que siguen:

“1. Los operadores postales están obligados a indemnizar, salvo causa de fuerza mayor o por razones imputables a los servicios aduaneros, por extravío, destrucción o deterioro de los envíos postales certificados que se les confíen para su circulación. Tendrán derecho a la indemnización el remitente del envío o, en su defecto o a petición de éste, el destinatario. 2. Salvo causa de fuerza mayor, en caso de extravío de un envío con valor declarado, abonado como tal, los operadores postales están obligados a pagar al remitente o, a petición de éste, al destinatario una indemnización equivalente, al menos, a la cantidad declarada, sin perjuicio de otras indemnizaciones. En caso de destrucción total o parcial del contenido, la indemnización será equivalente, al menos, a la cantidad declarada en el primer caso y al valor del contenido desaparecido en el segundo, sin que pueda, en ningún caso, superarse la cantidad establecida para la desaparición total. Reembolsado el importe de los valores declarados no entregados a sus destinatarios, los operadores postales se subrogarán en todos los derechos del propietario, quien estará obligado a darles cuenta de la naturaleza de los valores, así como de las circunstancias que puedan facilitar el ejercicio de sus derechos”.

Los supuestos fácticos a los que la doctrina aplica el calificativo de auténticas omisiones impropias presentan como denominador común, sin embargo, el aludir a situaciones en las que la producción del resultado de lesión del bien jurídico era del todo previsible, al estar el omitente a cargo de una fuente de riesgo para las personas y/o las cosas⁶¹; y, en cambio, nos atrevemos a decir que el hecho de que los ciudadanos atenten

⁶¹ Sobre el factor de la previsibilidad como uno de los límites a la responsabilidad penal por infracción de los deberes de garantía, E. Gimbernat Ordeig, “Causalidad, omisión e imprudencia”, *ADPCP*, Vol. XLVII, 1994, p. 57; Mir Puig, *Derecho penal. Parte General*, cit., pp. 313 y 314; L. - I. Pastrana i Icart, *La responsabilitat penal del funcionari de presons: Aspectes omissius*, Barcelona, 1998, pp. 341 y 342. Destacan la idea de que a la posición de garante le subyace una función de protección de bienes concretos contra peligros determinados, bien identificados, Silva Sánchez, *El delito de omisión...*, cit., p. 370; Mir Puig, *Derecho penal. Parte General*, cit., pp. 334 y ss.; C. M^a Romeo Casabona, “Límites de los delitos de comisión por omisión”, en E. Gimbernat Ordeig / B. Schünemann / J. Wolter (ed.), *Omisión e imputación objetiva en Derecho penal*, Madrid, 1994, pp. 45 y 46.

contra los documentos de la Administración no puede concebirse como un riesgo real, sociológicamente aceptado, presente, concreto, situándose así al margen de esas consideraciones. Expresado de otra forma: el funcionario bajo cuya custodia se hallan los documentos se halla comprometido, como bien explica Morales Prats, “a conservar, exhibir o dar curso a los documentos”, y, desde luego, jurídicamente obligado “a asegurar que... cumplan su función”; pero su compromiso no podría abarcar la obligación de proteger la precitada integridad frente a las acciones dolosas de terceros, al tratarse en todo caso de hechos ocasionales, imprevisibles.

Frente a un peligro así definido no cabe esgrimir la pretensión o el derecho de la colectividad a una intervención de los agentes públicos. Ni la posición de monopolio inherente a su condición de encargado de los documentos, ni la consiguiente limitación de las posibilidades de la Administración de articular otros medios de defensa, ni la idea de que sobre el correcto desempeño de las funciones de custodia documental se apoya, en buena medida, la capacidad funcional del sistema burocrático pueden justificar la atribución de una posición de garante. Ni siquiera cabría aducir que la clase de funcionarios a que se dirige el precepto se halla especialmente formada para preservar la referida integridad de las acciones delictivas de terceros, ni que su dotación material o jurídica responda especialmente a dicha finalidad. Situados frente a la situación objetiva de una destrucción de documentos perpetrada por un particular, pretender afirmar la responsabilidad penal del funcionario omitente a título de autoría en comisión por omisión se nos antoja, en suma, una solución completamente insatisfactoria.

No pretende afirmarse con ello que, de hacerse abstracción del elemento de la inducción, la responsabilidad penal del funcionario habría de ser, *de lege ferenda*, la misma que la de un particular que, conociendo la próxima ejecución de actos de sustracción, menoscabo u ocultación de documentos custodiados por la Administración Pública, no adopta medida alguna orientada a evitarlo. Ni que decir tiene que a los agentes públicos les asiste una obligación de dar exacto y correcto cumplimiento a las funciones de su cargo, que en este caso se orientarían específicamente a mantener la seguridad en el tráfico jurídico documental. Además, la aceptación de la condición de funcionario y la asunción efectiva de las tareas de custodia de los documentos impiden, a la postre, la actuación

de otros posibles candidatos a desempeñar esas funciones, sencillamente porque el puesto de trabajo está ya cubierto. Pero de estos factores hace ya cumplida valoración el propio Título XIX del Código penal, que describe en su artículo 412 un delito de omisión propia consistente en la denegación en la prestación del auxilio necesario para evitar un delito contra la vida, la integridad, la libertad sexual, la salud o la libertad de las personas de las personas, o cualquier otro delito “u otro mal”.

Mucho más razonable parece apelar aquí, por consiguiente, a un deber de garantía determinado por la propia conducta del funcionario al crear nuevos peligros y provocar con ello una disminución de los niveles de protección de que disfrutaba el bien jurídico. Puede aceptarse, efectivamente, que el deber del funcionario de controlar esa fuente de peligro para el bien jurídico se deriva del dato de que él mismo la ha creado, no de que en abstracto le corresponda la obligación de vigilarla. El funcionario resultará gravado con un deber de garante, no por la existencia de una *vieja y específica* situación de peligro de la que venga obligado a cuidar desde el momento en que asume su función, sino por haber alumbrado una *nueva* fuente de peligro, al desencadenar la actividad delictiva de otras personas. Únicamente la idea de que asume efectivamente la contención del peligro creado con su propia inducción podrá fundamentar su posición de garantía en los supuestos en que no haga nada para impedir la sustracción, destrucción u ocultación del documento. Con independencia de ese dato, no puede exigírsele responsabilidad penal por las conductas delictivas de otras personas, aún cuando tengan por objeto los documentos que custodian por razón de sus funciones. Para ello sería necesario que el deber de vigilancia abrace en concreto el control de la específica peligrosidad dimanante de terceros, extremo que acabamos de desdecir.

Todo ello nos sitúa en el terreno de la ingerencia. De poder afirmarse, la responsabilidad penal se seguirá de un hecho anterior creador del riesgo y en virtud del cual el funcionario vendrá obligado a actuar positivamente para evitar la conversión de aquél en lesión del bien jurídico⁶².

⁶² Recurrirémos aquí a un argumento *a minus*: la condición de garante por ingerencia del agente provocador (*Vid.* J. Sánchez-Vera Gómez-Trelles, “Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte”, *ADPCP*, Tomo XLVIII, 1995, p. 248, nota 176, con ulteriores referencias bibliográficas) deberá mantenerse, en pura lógica, en los supuestos en que el sujeto quería desde un primer momento que se consumase el hecho principal.

Ésa -y no otra- es la razón por la que cabría decir que las omisiones de los funcionarios-inductores provocan “un funcionamiento incorrecto del sistema” y aumentan un peligro preexistente que debieron, a todas luces, prever. A la luz de este esquema conceptual, la autoría mediata con instrumento doloso no cualificado designaría, pues, la interposición de un tercero entre el hacer precedente creador del peligro y la producción del resultado. Sería por esta vía cómo el peligro de que el tercero lesione el bien jurídico se incorporaría al ámbito de protección abarcado por deber de garante del funcionario, cuyo sentido y fin sería evitar que el riesgo provocado con la conducta precedente tome cuerpo en una lesión del bien jurídico.

Las construcciones que discurren por esta vertiente de la responsabilidad en comisión por omisión parecen arrojar, en el terreno que nos ocupa, resultados positivos. El supuesto fáctico con el que trabajamos cumplimenta, uno por uno, todos los requerimientos avanzados por la mejor doctrina para admitir la eficacia de la ingerencia como sustrato de las posiciones de garantía⁶³. Está claro, ante todo, que la inducción, como hacer previo, genera un peligro próximo de producción del daño para la integridad del documento. Tampoco cabe dudar de que se trate de una conducta objetivamente antijurídica, de que la infracción del deber jurídico en que se sustancia la omisión haya consistido en la transgresión de una norma orientada a la tutela del bien jurídico, ni de que fuera realizada de forma consciente y voluntaria, requisito éste último que se colige -como es sabido- de la descripción del delito de omisión pura de garante del artículo 195. 3⁶⁴. Incluso podría decirse que, ajustada a nuestro ejem-

⁶³ Sobre los criterios que se mencionan en el texto, H. - J. Rudolphi, *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz*, Göttingen, 1966, pp. 110 y ss.; Jescheck, *Tratado de Derecho penal. Parte General*, cit., pp. 568 y 569; G. Rodríguez Mourullo, “El delito de omisión de auxilio a la víctima y el pensamiento de la ingerencia”, *ADPCP*, Tomo XXV, 1973, p. 513; D. M. Luzón Peña, “Ingerencia, comisión por omisión y omisión de socorro. (Comentario a la STS de 24 de abril de 1974.)”, en *Derecho penal de la circulación. (Estudios de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo.)*, Madrid, 1985, p. 130.

⁶⁴ En este sentido, T. S. Vives Antón, en T. S. Vives Antón (coord.), *Comentarios al Código penal de 1995*, Vol. I, Valencia, 1996, p. 88; Silva Sánchez, *El nuevo Código penal...*, cit., p. 67; M^a A. Cuadrado Ruiz, “La posición de garante”, *RDPC*, n^o 6, 2000, pp. 65 y 66. En contra, F. Morales Prats en Quintero Olivares (dir.), *Comentarios al Nuevo Código penal*, cit., pp. 95 y 96, para quien la diferencia entre ambos preceptos radica en el juicio de equivalencia, no viéndose afectada ésta última en absoluto por el dato de que el peligro previamente generado se creara dolosa o imprudentemente”.

plo fáctico, la responsabilidad por injerencia se sustrae a la mayor de las censuras de que es objeto y que expresa Schunemann cuando la presenta como una continuación del *versari in re illicita* reducida al *dolus subsequens*⁶⁵. En efecto, la caracterización del actuar previo como de inducción al delito priva de todo fundamento a la afirmación de que las consecuencias de la acción no se imputan en virtud de la culpabilidad por el hecho, sino sobre la base de una actitud subjetiva existente en un momento posterior.

Ahora bien, este planteamiento no conlleva por sí solo la atribución al funcionario de responsabilidades en comisión por omisión por la infracción de sus deberes de intervención. Partiendo de un criterio material, y aun dando por supuesto que por las circunstancias concurrentes al funcionario le fuese personalmente exigible intervenir en el preciso momento en que se produjo la destrucción, lo único que comportaría sería la atribución de una posición de garante, insuficiente para poder operar la imputación del resultado. Todavía habría que constatar la existencia de una identidad estructural con arreglo al “sentido de: texto de la ley” entre la omisión y la comisión activa, que es lo que, juntamente con esos otros elementos permitirá entender realizado el tipo y proceder a dicha imputación. Y, desde luego, el que el sujeto que omite haya condicionado con anterioridad el curso causal en el que posteriormente operará la omisión no prejuzga ni positiva ni negativamente dicha posibilidad. Hay que recordar que el nuevo Código penal ha zanjado definitivamente la polémica sobre el significado dogmático del deber jurídico de evitar el resultado, reducido por su artículo 11 a criterio de delimitación del ámbito “en que puede aparecer la equivalencia material, a la que ha de añadirse la textual o lingüística para que pueda aplicarse el precepto”⁶⁶.

La fórmula contenida en dicho precepto no se contenta con exigir un resultado, sino que establece que el delito ha de “consistir” en él, por lo que, como explica Vives Antón, “sólo podría proyectarse sobre tipos que, en virtud de su formulación, no se hallasen circunscritos a formas de

⁶⁵ Vid. B. Schünemann, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte: zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre*, Göttingen, 1971, pp. 315 y ss.; “Zur Kritik der Ingerenz-Garantenstellung”, *GA*, 1974, pp. 233 y ss.

⁶⁶ Cfr. Vives Antón, en Vives Antón (coord.), *Comentarios al Código penal de 1995*, Vol. I, cit., p. 86. En los mismos términos se pronuncia S. Huerta Tocildo, *Principales novedades de los delitos de omisión en el Código penal de 1995*, Valencia, 1997, pp. 33 y 34.

actuación positiva”⁶⁷. En los términos en que lo plantea el propio Vives, no cabría adaptarla, por lo tanto, a la infidelidad en la custodia de documentos, que consiste “en la realización de determinadas conductas de las que deriva un resultado”⁶⁸, punto de vista que viene a confirmar la tradicional identificación del marco natural de la comisión por omisión con los llamados tipos prohibitivos de causar. Pero aunque se adoptase una postura más flexible al respecto y, tras un cuidadoso examen, se apreciase la concurrencia en el hacer omisivo del funcionario de la formas de ejecución prevista en el tipo, consistente en un abuso de los medios técnicos y jurídicos que el cargo pone a disposición del funcionario y que el Derecho de la función pública valora como infracción de un deber funcional⁶⁹, la indagación deberá proseguir hasta verificar su equivalencia -según el texto de la ley, no lo olvidemos- con un hacer activo. La agregación de ese juicio de equivalencia a la comprobación de la existencia de una obligación de intervenir arroja resultados verdaderamente clarificadores.

Sin entrar en pormenores, puede decirse que la mejor doctrina considera que uno de los requisitos esenciales para poder afirmar dicha identidad estructural es el de que la omisión de intervención frente a la conducta dolosa del tercero haya producido una creación o un aumento de un peligro atribuible, naturalmente, al propio funcionario⁷⁰. Pues bien,

⁶⁷ Vid. Vives Antón, *op. últ. cit.*, p. 98.

⁶⁸ Vid. Vives Antón, *op. loc. cit.*

⁶⁹ Aconseja dejar “abierto” el problema de la aplicación de las estructuras de la comisión por omisión a los delitos con medios determinados “al examen de la doctrina y de la Jurisprudencia”, ante la no existencia de consenso al respecto, Silva Sánchez, *El Nuevo Código penal...*, cit., p. 75. C. Martínez-Buján Pérez defiende la posibilidad de realizar en comisión por omisión el tipo del delito societario de administración desleal (art. 295 CP), que exige el abuso de las funciones propias del cargo de administrador de hecho o de derecho o de socio de una sociedad constituida o en formación, con el argumento de que las conductas típicas no son, en realidad, modalidades específicas de ejecución, “sino más bien modalidades genéricas de acción a través de las cuales ha de llegarse a la causación del resultado”. Cfr. *El delito societario de administración desleal*, Valencia, 2001, p. 61.

⁷⁰ A la hora de fijar las bases de esa identidad estructural la doctrina utiliza parámetros ligeramente diversos. Mir Puig (*Derecho penal. Parte General*, cit., pp. 313 y 314) apela a la necesidad de que se produzca una creación o un aumento de peligro atribuible al autor, así como al dato de que dicho peligro determine una situación de dependencia personal del bien jurídico con respecto a quien lo ha causado. También D. M. Luzón Peña pone el acento en el dato de que la conducta omisiva cree o desencadene “de manera decisiva” el

es razonable afirmar que el funcionario que permite llevar a buen término la destrucción del documento previamente inducida por él mismo crea un peligro jurídico-penalmente relevante. Si la sola presencia del sujeto encargado de la vigilancia o custodia del documento constituye un impedimento para quienes pretenden destruirlo o menoscabarlo, parece lógico reconocer que, en el instante en que el sujeto vigilante omite el cumplimiento de las obligaciones inherentes a aquellas tareas, dando a entender que se desentiende de ellas, desaparece el obstáculo y se produce un aumento del peligro existente con anterioridad a la omisión misma, es decir, del generado por el propio funcionario, a través de su inducción, cuando todavía venía desempeñando correctamente la función de vigilancia.

Lo que ya resultará sumamente discutible es que, al dejar de vigilar, de custodiar o de proteger el documento, el funcionario de nuestro

riesgo de producción del resultado, pudiendo apreciarse así comisión por omisión en aquellos casos en que la posición del sujeto era la que determinaba la inexistencia de peligro o en que, preexistiendo un cierto peligro, social y normativamente se considera inexistente o bajo control en tanto en cuanto el sujeto cumpla con sus funciones normales y habituales. Cfr. "Participación por omisión y omisión de impedir delitos", *LL*, 1983-3, pp. 544 y ss.; "Estado de necesidad e intervención médica (o funcional o de terceros) en casos de huelga de hambre, intentos de suicidio y de autolesión: algunas tesis", *LL*, 1988-1, p. 993. En una posición próxima a la de Luzón se sitúa M. Díaz y García Conlledo ("Omisión de impedir delitos no constitutiva de participación por omisión. ¿Un caso de dolo alternativo?", *PJ*, nº 24, 1991, p. 209; "La omisión de socorro a la propia víctima", en *Derecho penal de la circulación. (Aspectos civiles y penales)*, Madrid, 1993, p. 207. J. M^a Silva Sánchez ve el fundamento de la identidad estructural en la asunción de un compromiso con relación al riesgo por parte del garante, que actuaría como una "barrera de contención" de determinados peligros para concretos bienes jurídicos. Ese compromiso vendría dado por el desarrollo de "actos inequívocos" de contención del riesgo en cuestión, y provocaría la impresión, tanto en la colectividad como en los afectados en particular, de que se halla controlado. Cfr. *El delito de omisión...*, cit., pp. 369 y ss.; "Causación de la propia muerte y responsabilidad penal de terceros", en *Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona, 1992, p. 215; "Aspectos de la comisión por omisión: Fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario", *CPC*, nº 31, 1989, p. 376. También autores como E. Gimbernat Ordeig ("Revisión al libro de Bacigalupo 'Delitos impropios de omisión'", *ADPCP*, Tomo XXII, 1970, p. 726; E. Bacigalupo Zapater ("Conducta precedente y posición de garante en el Derecho penal", *ADPCP*, Tomo XXII, 1970, pp. 43 y ss.) y J. M. Zugaldía Espinar ("Omisión e injerencia con relación al supuesto agravado del párrafo 3 del artículo 489 bis del Código penal", *CPC*, nº 24, 1984, p. 586) reclaman para la existencia de la omisión que el sujeto se halle en una situación de dominio sobre los factores que crean o incrementan el peligro de lesión del bien jurídico.

supuesto pueda ser hecho responsable de algo más que de la situación de abandono en que quede aquél, con otras palabras, que su omisión deba equipararse a la autoría comisiva. Los problemas que suscitan estos juicios de equiparación son bien conocidos⁷¹. Planteándose la cuestión en el marco del artículo 413, para Morales Prats / Rodríguez Puerta el dato que el contenido de desvalor de las conductas se sustancie en impedir que los documentos cumplan las funciones a que estaban destinado es razón suficiente para concluir que “la no evitación dolosa de esa pérdida de eficacia” resulte “plenamente equiparable a su destrucción”. Efectivamente, hay que convenir en que, examinadas a la luz del contenido esencial de las competencias del sujeto activo, el garantizar que los documentos desempeñen con eficacia sus funciones de afianzamiento de relaciones y de decisiones necesarias en el mundo del Derecho, las conductas de destrucción mediata e inmediata semejan valorativamente intercambiables. A nuestro juicio, sin embargo, dicha conclusión debe someterse a un proceso de control y verificación, siendo así que es posible localizar, al menos, dos razones o argumentos que abocan inevitablemente a su rechazo.

Ante todo, procede recordar que, sobre el plano de la identidad estructural entre la omisión impropia y la comisión, únicamente procederá hablar de autoría “cuando pueda llegar a determinarse que, probablemente, su omisión contribuyó decisivamente a la producción del resultado”, en tanto que, de demostrarse que la omisión “sólo ha podido dificultar la acción y, en ningún caso, impedir la”, el sujeto -incluso si debe ser considerado garante- habrá de responder como partícipe⁷². En nuestro ejemplo, si asumimos que el funcionario simplemente posibilita la

⁷¹ Vid. Morales Prats / Rodríguez Puerta, en Quintero Olivares (dir.), *Comentarios a la Parte Especial de Derecho Penal*, cit., p. 1656.

⁷² Vid. López Peregrín, *La complicidad...*, cit., pp. 330 y ss., espec. p. 352; G. Portilla Contreras, “La participación omisiva en delitos de resultado y simple actividad”, en J. Cerezo Mir / R. F. Suárez Montes / A. Beristain Ipiña / C. M^a Romeo Casabona (ed.), *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Granada, 1999, pp. 463 y 464. A la no subsunción de la omisión del funcionario en el tipo del artículo 413 conduce, pues, una coherente aplicación del principio de “sobreevaluación del aporte”. Ilustrando su alcance y repercusiones, Sánchez-Vera Gómez-Trelles trae a colación un ejemplo de interés a los efectos aquí pretendidos: el del encargado de una fábrica de material pirotécnico que, infringiendo las normas que vetan el libre acceso de terceros a aquél, no impide que un terrorista se haga con la cantidad necesaria para perpetrar un atentado (“Intervención omisiva...”, cit., p. 237). A su juicio, su responsabilidad penal habrá

producción de los resultados típicos del artículo 413, a su conducta le corresponderá la valoración normativa de “participación”, pues con su aportación se habrá limitado a facilitar un resultado que, “de cualquier otra forma, se hubiera producido”. Y es lo cierto que no puede decirse que el cumplimiento de sus tareas habituales de vigilancia o cuidado de los documentos hubiera evitado con seguridad el resultado ni que hasta el momento en que se produjo su destrucción el funcionario tuvo siempre la posibilidad de impedirlo. Todo lo que sabemos es que esa dejación

de articularse conforme a los esquemas de la participación, ya que, al no impedir que el terrorista se hiciese con los explosivos que estaban a su cargo, habría extendido su ámbito de organización mediante una actuación que suponía simplemente facilitar el plan delictivo (*op. cit.*, pp. 237 y 238). Si ése era el peso del aporte por el que quedó vinculado al delito, le incumbirían únicamente responsabilidades penales a título de partícipe, y ello incluso aunque tuviese posibilidades reales de impedir el resultado (*op. cit.*, p. 238). Sánchez-Vera excepciona el axioma en cuestión para los delitos en los que el fundamento de la responsabilidad penal es, utilizando el sistema y la terminología de Jakobs, la “incumbencia en virtud de una competencia institucional”, en los cuales todo lo relativo al bien jurídico tutelado por la institución es, “per se”, de incumbencia del sujeto especial “y conduce a la autoría”. En este ámbito, señala, “podemos hablar de una prohibición de minusvaloración del aporte”. Cfr. *op. cit.*, pp. 212 y 213. Ya hemos avanzado, no obstante, nuestro rechazo a la construcción de los *Pflichtdelikte* y a sus ulteriores desarrollos a través de la teoría de la responsabilidad *qua* relación institucional. Simplemente vamos a recordar aquí que el fundamento de la autoría en los delitos de los funcionarios públicos se ajusta a los esquemas de la delincuencia “común”. Reformulando su razonamiento con relación a nuestro supuesto, diríamos que la influencia eficaz sobre un sujeto para que destruya un documento público trae consigo, efectivamente, un deber de impedir el delito que, en caso de no haberse cumplimentado, conlleva a su vez un deber de salvar; pero que, puesto que el comportamiento omisivo del funcionario no hace sino favorecer los planes delictivos del tercero, debería responder tan sólo como partícipe, o sea, conforme al *quantum* de su aportación al hecho. Si el funcionario hubiese asesorado al *extraneus* sobre la forma de acceder a los archivos y, en general, sobre todo lo que facilitó la ejecución del acto de destrucción, y este último comportamiento viniese expresamente tipificado, nadie pondría en duda su responsabilidad como partícipe activo. El que en el actual contexto normativo la acción del particular deba estimarse atípica no puede alterar el razonamiento. El funcionario que, tras inducirlo a realizar la destrucción, le proporciona toda suerte de información útil para la empresa y que, llegado el momento, no hace nada para impedir la ejecución del hecho deviene un garante por ingerencia que responde como partícipe en virtud del principio que prohíbe una sobrevaloración de la aportación que ha realizado; una aportación de complicidad o, a lo sumo, de cooperación necesaria. Defienden la figura del cómplice por omisión para quien, de modo contrario al deber, genera un peligro y no evita el consecuente delito, Jescheck, *Tratado de Derecho penal. Parte General*, cit., p. 569; P. Cramer, número 109 antes de los § 25 y siguientes, en Schönke / Schröder, *StGBK*, cit.

de funciones habrá podido “provocar”, “permitir”, “favorecer”, o en general “contribuir” de alguna manera a la lesión o a la puesta en peligro del bien jurídico, todo lo cual no basta, repetimos, para reconocerle la relevancia jurídico-penal de la autoría en comisión por omisión. Éste es el criterio exhibido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la importante sentencia de 17 de diciembre de 1990, que condenó como cooperador necesario por omisión de un delito de lesiones al taxista que, tras una discusión con un cliente motivada por el hecho de que éste se negaba a abonarle el precio de la carrera estipulado, convino con tres sujetos no identificados que habían asistido a dicho enfrentamiento en que ellos se ocuparían de forzar el pago, permaneciendo después al margen mientras éstos golpeaban repetidamente al deudor; y en la STS de 27 de enero de 1995, en la que se estimó constitutiva de cooperación necesaria por omisión en un delito de violación la acción consistente en planear junto a otra persona un robo con inmovilización de las víctimas y permitirle que atara a una de ellas a la cama y diera rienda suelta a su agresividad sexual. De la tesis que apuesta por transformar automáticamente en autor al funcionario garante cabrá decir, cuando menos, que, “además de no respetar el fin de protección de la norma de complicidad”, es injusta, al no compadecerse con los criterios de graduación de las formas de intervención en el hecho punible⁷³.

Esta conclusión se ve confirmada con consideraciones de otra naturaleza, pues hay que tener presente que la aplicación de la cláusula del artículo II presupone que la omisión equivalga a la acción “en el sentido del texto de la ley”, lo que significa tanto como que para que pueda hablarse de comisión por omisión “el verbo típico ha de poderse conjugar en presencia del hecho omisivo que trata de subsumirse en él”⁷⁴; y, sin embargo, es obvio que, lingüísticamente, no puede decirse que “sustraer”, “destruye” u “oculta” el documento el funcionario que no reacciona ante la actuación de un particular que, inducido por él, se lo lleva, le prende fuego o lo extravía⁷⁵. Es este último quien lo ha hecho, y pretender hacer entrar en juego la figura de la comisión por omisión supondría transgre-

⁷³ Cfr. Portilla Contreras, “La participación...”, cit., p. 463.

⁷⁴ Cfr. Huerta Tocildo, *Principales novedades...*, cit., pp. 31 y 32.

⁷⁵ Así lo reconoce Roldán Barbero, al asumir que gramaticalmente las conductas de sustracción y destrucción no “casan con la forma omisiva” (“La infidelidad...”, cit., p. 203).

dir lo previsto por el artículo 11, que veta ir más allá de lo que autoriza el tenor literal posible del texto legal.

Antes que los propios sentimientos valorativos de la comunidad, son, en definitiva, razones estructurales las que dificultan una plena equiparación de la omisión con la acción a los efectos de imputar el resultado, habida cuenta de que la inactividad del funcionario no incorpora el contenido de injusto típico de las conductas de autoría activa del artículo 414 del texto punitivo. Al margen de las correspondientes responsabilidades disciplinarias, y excepción hecha de los supuestos en que quepa acudir a los delitos de daños de los artículos 263 y siguientes, al correspondiente delito patrimonial de enriquecimiento -si concurre el elemento subjetivo de ánimo de lucro- o a la figura del artículo 197, cuando el documento sustraído, destruído u ocultado verse sobre informaciones relativas a los particulares que afecten a su intimidad y el sujeto activo actúe con ánimo de descubrir el secreto o vulnerar la intimidad de aquéllos, las conductas del funcionario que auspicia la “infidelidad” y del *extraneus* que interviene directamente en su realización se saldan con la impunidad.

Se asiste, así, a la producción de una significativa laguna de punibilidad, con virtualidad para acarrear perjuicios graves a la vida jurídica, sin que en descargo del legislador puedan aducirse las dificultades que, normalmente, encontrará el *intraneus* en su tarea de convencimiento del *extraneus*, cuya voluntad no domina. La mayor o menor probabilidad de éxito de la conducta de inducción no puede fundamentar la impunidad del hombre de atrás. Aquél -sólo él- habrá de solventar el vacío legal, incorporando al tipo una cláusula semejante a la contenida en otros delitos del grupo y cuidando especialmente de que no sufran con ello otros principios básicos del Derecho penal.

B. LA PUNIBILIDAD DE LA MALVERSACIÓN POR DISTRACCIÓN CON “INSTRUMENTO DOLOSO NO CUALIFICADO”. LA TESIS DE CASTRO MORENO SOBRE LA RELACIÓN EXISTENTE ENTRE LAS MODALIDADES TÍPICAS DE LOS ARTÍCULOS 433 Y 434.

Importantes problemas interpretativos parece deparar asimismo la ausencia en los artículos 433 y 434 de una cláusula de equiparación expresa semejante a la descrita en el tipo del artículo 432, habida cuenta

de que tampoco aquí es posible hallar en el articulado del texto punitivo conductas parangonables, excepción hecha del delito societario de administración desleal del artículo 297. Para Morales García, la impunidad de la conducta del *intraneus* que induce a un no cualificado doloso para que utilice con fines privados un bien mueble o inmueble de titularidad pública hallaría su razón de ser en el dato de que los únicos comportamientos que pueden perjudicar la eficacia y eficiencia en la persecución del interés general -*ratio* de la disciplina penal de la malversación- serían los perpetradas directamente por los gestores del patrimonio público, cuando no actúan “conforme a la dinámica constitucional de los poderes públicos”⁷⁶. Un punto de vista radicalmente distinto es el que inspira las reflexiones de la doctrina mayoritaria, que se ha mostrado partidaria de incriminar como autor de la figura delictiva del artículo 433 al funcionario que facilita, favorece o permite con su omisión la utilización por terceros de los mismos para fines ajenos a la función pública asignada, trayendo en aplicación al efecto los criterios de atribución descritos en el artículo 11 del texto punitivo⁷⁷.

Tenemos para nosotros, con todo, que es posible hallar una solución satisfactoria para resolver los problemas de impunidad generados por el instrumento doloso no cualificado sin necesidad de verificar también aquí la idoneidad de ese correctivo. Trabajando con la técnica legal utilizada en la redacción de las conductas típicas de los artículos 433 y 434, Castro Moreno cifra las diferencias existentes entre ambas en que, mientras el comportamiento típico de “destinar” se abre a todos aquellos supuestos en los que el funcionario “asigna” o “adjudica” un destino privado al bien público, “con independencia de quién sea el sujeto que final-

⁷⁶ Cfr. *Los delitos de malversación...*, cit., pp. 287 y 288. Considera, sin embargo, a la inducción del cualificado constitutiva de comisión por omisión punible en Morales Prats / Morales García, en G. Quintero Olivares (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, cit., p. 1772.

⁷⁷ De acuerdo con este planteamiento, las funciones de gestión económica desempeñadas por aquél harían de él un garante responsable de garantizar el correcto empleo de los recursos públicos a su cargo. Vid. J. Oliveros Roselló, “La malversación en el Código penal de 1995”, *CDJ*, 1996, pp. 282 y 283; Roca Agapito, *El delito de malversación...*, cit., pp. 252 y ss.; Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte Especial*, cit., p. 979. Lo reiteran con relación al supuesto legal del artículo 434, Etxebarria Zarrabeitia, “Malversación de caudales públicos”, cit., p. 201; Entrena Fabrè, *El delito de malversación*, cit., p. 97.

mente utilice el mismo”, el verbo “dar una aplicación privada”, con el que se describe el hecho del artículo 434, indica la necesidad de que sea el mismo sujeto activo el que realice material y personalmente el uso privado, viniendo a acoger así un verdadero delito de propia mano⁷⁸. De esta forma, el del funcionario que favorece el uso de bienes públicos por parte de un tercero integraría uno de los supuestos en que se vertebra la figura de la “destinación” de los caudales a fines privados del artículo 433, teniendo en cuenta que facilitar el uso ajeno por parte del tercero no sería sino una forma más de cambiar la asignación del “bien”.

No encontramos mayores objeciones para la aplicación de este criterio, cuya solvencia viene avalada por argumentos normativos como la no exigencia de ánimo de lucro en el artículo 433, la previsión en su segundo párrafo del reintegro del “importe” y no del del “bien” malversado y las sucesivas enmiendas presentadas a los artículos 412 y 413 bis del PLOCP de 1992 al objeto de dar entrada en el ámbito del actual artículo 434 de las hipótesis en que fuese un tercero el que utilizase materialmente el bien⁷⁹. Sin necesidad de proceder a interpretaciones forzadas de la ley ni de elevar a la categoría de autor mediato a quien carece de los requisitos materiales para ello, la redacción típica permite ubicar sistemáticamente al mal llamado “empleo de instrumento doloso” como un supuesto legal de malversación por distracción.

⁷⁸ Cfr. Castro Moreno, *La malversación de caudales...*, cit., pp. 374 y 375.

⁷⁹ *Vid.* Castro Moreno, *op. cit.*, pp. 375 y ss.

CAPÍTULO IV

LA TENTATIVA DEL SUJETO INIDÓNEO. CONCEPTO Y PUNIBILIDAD.

A. CONSIDERACIONES PREVIAS. TENDENCIAS HACIA LA PUNICIÓN O IMPUNIDAD EN LAS DOCTRINAS ALEMANA Y ESPAÑOLA. NECESIDAD DE AFRONTAR EL PROBLEMA COMO DESARROLLO LÓGICO DEL PRECONCEPTO DE TENTATIVA INIDÓNEA. BREVE REFERENCIA A LAS TEORÍAS OBJETIVO-FORMALES, OBJETIVO-MATERIALES, SUBJETIVAS Y MIXTAS SOBRE LA PUNIBILIDAD DEL DELITO IMPOSIBLE. OPCIÓN POR LA TEORÍA DE LA IDONEIDAD RELATIVA.

La literatura técnica acostumbra a utilizar -indistintamente¹- los términos tentativa inidónea, tentativa imposible o delito imposible para designar los supuestos en que el empleo de medios inadecuados, la inexistencia de objeto o la ausencia de un sujeto apropiado con arreglo a tipo imposibilitan la consumación de un delito², a pesar de que las legislacio-

¹ Cfr. E. Farré Trepas, *La tentativa de delito. Doctrina y jurisprudencia*, Barcelona, 1986, pp. 347 y 348, con amplias indicaciones. Tras la entrada en vigor del Código Penal de 1995 estudian los supuestos aquí considerados bajo las denominaciones de tentativa inidónea o delito imposible Mir Puig (*Derecho penal. Parte General*, cit., p. 346) y Díaz Roca (*Derecho penal general*, cit., p. 236) y bajo las de tentativa inidónea o tentativa imposible Cobo del Rosal / Vives Antón (*Derecho penal. Parte General*, cit., pp. 728 y 729) y Cerezo Mir (*Derecho penal. Parte General-Lecciones*, cit., pp. 173 y ss. En opinión de Farré Trepas los únicos términos que lograban expresar lo que verdaderamente caracterizaba a la figura del art. 52. 21 CPTR73 eran los de “tentativa inidónea”, alusivos a la inaptitud de la acción para producir el delito consumado. La denominación de “delito imposible” debería su incorrección, según ella, al dato de que la imposibilidad no se refiere en estos casos a la producción del delito, sino a su producción en grado de consumación. J. L. González Cussac (“Principio de ofensividad, aplicación del Derecho y reforma penal”, *P7*, 2ª época, nº 28, diciembre 1992, p. 23) acepta este punto de vista, reservando el nombre de “delito imposible” para los casos de tentativas absolutamente inidóneas. Para Quintero Olivares el ámbito característico de la tentativa inidónea es el de los cursos causales no adecuados a tipo, integrando el del delito imposible los supuestos en que la inidoneidad radica en la inexistencia de objeto (*Manual de Derecho penal. Parte General*, cit., p. 602). La propia Farré (*La tentativa...*, cit., p. 347) apuntaba que dicha distinción podía encontrar apoyo legal en el artículo 147 del Código penal de 1928, que disociaba la frustración por imposibilidad del delito mismo y la determinada por el empleo de medios inadecuados por su naturaleza, pero concluía que el artículo 52. 2 CPTR73 no ofrecía base legal alguna para mantenerla. Tampoco lo hace el vigente artículo 16 CP, cabe pensar.

² Cfr. Mir Puig, *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 346; González Cussac, “Principio de ofensividad...”, cit., pp. 22 y 23; E. Farré Trepas, “Consideraciones dogmáticas y de lege

nes penales suelen limitarse a aludir a las dos primeras hipótesis al fin de dejar sentada su impunidad o sanción³.

ferenda en torno a la punición de la tentativa inidónea”, *Estudios de Derecho penal y Criminología*, Tomo I, Madrid, 1989, p. 260, nota 1, llamando la atención sobre la equivocidad de la referencia «idoneidad» en este ámbito; G. Quintero Olivares, en Quintero Olivares (dir.), *Comentarios al Nuevo Código penal*, cit., pp. 123 y 124; Octavio de Toledo / Huerta Tocildo, *Derecho penal. Parte General. Teoría jurídica del delito*, cit., pp. 464 y 466; Gómez Benítez, *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte General*, cit., pp. 270 y 272. En la doctrina alemana, Wessels, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., p. 175; F. Haft, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 7. Aufl., München, 1996, p. 224; Jescheck, *Tratado de Derecho penal. Parte General*, cit., p. 480; K. Lackner, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, 22. neubearbeitete Aufl., München, 1997, p. 168. En contra de esa fórmula, sin embargo, E. Sola Reche, *La llamada “tentativa inidónea” de delito. Aspectos básicos*, Granada, 1996, p. 167, quien sostiene que si cualquier conducta que queda en tentativa hubiera podido desembocar en la consumación de ser otras las circunstancias concurrentes, ninguna habría podido hacerlo en las condiciones concretas en que se produjo: “la acción de atentar contra un objeto inexistente o ausente, hubiera podido conducir a la consumación si el objeto existiera o estuviera presente; el intento de disparar contra alguien con una pistola que resultaba estar descargada hubiera podido llegar a la consumación de estar el arma cargada; en otras condiciones el autor, a pesar de su mala puntería, hubiera podido acertar a la víctima”. Sobre el plano de la terminología el desencuentro doctrinal es, efectivamente, manifiesto (*Vid.* M^a R. Moreno-Torres Herrera, *Tentativa de delito y delito irreal*, Valencia, 1999, pp. 254 y ss.; R. Alcácer Guirao, *La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto*, Granada, 2000, pp. 6 y ss.). En la acepción que Mir Puig da al vocablo, se consideraría inidónea la tentativa *ex ante* peligrosa que demuestra *ex post* carecer de potencialidad lesiva (*op loc. cit.*). A partir de una orientación sibjetiva basada en la representación del autor, consideran inidónea la tentativa no peligrosa Cerezo Mir y L. Gracia Martín, el primero para concluir su impunidad (*Derecho penal. Parte General-Lecciones*, cit., p. 173), el segundo para afirmar su punibilidad [“Sobre la punibilidad de la llamada tentativa inidónea en el nuevo Código penal español de 1995 (Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 24 de mayo de 1996)”, *RDPC*, enero 1999, n^o 3, pp. 351, 352 y 358]. La tentativa inidónea es para Farré Trepát aquella que se caracteriza por su no peligrosidad con arreglo a una formulación objetiva del concepto de tentativa. Coincidiendo con el criterio De Farré, en fin, Moreno-Torres Herrera prefiere dejar a un lado la denominación “tentativa indónea impune” para adoptar la de “delito irreal”, “al objeto de dejar más clara su naturaleza ajena al concepto de tentativa y su carácter impune, así como evitar tentaciones de reavivar polémicas que de esta forma quedarían cerradas” (*Tentativa de delito...*, cit., p. 270, nota 671).

³El § 15 III del Código penal austríaco proclama la impunidad de la tentativa cuando la consumación era en todo caso imposible, al estar ausentes las cualidades o relaciones personales exigidas por la ley para el autor, pero “su decisión no es lo habitual” [cfr. C. Sainz de Robles Santa Cecilia, “Sobre la tentativa del sujeto inidóneo”, en *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona (Libro Homenaje al Profesor Antonio Beristain)*, San Sebastian, 1989, p. 621]. Sirven de apoyo a esta última afirmación, por ejemplo, los §§ 22 y 23. 31 del *StGB* alemán y los artículos 23 del Código penal suizo y 49. 21 del Código penal italiano.

El tratamiento jurídico-penal de la tentativa de autor inidóneo constituye tradicional objeto de controversia en Alemania. Al amparo de la habitual definición de la tentativa inidónea como conducta finalísticamente dirigida a una consumación *ex ante* inviable por razones jurídicas o materiales y sobre la dicción del § 23 III *StGB*, un sector doctrinal defiende la punibilidad del sujeto inidóneo apelando a instancias de política criminal basadas en un criterio de prevención general positiva⁴.

⁴ La asimilación de los criterios de inidoneidad jurídica y fáctica es lugar común en la literatura: *Vid.* Jescheck, *Tratado de Derecho penal. Parte General*, cit., p. 480; Wessels, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., p. 175; T. Vogler, número 133 al § 22, *LK*, 1. Band, 10. Aufl., Berlin, New York, 1989. El punto de vista dominante en lo que al fundamento de la punición de la tentativa inidónea atiene es el representado por la denominada «teoría de la impresión» (así lo reconocen, entre otros, Farré Trepas, *La tentativa...*, cit., p. 335; Sola Reche, *La llamada «tentativa inidónea»...*, cit., p. 32, trayendo en su apoyo las declaraciones de Jescheck y Roxin). Con arreglo a ella, expone T. Weigend (“Die Entwicklung der deutschen Versuchslehre”, en H. J. Hirsch / T. Weigend (Herausgegeben von), *Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland*, Band I, Berlin, 1989, p. 122), en la punición de la tentativa deberá verse, ante todo, la respuesta del ordenamiento jurídico a la presencia de una voluntad de delinquir, pero el criterio del merecimiento de pena impone su circunscripción a los casos en que la realización de esa manifestación o declaración hostil al derecho sea apropiada para poner en entredicho la confianza de los miembros de la comunidad que llegan a tomar conocimiento de los hechos, así como sus sentimientos de certeza y seguridad jurídicas. Interesa destacar que los partidarios de la teoría de la impresión se preocupan en subrayar su acomodación a las prescripciones del Derecho positivo, pues a tenor del § 22 *StGB* el comienzo de la realización del tipo ha de ir acompañado de la representación que el autor tenga de su hecho (*Vid.* B. Schünemann, «Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars», *GA*, 1986, p. 311; R. Maurach / K. H. Gössel / H. Zipf, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Teilband 2. Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat. Ein Lehrbuch*, 7. neubearbeitete und erweiterte Aufl., Heidelberg, 1989, pp. 22 y 23; Vogler, número 52 antes del § 22, *LK*, 1. Band., 10. Aufl, cit.; Wessels, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., p. 168; Ebert, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., p. 112; A. Eser, “vorbem § 22”, en A. Schönke / H. Schröder, *StGBK*, 25. neubearbeitete Aufl., München, 1997, p. 339; Jescheck, *Tratado de Derecho penal. Parte General*, cit., pp. 466 y 481). En otro sentido, el § 23 faculta al juez para renunciar a la pena o atenuarla cuando el autor no se percata por burda incomprensión (“*aus grossem Unverstand*”) de que la tentativa, por el tipo de objeto o por el medio empleado, no podría abocar en ningún caso a la consumación. Aunque un sector de la doctrina incluye en el campo de aplicación del precepto también las hipótesis de tentativa irreal (*Vid.* Otto, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, cit., p. 235; J. Baumann / U. Weber / W. Mitsch, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 10. neu bearbeitete Aufl., Bielefeld, 1995, pp. 548 y 549), la opinión absolutamente dominante defiende la punibilidad de la tentativa inidónea argumentando con relación al dato de que la única restricción legal de los supuestos punibles de tentativa viene operada mediante la introducción del mencionado requisito de la burda incomprensión, requisito mayoritaria-

Aunque no surja peligro real alguno para el bien jurídico tutelado por la figura típica correspondiente, indica Bruns exponiendo esta línea de pensamiento, el hecho de que un sujeto inidóneo planifique y ponga en marcha una conducta dirigida a la realización de un delito es adecuado para menoscabar la confianza de los ciudadanos en la validez del ordenamiento jurídico y, por lo tanto, en el ordenado desarrollo de la vida social⁵.

mente interpretado en el sentido de representación totalmente errónea, aberrante, de conexiones fácticas comúnmente conocidas en virtud de la experiencia normal. Cfr. Wessels, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., p. 175; Ebert, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., p. 112; Otto, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, cit., pp. 234 y 235; Vogler, número 135 al § 22, *LK*, I. Band, 10. Aufl., cit.; A. Eser, “§ 22”, en A. Schönke / H. Schröder, *StGBK*, 25. neubearbeitete Aufl., München, 1997, pp. 352 y 353; Maurach / Gössel / Zipf, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Teilband 2*, cit., p. 43; Haft, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., p. 224; Jescheck, *Tratado de Derecho penal. Parte General*, cit., pp. 466 y 480. Sobre el sentido del elemento de la «burda incompreensión» *Vid.*, entre otros, Wessels, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., p. 176; Jescheck, *Tratado de Derecho penal. Parte General*, cit., p. 482; Vogler, número 34 al § 23, *LK*, I. Band., 10 Aufl., cit. La teoría de la impresión no ha alcanzado predicamento entre la doctrina española. Aisladamente, A. Torío López encuentra en ella el fundamento material para la desviación político-criminal de los principios sobre los que se sustenta la noción material de delito -concretamente, el de que no deben existir delitos de peligro abstracto- que en su concepción encarna la tentativa inidónea (cfr. “Indicaciones para una concepción dualista de la tentativa”, en *Presupuestos para la Reforma penal*, Santa Cruz de Tenerife, 1992, pp. 181 y 182). Sintetizando las críticas habitualmente esgrimidas contra ella, Silva Sánchez ha escrito que “al igual que otras teorías modernas, tiene el inconveniente de poner la sanción en relación con la autoimposición del ordenamiento jurídico, o con la genérica confianza en su vigencia con lo que acaba también distanciándose de un Derecho penal de protección de bienes jurídicos” (*El nuevo Código penal...cit.*, p. 131). Otras consideraciones críticas pueden verse en Farré Trepát, “Consideraciones dogmáticas...”, cit., pp. 268 y 269; González Cussac, «Principio de ofensividad...», cit., pp. 24 y 25; Alcácer Guirao, *La tentativa inidónea...*, cit., pp. 258 y ss. En Alemania Otto reprocha a sus partidarios la indefinición en que queda en sus exposiciones el elemento determinante de la conmoción jurídica (*Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, cit., p. 224). Para un equilibrado examen del significado y consecuencias -también negativas- de la teoría *Vid.* Weigend, “Die Entwicklung...”, cit., pp. 122 y ss.

⁵ Cfr. H.-J. Bruns, *Der untaugliche Täter im Strafrecht*, Karlsruhe, 1955, p. 36; mismo autor, “Die Strafbarkeit des Versuchs eines untauglichen Subjekts”, *GA*, 1979, p. 161. Asimismo, Haft, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., pp. 224 y 225; Wessels, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., pp. 166 y 177; Ebert, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., p. 112; Eser, “§ 22”, en Schönke / Schröder, *StGBK*, cit., p. 354; Tröndle, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, cit., p. 162; Jescheck, *Tratado de Derecho penal. Parte General*, cit., pp. 480 y ss. Todos estos autores, con la excepción de Haft, acogen expresamente la distinción entre errores de tipo al revés y errores de prohibición al revés para delimitar el ámbito de las inidoneidades de sujeto punibles. Otto (*Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, cit., p. 238, nota 41) y Eser (*op. loc. cit.*) la presentan como la opinión dominante en la actualidad.

No faltan, sin embargo, opiniones disidentes que, con diversos argumentos, configuran la errónea creencia sobre la propia cualidad de autor en los delitos especiales propios ora como delito putativo, ora como tentativa irreal o imaginaria⁶. El propio Proyecto Alternativo contenía en su § 25. III, 1 una declaración expresa de no punibilidad de los supuestos de tentativa en que el autor fundamentaba su comportamiento en la errónea representación de una especial posición de deber⁷.

En realidad, ha sido la vacilante jurisprudencia del *Reichsgericht* la que ha avivado la discusión, suscitada -como pone de manifiesto Farré Trepát- más tarde y al margen de las hipótesis de medio y objeto inidóneos⁸. Desde un primer pronunciamiento incidental en 1883, en el que se decidió la impunidad de un no funcionario que pretendía realizar un delito en el ejercicio de “su cargo”⁹, el *Reichsgericht* ha cambiado recurren-

⁶ Los principales representantes de esta corriente teórica son: H. Foth, “Neuere Kontroversen um den Begriff des Wahnverbrechens”, *JR*, 1965, p. 370; Welzel, *Derecho penal alemán. Parte General*, cit., pp. 229 y 230; G. Stratenwerth, “Der Versuch des untauglichen Subjekts”, en W. Frisch / W. Schmid (herausgegeben von), *Festschrift für Hans Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag*, Köln, 1978, p. 59; Langer, *Das Sonderverbrechen*, cit., p. 497; Schmidhäuser, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., p. 355; Otto, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeiner Strafrechtslehre*, cit., p. 238; Vogler, número 158 al § 22, *LK*, 1. Band, 10. Aufl., cit.; y Jakobs, *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 876. En la literatura más antigua, R. Von Hippel, *Deutsches Strafrecht. Band 2. Das Verbrechen. Allgemeine Lehren*, Neudruck der Ausgabe Berlin 1930, Aalen, 1971, p. 437.

⁷ G. Romero se hace eco de la poca atención dispensada, sin embargo, al problema del sujeto inidóneo en las consultas de la Gran Comisión de Derecho penal, “pensando quizá que la cuestión podría regularse por sí misma” (cfr. “La problemática de los autores inidóneos y el delito putativo”, en *Problemas actuales de las Ciencias penales y la Filosofía del Derecho: en Homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa*, Buenos Aires, 1970, p. 241). Al margen de ello, para esta autora el el texto del § 25 III, 1 acogía una formulación demasiado amplia, capaz de comprender todas las hipótesis en las que autor cree hallarse en una situación que de existir determinaría, en ciertas circunstancias, el surgimiento de un deber especial (*op. cit.*, p. 242). *Vid.* en un sentido similar A. Kaufmann (“La parte dogmática del Proyecto Alternativo”, *NPP*, n^{os} 13-14, enero-junio 1977, pp. 55 y 56), quien, a pesar de compartir materialmente la decisión prelegislativa, considera que la mención a la existencia de “deberes especiales” no serviría para referir el precepto exclusivamente a la condición de autor en los delitos especiales propios: «se presenta también el caso del delito putativo en el cual se supone erróneamente la existencia de un delito especial propio: un estudiante cree que a los estudiantes les está prohibido tomar cerveza durante el semestre; supone entonces por error un deber especial».

⁸ *Vid.* Farré Trepát, *La tentativa...*, cit., p. 433.

⁹ Se refieren a este pronunciamiento Bruns, *Der untaugliche Täter...*, cit., p. 21; Maurach / Gössel / Zipf, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Teilband 2*, cit., p. 50; Jescheck, *Tratado de Derecho penal. Parte General*, cit., p. 485; Farré Trepát, *La tentativa...*, cit., p. 433.

temente de orientación, alternándose resoluciones que desmienten o confirman aquel criterio¹⁰. Los habitualmente citados supuestos de errónea atribución de la condición de judío, castigados en 1938 con arreglo a la Ley de Protección de la sangre, representan, por ejemplo, un hito en esta última dirección¹¹. Precisamente la no consolidación de una regla definitiva sobre la impunidad fue lo que motivó, según indican Baumann / Weber, la no inclusión en la segunda Ley de Reforma del Derecho penal de una declaración semejante a la contenida en el Proyecto Alternativo¹².

Vigente el CPTR73, la doctrina española había tratado el problema del sujeto inidóneo con cierta negligencia y hasta desinterés. En su descargo cabría aludir, ciertamente, a la aparente voluntad legislativa de excluir estos supuestos del marco del artículo 52 II CPTR73, que preveía una pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito consumado “en los casos de imposibilidad de ejecución o de producción del delito”¹³. Como apuntaba Rodríguez Mourullo, dicha exclusión, para la que él mismo aducía asimismo razones históricas, obviaba la necesidad de entrar a analizar si constituían conceptualmente tentativas inidóneas que el legislador había optado por no tipificar o si ni siquiera podían calificarse de tentativas¹⁴. Pero es justo reconocer, sin embargo, que la

¹⁰ Las referencias pueden verse en Von Hippel, *Deustches Strafrecht. Band 2. Das Verbrechen*, cit., p. 437; Welzel, *Derecho penal alemán. Parte General*, cit., p. 230; Bruns, *Der untaugliche Subjekt...*, cit., pp. 38 y ss.; mismo autor, “Die Strafbarkeit...”, cit., pp. 161 y ss.; Baumann / Weber, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., p. 498, nota 70; Vogler, número 158 antes del § 22, *LK*, I. Band, 10. Aufl., cit.; Wessels, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., p. 175; Jescheck, *Tratado de Derecho penal. Parte General*, cit., pp. 485 y 486.

¹¹ *Vid.* Bruns, *Der untaugliche...*, cit., pp. 23 y 24; Farré Trepas, *La tentativa...*, cit., pp. 433 y 434; Maurach / Gössel / Zipf, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Teilband 2*, cit., p. 50. Recogiendo a Niethammer, Jescheck subraya que a pesar de tratarse de tipos penales político-ideológicos, el *Reichsgericht* había razonado en estos supuestos de forma puramente jurídica (*Tratado de Derecho penal. Parte General*, cit., p. 485, nota 22).

¹² Cfr. Baumann / Weber, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 9. Aufl., cit., p. 498, nota 70.

¹³ Apelando a ese argumento se habían pronunciado en favor de la impunidad Antón Oneca, *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 446; Gómez Benitez, *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte General*, cit., p. 273; Rodríguez Devesa, *Derecho penal español. Parte General*, cit., p. 793; J. Bustos Ramírez, “Castigo o impunidad de la tentativa inidónea: un falso dilema”, en *Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio-Pérez Vitoria*, Tomo I, Barcelona, 1983, p. 91.

¹⁴ Cfr. Rodríguez Mourullo, en Rodríguez Mourullo / Córdoba Roda, *Comentarios al Código penal*, Tomo I, cit., pp. 227 y 228, aludiendo a los artículos 41 del Código penal de 1928,

mayoría de quienes habían entendido punible esta figura, como Muñoz Conde, Mir Puig, Octavio de Toledo/Huerta Tocildo y González Cussac, habían apoyado su postura en el argumento, en buena medida, asimismo formal de la intercambiabilidad entre la inaptitud del sujeto y la ausencia de objeto o la inidoneidad de medio a la hora de afirmar la concurrencia de los presupuestos conceptuales de la tentativa inidónea¹⁵. Si la inidoneidad del sujeto, escribía Mir expresando este punto de vista, no constituye sino “una de las posibles causas de ‘imposibilidad de ejecución’”, lo razonable debería ser dispensarle idéntico tratamiento y denominación que a los restantes clases de inidoneidad fáctica o jurídica, y buscarle acomodo en la letra del propio artículo 52 II CPTR¹⁶.

Las tendencias hacia la impunidad o punición del autor inidóneo deben examinarse en la actualidad a partir de la redacción del artículo 16 del Código penal, precepto con el que se consagra la necesidad de referir a la definición general de tentativa la posible incriminación de todos los casos que pretendan caracterizarse como tentativas inidóneas. El debate científico se orientará, pues, en un sentido muy distinto. Los partidarios del castigo del sujeto inidóneo deberán desposeer ahora de sustento legal a quienes consideran que, ya sea por exigencias formales introducidas por el propio precepto -señaladamente, el término “objetivamente”-, ya sea por la desaparición del propio artículo 52 II, en el que un sector de opinión encabezado por Torío López veía un título de incriminación autónomo, las conductas inidóneas -*todas ellas*, incluida la del no funcionario que pretende realizar un cohecho o una prevaricación- han devenido

9 de la Ley de Vagos y Maleantes y 5 de la Ley de 24 de enero de 1941, todos ellos referidos a hipótesis de imposibilidad del delito por inexistencia de objeto o por inadecuación de los medios.

¹⁵ Vid. F. Muñoz Conde, *Teoría general del delito*, Bogotá, 1984, pp. 189 y 190; S. Mir Puig, *Adiciones al Tratado de Derecho penal de H. - H. Jescheck*, Vol. II, Barcelona, 1981, pp. 734 y 735; Octavio de Toledo y Ubieta / Huerta Tocildo, *Derecho penal. Parte General. Teoría jurídica del delito*, cit., p. 466; González Cussac, “Principio de ofensividad...” cit., pp. 23 y 24.

¹⁶ Cfr. Mir Puig, *Adiciones...*, Vol. II, cit., pp. 734 y 735. Los autores referidos en la nota anterior realizan declaraciones similares en las obras y lugares citados. Muy significativas, por su actualidad, son las palabras de González Cussac (“Principio de ofensividad...” cit., pp. 23 y 24): “Sí resulta en cambio importante subrayar que tanto las hipótesis de ausencia de objeto como de inidoneidad de medios o inaptitud del sujeto activo, sean absolutas (impunes) o relativas (punibles), deben recibir idéntico tratamiento y denominación. Al menos así ha de ser desde una óptica objetiva, pues todas ellas tienen de común la ausencia de lesividad”.

absolutamente impunes en el ordenamiento jurídico español¹⁷. Es importante hacer notar, en cualquier caso, que para la mayoría de los comentaristas al articulado del Código penal de 1995, ni la noción general de tentativa inidónea ni las mencionadas referencias normativas obligan, en línea de principio, a entender la figura aquí estudiada como una institución distinta, sujeta a principios materiales y reglas de punición diferenciados. La tentativa del autor inidóneo aparece, por el contrario, como una especie más del género común de las tentativas inidóneas. Esta orientación teórica es bien visible en la manualística. Muñoz Conde / García Arán -hasta la cuarta edición de su sistema de Derecho penal-, Mir Puig, Cerezo Mir, Quintero Olivares y -con algunos matices- Calderón Cerezo / Choclán Montalvo defienden expresamente la calificación del intento del sujeto inidóneo como tentativa, y lo someten a los mismos principios -legales y político-criminales- que con arreglo a sus respectivas exposiciones servirían para delimitar el ámbito de lo punible en relación con las formas inidóneas de ejecución del delito¹⁸. El argumento con el que sos-

¹⁷ Hace años que la doctrina española venía reclamando la reforma del Derecho positivo en lo que atendía al tratamiento de esta materia. Los argumentos que se esgrimían para ello aludían tanto a la desafortunada ubicación sistemática como a la defectuosa redacción del artículo 52 II CPTR73, que alejándose de la mayor parte de los Códigos modernos permitía el castigo de la tentativa inidónea y del delito imposible con la misma pena que la tentativa idónea. Sobre la base de dicha disposición -se denunciaba con particular insistencia- era difícil excluir incluso la punición de las denominadas tentativas irreales, lo que en el terreno del Derecho formal proyectaba una imagen de sobrevaloración de la relevancia del ánimo del sujeto. Sobre el estado de la cuestión en la doctrina y en la jurisprudencia informaban detalladamente Farré Trepal, *La tentativa...*, cit., pp. 355 y ss.; González Cussac, "Principio de ofensividad..." cit., pp. 10 y ss. La tesis de Torío López puede verse en "Indicaciones..." cit., pp. 169 y ss. En cualquier caso, la conformidad del artículo 52 II CPTR73 con la Constitución había sido establecida -indirectamente-, en el marco de un recurso de amparo, por la STC 70/1985, de 31 de mayo.

¹⁸ Cfr. F. Muñoz Conde / M. García Arán, *Derecho penal. Parte General*, 3ª ed., Valencia, 1998, p. 440; Mir Puig, *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 346; Cerezo Mir, *Derecho penal. Parte General-Lecciones*, cit., p. 174; Quintero Olivares, en Quintero Olivares (dir.), *Comentarios al nuevo Código penal*, cit., p. 124; A. Calderón Cerezo / J. A. Choclán Montalvo, *Derecho penal. Tomo I. Parte General*, 2ª ed. actualizada a marzo de 2001, Barcelona, 2001, pp. 329 y 330, en referencia a los casos en que la suposición acerca de la posesión de la cualidad especial procede de un error sobre alguna circunstancia a la que el Derecho asocia un deber jurídico especial ("el caso de quien recibe la dádiva desconociendo la anulación de su nombramiento como funcionario"). A partir de la 4ª edición de su *Derecho penal. Parte General*, Muñoz Conde /García Arán omiten toda referencia a la inidoneidad del sujeto como posible forma de tentativa.

tienen esta posición es, implícita o explícitamente, el de la equivalencia o igualdad de todas las características del tipo penal. De acuerdo con él, el tratamiento dogmático que debe dispensarse a las situaciones de errónea suposición acerca de los elementos del tipo no podrá depender de contingencias tales como la inidoneidad del objeto, la de los medios, la de una modalidad de la acción o la de la cualificación normativa del sujeto activo. Si las condiciones que sirven de base a la cualidad de autor en el delito especial en el tipo de injusto, el error acerca de su concurrencia deberá valorarse y resolverse, simplemente, como un error de tipo inverso de tipo¹⁹. En sentido contrario se han pronunciado, aisladamente, Cobo del Rosal / Vives Antón y Landecho Velasco / Molina Blázquez, quienes argumentan muy sintéticamente a partir de la teoría de la falta de tipo, con arreglo a la cual al faltar uno de los elementos requeridos por aquél no podría hablarse ya nunca de tentativa²⁰.

Distinto punto de partida adoptan en sus contribuciones al esclarecimiento de esta cuestión Bacigalupo Zapater, Farré Trepas, Sainz de Robles Santa Cecilia y Sola Reche²¹. Estos autores llevan a cabo un verdadero estudio material sobre la noción y los límites de la punibilidad de la inidoneidad del sujeto, a modo de desarrollo lógico del concepto de tentativa inidónea que sustentan. Ello les permite, en primer lugar, corroborar o desmentir la necesidad de equiparar valorativamente los elementos de la autoría a los restantes componentes del tipo de injusto al fin de justificar su tratamiento jurídico-penal en el terreno de la tentativa. Además, esa forma de proceder los coloca en disposición de acceder a criterios materiales con los que poder huir -lo que no siempre se estima oportuno, como se verá- de la *petitio principii* que en opinión de Welzel

¹⁹ Cfr., sintetizando esta corriente de pensamiento, Muñoz Conde / García Arán, *Derecho penal. Parte General*, 3ª ed., cit., p. 440: “es irrelevante que la inidoneidad se deba a los medios (pistola descargada), al objeto (cadáver) o al sujeto (admisión errónea de una cualidad personal que determina la comisión de un delito especial: por ejemplo, malversación de caudales públicos)”.

²⁰ Vid. Cobo del Rosal / Vives Antón, *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 718; Landecho Velasco / Molina Blázquez, *Derecho penal español. Parte general*, cit., p. 442.

²¹ Vid. E. Bacigalupo, en C. Conde-Pumpido Ferreiro (dir.), *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, Tomo I, Madrid, 1997, pp. 543 y 544; Farré Trepas, *La tentativa...*, cit., pp. 444 y 445; Sainz de Robles Santa Cecilia, “Sobre la tentativa...”, cit., pp. 621 y ss.; Sola Reche, *La llamada “tentativa...”*, cit., pp. 187 y ss.

y Jakobs vicia la argumentación habitualmente esgrimida por los partidarios de la punición del autor inidóneo: el dar por sentado que la hipótesis del sujeto que no posee, pero que se atribuye, la cualidad especial reclamada por el tipo de referencia está emparentada con la inidoneidad del medio o del objeto hasta el extremo de contituir un ejemplo más de tentativa inidónea. Si se trata de delitos especiales -señalan aquellos autores con razón- lo primero que deberá probarse será precisamente la posibilidad de su perpetración en grado de tentativa por parte de un *extraneus*²². Sus aportaciones revisten, finalmente, un interés añadido, pues cuentan con el respaldo de construcciones teóricas desarrolladas por la dogmática alemana, trayendo así al debate doctrinal en nuestro país los distintos resultados alcanzados por aquélla.

La falsa suposición por parte del sujeto activo de que concurre en él la característica de autoría requerida por el tipo es un supuesto que aparece raramente en la práctica²³. Basta con echar una ojeada a los ejemplos sobre los que trabaja la literatura alemana: el del empleado civil del ejército que se considera soldado y piensa por ello que su abandono del servicio constituye una desertión con arreglo al § 16 del *WstG*; o el del funcionario cuyo nombramiento oficial es nulo por defecto formal y se deja sobornar en los términos del § 332 del *StGB*. No obstante, más allá de ese escaso significado práctico, en la solución de estos problemas es dable identificar la superposición de cuestiones básicas, centrales, de la dogmática penal, como la esencia y fundamento de los delitos especiales y la relación de las características típicas que definen al autor con los elementos de la acción y con el conocimiento y la voluntad referidos a la totalidad de los elementos del tipo.

Recientemente se ha señalado que la construcción dogmática de la tentativa inidónea opera en no pocas ocasiones como una fórmula retórica destinada a propiciar el tratamiento punitivo que se estima político-criminalmente más adecuado²⁴. Como figura teórica, la inidoneidad del

²² Cfr. Welzel, *Derecho penal alemán. Parte General*, cit., p. 230, aludiendo al razonamiento circular de Bruns. Jakobs (*Derecho penal. Parte General*, cit., p. 877), hace extensiva la observación a todos los autores que equiparan la suposición errónea de la cualidad de autor a la sobreestimación de las consecuencias de la acción o a la suposición errónea de una situación delictiva.

²³ Así lo reconocen Farré Trepas, *La tentativa...*, cit., p. 433; Romero, "La problemática de los autores inidóneos...", cit., p. 234.

²⁴ Cfr. Sola Reche, *La llamada "tentativa..."*, cit., p. 187.

sujeto no se sustrae a ese rasgo. Ya Von Hippel reprochaba al *Reichsgericht* el desdeñarse de su tradicional teoría subjetiva de la tentativa a la hora de afrontar el tratamiento del intento de delinquir “en el ejercicio del cargo” por parte de quien se contaba erróneamente por un funcionario²⁵. Ninguna de las propuestas de punibilidad o impunidad actualmente defendidas es tampoco ajena a consideraciones sobre la función dogmática y político-criminal de las características que definen al autor en los delitos especiales.

Con todo, no es éste el elemento determinante de la complejidad del panorama doctrinal en esta materia. Contrastar la validez del pensamiento de la equiparación de los elementos de la autoría al medio y al objeto típicos presupone, antes que nada, una toma de posición sobre los presupuestos conceptuales de la tentativa inidónea. Con otras palabras, la descripción de un caso de impunidad -el del autor inidóneo- fundamentado en los postulados de la teoría de la tentativa inidónea requiere de la afirmación de un principio general: el de la punición de aquélla²⁶; y

²⁵ Cfr. Von Hippel, *Deutsches Strafrecht. Band 2. Das Verbrechen*, cit., p. 437, recogiendo las críticas de Von Liszt / Schmidt, Binding y Lobe. *Vid.* asimismo las reflexiones de Romero sobre la compatibilidad de la solución de impunidad del Proyecto Alternativo y el concepto (subjetivo) de tentativa acogido por sus autores (Baumann y Blei) (“La problemática...”, cit., p. 242).

²⁶ En el ámbito de los delitos de funcionarios, los escasos pronunciamientos de la doctrina española en esta materia no adoptan como referencia el error sobre la existencia de los presupuestos de hecho que, conforme a la normativa vigente, determinarían la posesión de la cualidad especial de autor. Morales García (*Los delitos de malversación*, cit., pp. 305 y ss.) trata la problemática del error inverso en relación con los elementos normativos incluidos en los tipos de la malversación de caudales públicos, rechazando la posibilidad de recurrir a una solución idéntica para todos los supuestos. Así, darían vida a una tentativa inidónea, “impune como tal en este delito”: a) el funcionario que supuestamente aplica los caudales a usos ajenos, siendo así que los está destinando a la realización de los fines públicos previstos; y b) el que por consecuencia de un defecto de valoración supone la presencia de un elemento de valoración global del hecho, como por ejemplo el embargo del artículo 435 del CP. Realizarían, en cambio, un delito putativo: a) el funcionario que sospecha que comete distracción a usos ajenos a la Administración Pública alterando partidas del balance autorizadas administrativamente; b) el que asigna erróneamente la condición de públicos a los caudales; c) el que da por existente la relación competencial con el objeto material cuando aquélla trae causa de un acto jurídicamente incapaz de fundamentarla; y d) el que, en ausencia de “presupuesto alguno para avalar una creencia así (error burdo, al revés)”, acepta la concurrencia de un elemento de valoración global del hecho. Con relación al delito de prevaricación del art. 358 CPTR73, Roldán Barbero (cfr. “De la prevaricación administrati-

es bien sabido que cualquier consideración relativa al tratamiento jurídico-penal de la tentativa inidónea debe tomar como punto de partida el dato de la existencia de nociones claramente divergentes de la misma²⁷.

La doctrina española se halla, en efecto, manifiestamente lejos de poder dar una respuesta con absoluto poder de convicción sobre el fundamento político-criminal del castigo del delito imposible. Se han defendido al respecto puntos de vista objetivo-formales, objetivo-materiales, subjetivos y mixtos²⁸. Cabe decir, con todo, que las construcciones teóricas más difundidas en la actualidad asignan al concepto de peligro abstracto el papel rector en el proceso de selección de aquéllos comportamientos que no deben permanecer al margen de los recursos procesales propios del Estado de Derecho²⁹. El delito imposible significará en esta

va”, cit., p. 690) estudia los casos de error al revés o error inverso en los que el funcionario cree dictar una resolución injusta que en realidad resulta ajustada a derecho. Estos supuestos -dice- son afines a los de tentativa inidónea: “En ésta hay una voluntad de cometer el delito, pero falta el objeto o se utilizan medios inadecuados para la producción del mismo. En consecuencia, el denominado error inverso podría ser castigado conforme a la regla del artículo 52. 2 CP (atenuación de la responsabilidad penal en uno o dos grados)”. Ésa le parece a Roldán la solución teórica más adecuada, sin perjuicio de que en la práctica -asume- sea “harto difícil que concurra una disposición interna hostil al derecho ante un resultado objetivo conforme al mismo”. También Quintano Ripollés se pronuncia someramente sobre esta cuestión. Un elemento que hay que tener en cuenta para la consumación del delito de cohecho, dice, es el de la mínima potencialidad de ejecución del acto del funcionario que se trate de comprar, “por ser cohecho imposible el que tiende a procurar lo que en toda evidencia se halla fuera del normal alcance de sus atribuciones”. Cfr. *Curso de Derecho penal español*, Tomo II, cit., p. 565. Por su parte, Octavio de Toledo y Ubieto señala que puesto que algunos casos de nulidad son los ejemplos más claros de prevaricación -como los actos constitutivos de delito- o algunos de los más frecuentemente mencionados por la doctrina -como los actos dictados por órganos manifiestamente incompetentes-, se muestra “particularmente difícil” aceptar la posibilidad de tentativa inidónea con relación al delito de prevaricación del artículo 358 CPTR73. Su existencia únicamente sería admisible, concluye, tratándose de actos de contenido imposible o inexistente, cuando esa imposibilidad sea de carácter material o lógico, no jurídico, y originario. Cfr. *La prevaricación del funcionario...*, cit., pp. 409 y 410.

²⁷ Cfr. Silva Sánchez, *El nuevo Código penal...*, cit., p. 124.

²⁸ Véanse las exposiciones de Farré Trepas, *La tentativa...*, cit., pp. 345 y ss.; Sola Reche, *La llamada 'tentativa inidónea'...*, cit., pp. 17 y ss.; Moreno-Torres Herrera, *Tentativa de delito...*, cit., pp. 303 y ss.; Alcácer Guirao, *La tentativa inidónea...*, cit., pp. 82 y ss.

²⁹ Los autores que defienden concepciones subjetivas de la tentativa inidónea han acuñado un concepto de inidoneidad *ex ante*. Para ello parten de una fundamentación dualista

lectura la realización de una acción perteneciente a una clase de conductas prohibidas con carácter general por el ordenamiento por conllevar un cierto peligro para la protección de determinados bienes jurídicos, esto

del injusto y de la exclusiva valoración de la conducta desde una perspectiva *ex ante*. En tanto se considere punible la tentativa inidónea, su distinción con la tentativa, señalan J. Cerezo Mir (*Lo objetivo y lo subjetivo en la tentativa*, Valladolid, 1964, p. 31), L. Gracia Martín (“Política criminal y dogmática jurídico penal del proceso de reforma penal en España”, *AP*, 1994 I, p. 353) y Sola Reche (*La llamada “tentativa inidónea”...*, cit., pp. 176 y ss.), deberá prescindir del requisito de la peligrosidad de la conducta para la constitución del injusto. La tentativa idónea -sintetiza Gracia Martín (*op. loc. cit.*)- “es la tentativa peligrosa *ex ante*; en ella concurre la voluntad de consumir el delito (dolo) y la acción es, además, peligrosa. La tentativa inidónea es la tentativa no peligrosa *ex ante*; en ella concurre la voluntad del consumir el delito (dolo), pero la acción no es peligrosa”. Así concebida, la tentativa inidónea es un ejemplo de injusto desprovisto de desvalor de resultado, al no llegar a afectar al objeto en que se materializa el bien jurídico. Sería, pues, aquélla en la que un espectador objetivo colocado en la situación y contemplando *ex ante* su conducta concluiría la inexistencia de peligro, mientras que el sujeto mismo, por alguna razón, la entiende peligrosa. El fundamento de su sanción estribaría en la ejecución de una conducta subjetivamente peligrosa con arreglo a un plan que *ex ante*, en su representación de las cosas, es apropiado para conducir a la lesión del bien jurídico. Sobre esa base, Sola Reche (*op. cit.*, pp. 177 y 178) traza un paralelismo valorativo entre la tentativa inidónea y las formas inacabadas de tentativa: mientras que en unos casos, la valoración *ex post* anunciaría la existencia de un concreto peligro (por ejemplo, cuando la ejecución fue interrumpida en el momento en que iba a apretarse el gatillo de la pistola cargada), en otros, la tentativa inacabada no reviste dicho peligro (así, si la pistola estaba descargada). El principal problema de este concepto de tentativa inidónea radica en su delimitación respecto a las tentativas irreales (*Vid.* Mir Puig, *Función de la pena y teoría del delito...*, cit., pp. 69 y 70, nota 93; Alcácer Guirao, *La tentativa inidónea...*, cit., pp. 92 y ss.). Esa objeción ha sido contestada por el propio Sola Reche, apoyándose para ello en el papel constitutivo del injusto que desempeña el elemento subjetivo en las sistemáticas dualistas. Si el dolo comprende la voluntad de poner en práctica la conducta típica -explica-, la manifestación de la decisión delictiva no puede dejar de calificarse como peligrosa, aunque objetivamente aparezca como lo contrario. En otro sentido, Sola incide en el carácter no meramente formal de esta opción interpretativa: el autor “ha de querer disparar con una pistola cargada, aunque ostensiblemente no lo esté y no se haya dado cuenta”. Ni siquiera una teoría subjetiva extrema podría dotar de significado jurídico-penal al intento de quien cree poder matar con una pistola descargada, concluye (*op. cit.*, pp. 175 y 176). A pesar de ello, como este autor reconoce, la interpretación subjetiva de la tentativa renuncia a la idea de la peligrosidad objetiva de la conducta a la hora de dar fundamento del injusto, y por ello siempre deberá ser desestimada por quienes arranquen en la construcción dogmática de la tentativa inidónea de una concepción del Derecho penal como medio de tutela de bienes jurídicos. Es en este marco ideológico en el que se halla plenamente justificada la distinción entre conductas de tentativa peligrosas por los riesgos de lesión o puesta en peligro que conllevan -que interesará prevenir- y conductas de tentativa no peligrosas. Los partidarios de la interpretación objetiva de la tentativa inidónea, en principio la doctrina dominante en

es, por provocar en la colectividad jurídica una conmoción que trasciende en toda regla a lo que supondría una mera actitud “hostil” o “agresiva”

España, entienden que la tentativa inidónea es un concepto que se establece *ex post*. Según este punto de vista, será aquélla en la que a pesar de reconocerse *ex ante* -de acuerdo con el juicio de un espectador objetivo medio situado en la posición del autor- peligrosidad, se advierte *ex post* la imposibilidad estructural de producción del resultado en el caso concreto. Algunos penalistas entienden que no es factible castigar estos supuestos, pues la ausencia de peligro objetivo, real, para el bien jurídico impide que puedan considerarse antijurídicos. Este es el caso de R. Núñez Barbero (*El delito imposible*, Salamanca, 1963, p. 171) y Bustos Ramírez (“Castigo o impunidad...” cit., p. 99). Estos autores preconizan, bien la aplicación de una medida de seguridad, bien la creación de un tipo penal autónomo en la Parte Especial del Código penal. En esta línea de pensamiento se inscriben asimismo las aportaciones de Torío López (“Indicaciones...” cit., pp. 169 y ss.), Silva Sánchez (*El nuevo Código penal...*, cit., pp. 125 y ss.) y F. Baldó Lavilla (*Estado de necesidad y legítima defensa*, Barcelona, 1994, pp. 117 y ss.), quienes propugnan la construcción de la tentativa inidónea como un delito de peligro abstracto contra la seguridad y el orden jurídicos. Torío opta por una teoría dualista de la tentativa como la patrocinada en Alemania por Schmidhäuser y Alwart en Alemania: la tentativa propia debe construirse a imagen y semejanza de los delitos de peligro posible; la inidónea, como los delitos de peligro abstracto. Silva Sánchez (*op. loc. cit.*) sustenta la tesis de que las tentativa inidóneas concebidas en clave objetiva y algunas tentativas inidóneas “subjetivistas” (las más cercanas a aquéllas) no deberían ser sancionadas como agresiones al bien jurídico contra el que, de acuerdo con los esquemas mentales del autor -en mayor o menor medida coincidentes con los de terceros-, se dirigió, sino por su relación con aquéllos otros con respecto a los cuales aparecen como tentativas idóneas, esto es, la libertad y la seguridad de los ciudadanos en el disfrute de sus bienes e intereses. Normalmente -apunta-, una determinada comunidad entenderá que sólo se produce una afectación a bienes jurídicos ajenos (una “injerencia en la esfera de organización” de otros) en las tentativas cuya peligrosidad fuese compartida por todos, independientemente de la posición en que se situasen a la hora de apreciarla, y que *ex post* se continuarían estimando peligrosas al no conocerse la razón de la no causación del resultado. La misma comunidad podría hallar algún motivo, en segundo lugar, para castigar penalmente aquellas tentativas peligrosas *ex ante* para un hombre medio que ocupase la posición del autor, aunque no *ex post* ni siquiera *ex ante* para quienes contemplasen el hecho situándose en otras posiciones o adoptando otras perspectivas. Finalmente, también podría defenderse la existencia de razones para sancionar algunas tentativas no peligrosas *ex ante*, en punto a las cuales ni siquiera un hombre medio situado en la posición del autor secundaría el juicio de peligro efectuado por aquél. Ahora bien, para ello -recalca- deben comprometer el sentimiento subjetivo de seguridad en relación con el uso y disfrute de los bienes jurídicos. Otros autores optan por su castigo, rechazando en cambio el de las tentativas inidóneas subjetivamente concebidas. En este segundo grupo cabría incluir como posiciones diferenciadas la de Mir Puig, la de quienes estiman punible la denominada “tentativa relativamente inidónea” y la de Farré Trepát. Mir Puig (*Derecho penal. Parte General*, cit., pp. 346 y 347) arranca de la existencia de un concepto general de tentativa peligrosa *ex ante*, en el que se integran tanto la tentativa idónea -cuya peligrosidad puede seguir siendo afirmada *ex post*- como la inidónea -cuya peligrosidad *ex*

vertida por un determinado sujeto en un comportamiento completamente inocuo.

ante se demuestra *ex post* inexistente-. La tentativa inidónea sería, por lo tanto, la tentativa incapaz de conducir a la consumación desde el momento mismo de su emprendimiento, la que carece de peligrosidad real por mucho que *ex ante* parezca dotada de propiedades lesivas. La tentativa idónea, por el contrario, poseería capacidad de lesión desde el primer momento. En el tan utilizado ejemplo de quien dispara sobre una cama pensando que en ella duerme su enemigo, la acción sería idónea si éste último se hallaba efectivamente en tal lugar, e inidónea si en la cama había únicamente un bulto dispuesto para burlar al autor. La decisión sobre la idoneidad o inidoneidad de la tentativa se tomaría, así, sobre la base de datos conocidos *ex post*. Conviene destacar, en cualquier caso, que para Mir la tentativa inidónea sigue siendo una tentativa peligrosa, pues así lo entendería un observador provisto tanto de los conocimientos que posee el autor como de los que fueran objetivamente cognoscibles. Los partidarios de la distinción entre inidoneidad relativa e inidoneidad absoluta (Octavio de Toledo / Huerta Tocildo, *Derecho penal. Parte General. Teoría jurídica del delito*, cit., pp. 465 y 466; M. Cobo del Rosal / T. S. Vives Antón, *Derecho penal. Parte General*, 3ª ed. corregida y actualizada, Valencia, 1990, pp. 556 y 557) dejaban al margen del artículo 52. 2 CPTR73, en tanto tentativas no peligrosas, a las tentativas absolutamente inidóneas, identificadas con los supuestos de inexistencia de objeto y de inidoneidad absoluta de los medios. El ámbito de aplicación de dicha disposición quedaba reducido, de este modo, a los casos de tentativa relativamente inidónea -la tentativa peligrosa-, relativos al empleo de medios inidóneos. Farré Trepas (*La tentativa...*, cit., pp. 390 y ss.) considera que la constatación de la peligrosidad de la conducta debe llevarse a cabo en un momento anterior a su realización (*ex ante*), pues entiende que una concepción preventiva del Derecho penal obliga a prohibir que se lleven a cabo todas aquellas acciones que en el momento de su ejecución conlleven la creación de un peligro para el bien jurídico, aunque tomando en consideración conocimientos adquiridos con posterioridad al hecho se compruebe que la ausencia de alguna circunstancia hacía imposible ya la consumación del delito. Farré ("Consideraciones dogmáticas...", cit., p. 275, nota 28) desautoriza, probablemente con razón, la remisión que Cobo del Rosal / Vives Antón hacen a su propio criterio de fundamentación de la tentativa inidónea, basado en la peligrosidad de la conducta (ahora en *Derecho penal. Parte General*, 5ª ed., cit., p. 728, nota 71). Un juicio de prognosis desarrollado en el sentido que esta autora propone lleva a calificar como peligrosas -idóneas para consumir el delito- conductas que para Cobo del Rosal / Vives Antón resultarían ser absolutamente inidóneas. El abrir fuego contra un hombre que aparentemente está dormido y que sólo con posterioridad se advierte que había muerto minutos antes al haber sufrido un infarto de miocardio, como el hacerlo contra una persona viva pero con una pistola que posteriormente se constata que estaba descargada, representan *ex ante*. Desde el momento en que para los partidarios de la punición de la inidoneidad relativa un juicio *ex ante* efectuado por un espectador imparcial decidiría la no peligrosidad - y por ello la impunidad- de la tentativa absolutamente inidónea (por ejemplo, de la conducta de disparar contra un cadáver), está claro que realizan la distinción entre conductas peligrosas y no peligrosas operando con conocimientos adquiridos *ex post*. Sobre estos ejemplos, *Vid.* los comentarios de Farré Trepas en *La tentativa...*, cit., pp. 398 y ss.

En el marco de las teorías objetivo-materiales sobre la punibilidad de la tentativa inidónea, este estudio se inclina hacia la teoría de la inidoneidad relativa, por ser la que mejor se compadece con los principios jurídico-penales de ofensividad, legalidad, culpabilidad y proporcionalidad³⁰. A tenor de ella, deberá entenderse comenzada la ejecución del delito en grado de tentativa relativamente inidónea cuando, atendidos todos los aspectos constitutivos de la infracción (la materialidad del hecho, el contenido de injusto y el conjunto de datos típico-formales que la individualizan), se hayan empleado medios o se haya agredido un objeto que tengan en sí mismos idoneidad general (abstracta) para conducir al resultado típico de lesión o puesta en peligro, pero no alcancen, debido a las circunstancias concurrentes, virtualidad suficiente como para determinararlo en el caso concreto³¹. Las acciones realizadas en tales condi-

³⁰ *Vid. in extenso* González Cussac, “Principio de ofensividad...”, cit., pp. 7 y ss. La tesis se describe en el texto con arreglo a las exposiciones del propio González Cussac (*op. loc. cit.*) y de Cobo del Rosal / Vives Antón, *Derecho penal. Parte General*, 5ª ed., pp. 718 y ss., 728 y s.

³¹ La construcción de la tentativa relativamente inidónea como tentativa peligrosa ha sido objeto de importantes críticas por parte de la doctrina española. Ante todo, se alega que no podría salvar la objeción de que, en la óptica en la que se sitúa, toda tentativa sería inidónea, pues conocida la totalidad de las características del hecho, todas las acciones aparecen como incapaces de lesionar desde un principio. Como reiteran Gracia Martín (“Política criminal...”, cit., pp. 351 y ss.) y Sola Reche (*La llamada “tentativa inidónea”...*, cit., pp. 167 y ss.), la peligrosidad es una característica del comportamiento que, por definición, se mide *ex ante*, y sería contradictorio negarla o apreciarla de otra forma o utilizando otra perspectiva. En otro orden de cosas, señala Farré Trepát (“Consideraciones dogmáticas...”, cit., pp. 272 y 273) que tanto el autor de la conducta como la sociedad en general se sorprenderían de que determinadas actuaciones no recibiesen sanción penal alguna (por ejemplo, el disparar varias veces sobre un bulto que cualquier persona habría identificado con un ser humano, o el disparar con una pistola descargada, o sobre una persona que viaja en un vehículo blindado). Expongo a continuación, muy sintéticamente, las posibles contestaciones a estas tres críticas. Terciando en la polémica desatada entre Mir Puig y Gracia Martín sobre la conveniencia o no de introducir elementos conocidos *ex post* en la formulación del concepto de tentativa inidónea, Silva Sánchez ha analizado la primera de las cuestiones. La tesis de que, objetivamente considerada, toda tentativa sería *ex post* un caso de consumación inviable del delito no obliga, en su opinión, a afirmar la imposibilidad de diferenciar *ex post* entre tentativas *ex ante* peligrosas y no peligrosas. Utilizando un juicio en cuya base se introdujesen más elementos que los presentes en el juicio *ex ante*, aunque no el hecho de la producción o no producción del resultado, podría sostenerse la existencia de tentativas que revisten todavía peligrosidad concreta *ex post* y otras que no, porque de ninguna manera pueden abocar a la consumación: “Ello puede advertirse con claridad -indica- si entendemos que el juicio *ex ante* de peligro se realiza por el espectador objetivo en la posición del autor.

ciones deberán generar consecuencias jurídicas. Las que no superen ese juicio de idoneidad resultarán eliminadas de nuestro sistema legal. La peligrosidad relevante en orden al injusto de la tentativa es, así, una peligrosidad *ex ante*. La introducción en la base del juicio de peligro de

En cambio, el juicio *ex post* se realiza por el hombre medio al margen de la posición del autor, de modo que tal hombre medio (no necesariamente experto y mucho menos omnisciente) puede entonces advertir o no peligro” (cfr. *El nuevo Código penal...*, cit., pp. 125 y 126). A ello debe añadirse que ninguno de los partidarios de la teoría de la inidoneidad relativa ha sostenido, por supuesto, que la peligrosidad relevante en orden al injusto de la tentativa no sea una peligrosidad *ex ante*. Nada más lejos, lo que hacen estos autores al determinar *ex post* el carácter absoluto o relativo de la inidoneidad en el caso concreto es garantizar que ese desvalor *ex ante* en el que se agota el injusto de la tentativa inidónea posea el mínimo de peligrosidad que requeriría el tipo en orden a afirmar el inicio de la ejecución de una “conducta típica”. Es por estos cauces por los que discurre -creemos- la construcción de Cobo del Rosal / Vives Antón (*Derecho penal. Parte General*, 5ª ed., cit., pp. 728 y 729), para quienes la comprobación de la peligrosidad potencial de la acción para el bien jurídico viene exigida por el concepto mismo de ejecución típica. También Quintero Olivares reconoce en la tentativa inidónea un desvalor de acción y un desvalor de resultado, fijando el primero en concordancia con el concepto general de imputación objetiva [en Quintero Olivares (dir.), *Comentarios al Nuevo Código penal*, cit., pp. 124 y 125]. Por una u otra vía, estos autores pueden concluir, por consiguiente, que el coeficiente de riesgo típico no está completamente ausente en la tentativa imposible. Sería aventurado, quizá, sostener que la salida natural de la teoría de la inidoneidad relativa es la punición de las conductas ejecutivas que conllevan la puesta en peligro hipotético del bien jurídico; pero no que, a diferencia de las de Mir Puig, Farré Trepal y Silva Sánchez, sirve para afirmar la existencia de una relación lineal entre aquel mínimo de peligrosidad reclamado por el tipo con vistas a afirmar la existencia de una “conducta típica” y la inidoneidad. En definitiva, de un vínculo normativo más estrecho entre las nociones de peligrosidad y de inidoneidad. En esta concepción de la peligrosidad de la tentativa inidónea se ha detenido también Silva Sánchez. Silva escribe que la diferencia entre la teoría objetiva y la teoría subjetiva no radica en que para la primera únicamente integren una tentativa los peligros reales, mientras que la segunda dé entrada asimismo a determinados peligros putativos. La diferencia entre lo real y lo putativo -subraya- es de grado, valorativa, no ontológica: “lo que denominamos real, en puridad no es necesariamente real, sino aparente, aunque es cierto que la calificación de ‘real’ expresa un determinado (y superior) grado de consenso social respecto a la efectiva existencia de aquello de lo que se trata. Así, la clarificación de algo como ‘real’ sería expresiva de la existencia de un consenso máximo sobre su existencia, consenso que luego iría descendiendo hasta llegar al supuesto del error burdo (tentativa irreal)” (cfr. *El nuevo Código penal...*, cit., p. 127). Para demostrarlo acude a lo que los defensores de la concepción objetiva de la tentativa inidónea calificarían sin ningún género de dudas como tentativa “realmente” peligrosa: aquélla cuya peligrosidad reconocerían todos, cualquiera que fuese la posición en la que se situasen, y que *ex post* seguiría considerándose como normalmente peligrosa, al no conocerse -o ser de muy compleja articulación- la razón para la no producción del resultado. En esta situación, si los

elementos conocidos *ex post* servirá para distinguir la inidoneidad absoluta de la inidoneidad relativa, pero no afecta al injusto de la tentativa. Éste recibe su contenido de la puesta en peligro abstracto de consumación del tipo correspondiente, apreciada en un juicio de prognosis por un

únicos que advertirían la inexistencia de peligro serían “un sujeto omnisciente” o “un sujeto con conocimientos muy especiales de hechos o de leyes”, entonces resulta que el peligro “no es verdadero, real (en el sentido fuerte del término), sino que al juicio de peligrosidad ‘real’ se llega por vía de consenso” (cfr. *El nuevo Código penal...*, cit., pp. 128 y 129). Estas ideas pueden, quizá, ser matizadas. Nos servimos para ello de las críticas que Torío López dirige al concepto de peligrosidad manejado por Mir Puig a la hora de dejar sentado el fundamento de la punibilidad de la tentativa inidónea. Al hacer depender la peligrosidad de la acción del juicio de un espectador imparcial situado *ex ante*, la definición de acción peligrosa de Mir, denuncia Torío (“Indicaciones...”, cit., pp. 178 y 179), no da entrada a las “propiedades materiales” de la acción, sino sólo a su apariencia social; y, sin embargo, la peligrosidad de la acción descansa exactamente en sus “propiedades reales”, en las características que posee efectivamente con carácter previo al juicio de prognosis; propiedades y características que se establecen *ex ante*, pero a posteriori, o sea, con conocimiento del curso real de los hechos. “El que dispara, indica Mir, contra una cama en que erróneamente cree duerme su enemigo, confundién-dole con un bulto que éste ha preparado cuidadosamente para engañarle realiza una conducta que *ex ante* resultaba peligrosa, porque el bulto parecía un hombre y sería peligroso permitir disparar sobre lo que parece un hombre, ya que luego puede resultar serlo. El caso plantea, sin embargo, el interrogante de si se está aludiendo a un peligro concreto, posible o simplemente abstracto. El supuesto presenta *ab initio* una acción materialmente no peligrosa, pues la situación total en ningún caso podría conducir a la producción del resultado. En consecuencia, la acción no era *de facto* potencialmente lesiva para el bien jurídico, es decir, para la vida humana. Por ello cabría decir que *ex ante* se encontraba materialmente exenta de peligrosidad. No es que el fallecimiento previo de la víctima se conozca luego o después. Es que realmente preexistía a la realización de la acción, fuera cual fuese el juicio del autor -que cree disparar sobre un ser vivo- y del espectador objetivo -que considera peligroso emprender acciones generalmente adecuadas para matar, sin interrogar sobre la base ontológica de juicio”. Torío reivindica, por lo tanto, un coeficiente “real” de riesgo para las tentativas idóneas, proponiendo a tal fin la aplicación a este ámbito de la teoría de la imputación objetiva. La piedra de toque de su teoría es la peligrosidad real de la conducta, a la que vendría a sumarse, como coeficiente de peligrosidad “formal”, “nominal”, el juicio de prognosis elaborado por el espectador objetivo. Pues bien, si la tentativa idónea representa con arreglo a este sistema un delito de peligro posible o hipotético, en la tentativa inidónea está ausente toda posibilidad de que la conducta desemboque realmente en la lesión del bien jurídico. Constituye, en su opinión, pura y llanamente uno de los casos en que el principio de que no deben tipificarse delitos de peligro abstracto sufre -por razones pragmáticas- una excepción. En la línea apuntada por Torío, con arreglo a las teorías de la inidoneidad relativa la conducta no viene caracterizada como peligrosa sólo en virtud de las apariencias. Lo que propugnan es una suerte de aplazamiento del juicio de peligro para esperar a que transcurran los hechos -recuérdese la puntualización de Farré sobre el

personaje ficticio, un espectador objetivo diferente del autor y provisto tanto de los conocimientos nomológicos y ontológicos propios como de los tenía aquél en el momento de perpetrar el hecho. El criterio de valoración vendrá dado, pues, por la totalidad de los conocimientos que se podrían obtener en el momento del intento por parte de su autor y del observador imparcial que habrá de examinarla. No entrarán en consideración factores cuyo conocimiento sólo se alcanzará con posterioridad, aunque sí aquellos conocimientos especiales, superiores a los del hombre medio, que pudiera poseer el espectador objetivo³².

Esta fundamentación permite incluir la tentativa relativamente inidónea en la definición de tentativa del actual artículo 16 del CP, a cuyo tenor aquélla existe cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir al resultado, y sin embargo éste no llega a verificarse por causas independientes de su voluntad. Así lo entiende Quintero Olivares, que sostiene que la fórmula general del artículo 16 deja abierta la posibilidad de punir aquellos supuestos en que el autor ha resuelto agredir un bien jurídicamente tutelado a través de una

coeficiente de la peligrosidad al que recurren Cobo del Rosal / Vives Antón- y retrotraerse posteriormente al momento *ex ante* en que se produce la conducta. El intérprete podrá actuar así una ulterior restricción entre aquellas conductas que podrían ser enjuiciadas como *abstractamente peligrosas* por aparecer como *general o estadísticamente peligrosas*. Únicamente subsistirán como jurídico-penalmente relevantes aquellas tentativas portadoras de la peligrosidad. La teoría de la tentativa inidónea no prohíbe iniciar la ejecución de un hecho que, como demuestra un juicio *ex post*, nunca podrá tener realización. Si un tercero ve cómo alguien abre fuego contra otra persona previamente fallecida presumirá que se halla ante una conducta homicida, que es lo que indica la estadística con relación a esa clase de sucesos. Ocurre, sin embargo, que las cosas han sucedido realmente de otra manera; y entonces, el que la víctima estuviese viva o no en el momento de la “agresión” ya no es un dato del que pueda prescindirse, jurídicamente irrelevante. Frente a la crítica apuntada por Farré Trepát cabe aducir que, lejos de conducir a resultados político-criminalmente poco razonables, la teoría de la inidoneidad relativa trata de hacer valer en este campo el concepto material de delito. Debe valorarse especialmente, además, la seguridad jurídica que aporta en tanto criterio de reconstrucción del sistema de las tentativas punibles, sobre todo si se tiene presente la enorme diversidad de puntos de vista que se sostienen en la actualidad sobre el concepto y punibilidad de la tentativa inidónea y la falta de una decisión legislativa expresa sobre el tema.

³²Sobre este extremo, cfr. González Cussac, “Principio de ofensividad...”, cit., p. 21, aludiendo a la interpretación contraria de Farré Trepát y Núñez Barbero.

acción que no sea “absolutamente ajena a la órbita del tipo”³³. Como enseña este mismo autor, a la menor idoneidad de la conducta cabrá concederle relevancia a través de la previsión del artículo 62 del CP, con arreglo a la cual el castigo de la tentativa habrá de tomar en consideración el peligro inherente al intento³⁴.

³³ Cfr. Quintero Olivares, en Quintero Olivares (dir.), *Comentarios al Nuevo Código penal*, cit., p. 600.

³⁴ Cfr. Quintero Olivares, *op. loc. cit.* El art. 16 introduce en la definición de la tentativa el requisito de la objetividad de los actos ejecutivos, con el que a juicio de E. Gimbernat Ordeig obtiene consagración legal “una minoritaria tesis doctrinal, según la cual sólo deberían ser punibles aquellos actos ejecutivos que constituyan un supuesto peligro de lesión para el bien jurídico” (cfr. “Prólogo”, en *Código penal*, 2ª ed., Madrid, 1996, pp. 22 y 23). En lo que aquí interesa, lo se esconde tras el apunte de Gimbernat es la cuestión de si una tentativa relativamente inidónea puede suponer un inicio de ejecución por actos que objetivamente deberían conducir a la consumación del delito. Contestando a la pregunta, hay que decir que ésa era precisamente la conclusión a la que, con anterioridad al Código penal de 1995, llegaba Vives Antón y que aceptaba González Cussac (“Principio de ofensividad...”, cit., pp. 19 y 20). Este último autor exponía que, con arreglo al concepto de ejecución sustentado por Vives Antón, la tipicidad requerirá siempre de un ligamen real conexión real -material (causación) o ideal (causalidad)- entre el hecho externo y la lesión o puesta en peligro del bien jurídico. Ahora bien, si ejecutar es dar vida al tipo y ello sólo se consigue cuando se activa el proceso causal que materialmente conduce a su producción, entonces el empleo de medios absolutamente inidóneos excluirá forzosamente el carácter ejecutivo de las actuaciones puestas en marcha, porque con ellas la causalidad no habrá sido dirigida hacia dicha meta y el bien jurídico no se habrá visto en absoluto afectado o puesto en peligro. Por eso -explica González Cussac-, antes de nada habrá de realizarse un juicio de idoneidad abstracta para de nuestro sistema legal todos aquellos supuestos en los que no es posible comprobar la existencia de la mencionada conexión entre el comportamiento y la ofensa al bien jurídico, ya sea por inidoneidad del medio o por inexistencia del objeto. Al hilo de sus anotaciones al artículo 16 del Código penal, Silva Sánchez (*El nuevo Código penal...*, cit., pp. 132 y ss.) recurre a diversos argumentos para apoyar su tesis de que dicho precepto “no impide la sanción de los supuestos de tentativa inidónea, en el sentido objetivista de esta expresión”. A ello no obstaría, en primer lugar, el empleo del adverbio “objetivamente”, desde el momento en que la objetividad debe establecerse *ex ante* (así, también Mir Puig, *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 347; Gimbernat Ordeig, “Prólogo”, cit., p. 23) y no se fija el grado de intersubjetividad necesario para alcanzarla. Los diferentes grados de consenso existentes con relación a la peligrosidad de la conducta podrían tener acogida, así, bajo la referencia al “peligro inherente al intento” contenida en la regla de determinación de la pena del propio art. 62. Con arreglo a este punto de vista, el legislador otorgaría carta de naturaleza al criterio de que aquella conducta sobre cuya peligrosidad se da un menor grado de consenso pero en la que concurre el mínimo suficiente de peligrosidad intersubjetiva como para revestir relevancia típica “es” menos peligrosa y puede ser castigada con una pena inferior. Esta posibilidad interpretativa vendría abonada por el hecho de que el Proyecto de 1992 daba entrada, en su regla de determinación

B. LA PUNICIÓN DEL AUTOR INIDÓNEO. TESIS DE MIR PUIG Y FARRÉ TREPAT: LA INIDONEIDAD DE AUTOR COMO UNA DE LAS CAUSAS DE INIDONEIDAD DE MEDIO. LA APLICACIÓN AL DERECHO ESPAÑOL DE LA DISTINCIÓN ENTRE ERROR DE TIPO AL REVÉS Y ERROR DE SUBSUNCIÓN AL REVÉS.

Como ya se ha avanzado, los partidarios de la existencia de una tentativa punible en los supuestos de inidoneidad del sujeto activo traen en su apoyo la equivalencia o igualdad lógica y valorativa de todas las características del tipo de injusto³⁵. La idea es que la inidoneidad del autor no es sino una de las posibles causas de imposibilidad de ejecución del delito por inadecuación del medio empleado³⁶, y por ello debe someterse a los mismos postulados que ésta última. En el intento del sujeto inidóneo se constataría así la existencia de una acción peligrosa en toda regla, puesto que un espectador objetivo ubicado en el lugar del autor y con sus mismos conocimientos percibiría como probable la lesión del bien jurídico³⁷. De no estigmatizarse aquellos supuestos en que la concurrencia de la característica de la autoría pudiese parecer posible a cualquier persona, representada a través del observador objetivo, la función de prevención general que corresponde a la pena quedaría, por todo ello, desvirtuada³⁸.

de la pena de la tentativa (art. 58), al coeficiente de la “seriedad del intento”. Otro argumento que trae a colación es la no exclusión de la punición por el tenor literal de la ley. También para Alcácer Guirao (*La tentativa inidónea...*, cit., pp. 473 y 474) la regulación actual de la tentativa refleja una “configuración esencialmente objetiva del injusto penal”, permitiendo el castigo de todas las conductas peligrosas “desde una perspectiva objetiva (media) *ex ante*”. Para apoyar esta conclusión, Alcácer recuerda que los que el artículo 62 describe no son sino “factores de punibilidad” fundamentados en características “que debe poseer toda tentativa punible”. Así, “se permite la graduación de la pena dentro del marco de lo exigido: del peligro, de forma que la mínima pena corresponderá a conductas con un grado *menor* de peligro, pero quedarán fuera de ese marco las conductas en las que el peligro sea inexistente” (*op. cit.*, p. 470). Conviene recordar, en cualquier caso, que, de acuerdo con la opción dogmática que entendemos correcta, la peligrosidad de la tentativa inidónea no viene determinada exclusivamente por el criterio de la intersubjetividad que supone el punto de vista del hombre medio situado *ex ante*.

³⁵ Vid. Farré Trepas, *La tentativa...*, cit., p. 445.

³⁶ Cfr. Mir puig, *Adiciones...*, Tomo II, cit., p. 734; Farré Trepas, *La tentativa...*, cit., pp. 444 y 445.

³⁷ Vid. Farré Trepas, *La tentativa...*, cit., p. 445.

³⁸ Cfr. Farré Trepas, *op. loc. cit.*

Esta tesis se refuerza con el argumento de la vigencia en nuestro Derecho de la distinción entre error de tipo “al revés” y error de subsunción “al revés”, elaborada por la dogmática alemana³⁹. En efecto, para demostrar la punibilidad del sujeto inidóneo la opinión mayoritaria en aquél país trae a colación la dicción del § 23 III del *StGB*, que consagra la impunidad de las hipótesis en que el autor, por una burda incomprensión, no se percató de que la tentativa, debido al tipo de objeto o al medio con el que debería haber sido cometido el hecho, no podía conducir a la consumación del delito. Con el respaldo de esa referencia normativa, la doctrina destaca la conexión de sentido existente entre la clasificación del error directo como error de tipo, atendidos su objeto y contenido, y la del error inverso como tentativa inidónea. *Ab interno* de las circunstancias del tipo -se señala- no cabrá hacer distinción alguna entre aquéllas que vienen sustituidas por una errónea representación del autor y los elementos de la autoría⁴⁰.

No debe perderse de vista, en cualquier caso, que no todo error inverso sobre la propia cualidad de autor viene reconducido al campo de la tentativa inidónea punible. Se distingue, por el contrario, entre un error de tipo al revés y un error de subsunción al revés. Quien erróneamente cree que se dan las circunstancias (fácticas o jurídicas) que, caso de concurrir, fundamentarían su cualidad de autor, realizaría una tentativa inidónea del correspondiente delito especial⁴¹. Sería el caso -descrito por Jescheck- del empleado municipal cuyo nombramiento oficial como funcionario público fuese nulo por la incompetencia de la autoridad de la que procede y que cometiese una falsedad documental en el ejercicio del cargo del § 348 del *StGB*⁴². Quien teniendo, por el contrario, un correcto y completo conocimiento de la conducta, considerase -a causa

³⁹ Cfr. Mir puig, *Adiciones...*, Tomo II, cit., p. 734; Farré Trepas, *La tentativa...*, cit., p. 444.

⁴⁰ Cfr. Eser, “§ 22”, en Schönke / Schröder, *StGBK*, cit., p. 354; Bruns, “Die Strafbarkeit...”, cit., p. 161; Haft, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., p. 224; Wessels, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., p. 177; con la fórmula empleada por el § 23, señala Ebert, el legislador no ha querido consagrar ninguna diferencia de tratamiento jurídico entre las diversas circunstancias del hecho (*Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., p. 112).

⁴¹ Así, Bruns, “Die Strafbarkeit...”, cit., p. 161; Wessels, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., p. 177; Tröndle, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, cit., p. 162; Haft, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., p. 225; Maurach / Gössel / Zipf, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Teilband 2*, cit., p. 51.

⁴² Cfr. Jescheck, *Tratado de Derecho penal. Parte General*, cit., p. 486.

de una falsa subsunción- que la misma cumplía el tipo especial, padecería un error de subsunción al revés, modalidad del error de prohibición que conduce al delito putativo⁴³. En el ejemplo del propio Jescheck, la mujer de la limpieza que se considera funcionario público porque trabaja en una oficina pública y que entrega a un agente secreto, mediante dádiva, el contenido de las papeleras⁴⁴.

En suma, la punición de estas conductas resulta plenamente coherente con la concepción del delito imposible como delito de peligro abstracto, carente de toda peligrosidad potencial “real” de la acción para el bien jurídico.

C. LA IMPUNIDAD DEL AUTOR INIDÓNEO.

I. TESIS DE SOLA RECHE: IMPUNIDAD DETERMINADA POR EL ÁMBITO LIMITADO DE VALIDEZ PERSONAL DE LAS NORMAS ESPECIALES.

En su monografía sobre la tentativa inidónea, Sola Reche revisa críticamente los argumentos de quienes proponen la punición del sujeto inidóneo, cuestionándose la compatibilidad de los mismos con la estructura de la tentativa. Concurriendo inidoneidad de medios o de objeto, en los delitos de resultado -apunta- la no consumación del tipo se hace corresponder con la ausencia o con la no imputabilidad de aquél⁴⁵. Paradójicamente, todos los autores que propugnan la aplicación a los casos de autor inidóneo del régimen previsto para los restantes ejemplos de tentativas inidóneas hacen abstracción del dato de que el intento haya desembocado o no en el resultado típico⁴⁶. Tratándose de acciones cuya tipicidad no se pondría en entredicho de venir protagonizadas por los sujetos idóneos, la calificación dogmática que se mantiene es sólo la de “tentativa”; incluso cuando supusiesen el cumplimiento íntegro de la conducta “típica” y produjesen el resultado “típico”⁴⁷.

⁴³ Vid. Wessels, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., p. 623.

⁴⁴ Cfr. *Tratado de Derecho penal. Parte General*, cit., p. 485.

⁴⁵ Cfr. Sola Reche, *La llamada “tentativa...”, cit.*, p. 189.

⁴⁶ Cfr. Sola Reche, *op. loc. cit.*

⁴⁷ Cfr. Sola Reche, *op. loc. cit.*

La superposición de las consecuencias fácticas y de la propia trascendencia jurídica de las actuaciones perpetradas por quien posee la característica exigida por el tipo y por quien sólo aparentemente se halla en la situación jurídica a que hace alusión demostraría, sin embargo, que éste último podría dar lugar a la forma consumada del delito o a una forma imperfecta de ejecución⁴⁸ (inidónea). En esta tesitura, mantener que el no funcionario -por definición- sólo habrá “intentado realizar” lo que el funcionario “ha realizado” resultaría, a su modo de ver, poco convincente, ya que en línea de principio impediría distinguir entre actuaciones en grado de tentativa y en grado de consumación⁴⁹.

Sola halla buenas razones, no obstante, en el terreno estrictamente dogmático para rechazar la existencia de cualquier clase de infracción jurídico-penalmente relevante atribuible a un autor inidóneo, retomando en este punto los argumentos ofrecidos por un sector de la doctrina alemana con relación al ámbito de validez personal de las normas penales especiales. Quien por error se considera destinatario de un deber que no le vincula y trata de contravenirlo no actuará de modo materialmente diferente a quien pretende infringir una norma en absoluto existente⁵⁰. Si el deber especifica la norma jurídico-penal con relación al sujeto obligado, para que la conducta de éste sea antijurídica los requisitos de la autoría deben existir objetivamente, con independencia de su conciencia o del conocimiento que pueda tener de los mismos⁵¹. La problemática de la inidoneidad del sujeto debe analizarse, por consiguiente, teniendo presentes las especiales exigencias que el tipo de injusto dirige al autor para admitir el comienzo de su realización⁵².

2. TESIS DE BACIGALUPO: IMPUNIDAD DETERMINADA POR LA CONFIGURACIÓN DE LAS CARACTERÍSTICAS ESPECIALES DE LA AUTORÍA COMO ELEMENTOS DEL DEBER JURÍDICO.

El finalismo ortodoxo consideró que diversos tipos de la Parte Especial contenían elementos del deber jurídico, esto es, requisitos que

⁴⁸ Cfr. Sola Reche, *op. cit.*, p. 190.

⁴⁹ Cfr. Sola Reche. *op. loc. cit.*

⁵⁰ Cfr. Sola Reche, *op. cit.*, p. 191.

⁵¹ Cfr. Sola Reche, *op. cit.*, p. 192.

⁵² Cfr. Sola Reche, *op. loc. cit.*

a pesar de hallarse en el aspecto exterior del tipo no pertenecerían a la descripción del delito contenida en él, sino a la antijuridicidad. Entre ellos se hallaban los elementos de la autoría.

Así, para Welzel los presupuestos objetivos de la condición de funcionario público definían únicamente una obligación más intensa de omitir la acción sancionada en el tipo correspondiente, razón por la cual bastaba con que el delincuente tuviese un mero conocimiento de ellos para poder imputarle plenamente el delito doloso⁵³. Posteriormente entendió que era la ejecución de la acción “en una determinada condición funcionaria” lo que configuraba la base para la valoración de la antijuridicidad de los delitos de funcionarios, elevando en consecuencia los elementos de la autoría a la condición de características del tipo objetivo (“aquello del tipo que tiene que encontrarse objetivado en el mundo exterior”)⁵⁴; pero siguió reclamando para ellos un tratamiento jurídico distinto del correspondiente a las circunstancias del hecho del tipo legal, concretado en la remisión de las hipótesis de errónea suposición acerca de su concurrencia al ámbito de la delincuencia putativa⁵⁵.

Kaufmann sostenía, por su parte, que la voluntad de realización del tipo alcanzaba únicamente a las circunstancias del hecho en sentido estricto, no a los elementos de la autoría, cuya función se reducía a designar el deber jurídico del sujeto⁵⁶. Su planteamiento adoptaba como premisas la identificación del tipo con la materia de la norma, no con su objeto, en primer lugar, y la caracterización del deber que de aquélla emergía

⁵³ Cfr. H. Welzel, “Der Irrtum...”, cit., pp. 208 y 209.

⁵⁴ Cfr. *Derecho penal alemán. Parte General*, cit., pp. 93 y 94. El deber jurídico surgido de la cualidad misma seguirá integrando, no obstante, para Welzel un momento de la antijuridicidad, con lo que en su sistema un error sobre el mismo constituirá siempre «un error de mandato o bien de prohibición» (*op. cit.*, p. 234).

⁵⁵ Cfr. *Derecho penal alemán. Parte General*, cit., p. 112: “El § 59 se refiere solamente al error sobre circunstancias del hecho de tipo legal, no a características de autor (‘tutor’, ‘funcionario público’, ‘garante’). En cuanto a estas características, es suficiente que el autor tenga conocimiento de su existencia (eventualmente al juicio paralelo en la esfera del autor). No rige para ello el § 59 inciso 21: solamente puede haber comisión culposa si hay desconocimiento reprochable de circunstancias del hecho, no de características del autor... A contrario sensu, en caso de suposición errónea de (auténticas) características de autor no estamos ante una tentativa inidónea, sino ante un delito putativo”.

⁵⁶ Cfr. Kaufmann, *Teoría de las normas*, cit., p. 198.

como un elemento objetivo, completamente independiente de la conciencia que pudiera tener el destinatario sobre su existencia y que no podía ser adscrito al ámbito del error de tipo ni ser tratado con arreglo a la teoría del *animus auctoris*⁵⁷. De todo ello extraía la conclusión de que la errónea creencia acerca de la concurrencia de la condición “funcionario público” debía tratarse como una modalidad más de delincuencia putativa, nunca como una tentativa inidónea punible⁵⁸.

En esta línea de pensamiento se inscribe también la aportación de Bacigalupo, quien configura los elementos objetivos de calificación del autor en los delitos propios como circunstancias que determinan la concreción de la norma en deber para el sujeto obligado, ajenas, por ello, a las exigencias cognitivas del dolo de tipo⁵⁹. La condición de funcionario público -escribe- lleva acarreada la incumbencia de un deber especial “extratípico” para el sujeto; un deber independiente de las circunstancias del hecho y cuya errónea suposición es equivalente a la de ejecutar un hecho prohibido que en realidad está permitido⁶⁰. Esta interpretación facilitaría una distribución más adecuada de los riesgos de la vida social, “porque exige al autor un mayor cuidado frente a las consecuencias de su acción respecto de otras personas o de los bienes jurídicos de otras

⁵⁷ Cfr. *Teoría de las normas*, cit., pp. 189 y ss. En la página 189 señala que al igual que sucede con la capacidad de acción, “en que la conciencia actual o actualizable del individuo de su propia capacidad de acción no es requisito de ella, sucede también que el sujeto de la norma especial no necesita saber o poder saber que para él se han dado las circunstancias que fundamentan el puro elemento del deber. Para la concreción, es suficiente con que el individuo de hecho esté caracterizado por los elementos que definen al sujeto de la norma. Su conciencia actual o actualizable respecto de la existencia de estas circunstancias es totalmente indiferente para la concreción del deber emergente de la norma”.

⁵⁸ Cfr. *Teoría de las normas*, cit., pp. 198 y ss. Kaufmann asume, con todo, que la decisión que se adopte sobre este extremo depende del concepto de tipo que se acoja, de modo que “si... se estrecha a los ‘elementos de la acción’... la tesis sobre la extensión del dolo sería correcta. Si, en cambio, como es común hasta ahora, se incorporan al concepto de elementos del tipo también aquéllos que definen al sujeto de la norma... es falsa” (*op. cit.*, p. 199).

⁵⁹ Cfr. Bacigalupo, en Conde-Pumpido Ferreiro (dir.), *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, Tomo I, cit., p. 543; mismo autor, “Sobre la tentativa inidónea en el Derecho vigente y en el Proyecto de Código penal”, *LL*, 1981 (2), pp. 972 y 973; mismo autor, *Principios de Derecho penal. Parte General*, cit., p. 351.

⁶⁰ Cfr. Bacigalupo, en Conde-Pumpido Ferreiro (dir.), *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, Tomo I, cit., p. 543; mismo autor, *Principios de Derecho penal. Parte General*, cit., p. 351.

personas”⁶¹. La disyuntiva entre las figuras de la tentativa inidónea y del delito putativo debería resolverse, consecuentemente, en favor de éste último⁶².

3. TESIS DE SAINZ DE ROBLES SANTA CECILIA: IMPUNIDAD DETERMINADA POR LA AUSENCIA DE COEFICIENTE OBJETIVO EN LA CONSTATACIÓN DEL JUICIO DE PELIGRO.

En contra de la definición técnica de la tentativa inidónea como un error de tipo al revés se ha posicionado en la doctrina española Sainz de Robles Santa Cecilia. Esta autora subraya que el criterio o método de la inversión establece para la tentativa inidónea un ámbito de operatividad del que la dogmática penal, a través de diversos expedientes -las teorías de la inidoneidad concreta o relativa, de la tentativa irreal o supersticiosa, de la impresión...-, ha venido extrayendo distintos grupos de casos. Aceptable como técnica de precisión del objeto y del contenido de la equivocación sufrida por el sujeto, se mostraría, en suma, poco operativo a la hora de establecer correctamente sus consecuencias⁶³.

Aceptando las indicaciones de Stratenwerth y de Roxin, Sainz de Robles propone examinar la problemática del autor inidóneo tomando en consideración las técnicas a las que recurre el legislador para la tipificación de los delitos especiales⁶⁴. En esta línea, la identificación de la razón de ser de dicha figura en la relación en que se hallan la conducta típica y su objeto con la posición del sujeto activo y con el bien jurídico no dejaría otra alternativa al intérprete que la calificación del intento del

⁶¹Cfr. Bacigalupo, en Conde-Pumpido Ferreiro (dir.), *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, Tomo I, cit., p. 543; mismo autor, *Principios de Derecho penal. Parte General*, cit., p. 351.

⁶²Cfr. Bacigalupo, en Conde-Pumpido Ferreiro (dir.), *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, Tomo I, cit., p. 543; mismo autor, *Principios de Derecho penal. Parte General*, cit., p. 351.

⁶³Cfr. Sainz de Robles Santa Cecilia, “Sobre la tentativa...”, cit., pp. 624 y 625. En contra del recurso al principio general de inversión para fundamentar la punibilidad de la tentativa inidónea, Puppe, “Error de hecho...”, cit., pp. 378 y ss., proponiendo su sustitución por un criterio material de equivalencia o simetría. Defiende su validez como instrumento de delimitación entre la tentativa inidónea y el delito putativo Bruns, “Die Strafbarkeit...”, cit., p. 188.

⁶⁴Cfr. Sainz de Robles Santa Cecilia, *op. cit.*, p. 626, notas 20 y 23.

sujeto inidóneo como un *aliud* con respecto a las hipótesis que a título de tentativas inidóneas deben recibir una sanción en los ordenamientos jurídicos que han decidido su relevancia jurídico-penal⁶⁵. Desde sus inicios histórico-dogmáticos -explica-, la teoría de la tentativa ha venido empleando el parámetro de la acción idónea para delimitar su campo de acción y para oponer conceptualmente el delito intentado a los comportamientos impunes o, cuando se ha considerado punible, a la tentativa inidónea⁶⁶. En la formación histórica de ésta no incidirían, por lo tanto, razones jurídicas, sino puramente fácticas, relacionadas con las conclusiones a que lleva la realización de un juicio de peligro sobre la posibilidad de consumar el delito⁶⁷.

Pero si la impunidad del autor inidóneo tiene ya raíces históricas, dogmáticamente encontraría también un sólido fundamento en los resultados a que conduciría la aplicación de la teoría de la impresión en este ámbito. En opinión de Sainz de Robles, la eliminación de un comportamiento del ámbito propio de la tentativa idónea para adscribirlo al de la inidónea exige la verificación de un juicio de peligro “al revés”. Un juicio de prognosis apoyado en los datos de la experiencia y en el conocimiento de las leyes científicas habrá de apreciar necesariamente en él la ausencia de idoneidad en el sentido requerido por la teoría de la tentativa⁶⁸. La exigencia de responsabilidades penales a su autor se justificará únicamente en la alarma que provoca en la colectividad⁶⁹.

Ese juicio de peligro, como elemento intrínseco, “fracasa”, sin embargo, cuando nos enfrentamos a la conducta del sujeto inidóneo. La experiencia no podría servir de pauta para decidir sobre la posibilidad o imposibilidad de consumación *ex ante* del delito, habida cuenta de que la inidoneidad obedece a una decisión del legislador⁷⁰. El coeficiente objetivo de la imposibilidad no podría venir representado, por consiguiente,

⁶⁵ Cfr. Sainz de Robles Santa Cecilia, *op. cit.*, pp. 627 y 632, con referencias al pensamiento de Langer, también tomado en cuenta en este trabajo.

⁶⁶ Cfr. Sainz de Robles Santa Cecilia, *op. cit.*, p. 631.

⁶⁷ Cfr. Sainz de Robles Santa Cecilia, *op. loc. cit.*

⁶⁸ Cfr. Sainz de Robles Santa Cecilia, *op. loc. cit.*

⁶⁹ Cfr. Sainz de Robles Santa Cecilia, *op. cit.*, p. 632.

⁷⁰ Cfr. Sainz de Robles Santa Cecilia, *op. cit.*, p. p. 632.

por la ausencia de peligro; de hecho, ni siquiera *ex post* cabría diferenciar en estas situaciones entre tentativa idónea, inidónea y consumación⁷¹.

D. TOMA DE POSTURA. ADOPCIÓN DE LA CONSTRUCCIÓN DE LA “FALTA DE TIPO”.

Antes de exponer nuestra opinión con relación a la problemática del autor inidóneo, debemos hacer unas breves precisiones sobre la solución expuesta por Bacigalupo, que traslada los supuestos de error inverso referido a los elementos objetivos de la autoría al terreno de la delincuencia putativa aduciendo su naturaleza de elementos especiales del deber jurídico. Frente a dicha caracterización, hay que señalar, antes que nada, que la generalidad de la literatura penal española y alemana -incluso la que reserva a los problemas de autoría y participación una sistemática independiente- sostiene la integración, a todos los efectos, de las cualidades personales especiales del autor en el tipo de injusto. En ello ha jugado un papel determinante el estudio de Roxin sobre la teoría de los tipos abiertos, en el que puso de manifiesto la necesidad de equiparar lógica, ontológica, dogmática y psicológicamente los elementos de la autoría a las restantes características típicas, y de excluirlos, correlativamente, del círculo de los elementos del deber jurídico⁷². Por otra parte,

⁷¹ Cfr. Sainz de Robles Santa Cecilia, *op. loc. cit.*

⁷² Kaufmann combatía la tesis según la cual la realización del tipo subjetivo requeriría como elementos indispensables el conocimiento y la voluntad del funcionario referidos a su deber de servicio. Para Roxin debe trazarse una clara diferencia entre ese deber de servicio y los deberes que, surgidos de situaciones específicas, prescriben a un determinado individuo una conducta concreta. Sólo éstos constituirían verdaderos deberes en el sentido indicado por Kaufmann indica, esto es, deberes cuyo conocimiento no necesita poseer el funcionario para conocer su cualidad de tal. La consideración de la condición de funcionario como elemento del tipo traerá consigo, así, que lo que se eleva a la categoría de presupuesto de realización de aquél es únicamente el conocimiento, de esa relación, no el del deber jurídico del que habla Kaufmann (*Teoría del tipo*, cit., pp. 109 y 110). Roxin destaca también que es posible tener conciencia del hecho sin *animus auctoris*, siendo suficiente con que el sujeto sepa que es funcionario y que, por ello, le corresponde un mayor deber de lealtad (*Teoría del tipo*, cit., p. 115). “En realidad -escribe-, todas las circunstancias que yacen fuera de la acción misma, aunque tengan influencia con respecto al resultado perseguido, no pueden constituir objeto de la realización”. La especialidad que Kaufmann predica de los elementos de la autoría regiría también, por consiguiente, “para todas las circunstancias del hecho, con excepción de aquellas que describen la acción” (*Teoría del tipo*, cit., p. 118). Finalmente, Roxin constata que el concepto personal de injusto invocado por Kaufmann se contradice con su elaboración de los tipos abiertos, a los que sólo podría aplicarse si

la teoría de la paraconsciencia permite evitar las dificultades que pueden suscitar para la dogmática del dolo todos aquellos elementos del tipo ya existentes en el momento de perpetrarse la acción. Como “conocer” -de forma consciente o paraconsciente- y “querer”, aquél abarcará a la totalidad del tipo delictivo, sin excepciones de ningún género⁷³. Las exigen-

“estuvieran conformados de tal manera que el conocimiento de las circunstancias de hecho que lo componen pusiera de manifiesto la actividad finalmente orientada, la actitud del autor” (*Teoría del tipo...*, cit., pp. 140 y 204).

⁷³ La teoría de la paraconsciencia fue incorporada a la dogmática del dolo por W. Platzgummer, quien empeñó en su fundamentación su libro *Die Bewusstseinsform des Vorsatzes. Eine Strafrechtsdogmatische Untersuchung auf psychologischer Grundlage*, Wien, 1964. Sobre su aplicación al elemento típico “funcionario público”, objeto de lo que Platzgummer denomina *dauerndes Begleitwissen* (p. 87), véanse los ejemplos recogidos en la página 89. En líneas generales, la literatura penal española le ha dispensado escasa atención. E. Gimbernat Ordeig la acepta sin reservas (*Estudios de Derecho penal*, 3ª ed., Madrid, 1990, pp. 254 y 255). Bustos Ramírez / Hormazábal Malaree destacan la contradicción en que a su juicio incurre Platzgummer al afirmar que la paraconsciencia no posee idéntico desvalor que el pensar real, con lo que “estaría volviendo al conocimiento potencial que él, con razón, expresamente rechaza para el dolo, pues en todo caso sólo serviría para fundamentar la culpa o imprudencia” (*Lecciones de Derecho penal, Vol. II*, cit., p. 66). Cerezo Mir entiende que el elemento intelectual del dolo también debe extenderse “a las condiciones que ha de reunir el sujeto activo en los delitos especiales, pues se trata de elementos objetivos del tipo”, bastando «como ha puesto de relieve Platzgummer, con una consciencia irreflexiva o acompañante» (*Curso de Derecho penal español. Parte General II, Teoría jurídica del delito*, cit., p. 133). En Alemania goza de aceptación general aceptación, incluso cuando algunos de sus elementos hayan sido objeto de revisión. Autores como M. Köhler (“Vorsatzbegriff und Bewusstseinform des Vorsatzes”, *GA*, 1981, pp. 288 y 290, nota 1), C. Roxin (“Literatur Besprechung: ‘Die Bewusstseinform des Vorsatzes’ von W. Platzgummer”, *ZStW*, n° 78, 1966, pp. 248 y ss.) o G. Schewe (*Bewusstsein und Vorsatz*, Berlin, 1972, pp. 48 y 49) critican la generalización y el automatismo del proceso aprehensivo, esto es, el presumir que el sujeto, a partir de experiencias anteriores o de sus vivencias inmediatas y actuales, ha percibido en su extensión adecuada y con el significado correcto todos los elementos del tipo, con los riesgos de ampliación desmesurada del elemento intelectual del dolo que ello acarrea. Estas observaciones han sido suscritas, entre nosotros, por M^a del M. Díaz Pita (*El dolo eventual*, Valencia, 1994, p. 66), que sugiere una aplicación “individualizante”, indagando a través de indicadores externos “si el sujeto de que se trate, en la situación determinada, era capaz de construir esa ‘síntesis psíquica’, esa imagen global y de valorarla en sus justos términos”. Escéptico también con relación a la viabilidad teórica de la construcción de Platzgummer (cfr. *Vorsatz und Risiko. Grundfragen des tatbestandsmässigen Verhalten und des Vorsatzes*, Köln, Berlin, München, 1983, pp. 46 y ss.), W. Frisch considera que lo decisivo para poder afirmar que se ha producido una decisión contraria al bien jurídico tutelado por un tipo penal especial es el contexto en el que se ha ejecutado la acción, que siempre traerá aparejado el desempeño de un determinado rol (cfr. “Vorsatz und Mitbewusstsein. Strukturen des Vorsatzes”, en G. Dornseifer

cias intelectivas y volitivas del dolo no pueden servir tampoco de pretexto, por lo tanto, para replegarse al delito putativo.

El Derecho positivo español guarda silencio sobre la punibilidad o impunidad de la tentativa de autor inidóneo. Podrá evidentemente discutirse la oportunidad de dotarla de un régimen jurídico específico, a través, por ejemplo, de una declaración como la contenida en el § 25. 3 del Proyecto Alternativo alemán⁷⁴; pero, con independencia de cuál pudiera ser la conclusión sobre el debate, la realidad es que el marco normativo para la discusión sobre su naturaleza jurídica y eventual punibilidad viene exclusivamente fijado por el artículo 16 del CP y por las extensiones del núcleo de las correspondientes conductas típicas que el mismo autoriza.

En la interpretación que aquí se ha acogido, dicho precepto deja abierta la posibilidad de prevenir las tentativas relativamente inidóneas, siempre que conceptualmente representen un principio de ejecución, al haber puesto en práctica el sujeto activo una acción no totalmente ajena a la órbita del tipo y que comporte, al menos, con arreglo a un juicio de prognosis, un peligro abstracto para el bien jurídico protegido. El desarrollo lógico de esa fórmula legislativa autoriza a una crítica a los procedimientos de interpretación seguidos por buena parte de la doctrina. Afirmada la tipicidad especial de los delitos de posición jurídica a partir la nota de la “interpretabilidad” que presentan los elementos objetivos de la autoría, por una parte, y la impunidad de la tentativa irreal o imaginaria y del delito putativo, por otra, la cuestión no podrá afrontarse ya de una forma secuencial. No se trata de analizar la compatibilidad o incompatibilidad de la estructura de la tentativa con los casos de autor inidóneo para resolver posteriormente, afirmada la mayor, las posibles razones existentes en la esencia de los delitos especiales y que abogarían por el rechazo de la punibilidad⁷⁵.

(herausgegeben von), *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1989, p. 329). Siguiendo a Frisch, A. Ventura Püschel, “Sobre el conocimiento de algunos elementos del tipo en los delitos especiales (Comentario a la sentencia dictada el 20 de mayo de 1992 por el Tribunal Militar Territorial Primero de Valencia)”, *PJ*, n° 29, 1993, p. 175.

⁷⁴ *Vid.* al respecto Sola Reche, *La llamada “tentativa...”, cit.*, p. 191; Moreno-Torres Heredia, *Tentativa de delito...”, cit.*, pp. 287 y 288.

⁷⁵ *Vid.* en este sentido la crítica de Vogler, número 158 al § 22, *LK*, 1. Band, 10. Aufl., cit.: “la decisión sobre la cuestión de la tentativa no debería ser independiente de las diversas tomas de posición en liza sobre el concepto del delito especial. No raramente pueden

La doctrina suele aceptar, como se ha indicado, que la delimitación entre la tentativa punible y la impune debe trazarse a partir de la teoría del peligro. Cabe sugerir, no obstante, que en la realización de esa tarea no se ha prestado, quizá, excesiva atención a los criterios formales que de acuerdo con los tipos concurren a perfilar el concepto de ejecución. Las palabras de Silva Sánchez, anteriormente aludidas, son el mejor ejemplo de ello. Silva señala que la diferencia entre lo real y lo putativo es de grado, de modo que el establecimiento de las fronteras que separan a una cosa de la otra es un problema valorativo, no ontológico⁷⁶: “Toda esta cuestión -afirma- guarda... clara relación con la idea de que es el consenso cultural alcanzado el que suministra el baremo de los juicios de valor inherentes a la tipicidad”⁷⁷.

En los delitos especiales -y por lo tanto en orden a la tentativa de autor inidóneo-, sin embargo, son determinantes los puntos de vista estrictamente formales tal y como se deducen de los tipos correspondientes. Si sólo un injusto *típico* y una puesta en peligro *típica* son punibles, la figura del autor inidóneo nos presenta a quien intenta llevar a la práctica una resolución de voluntad delictiva en circunstancias en las que las características formales del tipo hacen imposible, inconcebible, su realización. Mezger y un sector de la doctrina española ven en la ausencia de tipo la clave de esta cuestión. Ésa es también la opción que se defiende en este trabajo. Es cierto que a juicio de un importante sector doctrinal el discurso argumentativo de la falta de tipo es de dudosa utilidad para la dogmática de la tentativa⁷⁸, pero la crítica que puede hacerse no desmonta los argumentos dogmáticos en los que aquí nos apoyamos, basados en el concepto mismo de ejecución típica. La tentativa punible podrá darse -indica Mezger- cuando la ley no exige ningún modo determinado de ejecución del acto (“disparar con dolo de matar con un fusil que no tiene el necesario alcance”), o en el caso en que por razones espaciales,

describirse casos en que un delito especial debe ser caracterizado ya desde la perspectiva de la solución a la cuestión de la tentativa”. Adoptan el procedimiento aludido en el texto, sin embargo, Maurach / Gössel / Zipf, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Teilband 2*, cit., p. 51, indicando que de acuerdo con la teoría de los delitos especiales los errores sobre las características típicas de delimitación de los autores no podrían recibir de forma justificada un tratamiento distinto del que se aplica a los errores que recaen sobre las restantes características del tipo.

⁷⁶ Cfr. Silva Sánchez, *El nuevo Código penal...*, cit., p. 127.

⁷⁷ Cfr. Silva Sánchez, *op. cit.*, p. 128.

⁷⁸ En Farré Trepal (*La tentativa...*, cit., pp. 290 y ss.) puede verse una amplia exposición de los criterios que intentan poner en entredicho la viabilidad dogmática y político-criminal de la teoría.

temporales o de otra índole, no citadas expresamente por la ley, la conducta realizada no ha producido el resultado; pero no cuando un no funcionario intenta cometer un delito de funcionario, pues en ese caso, concluye, “falta el sujeto que la ley exige”⁷⁹. Con arreglo a la teoría objetiva aquí acogida, la errónea creencia del autor de pertenecer a un status jurídico especial no puede alinearse, por lo tanto, con las distintas formas de tentativa.

Por eso tiene razón Schmidhäuser cuando escribe que un funcionario de policía que yerra acerca de su competencia para recibir documentos públicos, y legaliza uno objetivamente falso dotándolo de apariencia jurídica no comete ninguna falsedad documental en los términos del § 348 I y II, “puesto que falta el deber especial que fundamenta el tipo”⁸⁰. Los elementos de la autoría de los delitos especiales no representan posiciones de deber desvinculadas de la lesión o puesta en peligro típica del bien jurídico. Su función es la de individualizar, por el contrario, el injusto típico, la de dotar de un desvalor específico a la conducta típica. Dicha conexión, que implica que aquélla no podrá ponerse en práctica en ausencia de los presupuestos que los fundamentan, no puede dejar de condicionar la construcción de la tentativa inidónea.

Debe quedar claro, así, que el autor inidóneo no obra en ningún caso en contra del fin de la norma especial. El injusto específico de un delito de funcionario sólo puede actuarse por alguien que, interviniendo objetivamente como tal, lesione o ponga en peligro el bien jurídico protegido por el tipo⁸¹. La inexistencia de los presupuestos que, de concurrir, habilitarían para ejercitar las funciones administrativas referidas en el

⁷⁹ Vid. Mezger, *Tratado de Derecho penal*, Tomo II, cit., p. 261.

⁸⁰ Vid. Schmidhäuser, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., p. 355.

⁸¹ Vid. Vogler, número 158 al § 22, *LK*, I. Band., 10. Aufl., cit., aludiendo a que de no constatarse objetivamente la infracción de los deberes del servicio el bien jurídico de los delitos del cargo nunca vendría perturbado, en la medida en que el desvalor relativo a su perturbación sólo se alcanza cuando se produce en el rol social contenido en los tipos penales fundadores de la confianza; Otto, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, cit., p. 238, desarrollando en este campo la tesis de Langer sobre el fundamento material de los delitos especiales: “La encomienda de una función de protección de bienes jurídicos constituye tanto la posición especial de deber de los afectados como la especial confianza de la comunidad jurídica en las conductas de los titulares del deber. La representación de una persona de habersele encomendado funciones de protección no puede reemplazar el acto mismo, ni fundamentar ninguna confianza especial de la sociedad jurídica”; Jakobs, *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 876: “El no funcionario no puede hacer que se resienta la validez las normas destinadas a funcionarios”.

tipo de la prevaricación del artículo 404 del CP no se traduce sólo en la inaptitud de un ciudadano de la calle para ser sujeto activo del mismo, sino en la absoluta atipicidad de la conducta que en términos ideales pudiera poner por obra. En una tentativa de cohecho conducida por un no funcionario no existe una acción peligrosa, típica, eje del injusto de la tentativa inidónea. El contenido que podría asignarse a dimensión objetiva del comportamiento del no funcionario no coincide en absoluto con la peligrosidad típica de la conducta del sujeto idóneo, pues no se trata aquí de graduar lo relativo o absoluto de su inidoneidad con ayuda del juicio extrínseco de un espectador objetivo, sino de los límites de la tipicidad penal, de lo que el legislador ha castigado: sólo el comportamiento del *intraneus*⁸². Preconizar la impunidad del autor inidóneo no desatiende, entonces, exigencias rigurosas de construcción del delito como la materialización de acciones abstractamente peligrosas. Optar por su castigo, en cambio, sí desatiende el principio general de interdicción de la analogía contra reo como criterio interpretativo de la ley penal⁸³. Parafraseando a Schmidhäuser, podríamos apuntar que los elementos normativos que definen a los sujetos activos de los delitos especiales no pueden ser reemplazados por la representación o ideación del autor, pues nunca podrá construirse una acción que no sea absolutamente ajena al injusto típico en ausencia de los requisitos contenidos en el art. 24. 2 del CP⁸⁴.

En un manual de Derecho penal español se defiende la existencia de una tentativa relativamente inidónea en la hipótesis de que un funcionario intente dictar una resolución injusta sin poseer competencia para resolver el asunto administrativo de que se trate⁸⁵. A ello cabrá responder,

⁸² En este sentido, Otto, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, cit., p. 238: “en estos casos el legislador sólo ha considerado punibles las conductas adecuadas a tipo de los titulares de los deberes especiales”; Jakobs, *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 876: “El elemento del tipo que caracteriza al autor limita el ámbito de destinatarios de la norma, ámbito que un ‘ejecutor’ no puede ampliar mediante su error”.

⁸³ En este sentido Langer, *Das Sonderverbrechen*, cit., p. 498. Este autor califica a la punición del autor inidóneo como una construcción jurisprudencial exclusivamente fundamentada en razones político-criminales.

⁸⁴ Ebert reconoce desde su propia propuesta de punición que la adopción de una teoría objetiva de la tentativa privaría de todo fundamento material a la eventual decisión sobre la punibilidad del autor inidóneo (*Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., p. 112).

⁸⁵ Cfr. Octavio de Toledo / Huerta Tocildo, *Derecho penal. Parte General. Teoría jurídica del delito*, cit., p. 466.

en los términos expuestos por Sainz de Robles Santa Cecilia, que el legislador es el único que determina quién alcanza la condición de sujeto idóneo para prevaricar⁸⁶. Si el límite máximo de la tipicidad de la prevaricación viene dado por la existencia de una resolución injusta dictada en el marco de una función jurídico-pública, sujeto activo del art. 404 podrá ser, exclusivamente, quien posea una condición jurídica tal que le permita emitir esa clase de actos con eficacia. Ésa es la cota irreducible que la interpretación del elemento normativo-jurídico “funcionario público” no podrá superar. El sujeto que no se atempere a dicha exigencia no participa por disposición inmediata de la ley, por elección o por nombramiento de autoridad competente en el ejercicio de la función pública consistente en resolver asuntos administrativos. No cabe hablar, pues, de inidoneidades relativas o absolutas, sino de la concurrencia -o no- en él los requisitos del tipo de injusto: *tertium non datur*.

La impunidad del sujeto inidóneo en el Derecho vigente deja abierta la cuestión sobre la procedencia o improcedencia, político-criminalmente hablando, de remitir estos supuestos a una zona libre. Para Ebert las necesidades de prevención general ante ellos vendrían acreditadas por los resultados a los que conduce la teoría de la impresión⁸⁷. Hardwig sostiene, en cambio, que el hecho de que un no funcionario se muestre dispuesto a aceptar sobornos no podría conmovér nunca la confianza de la comunidad en la correcta práctica de las funciones estatales, por su carencia de repercusión social⁸⁸. Efectivamente, no parece que los ejemplos que suministra la teoría de la impresión puedan proporcionar argumentos materiales para defender la punibilidad. Con arreglo a ellos

⁸⁶ Cfr. Sainz de Robles Santa Cecilia, “Sobre la tentativa...”, cit., p. 632. En definitiva, como escribe Jakobs (*Derecho penal. Parte General*, cit., p. 878), incluso cuando el *status* del sujeto activo dependa de formalidades el Derecho penal no podrá fingir posiciones no alcanzadas: “Al igual que el Derecho penal no libera, p. ej., de formalidades provenientes de la propiedad en los delitos contra la propiedad y no puede atender a una mera atribución material, del mismo modo tampoco puede prescindir, en un nombramiento de funcionario nulo por simples formalidades, de las normas del Derecho de funcionarios”. Jakobs trae en su apoyo la opinión de W. Hardwig (“Der Versuch bei untauglichen Subjekt”, *GA*, 1957, p. 175). En el mismo sentido, muy gráficamente, Langer, *Das Sonderverbrechen*, cit., p. 497: “la errónea aceptación por el extraño de los presupuestos de la posición de deber especial no le permite llegar a ser un intráneo”.

⁸⁷ Vid. Ebert, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., p. 112.

⁸⁸ Cfr. Hardwig, “Der Versuch...”, cit., p. 174.

habría de castigarse al autor inidóneo al tambalearse, por consecuencia de su conducta, la confianza de la comunidad en el orden jurídico, en la seguridad jurídica y, con ellos, en la paz jurídica. Frente a ello cabe sostener, sin embargo, que para el restablecimiento de la confianza bastaría con el mero descubrimiento o la revelación de la inexistencia de la cualidad de funcionario en el autor, incluso cuando la inidoneidad no fuera reconocible en el ámbito especial de actividades en que se desarrollaba la actuación. Por esa vía se acreditaría o confirmaría que la impresión resultante era falsa y, por lo tanto, la carencia de fundamento para preocuparse⁸⁹. La solución no es probablemente tan sencilla en otras hipótesis, cuando se produce la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, pero ello nos muestra ya otra faz de problema no siempre advertida por la literatura.

Las exposiciones de la doctrina dominante elaboran el concepto de tentativa inidónea con ayuda del principio de inversión del error, y equiparan valorativamente la errónea representación del elemento de la autoría a las restantes circunstancias del hecho. Incluso aunque dicha doctrina no comparta los argumentos anteriormente expuestos con relación al concepto de ejecución típica, de lo que no podrá desentenderse es del dato de que del principio *nulla poena sine lege* se deriva la exigencia de que para que una persona pueda ser penada debe cumplir todos los elementos típicos de la acción conminada con una pena; y el legislador no ha previsto que otras personas distintas de los funcionarios, en principio ajenos a ese círculo, puedan entrar fácticamente en él y realicen esas conductas que los “espectadores normativos” situados *ex ante* en lugar del autor calificarían de peligrosas. So pena de echar por tierra la máxima de la interdicción de las interpretaciones analógicas en contra del reo, la literatura mayoritaria se encontrará aquí, en un sentido meramente formal, con la hipotética realización de un “delito de funcionario” que no es más punible de lo que lo serían una tentativa irreal o supersticiosa o un delito putativo. El argumento formal, *de lege lata*, deberá conducir para ella a la comprobación de la existencia una laguna político-jurídica, crítica o *de lege ferenda*, de una regulación insuficiente y contraria al plan del legislador.

⁸⁹ Cfr. Vogler, número 158 al § 22, *LK*, 1. Band, 10. Aufl., cit. En su opinión, para el castigo del sujeto inidóneo no podría hallarse una fundamentación convincente ni con ayuda de las teorías de la prevención general ni con la de las de la prevención especial.

Bruns ha desvelado el significado de esta contradicción, al hilo de sus críticas a la calificación jurídica que un sector doctrinal aplica a la construcción del autor inidóneo a los partidarios de la impunidad. Autores como Foth, Vogler, Kaufmann y Bustos Ramírez defienden, concretamente, que el autor queda exento de pena a causa de que su conducta no aparece como merecedora de sanción por consideraciones parecidas a aquéllas que obligan a proclamar la impunidad de la denominada tentativa irreal o supersticiosa⁹⁰. Foth, en particular, resalta expresamente el paralelismo entre el cohecho del no funcionario y la tentativa de homicidio a través de rogativas de muerte, paralelismo conducido -dice- por el propio sentimiento jurídico⁹¹. Bruns reflexiona sobre la validez del argumento con la mirada puesta en el supuesto de hecho de un funcionario que no ha sido válidamente nombrado por algún defecto formal, desconocido por los restantes funcionarios de su departamento, y que comete una falsedad documental en el cargo, utilizando sellos oficiales para dar apariencia jurídica a un documento que enseguida utiliza en el tráfico jurídico⁹². Cómo reconocer la existencia de un grotesco desconocimiento de la realidad, se pregunta, en una situación en la que todo el mundo daría por buena la condición de funcionario del sujeto. No sería de recibo -concluye- entender que, en hipótesis como ésa, la tentativa del sujeto inidóneo se muestra menos merecedora de pena que cualquier otro ejemplo de tentativa inidónea y que debe materialmente asimilarse a la delincuencia putativa⁹³.

Las palabras de Bruns expresan gráficamente la idea sobre la que queremos llamar la atención en este momento. Los partidarios del castigo del sujeto inidóneo no pueden -a nuestro modo de ver- salvar la contradicción de valorar como “peligrosa” -secundando la opinión de un «espectador normativo» situado *ex ante*- una conducta para cuya punición no serán capaces de identificar un campo material diverso. Por razones normativas, típicas, un “no funcionario” no podrá ejecutar nunca un cohe-

⁹⁰ Cfr. Foth, “Neuere Kontroversen...”, cit., p. 371; Vogler, número 158 al § 22, *LK*, 1. Band, 10. Aufl., cit.; Kaufmann, “Fundamento del deber jurídico...”, cit., p. 355; Bustos Ramírez, “Castigo o impunidad...”, cit., p. 91.

⁹¹ Cfr. Foth, “Neuere Kontroversen...”, cit., p. 371.

⁹² *Vid.* Bruns, *Der untaugliche Täter...*, cit., p. 36.

⁹³ Bruns, *op. loc. cit.*

cho; pero construida la inidoneidad del sujeto como modalidad de tentativa inidónea de cohecho, la responsabilidad penal no podrá articularse a través de otra figura común, como la estafa por ejemplo, a causa de la incongruencia existente entre los elementos objetivos del tipo y los criterios de imputación subjetiva. El dolo del autor no habrá abarcado ninguna de las características de la estafa -ya no sólo el elemento de la autoría-; ni del hurto, cuando el “no funcionario” haya intentado cometer una malversación; ni de las coacciones, cuando se trate de una tentativa inidónea de abuso contra la libertad sexual o de exacciones ilegales.

La posición dogmática conforme a la que aquí se opera permite dispensar a los supuestos de tentativa de sujeto inidóneo un tratamiento político-criminalmente más adecuado. El sujeto que se atribuye erróneamente condición funcional yerra sobre los límites de la ley penal, al identificar un ámbito delictivo mayor que el efectivamente existente en la realidad normativa. Realizará, por lo tanto, un delito putativo impune⁹⁴. Quien apreciando correctamente su posición de no funcionario -al conocer el verdadero significado de la cualificación de autor y dar exac-

⁹⁴ Vid. Cobo del Rosal / Vives Antón, *Derecho penal. Parte General*, cit., pp. 612 y 613, subrayando la necesidad de configurar como delitos putativos tanto las hipótesis de error inverso de tipo como los de error inverso sobre la significación antijurídica: “en ambas el delito existe solamente en la mente del autor, sin que los bienes protegidos por el Derecho hayan soportado ninguna clase de peligro efectivo”; desde una concepción subjetiva de la tentativa inidónea, Schmidhäuser, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., p. 355: “la errónea ideación del autor de estar sujeto a un deber especial a causa de una posición especial no fundamenta ninguna tentativa acabada (a partir de ello una tentativa peligrosa no viene en consideración con arreglo a ninguna interpretación)”; Stratenwerth, *Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Die Straftat*, cit., p. 204: “ninguna identidad valorativa, aparentemente lógica, de las circunstancias de hecho permite lograr que a un ilícito jurídico penal no sólo de lugar el obrar contra deberes reales, sino también contra los imaginarios”; Baumann / Weber, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., p. 498: “La errónea aceptación acerca de la obligatoriedad de una norma debe tratarse del mismo modo que la errónea aceptación de la existencia de una norma. Si... estos supuestos no se califican... como delitos putativos, lo que radica ahí es una situación parecida al delito putativo”; Jakobs, *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 878: “La suposición errónea de un status conduce al delito putativo, aun cuando se supongan erróneamente circunstancias apropiadas para fundamentar el status”. Acogen también esa solución, Otto, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine strafrechtslehre*, cit., p. 238; R. Zaczyk, *Das Unrecht der versuchten Tat*, Berlin, 1989, pp. 285 y 298; Moreno-Torres Herrera, *Tentativa de delito...*, cit., p. 287. En contra, sin entrar a sopesar otro argumento que el formal relativo al círculo restringido de los destinatarios de las normas penales especiales, R. Herzberg, “Zur Strafbarkeit des untauglichen Versuchs”, *GA*, 2001, pp. 270 y 271.

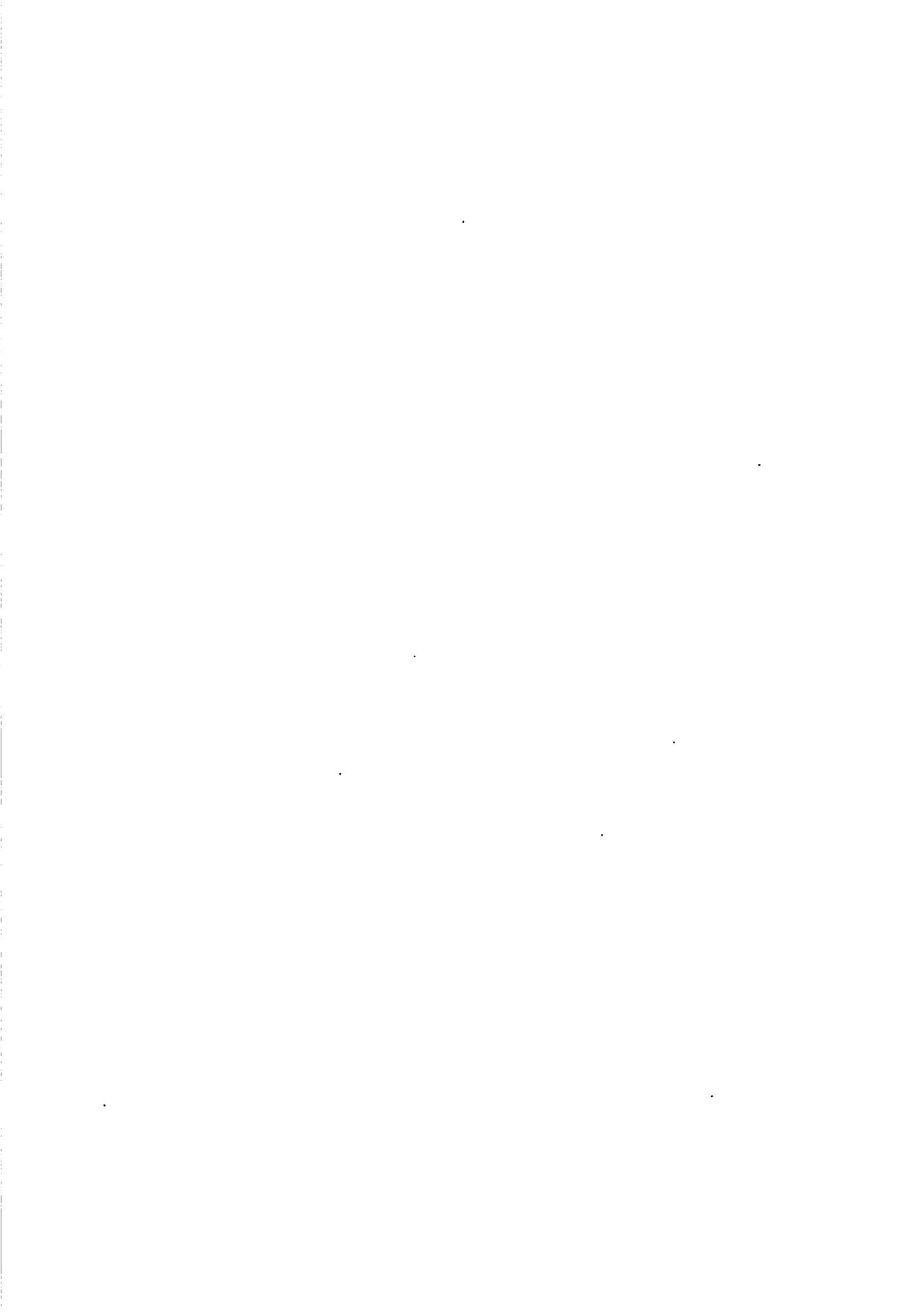
tamente por concurrentes las circunstancias o presupuestos que la fundamentan- realiza de forma dolosa actos externamente coincidentes con los típicos de un delito de funcionario (v. gr. aceptar una dádiva, apropiarse de caudales públicos, solicitar sexualmente a un tercero), devendrá absolutamente impune, al estar ausente el tipo mismo del delito⁹⁵. En el caso -más fácilmente representable en la práctica- de que no pretenda realizar un delito de funcionario, sino un delito común eventualmente facilitado en su ejecución por la simulación de la concurrencia de aquella condición, su responsabilidad deberá determinarse con arreglo a un concurso entre la figura que corresponda y el delito de usurpación típica de funciones públicas (art. 402 CP). Éste sirve así para cerrar el sistema, al punir el ejercicio de actos propios de una autoridad o funcionario cuando la arrogación de dichas condiciones subjetivas se produzca a través de una acción positiva, con visos de autenticidad y con entidad bastante para engañar a un ciudadano medio.

En suma, como enseñaba Von Hippel, lo que de particular tiene el «problema» de los autores inidóneos en Derecho penal no puede captarse con ayuda de la teoría de la tentativa. Antes que por ninguna otra razón, porque cuando existe un delito especial la adecuación a tipo provoca que sólo determinadas sujetos puedan ser inculcados a título de autor⁹⁶. Los terceros intervinientes podrán ser castigados, eventualmente, a título de partícipes en el delito de funcionario de que se trate, pero nunca como autores de una tentativa.

⁹⁵Haciendo uso de la técnica del error inverso construye la tentativa del sujeto inidóneo como un supuesto de ausencia de tipo L. Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho penal. Tomo VII. El delito y su exteriorización*, 20 ed., Buenos Aires, 1977, pp. 787 y 788. Sobre la teoría de la falta de tipo escribe E. Rigui que, no obstante ser presentada habitualmente como una “pieza de museo”, es frecuentemente empleada para solventar “el problema de la delincuencia putativa en los llamados delitos especiales” (“Problemas sistemáticos de la punibilidad de la tentativa inidónea”, *Problemas actuales de las Ciencias penales...*, cit., p. 219).

⁹⁶Cfr. Von Hippel, *Deutsches Strafrecht. Band 2*, cit., p. 437.

ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO



- ACHENBACH, H., *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*, Berlin, 1974.
- ACOSTA ROMERO, M. / López Betancourt, E., *Delitos especiales*, 2ª ed. actualizada, México, 1990.
- ALBÁCAR LÓPEZ, J. L., en Conde-Pumpido Ferreiro, C. (dir.), *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, Tomo I, Madrid, 1997.
- ALCÁ CER GUIRAO, R.: *La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto*, Granada, 2000.
- ALESSI, R., *Instituciones de Derecho administrativo*, Tomo II, trad. del italiano de Pellisé Prats, B., Barcelona, 1970.
- ALLEGRA, G., “Azione del reato proprio e tipologia di azione e di autore”, *SP*, 1950.
- ALMEIDA COSTA, A. M., “Sobre o crime de corrupção”, *BFDUC*, Numero especial, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, 1984, Tomo I.
- ALMERIGHI, M., “Ragioni e limiti della supplenza giudiziaria rispetto alla Pubblica Amministrazione”, *GP*, Vol. LXXXV (XXII della 7ª Serie), Parte Terza, 1980.
- ALONSO COLOMER, F., “El poder de la Administración sancionadora: hacia una limitación”, *DA*, nº 141, 1971.
- ALONSO ÁLAMO, M., *El sistema de las circunstancias del delito. Estudio general*, Valladolid, 1981.
- ALONSO ÁLAMO, M., “Problemas político-legislativos del delito de concusión”, en *Estudios penales en memoria del Profesor Agustín Fernández Albor*, Santiago de Compostela, 1989.
- ALONSO GARCÍA, E., *La interpretación de la Constitución*, Madrid, 1984.
- ALONSO PÉREZ, F., *Detenciones ilegales cometidas por funcionarios públicos en el nuevo Código penal*, Madrid, 1997.
- ALONSO PÉREZ, F., *Delitos cometidos por los funcionarios públicos en el nuevo Código penal*, Madrid, 2000.
- ALONSO Y ALONSO, J. M., “De la vigencia y aplicación del Código penal de 1822”, *REP*, nº 11, 1946.
- ALTAVILLA, E., “Concezione penalistica della Pubblica Amministrazione”, en *Scritti Giuridici in memoria di E. Massari*, Napoli, 1938.
- ALTÉS MARTÍ, M. A., “Solicitud sexual. Funcionario público y de prisiones”, en Latorre Latorre, V. (coord.), *Mujer y Derecho penal*, Valencia, 1995.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *El delito de desobediencia de los funcionarios públicos*, Barcelona, 1987.
- ÁLVAREZ PASTOR, D., “El procedimiento sancionador en las infracciones monetarias”, en *Homenaje a J. A. García-Trevijano Fos*, Madrid, 1982.
- AMELUNG, K., “Die Zulässigkeit der Einwilligung bei den Amtsdelikten. Zum Verhältnis von Staatschutz und Individualschutz im deutschen Strafrecht”, en

- Hanack, E.-W. / Rieß, P. / Wendisch, G. (herausgegeben von), *Festschrift für Hans Dünnebieber zum 75. Geburtstag*, Berlin, New York, 1982.
- ANGIONI, F., *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983.
- ANTOLISEI, F., *Manuale di Diritto penale. Parte Generale*, 120 ed. aggiornata e integrata da Conti, L., Milano, 1991.
- ANTOLISEI, F., *Manuale di Diritto penale. Parte Speciale - II*, 11ª ed. integrada e aggiornata a cura di Conti, L., Milano, 1995.
- ANTÓN ONECA, J., "Historia del Código penal de 1822", *ADPCP*, Vol. XVIII, 1965.
- ANTÓN ONECA, J., "El Código Penal de 1870", *ADPCP*, Vol. XXIII, 1970.
- ANTÓN ONECA, J., "Los Proyectos decimonónicos para la reforma del Código penal español", *ADPCP*, Vol. XXV, 1972.
- ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal. Parte General*, 2ª ed. anotada y puesta al día por Hernández Guijarro, J. J. / Beneytez Merino, L., Madrid, 1986.
- ARÁNGUREZ SÁNCHEZ, C. / ALARCÓN NAVÍO, E., *El Código penal francés*, Granada, 2000.
- ARROYO DE LAS HERAS, A., *Manual de Derecho penal. El delito*, Pamplona, 1985.
- ARROYO ZAPATERO, L., "Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal", *REDC*, nº 8, 1983.
- ARZT, G., EN ROXIN, C. / ARZT, G. / TIEDEMANN, K., *Introducción al Derecho penal y al Derecho penal procesal*, versión española, notas y comentarios de Arroyo zapatero, L. / Gómez Colomer, J. L., Barcelona, 1989.
- ASÚA BATARRITA, A., "La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración. Cuestiones político-criminales, criterios de interpretación y delimitación respecto a la potestad disciplinaria", en Asúa Batarrita, A. (ed.), *Delitos contra la Administración Pública*, Bilbao, 1997.
- ATIENZA, M., "Sobre la clasificación de los derechos fundamentales en la Constitución", *RFDUC*, nº 2, monográfico, 1979.
- D' AVIRRO, A., "Il requisito dell' ingiustizia del vantaggio o del danno nella nuova ipotesi di abuso di ufficio", *RTDPE*, nº 4, 1992.
- AYA ONSALO, A., "La responsabilidad civil subsidiaria de la Administración en los delitos de los funcionarios públicos", en A. Asúa Batarrita (ed.), *Delitos contra la Administración Pública*, Bilbao, 1997.
- BACIGALUPO ZAPATER, E., "Conducta precedente y posición de garante, en el Derecho penal", *ADPCP*, Tomo XXII, 1970.
- BACIGALUPO ZAPATER, E.: "Sobre la tentativa inidónea en el Derecho vigente y en el Proyecto de Código penal", *LL*, 1981 - 2.
- BACIGALUPO ZAPATER, E., *Delito y punibilidad*, Madrid, 1983.
- BACIGALUPO ZAPATER, E., "Sobre la reforma de los delitos de funcionarios", *Df*, monográfico dedicado a la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal, Vol. II. nºs 37-40, 1983.

- BACIGALUPO ZAPATER, E., "Descriminalización y prevención", *Pf*, nº especial II, 1988.
- BACIGALUPO ZAPATER, E., *Sanciones administrativas (Derecho español y comunitario)*, Madrid, 1991.
- BACIGALUPO ZAPATER, E., *Estudios sobre la Parte Especial del Derecho penal*, Madrid, 1991.
- BACIGALUPO ZAPATER, E.: en C. Conde-Pumpido Ferreiro (dir.), *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, Tomo I, Madrid, 1997.
- BAJO FERNÁNDEZ, "Algunas observaciones sobre la teoría de la motivación de la norma", *EP*, Vol. I, 1977.
- BAJO FERNÁNDEZ, M., *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, Madrid, 1978.
- BALDÓ LAVILLA, F.: *Estado de necesidad y legítima defensa*, Barcelona, 1994.
- BALDUS, P., "antes del § 331", *LK*, 3. Band, 9. Aufl., Berlin, New York, 1974.
- BALSANO, L., *I delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione. La legge 26 aprile 1990 n. 86*, Cosenza, 1991.
- BAÑO LEÓN, J. M^a, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*, Madrid, 1991.
- BARATTI, G., *Contributo allo studio della sanzione amministrativa*, Milano, 1984.
- BARBERO SANTOS, M., "Principios político-criminales del sistema punitivo español desde el Código de 1848", *Criminalia*, nºs 3 y 4, 1974.
- BARCA, L., "La patologia degli anni ottanta", en L. Barca / S. Trento (a cura di), *L'economia della corruzione*, Bari, 1994.
- BARCELLONA, P., *I soggetti e le norme*, Milano, 1984.
- BARCELONA LLOP, J., "Las infracciones y sanciones administrativas en la Ley Orgánica 1/1992: Algunos aspectos problemáticos", *SC*, 1993.
- BARQUÍN SANZ, J., *Los delitos de tortura y tratos inhumanos o degradantes*, Madrid, 1992.
- BARRACHINA JUAN, J., *La función pública. Su ordenamiento jurídico. Parte General*, Tomo I, Barcelona, 1991.
- BARTOLINO, M., "Articolo 520", en Crespi, A. / Stella, F. / Zuccalà, G., *Commentario breve al Codice penale*, 2ª ed, Padova, 1992.
- BARTULLI, A., "Buon andamento della Pubblica Amministrazione: profili penali", *QG*, nº 35, 1985.
- BAUMANN, J., / WEBER, U., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 9. Aufl., Bielefeld, 1985.
- BAUMANN, J. / WEBER, U. / MITSCH, W.: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 10. Aufl., Bielefeld, 1995.
- BELING, E., *Die Lehre vom Verbrechen*, neudruck der Ausgabe Tübingen 1906, Aalen, 1964.
- BENLOCH PETIT, G., "El principio de non bis in idem en las relaciones entre el Derecho penal y el Derecho disciplinario", *Pf*, nº 51, 1999.

- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., "Anotaciones sobre el delito de tráfico de influencias", *CDJ*, 1994.
- BERNHARDT, M., *Der Einfluss persönlicher Verhältnisse auf die Strafbarkeit der Teilnehmer (§ 50 StGB)*, Dissertation, Breslau, 1909.
- Beristain, A., "Concepto y método del Derecho criminal", en *Estudios penales. Libro Homenaje al Prof. J. Antón Oneca*, Salamanca, 1982.
- BETTIOL, R., *Sul reato proprio*, Milano, 1939.
- BETTIOL, R., *Diritto penale*, 11ª ed., Padova, 1982.
- BETTIOL, R. / MANTOVANI, L. P., *Diritto penale. Parte Generale*, 12ª ed. riveduta e integrata, Padova, 1986.
- BINDING, K., *Handbuch des Strafrechts*, Band I, Leipzig, 1885.
- BINDING, K., "Die Amtsverbrechen und seine legislatorische Behandlung", *GS*, 64. Band, 1904.
- BINDING, K., *Grundriss des Deutschen Strafrechts. Allgemeiner Teil*. 8. Aufl., Leipzig, 1913.
- BINDING, K., *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Besonderer Teil*, Band 2, Abteilung 2, Neudruck der 1. Aufl. Leipzig 1905, Aalen, 1969.
- BLAUTH, P., *Handeln für einen anderen nach geltendem und kommendem Strafrecht*, Heidelberg, 1968.
- BLECUA FRAGA, R., "La aplicación pública de caudales a diferente destino como delito de malversación", *ADPCP*, Tomo XXXVIII, 1986.
- BLEI, H., *Strafrecht II Besonderer Teil*, 12. neu bearbeitete Aufl., München, 1983.
- BLOY, R., *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, Berlin, 1985.
- BOCKELMANN, P., "Literaturbericht", *ZStW*, 72. Band, 1960.
- BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata en Derecho penal*, Valencia, 2000,
- BONE PIÑA, F. J., "La falsedad y la infidelidad en la custodia de documentos judiciales", *AP*, 1996-1.
- BORJA JIMÉNEZ, E., "El principio de inherencia del artículo 59 del Código penal", *ADPCP*, Tomo XXXVIII, 1992.
- BORRAJO INIESTA, I., "El intento de huir del Derecho administrativo", *REDA*, nº 78, 1993.
- BRAMMSEN, J., *Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantienpflichten*, Berlin, 1986.
- BRANDT, E., *Die politische Treuepflicht*, Karlsruhe, 1976.
- BREEN, E., "Responsabilité pénale des agents publics: l'exemple de l'affaire du sang contaminé", *AJDA*, nº 11, 1995.
- BRICOLA, F., "Tutela penale della Pubblica Amministrazione e principi costituzionali", en *Studi in onore di F. Santoro-Passarelli*, Vol. VI, Napoli, 1972.
- BRICOLA, F., "Teoría generale del reato", *NDI*, Vol. XIX, Torino, 1973.

- BRICOLA, F., “La riforma dei reati contro la Pubblica Amministrazione: cenni generali”, en Coppi, F. (a cura di), *Reati contro la Pubblica Amministrazione*, Torino, 1993.
- BRUNELLI, D., “Il sequestro di persona con finalità tipica: profili storici e dogmatici”, *IP*, Anno XXIV, N° 2, 1990.
- BRUNS, H. - J., *Der untaugliche Täter im Strafrecht*, Karlsruhe, 1955.
- BRUNS, H.-J.: “Die Strafbarkeit des Versuchs eines untauglichen Subjekts”, *GA*, 1979.
- BUENO ARÚS, F., “Los ‘delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución’ en la ‘Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código penal’ de 1983”, *Df*, n°s 37-40, Vol. 2, 1983.
- BUSTOS RAMÍREZ, J., «El delito de práctica ilegal de la detención por parte del funcionario público», *CPC*, n° 20, 1983.
- BUSTOS RAMÍREZ, J.: “Castigo o impunidad de la tentativa inidónea: un falso dilema”, en *Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio-Pérez Vitoria*, Tomo I, Barcelona, 1983.
- BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho penal. Parte Especial*, Barcelona, 1986.
- BUSTOS RAMÍREZ, J., “Derechos de la persona reconocidos por las leyes y Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado”, *PC*, n° 2, 1987.
- BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho penal. Parte General*, 40 ed. aumentada, corregida y puesta al día, Barcelona, 1994.
- BUSTOS RAMÍREZ, J. J. / HORMAZÁBAL MALAREE, *Lecciones de Derecho penal*, Vol. II, Madrid, 1999.
- CACIAGLI, M., *Clientelismo, corrupción y criminalidad organizada*, Madrid, 1996.
- CAFERRA, M., *Il sistema della corruzione. Le ragioni, i soggetti, i luoghi*, 3ª ed., Bari, 1992.
- CALDERÓN CERESO, A. / CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *Derecho penal*, Tomo II, *Parte Especial*, 2ª ed., Barcelona, 2001.
- CANO MATA, A., *Las infracciones administrativas en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Madrid, 1984.
- CANO MATA, A., “Comentario a la STS de 28 de mayo de 1987”, *REDA*, n° 56, 1987.
- CARACCIOLI, I., “Operazioni bancarie e peculato”, *RIDPP*, n° 4, 1982.
- CARACCIOLI, I., *Delitti contro l’Amministrazione della Giustizia*, Torino, 1995.
- CARBONELL MATEU, J. C., *La justificación penal. Fundamento, naturaleza y fuentes*, Madrid, 1982.
- CARBONELL MATEU, J. C., *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, 3ª ed., Valencia, 1999.
- CARNELUTTI, F., *Lezioni di Diritto penale. Il reato. I*, Milano, 1943.
- CARRARA, F., *Programma del Corso di Diritto Criminale*, Vol. V, Lucca, 1868.

- CARRETERO PÉREZ, A. / CARRETERO SÁNCHEZ, A., *Derecho administrativo sancionador*, Madrid, 1992.
- CARTIER, M. E. / MAURO, C., “La loi relative à la lutte contre la corruption des fonctionnaires étrangers (Loi n° 2000-595 du 30 juin modifiant le code pénal et le code de procédure pénale relative à la lutte contre la corruption)”, *RSC*, n° 4, 2000.
- CASABÓ RUIZ, J. R., EN CÓRDOBA RODA, J. / RODRÍGUEZ MOURULLO, G. / DEL TORO MARZAL, A. / CASABÓ RUIZ, J. R., *Comentarios al Código penal*, Tomo II, Barcelona, 1972.
- CASABÓ RUIZ, J. R., “Los orígenes de la Codificación penal en España: el Plan de Código criminal de 1787”, *ADPCP*, Tomo XXII, 1969.
- CASABÓ RUIZ, J. R., “Introducción al estudio de los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos”, en *Escritos penales*, Valencia, 1979.
- CASABÓ RUIZ, J. R., “La capacidad sancionadora de la Administración en el Proyecto de Código Penal”, en *La reforma penal y penitenciaria*, Santiago de Compostela, 1980.
- CASAS BARQUERO, E., “Algunos aspectos de los delitos del funcionario y del particular relativos a dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas”, en *Estudios Penales. Libro homenaje al Prof. J. Antón Oneca*, Salamanca, 1982.
- CASSARINO, S., *Le situazione giuridiche e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 1956.
- CASTÁN TOBEÑAS, J., *Situaciones jurídicas subjetivas*, Madrid, 1963.
- CASTEJÓN, F., “Las ideas penales en la época del Código penal de 1870”, en *Commemoración del centenario de la Ley provisional sobre organización del Poder Judicial y el Código penal de 1870*, Madrid, 1970.
- CASTILLO BLANCO, F. A., *Función pública y poder disciplinario del Estado*, Madrid, 1992.
- CASTRO MORENO, A., *La malversación de caudales públicos en el Código penal de 1995*, Valencia, 2001.
- CASTRO OROZO, J. / ORTIZ DE ZÚÑIGA, M., *Código penal explicado para la común inteligencia y fácil aplicación de sus disposiciones*, Granada, 1848.
- CATALÁN SENDER, J., “Nuevos perfiles del delito de fraude funcional en el Código penal de 1995”, en *AP*, 1998-1.
- CATALÁN SENDER, J., “El delito de negociaciones prohibidas a funcionarios en el nuevo Código penal”, *AP*, 1998-2.
- CATALÁN SENDER, J., *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo código penal. (Doctrina y jurisprudencia.)*, Barcelona, 1999.
- CEREZO MIR, J.: *Lo objetivo y lo subjetivo en la tentativa*, Valladolid, 1964.
- CEREZO MIR, J., “Los delitos de atentado propio, resistencia y desobediencia”, *REP*, año XXII, n° 173, 1966.

- CEREZO MIR, J., “Límites entre Derecho penal y Derecho administrativo”, *ADPCP*, Tomo XXVII, 1975.
- CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español. Parte General II. Teoría jurídica del delito / I*, 5ª ed., Madrid, 1997.
- CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español. Parte General II. Teoría jurídica del delito*, 6ª ed., Madrid, 1998.
- CEREZO MIR, J.: *Derecho penal. Parte General-Lecciones*, Madrid, 2000.
- CERQUETTI, G., *Tutela penale della Pubblica Amministrazione e tangenti*, Napoli, 1996.
- CHAPEL, I., “Comunicación al Primer Coloquio de los Institutos de las Ciencias Administrativas”, *DA*, nº 103, 1964.
- CHARLES, H. / BERNARDINI, R., “Fonctionnaire public”, *EDall*, Paris, 1983.
- CHAUVEAU, A. / HÈLIE, F., *Théorie du Code pénal*, 20 ed., Bruxelles, 1863.
- CHIAROTTI, F., “Delitti contro l’Amministrazione Pubblica”, *ED*, Vol. II, Milano, 1958.
- CHINCHILLA MARÍN, C., “Potestad sancionadora de las Administraciones Públicas (artículos 127 a 138)”, en Pendás García, B. (coord.), *Administraciones Públicas y ciudadanos (Estudio sistemático de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común)*, Barcelona, 1993.
- CICU, A., “Il concetto di Status”, en *Studi Simoncelli*, Napoli, 1917.
- COBO DEL ROSAL, M., “Examen crítico del párrafo 31 del artículo 119 (sobre el concepto de funcionario público a efectos penales)”, *RGLJ*, 1962.
- COBO DEL ROSAL, M., “Revisión del problema del consentimiento en las lesiones”, *ADPCP*, Vol. XVII, 1964.
- COBO DEL ROSAL, M. / BOIX REIG, J., “Garantías constitucionales del Derecho sancionador”, *CLP*, Tomo I, 1982.
- COBO DEL ROSAL, M. / QUINTANAR DÍEZ, M., en M. Cobo del Rosal (dir.), *Comentarios al Código penal*, Tomo III, Madrid, 2000.
- COBO DEL ROSAL, M. / VIVES ANTÓN, T. S., “Introducción general: sobre la reserva de Ley orgánica y ordinaria en materia penal y administrativa”, *CLP*, Tomo III, 1984.
- COBO DEL ROSAL, M. / VIVES ANTÓN, T. S.: *Derecho penal. Parte General*, 3ª ed. corregida y actualizada, Valencia, 1990.
- COBO DEL ROSAL, M. / VIVES ANTÓN, T. S.: *Derecho penal. Parte General*, 5ª ed. corregida, aumentada y actualizada, Valencia, 1999.
- COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. A., en J. López Barja de Quiroga / L. Rodríguez Ramos (coord.), *Código penal comentado*, Madrid, 1990.
- COLÁS TURÉGANO, Mª A., “Infidelidad en la custodia de documentos”, *RGD*, 1991.
- CONRAD, H., *Die geistigen Grundlagen des Allgemeinen Landrechts für die preussischen Staaten von 1794*, Köln, 1958.

- CONTENTO, G., "Interesse privato in atti d' ufficio", *DDP*, Vol. VII, Torino, 1993.
- COPPI, F. "Profili dei reati di malversazione e truffa agravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche", en Coppi, F. (a cura di), *Reati contro la Pubblica Amministrazione*, Torino, 1993.
- CORCOY BIDASOLO, M., *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Valencia, 1999.
- CORCOY BIDASOLO, M. / GALLEGOS SOLER, J. I., "Infracción administrativa e infracción penal en el ámbito del delito medioambiental; *ne bis in idem* material y procesal", *AP*, nº 8, 2000.
- CORDERO, F., *Le situazione soggettive nel processo penale*, Torino, 1957.
- CÓRDOBA RODA, J., EN CÓRDOBA RODA, J. / RODRÍGUEZ MOURULLO, G. / DEL TORO MARZAL, A. / CASABÓ RUIZ, J. R., *Comentarios al Código penal*, Tomo II, Barcelona, 1972.
- CÓRDOBA RODA, J., *Comentarios al Código penal*, Tomo III, Barcelona, 1978.
- CÓRDOBA RODA, J., "El cohecho de funcionarios públicos", *Estudios jurídicos en honor del Prof. Octavio Pérez-Vitoria*, Barcelona, 1983.
- CRAMER, P., en Schönke, A. / Schröder, H., *StGBK*, 25. neu bearbeitete Aufl., München, 1997.
- CREMADES MORANT, J., "Infidelidad en la custodia de documentos", en A. Asúa Batarrita (ed.), *Delitos contra la Administración Pública*, Bilbao, 1997.
- CRESPO BARQUERO, P., en Serrano Butragueño, I. (coord.), *Código penal de 1995 (Comentarios y jurisprudencia)*, Granada, 1998.
- CRUZ VILLALÓN, P., "Formación y evolución de los derechos fundamentales", *REDC*, nº 25, 1989.
- CUADRADO RUIZ, M^a A., "La posición de garante", *RDPC*, nº 6, 2000.
- CUARTAS, M., "La venta de oficios públicos en el siglo XVI", en *Actas de IV Symposium de Historia de la Administración*, Madrid, 1983.
- CUELLO CALÓN, E., *Derecho penal*, Tomo I, *Parte General*, Vol. I, 16^a ed. revisada y puesta al día por Camargo Hernández, C., Barcelona, 1971.
- CUELLO CALÓN, E., *Derecho penal*, Tomo II, *Parte Especial*, Vol. I, 14^a ed. (reimpres.) revisada y puesta al día por Camargo Hernández, C., Barcelona, 1980.
- CUELLO CONTRERAS, J., "Análisis de un informe anónimo aparecido en Sevilla sobre el Proyecto de Código penal de 1822", *ADPCP*, Vol. XXX, 1977.
- CUELLO CONTRERAS, J., "La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: el delito sui generis", *ADPCP*, Vol. XXXI, 1978.
- CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho penal español. Parte General*, 3^a ed., Madrid, 2002.
- CUERDA RIEZU, A., "El concurso de delitos en el borrador de anteproyecto de Código penal de 1989", *ADPCP*, Tomo XLIV, 1991.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., *El delito de tortura*, Barcelona, 1990.

- CUGAT MAURI, M., *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, Barcelona, 1997.
- DAHM, G., *Täterschaft und Teilnahme im Amtlichen Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuch. Ein kritisches Beitrag zur Lehre von der Teilnahme als einem Problem der Gesetzgebung*, Breslau, 1927.
- DEDES, C., “Probleme der Amtsdelikte”, en Küper (W.), *Festschrift für K. Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987*, Berlin, New York, 1987.
- DELMAS SAINT-HILAIRE, J.-P., “Infractions contre la chose publique”, *RSC*, nº 3, 1987.
- DELPÉREE, F., *L’elaboration du droit disciplinaire de la fonction publique*, Paris, 1969.
- DEMETRIO CRESPO, E., “Consideraciones sobre la corrupción y los delitos contra la Administración Pública”, en J. C. Ferré Olivé (ed.), *Fraude y corrupción en la Administración Pública. Delitos financieros, fraude y corrupción en Europa*, Vol. III, Salamanca, 2002.
- DERKSEN, R., *Handeln auf eigene Gefahr*, Berlin, 1992.
- DESSPORTES, F. / LE GUNEHÉC, F., “Présentation des dispositions du nouveau Code pénal (Lois n. 92-683 à 92-686 du 22 juillet 1992)”, *LSJ*, 1992.
- DÍAZ PALOS, F., “Abuso de autoridad o poder”, *NEJ*, Tomo II, Barcelona, 1950.
- DÍAZ PALOS, F., “Malversación de caudales públicos”, *NEJ*, Tomo XV, Barcelona, 1972.
- DÍAZ PITA, M^a DEL M.: *El dolo eventual*, Valencia, 1994.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *La autoría en Derecho penal*, Barcelona, 1991.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “Omisión de impedir delitos no constitutiva de participación por omisión. ¿Un caso de dolo alternativo?”, *PJ*, nº 24, 1991.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “La omisión de socorro a la propia víctima”, en *Derecho penal de la circulación. (Aspectos civiles y penales.)*, Madrid, 1993.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. / OLAIZOLA NOGALES, I., “La evolución legislativa del delito de tráfico de influencias”, *AJA*, nº 223, 1995.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “El delito de tráfico de influencias”, en Asúa Bata-rrita, A. (ed.), *Delitos contra la Administración Pública*, Bilbao, 1997.
- DÍEZ-PICAZO, L., / GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil. Vol. I, Introducción. Derecho de la persona, Autonomía privada. Persona jurídica*, 8^a ed. revisada y puesta al día, Madrid, 1992.
- DOPSLAFF, U., “Plädoyer für einen Verzicht auf die Unterscheidung in deskriptive und normative Tatbestandsmerkmale”, *GA*, 1987.
- DOVAL PAIS, A., *Los delitos de fraude alimentario. Análisis de sus elementos esenciales*, Pamplona, 1996.
- EMBID IRUJO, A., *La fidelidad de los funcionarios a la Constitución (Un estudio de los Derechos alemán y español)*, Madrid, 1987.

- ENGISCH, K., "Die normativen Tatbestandelemente im Strafrecht", *Festschrift für E. Mezger*, München, 1954.
- ENTRENA CUESTA, R., *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, 5ª ed., Madrid, 1964.
- ENTRENA CUESTA, R., "Régimen estatutario de los funcionarios públicos", en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Prof. García de Enterría*, Tomo III, Madrid, 1991.
- ENTRENA FABRÉ, R., *El delito de malversación*, Valencia, 1999.
- ESER, A.: "Vorbem § 22", en A. Schönke / H. Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 25. neubearbeitete Aufl., München, 1997.
- ESER, A.: "§22", en A. Schönke / H. Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 25. neubearbeitete Aufl., München, 1997.
- ESTEVE PARDO, J., "Sanciones administrativas y potestad reglamentaria (Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1986)", *REDA*, nº 49, 1986.
- ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, X., "Fraudes y exacciones ilegales", en Asúa Batarrita, A. (ed.), *Delitos contra la Administración Pública*, Bilbao, 1997.
- ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, X., "Malversación de caudales públicos", en Asúa Batarrita, A. (ed.), *Delitos contra la Administración Pública*, Bilbao, 1997.
- FARRÉ TREPAT, E.: *La tentativa de delito. Doctrina y jurisprudencia*, Barcelona, 1986.
- FARRÉ TREPAT, E.: "Consideraciones dogmáticas y de lege ferenda en torno a la punición de la tentativa inidónea", en *Estudios de Derecho penal y Criminología. Libro-homenaje al Prof. Rodríguez Devesa*, Tomo I, Madrid, 1989.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B., "Delitos contra la Administración Pública: consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificación de otras conocidas", *LL*, 1997-I.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Mª D., "Los abusos contra la honestidad", *CPC*, nº 5, 1978.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Mª D., "Determinados abusos en el ejercicio de la función pública", *ADPCP*, Vol. XXXIV, 1981.
- FERNÁNDEZ VEGA, L., *La Real Audiencia de Galicia, órgano de Gobierno en el Antiguo Régimen (1140-1808)*, Tomo II, La Coruña, 1983.
- FERRER SAMA, A., *Comentarios al Código penal*, Tomo II, Murcia, 1947.
- FERRER SAMA, A., *Comentarios al Código penal*, Tomo IV, Madrid, 1956.
- FIANDACA, G., "La tipizzazione del pericolo", *DDDP*, 1984, p. 456.
- FIANDACA, G. / MUSCO, E., *Diritto penale. Parte Speciale. Appendice. La riforma dei delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, Bologna, 1991.
- FINGER, A., *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Band I, Berlin, 1904.
- FIORE, C., *Diritto penale. Parte Generale*, Vol. I, *Introduzione allo studio del Diritto penale. La legge penale. Il reato*, Torino, 1993.
- FIORELLA, A., *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Firenze, 1985.

- FIGURELLA, A., "Sui rapporti tra il bene giuridico e le particolari condizioni personali", en A. M. Stile (a cura di), *Bene giuridico e riforma de la parte speciale*, Napoli, 1985.
- FISCHER, T., en Tröndle, H. / Fischer T., *StGB*, 49. neu bearbeitete Aufl., München, 1999.
- FITTERER, P., *Erscheinungsformen und Strafzumessung bei dem wichtigsten Amtsdelikten (Amtsunterschlagung, Amtsurkundendelikte, Postsendungsdelikte, Bestechung)*, Freiburg im Breisgau, 1951.
- FLICK, G. M.^a, "Libertá individuale (delitti contro la)", *ED*, T. XXIV, Torino, 1974.
- FONTÁN BALESTRA, C., *Derecho penal. Parte Especial*, 12^a ed. puesta al día sobre la base del Tratado de Derecho penal actualizado por G. A. C. Ledesma, Buenos Aires, 1989.
- FORGES, J.-M., *Droit de la fonction publique*, Paris, 1986.
- FOTH, H.: "Neuere Kontroversen um den Begriff des Wahnverbrechens", *JR*, 1965.
- FREUND, G., *Erfolgdelikt und Unterlassen: zu den Legitimationsbedingungen von Schuldspruch und Strafe*, Köln, 1992.
- FRISCH, W.: *Vorsatz und Risiko. Grundfragen des tatbestandsmässigen Verhalten und des Vorsatzes*, Köln, Berlin, München, 1983.
- FRISCH, W.: "AVorsatz und Mitbewusstsein. Strukturen des Vorsatzes", en G. Dornseifer (herausgegeben von), *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1989.
- GALLAS, W., *Beiträge zur Verbrechenslehre*, Berlin, 1968.
- GALLEGO ANABITARTE, A., "Las relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad de la Administración (Contribución a la teoría del Estado de Derecho)", *RAP*, n° 34, 1961.
- GALLEGO ANABITARTE, A., *Derecho administrativo I. Materiales*, Madrid, 1990.
- GALLO, E. / MUSCO, E., *Delitti contro l'ordine costituzionale*, Bologna, 1984.
- GARBERÍ LLOBREGAT, J., *La aplicación de los derechos y garantías constitucionales a la potestad y al procedimiento administrativo sancionador*, Madrid, 1989.
- GARBERÍ LLOBREGAT, J., *El procedimiento administrativo sancionador: comentarios al Título IX de la Ley 30/1992 y al reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración (Real Decreto 1398/1993)*, Valencia, 1993.
- GARCÍA ALBERO, R., "Non bis in idem" material y concurso de leyes penales, Barcelona, 1995.
- GARCÍA ARÁN, M., *Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español*, Barcelona, 1982.
- GARCÍA ARÁN, M., *La prevaricación judicial*, Madrid, 1990.
- GARCÍA ARÁN, M., "Los delitos contra la Administración Pública en el Código penal de 1995", en Asúa Batarrita, A. (ed.), *Jornadas sobre el nuevo Código penal de 1995*, Bilbao, 1998.

- GARCÍA CAVERO, P., *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: Criterios de imputación*, Barcelona, 1999.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Sobre los derechos públicos subjetivos”, *REDA*, n° 6, 1975.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “El problema jurídico de las sanciones administrativas”, *REDA*, n° 10, 1976.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La incidencia de la Constitución sobre la potestad sancionatoria de la Administración: dos importantes sentencias del Tribunal Constitucional”, *REDA*, n° 29, 1981.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1981.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La eliminación general de las normas reglamentarias nulas con ocasión de recursos contra sus actos de aplicación”, *REDA*, n° 66, 1990.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. / FERNÁNDEZ, T.-R., *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. I, 11ª ed., Madrid, 2002.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. / FERNÁNDEZ, T.-R., *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. II, 8ª ed., Madrid, 2002.
- GARCÍA GOYENA, F., *Código criminal español según las leyes y práctica vigentes, comentado y comparado con el Código penal de 1822, el francés y el inglés*, Tomo I, Madrid, 1843.
- GARCÍA MACHO, R., “En torno a las garantías de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones de especial sujeción”, *REDA*, n° 64, 1989.
- GARCÍA MACHO, R., “Sanciones administrativas y relaciones de especial sujeción”, *REDA*, n° 72, octubre-diciembre 1991.
- GARCÍA MACHO, R., *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución española*, Madrid, 1992.
- GARCÍA OVIEDO, C., *Derecho administrativo*, 8ª ed. a cargo de Martínez Useros, E., Tomo II, Madrid, 1962.
- GARCÍA TREVIANO-FOS, J. A., “Relación orgánica y relación de servicios en los funcionarios públicos”, *RAP*, n° 13, 1954.
- GARCÍA-TREVIANO FOS, J. A., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III, Vol. I, Madrid, 1970.
- GARCÍA DE VALDEAVELLANO, L., “Las Partidas y los orígenes medievales del juicio de residencia”, *BRAB*, Tomo CLIII, 1963.
- GARCÍAS PLANAS, G., “Consecuencias del principio ‘non bis in idem’ en Derecho penal”, *ADPCP*, Tomo XLII, 1989.
- GARÇON, E., *Code pénal annoté*, Nouvelle édition refondue et mise a jour par Rousset, M. / Patin, M. / Ancel, M., T. I, Paris, 1952.
- GARRAUD, R., *Traité theorique et pratique du Droit pénal français*, T. IV, Paris, 1922.
- GARRIDO FALLA, F., “Función administrativa”, *NEJ*, Tomo X, Barcelona, 1960.

- GARRIDO FALLA, F., *Reflexiones sobre una reconstrucción de los límites formales del Derecho administrativo español*, Madrid, 1982.
- GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho administrativo*, Vol. II, 11ª ed., Madrid, 2002.
- GATTEGNO, P., *Droit pénal spécial*, Paris, 1995.
- GEERDS, F., *Über den Unrechtsgehalt der Bestechungsdelikte und seine Konsequenzen für Rechtsprechung und Gesetzgebung: eine strafrechtliche und kriminologische Studie*, Tübingen, 1961.
- GEPPERT, K., "Zur Problematik des ' 50 Abs. 2 StGB im Rahmen der Teilnahme am unechten Unterlassungsdelikt", *ZStW*, 82. Band, 1970.
- GERMANI, M. C., "L'abrogazione dell' art. 324 CP del 1930", en Coppi, F. (a cura di), *Reati contro la Pubblica Amministrazione*, Torino, 1993.
- GIMBERNAT ORDEIG, E., "El comportamiento típico en el robo con homicidio", *ADPCP*, Vol. XVII, 1964.
- GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y cómplice en Derecho penal*, Madrid, 1966.
- GIMBERNAT ORDEIG, E., "Recensión al libro de Bacigalupo 'Delitos improprios de omisión'", *ADPCP*, Tomo XXII, 1970.
- GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed., Madrid, 1990.
- GIMBERNAT ORDEIG, E., "Causalidad, omisión e imprudencia", *ADPCP*, Vol. XLVII, 1994.
- GIMBERNAT ORDEIG, E.: "Prólogo", en *Código penal*, 2ª ed., Madrid, 1996.
- GIMBERNAT ORDEIG, E., "La omisión impropia en la dogmática penal alemana", *ADPCP*, Tomo L, 1997.
- GIUDICELLI-DELAGE, G., "Livre IV. Les crimes et délits contre la nation, l'Etat et la paix publique", *RSC*, n° 3, 1993.
- GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte General*, Madrid, 1984.
- GÓMEZ RIVERO, Mª C., *La inducción a cometer delito*, Valencia, 1995.
- GONZÁLEZ ALONSO, B., "Control y responsabilidad de los oficios reales: Notas en torno a una pesquisa del siglo XVIII", en *Actas del II Symposium de Historia de la Administración*, Madrid, 1971.
- GONZÁLEZ ALONSO, B., "Residenciados y jueces de residencia en tiempos de los Reyes Católicos", en *Resumen de comunicaciones de la VI Semana de Historia del Derecho Español*, Tomo I, Madrid, 1983.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: "Principio de ofensividad, aplicación del Derecho y reforma penal", *PJ*, 2ª época, n° 28, 1992.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., "Prevalcimiento de cargo público", *NEJ*, T. XX, Barcelona, 1993.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., "Los delitos de los funcionarios públicos: cuestiones generales. La prevaricación como figura residual", *CDJ*, n° 4, 1994.

- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., “La nueva regulación de los delitos de los funcionarios públicos en el Código penal de 1995: La prevaricación”, *CDJ*, 1996.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *El delito de prevaricación de funcionario público*, 2ª ed., Valencia, 1997.
- GONZÁLEZ MARIÑAS, P., “Reflexiones sobre el derecho disciplinario: delimitación de la llamada ‘falta de probidad’”, *DA*, nº 150, 1972.
- GONZÁLEZ MARIÑAS, P., “Derecho penal y Derecho disciplinario”, *DA*, nº 155, 1972.
- GONZÁLEZ NIETO, E., “La responsabilidad de los miembros y funcionarios de las entidades locales”, *REVL*, nº 79, 1955.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J., “Independencia de la potestad sancionadora de la Jurisdicción penal”, *RAP*, nº 47, 1965.
- GOYENA HUERTA, J., “Prevalimiento del carácter público”, en Muñoz Cuesta, J. (coord.), *Las circunstancias agravantes en el Código penal de 1995*, Pamplona, 1997.
- GOYET, F., *Droit pénal spécial*, 8ª ed. entièrement refondue et mise à jour par Rousselet, M. / Arpaillange, P. / Patin, J., Paris, 1972.
- GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*, Vol. I, *Teoría general*, Zaragoza, 1985.
- GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*, Vol. II, *Estudio específico del art. 15 bis del Código penal español (doctrina, legislación y jurisprudencia)*, Zaragoza, 1986.
- GRACIA MARTÍN, L., *Responsabilidad de directivos, órganos y representantes de una persona jurídica por delitos especiales*, Barcelona, 1986.
- GRACIA MARTÍN, L., “Instrumentos de imputación jurídico penal en la criminalidad de empresa y reforma penal”, *AP*, 1993-I.
- GRACIA MARTÍN, L.: “Política criminal y dogmática jurídico penal del proceso de reforma penal en España”, *AP*, 1994-I.
- GRACIA MARTÍN, L.: “Sobre la punibilidad de la llamada tentativa inidónea en el nuevo Código penal español de 1995 (Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 24 de mayo de 1996)”, *RDPC*, 2ª ép., enero 1999, nº 3.
- GRANDE, E., “Falsità in atti”, *DDP*, Vol. V, Ristampa, Torino, 1994.
- GRISPIGNI, F., *Diritto penale italiano*, Vol. II, *La struttura della fattispecie legale oggettiva*, 2ª ed., Milano, 1947.
- VON GROLMAN, K., *Grundsätze der Kriminalrechtswissenschaft*, 4. Aufl., Gießen, 1825.
- GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A., *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, Tomo I, Burgos, 1870.
- GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A., *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, Tomo III, Burgos, 1874.

- GROSSO, C. F., "Intervento penale e discrezionalità amministrativa", en Neppi Modona, G. / Fiandaca, G. / Fiore, C. / Fiorella, A. / Grosso, C. F. / Mazzacuva, N. / Pulitanò, D. / Sgubbi, F. / Tessitore, G. *Materiali per una riforma del sistema penale*, Roma, 1984.
- GRÜNDWALD, G., "Zu den besonderen persönlichen Merkmale (" 28 StGB)", En *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1989.
- GUAITA, A., "Funcionario público", *NEJ*, Tomo X, Barcelona, 1960.
- GUARNIERI, G., "Alcuni orientamenti della più recente dottrina penalistica germanica", *ADPP*, 1941.
- GUGLIELMINI, C., "L' art. 323 CP nella nuova formulazione della legge 26 aprile 1990 n. 86; successioni delle leggi nel tempo ed abolitio criminis", *GP*, Vol. XCVI (XXXII della 7ª Serie), Parte Prima, 1991.
- GUTIÉRREZ, M., *Práctica criminal*, Tomo III, 30 ed., Madrid, 1824.
- HAFT, F.: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 7. Aufl., München, 1996.
- HAFT, F., *Strafrecht. Besonderer Teil*, 6. Aufl., München, 1997.
- HARDWIG, W.: "Der Versuch bei untauglichen Subjekt", *GA*, 1957.
- HASSEMER, W. / MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, Valencia, 1989.
- HATTENHAUER, H., *Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten von 1794. Textausgabe*, Frankfurt, Berlin, 1970.
- HERDEGEN, D., "§ 132", en *LK*, 4. Band., 10. völlig neu bearbeitete Aufl., Berlin, New York, 1988.
- HERMANN, J., "Le juge pénal, juge ordinaire de l'administration?", *RD*, 1998.
- HERRERO HERRERO, C., *Introducción al nuevo Código penal (Parte General y Especial)*, Madrid, 1996.
- HERZBERG, R. D., "Die Problematik der 'besonderen persönlichen Merkmale' im Strafrecht", *ZStW*, 1976.
- HERZBERG, R. D., *Täterschaft und Teilnahme*, München, 1977.
- HERZBERG, R. D., "Akzessorietät der Teilnahme und persönliche Merkmale", *GA*, 1991.
- HERZBERG, R. D., "Zur Strafbarkeit des untauglichen Versuchs", *GA*, 2001.
- VON HIPPEL, R., *Deutsches Strafrecht. Band 2. Das Verbrechen. Allgemeine Lehren*, Neu-druck der Ausgabe Berlin 1930, Aalen, 1971.
- HIRSCH, H. - J., "Literaturbericht", *ZStW*, 88. Band, 1976.
- HIRSCH, H. - J., "Acerca de los límites de la autoría mediata", trad. del alemán de E. Sola Reche / M. Klein, en *Presupuestos para la Reforma penal*, Santa Cruz de Tenerife, 1992.
- HUERTA TOCILDO, S., *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, Madrid, 1984.

- HUERTA TOCILDO, S., *Principales novedades de los delitos de omisión en el Código penal de 1995*, Valencia, 1997.
- HÜWELS, H., *Fehlerhafter Gesetzesvollzug und strafrechtliche Zurechnung: die Organisationszuständigkeit und die institutionelle Zuständigkeit des Amtsträgers, dargestellt an Beispielen aus dem Umweltschutzrecht*, Berlin, 1986.
- IADECOLA, G., *La riforma dei delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione. Note di commento alla legge 26 aprile 1990 n. 86, 2ª ed. integrata dalla legge 7 febbraio 1992 n. 181 e dalla Rassegna di giurisprudenza*, Torino, 1992.
- INFANTINI, F., *L'abuso della qualità o delle funzioni di pubblico ufficiale in Diritto penale*, Milano, 1974.
- JAGUSCH, H., en *LK*, I. Band, 8. neu bearbeitete Aufl, Berlin, 1957.
- JAKOBS, G., *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2. Aufl. Berlin, New York, 1991.
- JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. de la 2ª ed. alemana de J. Cuello Contreras / J. L. Serrano González de Murillo, Madrid, 1995.
- JASO ROLDÁN, T., en Rodríguez Muñoz, J. A. / Jaso Roldán, T. / J. Mª Rodríguez Devesa, *Derecho penal*, Tomo II, *Parte Especial*, Madrid, 1949.
- JESCH, D., *Ley y Administración. Estudio de la evolución del principio de legalidad*, Madrid, 1978.
- JESCHECK, H.-H., "antes del § 331", *LK*, 7. Band, 10. völlig neu bearbeitete Aufl., Berlin, New York, 1988.
- JESCHECK, H.-H., "§ 332", *LK*, 7. Band, 10. völlig neu bearbeitete Aufl., Berlin, New York, 1988.
- JESCHECK, H. - H., *Tratado de Derecho penal. Parte General*, trad. de la 40 ed. alemana de J. L. Manzanares Samaniego, Granada, 1993.
- JIMÉNEZ-BLANCO Y CARRILLO DE ALBORNOZ, A., "Notas en torno a las relaciones de sujeción especial. Un estudio de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo", *LL*, 1988-2.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho penal*, Tomo I, 4ª ed., Buenos Aires, 1964.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Tratado de Derecho penal*, Tomo VII, 2ª ed., Buenos Aires, 1977.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L. / ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal conforme al Código de 1928*, Tomo II, *Parte Especial*, Madrid, 1929.
- JORGE BARREIRO, A., *El allanamiento de morada*, Madrid, 1987.
- JUANATEY DORADO, C., *El delito de desobediencia a la autoridad*, Valencia, 1997.
- JUNG, H., en Roxin, C. / Stree, W. / Zipf, H. / Jung, H., *Einführung in das neue Strafrecht*, München, 1975.
- KARSTEDT, H. P., *Der Begriff der Amtsdelikte im geltenden Strafrecht und seine Reform*, Dissertation, Leipzig, 1931.

- KAUFMANN, A.: "La parte dogmática del Proyecto Alternativo", *NPP*, n^{os} 13-14, enero-junio 1977.
- KAUFMANN, A., *Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna*, trad. del alemán de E. Bacigalupo / E. Garzón Valdés, Buenos Aires, 1977.
- KAUFMANN, A., "Fundamento del deber jurídico y delimitación de la tipicidad", trad. del alemán de J. Cuello Contreras, *ADPCP*, Tomo XXXVII, 1984.
- KOHLER, J., *Leitfaden des Deutschen Strafrechts*, Leipzig, 1912.
- KOHLER, M.: "Vorsatzbegriff und Bewusstseinform des Vorsatzes", *GA*, 1981.
- KREY, V., *Strafrecht. Besonderer Teil*, Band 1, Besonderer Teil ohne Vermögensdelikte, 10. völlig neu bearbeitete Aufl., Stuttgart, Berlin, Köln, 1996.
- LACKNER, K.: *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, 22. neubearbeitete Aufl., München, 1997.
- LALINDE ABADÍA, J., "La purga de taula", en *Libro Homenaje a Vicens Vives*, Tomo I, Barcelona, 1965.
- LALINDE ABADÍA, J., *Los medios personales de gestión del poder público en la Historia española*, Madrid, 1970.
- LALINDE ABADÍA, J., *Iniciación histórica al Derecho español*, Barcelona, 1983.
- LAMARCA PÉREZ, C., "Posibilidades y límites de la dogmática penal", *CPC*, n^o 33, 1987.
- LANDA GOROSTIZA, J., "Impedimento de derechos civiles y otros delitos de funcionarios contra las garantías constitucionales", en Asúa Batarrita, A. (ed.), *Delitos contra la Administración Pública*, Bilbao, 1997.
- LANDECHO VELASCO, C. M^a / MOLINA BLÁZQUEZ, C., *Derecho penal español. Parte Especial*, 2^a ed., Madrid, 1996.
- LANDI, G., "Disciplina", *ED*, Vol. XIII, Varese, 1970.
- LANGER, W., *Das Sonderverbrechen. Eine dogmatische Untersuchung*, Berlin, 1972.
- LANGER, W., "Zum Begriff der 'besonderen persönlichen Merkmale'", en *Festschrift für R. Lange*, Berlin, New York, 1976.
- LASAGABASTER HERRARTE, I., *Las relaciones de sujeción especial*, Madrid, 1994.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, Madrid, 1994.
- LIASSO GAITE, J. F., *Crónica de la codificación española*, Tomo V, Codificación penal, Vol. I, Madrid, 1970.
- LATOUR BROTONS, J., "Las libertades religiosas y políticas en el Código penal de 1870", en *Commemoración del Centenario de la Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial y del Código penal de 1870*, Madrid, 1970.
- LAURENZO COPELLO, P., *El resultado en Derecho penal*, Valencia, 1992.
- LEGAZ LACAMBRA, L. *Filosofía del Derecho*, 2^a ed., Barcelona, 1961
- LEMME, F., "Società a partecipazione statale e reati contro la Pubblica Amministrazione", *GP*, Vol. XCII (XXVIII de la 7^a Serie), Parte Seconda, 1987.

- LENCKNER, T., EN SCHÖNKE, A. / SCHRÖDER, H., *StGB*, 22. neuarbeitete Aufl., München, 1985.
- LENCKNER, T., "Privatisierung der Verwaltung und 'Abwahl des Strafrechts'?", *ZStW*, 106. Band, 1994.
- DE LEÓN VILLALBA, F. J., *Acumulación de sanciones penales y administrativas. Sentido y alcance del principio "ne bis in idem"*, Barcelona, 1998.
- LESCH, H.-H., *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, Frankfurt a. M., 1992.
- LEONE, G., en *Delitto di peculato e illecito amministrativo. Atti del convegno tenutosi presso l' ISLE il 26 maggio 1966*, Milano, 1967.
- LEONE, M., "Delitti contro la Pubblica Amministrazione ed illecito amministrativo", *GP*, Vol. LXXXII (XIX de la 7ª Serie), Parte Seconda, 1977.
- LEVI, N., "Delitti contro la Pubblica Amministrazione", en Florian, E. (coord.), *Trattato di Diritto penale*, 4ª ed., Milano, 1935.
- LEVY, A., *Teoria generale del Diritto*, 2ª ed., Padova, 1953.
- LI VECCHI, R., "La riforma dei delitti dei PP. UU. contro la Pubblica Amministrazione. Osservazioni e rilievi", *RP*, nº 2, 1989.
- LIET-VEAUX, G., "La caste des intouchables ou la 'théorie' des délits de service", *RDS*, 1952.
- VON LISZT, F. / SCHMIDT, E., *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 23. Aufl., Berlin und Leipzig, 1921.
- LOLLINI, S., "Dei delitti contro la Pubblica Amministrazione (Libro II, Titolo II del Codice penale)", *EDPI*, Vol. VII, Milano, 1907.
- LOOS, F., "Zum 'Rechtsgut' der Bestechungsdelikte", en Stratenwerth, G. (herausgegeben von), *Festschrift für H. Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974*, Berlin, New York, 1974.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Manual de Derecho penal. Parte Especial*, Vol. III, Madrid, 1992.
- LÓPEZ BENÍTEZ, M., *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Madrid, 1994.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Autoría y participación*, Madrid, 1996.
- LÓPEZ GUERRA, L., "Sobre la personalidad jurídica del Estado", *RDP*, nº 6, 1980.
- LÓPEZ PEREGRÍN, Mª C., *La complicidad en el delito*, Valencia, 1997.
- LÓPEZ-REY, M., *Derecho penal (obra ajustada al programa de 24 de junio de 1935 para el primer ejercicio de las oposiciones a ingreso en el cuerpo de aspirantes a la judicatura)*, Tomo II, Parte Especial, Madrid, 1935.
- LORENZO SALGADO, J. M., "Circunstancias atenuantes en el ordenamiento penal español", *EJO*, Apéndice VII, Buenos Aires, 1996.
- LOZANO CUTANDA, B., *La extinción de las sanciones administrativas y tributarias*, Madrid, 1990.

- LOZANO CUTANDA, B., “La responsabilidad de la persona jurídica en el ámbito sancionador administrativo (a propósito de la STC 246/1991, de 19 de diciembre)”, *RAP*, n° 129, 1992.
- LUC, I. / ALT, E., *La lutte contre la corruption*, Paris, 1997.
- LUZÓN CÁNOVAS, A., “Los caudales de las empresas públicas como posible objeto del delito de malversación”, *AJA*, n° 276, 1997.
- LUZÓN PEÑA, D. M., “Consideraciones sobre la sistemática y alcance de los delitos contra la Administración de Justicia”, en *La reforma penal y penitenciaria*, Santiago de Compostela, 1980.
- LUZÓN PEÑA, D. M., “Participación por omisión y omisión de impedir delitos”, *LL*, 1983-3.
- LUZÓN PEÑA, D. M., “Ingerencia, comisión por omisión y omisión de socorro. (Comentario a la STS de 24 de abril de 1974.)”, en *Derecho penal de la circulación. (Estudios de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo.)*, Madrid, 1985.
- LUZÓN PEÑA, D. M., “Estado de necesidad e intervención médica (o funcional o de terceros) en casos de huelga de hambre, intentos de suicidio y de autolección: algunas tesis”, *LL*, 1988-1.
- LUZÓN PEÑA, D. M., *Curso de Derecho penal. Parte General I*, Madrid, 1996.
- MAGALDI, M^a J. / GARCÍA ARÁN, M., “Los delitos contra la Administración de Justicia ante la reforma penal”, *DJ*, monográfico dedicado a la PANCP, Vol. II, 1983.
- MAIANI, G., *In tema di reato proprio*, Milano, 1965.
- MAIWALD, M., “Die Amtsdelikte. Probleme der Neuregelung des 28. Abschnitts des StGB”, *JuS*, 1977.
- MANES, V., “Bien jurídico y reforma de los delitos contra la Administración pública”, trad. del italiano de R. Padilla Alba, en *RECPC*, n° 2, 2000 (http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_02-01.html)
- MANTOVANI, F., *Diritto penale. Parte Generale*, 2^a ed., Padova, 1988.
- MANZANEDO GONZÁLEZ, F., “Delitos contra la Administración Pública (I)”, *CGC*, n° 15, 1996.
- MANZANO MORENO, E. C., “El ilícito penal y el administrativo, el principio ‘non bis in idem’ y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *BIMJ*, n° 1386, 1985.
- MANZINI, V., *Trattato di Diritto penale italiano*, Vol. V, 5^a ed. a cura di Nuvolone, P., Torino, 1982.
- MAQUEDA ABREU, M^a L., *Los delitos contra la libertad y la seguridad de las personas*, Granada, 1988.
- MAQUEDA ABREU, M^a L., “La tortura y otros tratos inhumanos o degradantes”, *ADPCP*, Vol. IXL, 1988.
- MAQUEDA ABREU, M^a L., *Los delitos de propia mano*, Madrid, 1992.

- MARINI, G., *Lineamenti del sistema penale*, Ristampa emendata ed aggiornata, Torino, 1993.
- MARINUCCI, G., "Gestione d'impresa e Pubblica Amministrazione: nuovi e vecchi profili penalistici", *RIDPP*, n° 2, 1988.
- MARCONI, G., "Malversazione di danni dello Stato", en Coppi, F. (a cura di), *Reati contro la Pubblica Amministrazione*, Torino, 1993.
- MARTÍ AROMAR, T., "La potestad sancionadora", en Tornos Mas, J. (coord.), *Administración Pública y procedimiento administrativo. Comentarios a la Ley 30/1992, de 30 de noviembre*, Barcelona, 1994.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., "Sanciones penales y sanciones gubernativas", en *Problemas actuales de Derecho Penal y Procesal*, Salamanca, 1971.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., *Administración y Constitución*, Madrid, 1981.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., *Materiales para una Constitución*, Madrid, 1984.
- MARTÍNEZ PÉREZ, C., "La inflación del Derecho penal y del Derecho administrativo", *EPC*, 1983.
- MARTÍNEZ PÉREZ, "Lo objetivo y lo subjetivo en el delito de prevaricación de funcionarios. (A propósito de la sentencia del T. S. sobre el 'caso Barreiro')", *ADPCP*, Tomo XLIV, 1991.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El delito societario de administración desleal*, Valencia, 2001.
- DE LA MATA BARRANCO, N. J., "La participación del funcionario público en delitos comunes y especiales. Autoría y cooperación. Toma de decisiones en órganos colegiados", en A. Asúa Batarrita (ed.), *Delitos contra la Administración Pública*, Bilbao, 1997.
- DE LA MATA BARRANCO, N. J., / Etxebarria Zarrabeitia, X., *Malversación y lesión del patrimonio público. Apropiación, distracción y desviación por funcionario, de caudales públicos*, Barcelona, 1995.
- MATA Y MARTÍN, R., *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Granada, 1997.
- MATTES, H. / MATTES, H., *Problemas de Derecho penal administrativo. Historia y Derecho comparado*, Trad. del alemán de J. M^a Rodríguez Devesa, Madrid, 1979.
- MAURACH, R., *Deutsches Strafrecht. Besonderer Teil*, 2. Aufl., Karlsruhe, 1956.
- MAURACH, R., *Tratado de Derecho penal. Parte General*, Traducción y notas de Derecho español por Córdoba Roda, J., Tomo I, Barcelona, 1962.
- MAURACH, R. / SCHROEDER, F.-C., *Strafrecht. Besonderer Teil. Teilband 2. Straftaten gegen Gemeinschaftswerte*, 6. völlig neu bearbeitete Aufl., Heidelberg, Karlsruhe, 1981.
- MAURACH, R. / ZIPF, H., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Teilband 1, 7. Aufl., Heidelberg, 1987.
- MAURACH, R. / GÖSSEL, K. H. / ZIPF, H.: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Teilband 2. Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat. Ein Lehrbuch*, 7. neu bearbeitete und erweiterte Aufl., Heidelberg, 1989.

- MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Sobre si el delito de malversación pertenece a la categoría de los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos*, inédito.
- MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Madrid, 1993.
- MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., “Sobre la naturaleza de los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos”, en *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, Vol. II, Valencia, 1997.
- MENDOZA BUERGO, B., *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, Granada, 2001.
- MERLE, R. / VITU, A., *Traité de Droit Criminel. Droit pénal spécial*, Paris, 1982.
- MESSINEO, F., *Manuale di Diritto civile e commerciale*, Vol. I, 8ª ed., Milano, 1952.
- MESTRE DELGADO, E., “Responsabilidad penal de alcaldes y concejales”, en Muñoz Machado, S. (dir.), *Tratado de Derecho Municipal*, Tomo I, Madrid, 1988.
- MESTRE DELGADO, E., “Una despenalización ‘de facto’? (La discutible especialidad del Derecho disciplinario en el concurso de leyes con las faltas penales)”, en *Estudios penales en memoria del Profesor A. Fernández Albor*, Santiago de Compostela, 1989.
- MESTRE DELGADO, E., en Lamarca Pérez, C. (coord.), *Manual de Derecho penal. Parte Especial*, Madrid, 2001.
- MESTRE DELGADO, J. F., “La configuración constitucional de la potestad sancionadora de la Administración Pública”, en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor E. García de Enterría*, Tomo III, Madrid, 1991.
- MESTRE DELGADO, J. F., “Los principios de la potestad sancionadora”, en J. Leguina Villa / M. Sánchez Morón (dir.), *La nueva Ley de Régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común*, Madrid, 1993.
- MESTRE LÓPEZ, J., *El delito de desobediencia a la autoridad o a sus agentes (Estudio del Artículo 237 del Código penal)*, Barcelona, 1986.
- MEZGER, E., *Tratado de Derecho penal*, Tomo II, trad. del alemán de J. A. Rodríguez Muñoz, Madrid, 1946.
- MEZGER, E., *Tratado de Derecho penal*, Tomo I, nueva ed. revisada y puesta al día por Rodríguez Muñoz, J. A., Madrid, 1955.
- MICHAVILA NÚÑEZ, J. Mª, “Relación especial de sujeción en el sector crediticio y Estado de Derecho”, *REDA*, nº 54, 1987.
- MÍGUEZ BEN, E., “Suspensión provisional del funcionario *versus* presunción de inocencia: última jurisprudencia”, *RAP*, nº 108, 1985.
- MIR PUIG, C., *Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código penal*, Barcelona, 2000.
- MIR PUIG, S., “Nombramientos ilegales”, *NEJ*, Barcelona, 1982.
- MIR PUIG, S., “Nombramientos ilegales, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abuso en el ejercicio de su función”, *CDJ*, 1996.

- MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte General*, 6ª ed., Barcelona, 2002.
- MIR PUIG, S.: *Adiciones al Tratado de Derecho penal de Jescheck*, Barcelona, 1981.
- MONTÉS PENADÉS, V. L., en Vives Antón, T. S. (coord.), *Comentarios al Código penal de 1995*, Vol. I, Valencia, 1996.
- MONTORO PUERTO, M., *La infracción administrativa: características, manifestaciones y sanciones*, Barcelona, 1965.
- MONTORO PUERTO, M., *Régimen disciplinario en la Ley de funcionarios civiles del Estado*, Madrid, 1965.
- MONTOYA MARTÍN, E., *Las empresas públicas sometidas al Derecho privado*, Madrid, 1996.
- MOR, G., *Le sanzioni disciplinari ed il principio «nullum crimen sine lege»*, Milano, 1974.
- MORA ALARCÓN, J. A., *Suma de derecho penal: parte general y especial*, Madrid, 1996.
- MORALES GARCÍA, O., *Los delitos de malversación*, Elcano (Navarra), 1999.
- MORALES MOYA, A., “Política y Administración en la España del siglo XVIII (Notas para una sociología histórica de la Administración pública)”, *RAP*, nº 105, 1984.
- MORALES PRATS, F., *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*, Barcelona, 1984.
- MORALES PRATS, F., “Los delitos contra la intimidad en el Código penal de 1995: reflexiones político-criminales”, *EDJ*, nº 2, 1996.
- MORALES PRATS, F., en G. Quintero Olivares (dir.), *Comentarios al Nuevo Código penal*, 2ª ed., Elcano (Navarra), 2001.
- MORALES PRATS, F. / MORALES GARCÍA, O., en G. Quintero Olivares (dir.), *Comentarios al Nuevo Código penal*, 2ª ed., Elcano (Navarra), 2001.
- MORALES PRATS, F. / RODRÍGUEZ PUERTA, Mª J., en G. Quintero Olivares (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, 3ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2002.
- MORENA Y DE LA MORENA, L. DE LA, “¿Son trasplantables en bloque a la potestad sancionadora de la Administración las garantías que limitan el *ius puniendi* de los Tribunales?”, *LL*, 1989-2.
- MORENO-TORRES HERRERA, Mª R.: *Tentativa de delito y delito irreal*, Valencia, 1999.
- MORILLAS CUEVA, L. / PORTILLA CONTRERAS, G., “Los delitos de revelación de secretos, uso de información privilegiada, cohecho impropio y tráfico de influencias”, *CLP*, Tomo XVI, 1994.
- MORILLAS CUEVA, L., en Cobo del Rosal, M. (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte General*, Madrid, 1996.
- MORO, A., “Sul fondamento della responsabilità giuridica dell’ estraneo che partecipi a reati propri”, *GI*, 1948.
- MUNZINGER, W., *Die sogenannten eigentlichen und die sogenannten uneigentlichen Amtsdelikte*, Dissertation, Würzburg, 1934.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte Especial*, 14ª ed., Valencia, 2002.

- MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho penal. Parte General*, 3ª ed., Valencia, 1998.
- MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho penal. Parte General*, 5ª ed., Valencia, 2002.
- MUÑOZ CONDE, F. / SALAS HOLGADO, A., “Delitos de funcionarios contra la función pública”, *EJB*, Tomo II, Madrid, 1995.
- MUÑOZ CUESTA, J., “El delito de malversación”, *LL*, 1996-4.
- MUÑOZ LORENTE, J., *La nueva configuración del principio non bis in idem*, Madrid, 2001.
- MUÑOZ QUIROGA, A., “El principio non bis in idem”, *REDA*, nº 45, 1985.
- MUÑOZ QUIROGA, A., “Aplicación del principio bis in idem en las relaciones especiales de sujeción”, *PJ*, nº 23, 1991.
- NAGLER, J., *Die Teilnahme am Sonderverbrechen. Ein Beitrag zur Lehre von der Teilnahme*, Leipzig, 1903.
- NAVARRO CARDOSO, F., *Infracción administrativa y delito: Límites a la intervención del Derecho penal*, Madrid, 2001.
- NAVARRO MUNUERA, A. E., “La ampliación de la responsabilidad patrimonial de la Administración a los daños ocasionados por sus funcionarios o agentes actuando al margen del servicio público”, *REDA*, nº 60, 1988.
- NIETO GARCÍA, A., *El mito de la Administración prusiana*, Sevilla, 1962.
- NIETO GARCÍA, A., “Reducción jurisdiccional de la discrecionalidad en materia disciplinaria”, *RAP*, nº 44, 1964.
- NIETO GARCÍA, A., “Problemas capitales del Derecho disciplinario”, *RAP*, nº 63, 1970.
- NIETO GARCÍA, A., “Los principios de tipicidad y culpabilidad en las infracciones en materia de consumo”, *EC*, nº 4, 1984.
- NIETO GARCÍA, A., *Estudios históricos sobre Administración y Derecho administrativo*, Madrid, 1986.
- NIETO GARCÍA, A., “La Administración sirve con objetividad los intereses generales”, en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje a E. García de Enterría*, Tomo III, Madrid, 1991.
- NIETO GARCÍA, A., *Derecho administrativo sancionador*, 3ª ed. ampliada, Madrid, 2002.
- NIETO MARTÍN, A., *El delito de administración fraudulenta*, Barcelona, 1996.
- NOGUERA DE LA MUELA, B., “Comentario a la STS de 16 de enero de 1991”, *LL*, 1991-4.
- NÚÑEZ BARBERO, R.: *El delito imposible*, Salamanca, 1963.
- NÚÑEZ BARBERO, R., *La reforma penal de 1870*, Salamanca, 1969.
- NUVOLONE, P., *I limiti taciti della norma penale*, Palermo, 1947.
- NUVOLONE, P., *Il sistema di Diritto penale*, Padova, 1975.

- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., "El bien jurídico protegido en los Capítulos VI y VII del Título II del Código penal", *CPC*, nº 1, 1977.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *La prevaricación del funcionario público*, Madrid, 1980.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., "Las actuaciones en nombre de otro", *ADPCP*, Tomo XXXVII, 1984.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., "El delito de prevaricación de los funcionarios públicos en el Código penal", *LL*, 1996-4.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., "Los delitos relativos al tráfico de influencias", *LL*, 1998-4.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., "Derecho penal, poderes públicos y negocios (con especial referencia a los delitos de cohecho)", en J. Cerezo Mir / R. F. Suárez Montes / A. Beristain Ipiña /
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. / HUERTA TOCILDO, S., *Derecho penal. Parte General. Teoría jurídica del delito*, 2ª ed., Madrid, 1987.
- OLAIZOLA NOGALES, I., "Previsiones específicas en materia de penalidad. Inhabilitación y suspensión. La agravación genérica de prevalimiento de cargo", en Asúa Batarrita, A. (ed.), *Delitos contra la Administración Pública*, Bilbao, 1997.
- OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito de cohecho*, Valencia, 1999.
- OLESA MUÑIDO, F. F., "El delito de malversación por distracción de caudales o efectos públicos en el Código penal español", en *Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Vitoria*, Tomo I, Barcelona, 1983.
- OLIVEROS ROSELLÓ, J., "La malversación en el Código penal de 1995", *CDJ*, 1996.
- ORTEGA ÁLVAREZ, L., *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*, Madrid, 1983.
- ORTEGA ÁLVAREZ, L., EN PAREJO ALFONSO, L. / JIMÉNEZ-BLANCO, A. / ORTEGA ALVAREZ, L., *Manual de Derecho Administrativo*, Vol 2, 4ª ed., Barcelona, 1996.
- ORTEGO COSTALES, J., *Ensayo sobre la Parte Especial del Derecho penal*, La Laguna, 1959.
- ORTEGO COSTALES, J., "Bien jurídico: lesión y peligro", en *Libro Homenaje al Prof. J. Antón Oneca*, Salamanca, 1982.
- ORTEGO COSTALES, J., *Teoría de la Parte Especial del Derecho penal*, Salamanca, 1988.
- ORTELLS RAMOS, M., "Aproximación al concepto de potestad jurisdiccional en la Constitución española", *AFSUE*, nº 3, 1984-85.
- ORTS BERENGUER, E., "Alternatividad expresa", *CLP*, Tomo V, Vol. 2, 1985.
- ORTS BERENGUER, E., "Limitaciones a la libertad sexual", *CLP*, Tomo XIV, Vol. 1, 1992.
- ORTS BERENGUER, E., EN COBO DEL ROSAL, M. / VIVES ANTÓN, T. S. / BOIX REIG, J. / ORTS BERENGUER, E. / CARBONELL MATEU, J. C. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Derecho penal. Parte Especial*, 20 ed., Valencia, 1996.
- ORTS BERENGUER, E., en Vives Antón, T. S., (coord.), *Comentarios al Código penal de 1995*, Vol. II, Valencia, 1996.

- ORTS BERENGUER, E., EN VIVES ANTÓN, T. S., / BOIX REIG, J. / ORTS BERENGUER, E. / CARBONELL MATEU, J. C. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Derecho penal. Parte Especial*, 3ª ed., Valencia, 1999.
- ORTS BERENGUER, E. / SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Valencia, 2001.
- ORTS BERENGUER, E. / VALEIJE ÁLVAREZ, I., en T. S. Vives Antón (coord.), *Comentarios al Código penal de 1995*, Vol. II, Valencia, 1996.
- OTTO, H., "Täterschaft, Mittäterschaft, mittelbare Täterschaft", *JURA*, 1987
- OTTO, H., *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, 4. neubearbeitete Aufl., Berlin, New York, 1992.
- PACHECHO, J. F., *El Código penal concordado y comentado*, Tomo II, 3ª ed., Madrid, 1867.
- PACHECHO, J. F., *El Código penal concordado y comentado*, Tomo I, 4ª ed. corregida y aumentada, Madrid, 1870.
- PADOVANI, T., "Bene giuridico e delitti politici", *RIDPP*, n° 1, 1982.
- PADOVANI, T., "Circostanze del reato", *DDP*, Vol. II, Torino, 1988.
- PADOVANI, T., *Diritto penale*, 3ª ed., Milano, 1995.
- PAGLIARO, A., *Principi di Diritto penale. Parte Speciale. Delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, Milano, 1977.
- PAGLIARO, A., *Principi di Diritto penale. Parte Generale*, 4ª ed., Milano, 1993.
- PAGLIARO, A., "Usurpazione di funzioni", *ED*, Tomo XLV, Varese, 1992.
- PAGLIARO, A., *Principi di Diritto penale. Parte Speciale. Delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, 7ª ed., Milano, 1995.
- PALAZZO, F. C., "La riforma dei delitti dei pubblici ufficiali: un primo sguardo d'insieme", *RIDPP*, 1990.
- PALERMO FABRIS, E., "Articolo 61", en Crespi, A. / Stella, F. / Zuccalà, G., *Commentario breve al Codice Penale*, 2ª ed., Milano, 1992.
- PALIERO, C. E., "'Materia penale' e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: una questione 'classica' a una svolta radicale", *RIDPP*, 1985.
- DE PALMA DEL TESO, A., "Comentario al Título IX 'De la potestad sancionadora' de la Ley 30/1992", en Tornos Mas, J. (coord.), *Administración Pública y procedimiento administrativo. Comentarios a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre*, Barcelona, 1994.
- DE PALMA DEL TESO, A.: *El principio de culpabilidad en el Derecho administrativo sancionador*, Madrid, 1996.
- PANNAIN, R., *I delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, Napoli, 1960.
- PARADA VÁZQUEZ, R., "El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal", *RAP*, n° 67, 1972.

- PARADA VÁZQUEZ, R., *Apuntes de Derecho Administrativo II*, Tomo V, Madrid, 1973-1974.
- PARADA VÁZQUEZ, R., "La responsabilidad criminal de los funcionarios públicos y sus obstáculos: autorización previa, prejudicialidad administrativa y cuestiones previas", *RAP*, nº 31, 1960.
- PARADA VÁZQUEZ, R., "Evolución y constitucionalización de las infracciones administrativas", *PJ*, nº 4, 1982.
- PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Administrativo II, Organización y empleo público*, 15ª ed., Madrid, Barcelona, 2002.
- PAREDES CASTAÑÓN, J. M., "Delitos de funcionarios contra derechos y libertades cívicas (D.1 Penal)", *EJB*, Vol. II, Madrid, 1995.
- PAREJO ALFONSO, L., *Estado social y Administración Pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Madrid, 1983.
- PASTRANA I ICART, L. - I., *La responsabilitat penal del funcionari de presons: Aspectes omisius*, Barcelona, 1998.
- PAZ RUBIO, J. M^a / COVIÁN REGALES, M., en Conde-Pumpido Ferreiro, C. (dir.), *Código penal. Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo III, Madrid, 1997.
- PECES BARBA, G., "Reflexiones sobre la teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución", *REDUC*, nº 2, monográfico, 1979.
- PEDRAZZI, C., "Problemi e prospettive del diritto penale dell' impresa pubblica", *RIDPP*, nº 2, 1966.
- PELEGRINI, R., "Pubblica Amministrazione (delitti contro)", *DI*, Vol. XIX, Tomo II, Torino, 1925.
- PEÑARANDA RAMOS, E., *La Participación en el delito y el principio de accesoriidad*, Madrid, 1990.
- PÉREZ BARRIO, A., "La nueva configuración de la potestad disciplinaria de la Administración. Sus límites constitucionales", *RVAP*, nº 13, 1985.
- PÉREZ LUÑO, A., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, 1984.
- PÉREZ MANZANO, M., *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*, Valencia, 2002.
- PÉREZ DEL VALLE, C., "La deslealtad profesional del abogado y su repercusión penal", *LL*, 1997-2.
- PETRONE, M., "La nuova disciplina dei delitti degli agenti pubblici contro la P. A.: Dalle prospettive di riforma alla legge n. 86/90", *RIDPP*, nº 3, 1993.
- PETTERS, W. / PREISENDANZ, H., *StGB*, 28. Aufl., Berlin, 1974.
- PICOTTI, L., "Le 'nuove' definizioni penali di pubblico ufficiale e di incaricato di pubblico servizio nel sistema dei delitti contro la pubblica amministrazione", *RTDPE*, nºs 1-2, 1992.
- PIOTET, P., "Systematik der Verbrechenselemente und Teilnahmelehre", *ZStW*, 69. Band, 1957.

- PIQUEMAL, M. / LECOT, F., *Les nouvelles fonctions publiques*, Paris, 1986.
- PISAPIA, G., *Istituzioni di Diritto penale*, 3ª ed., Padova, 1975.
- PLATZGUMMER, W.: *Die Bewusstseinsform des Vorsatzes. Eine Strafrechtsdogmatische Untersuchung auf psychologischer Grundlage*, Wien, 1964.
- POLAINO NAVARRETE, M., *El bien jurídico en el Derecho penal*, Sevilla, 1974.
- POLAINO NAVARRETE, M., *Derecho penal. parte general*. Tomo I. *Fundamentos científicos del Derecho penal*, Barcelona, 1996.
- POLAINO NAVARRETE, M., en Cobo del Rosal, M. (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte Especial II*, Madrid, 1997.
- PORTERO GARCÍA, L., “Delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales”, *EDJ*, nº 2, 1996.
- PORTILLA CONTRERAS, G., *El delito de práctica ilegal de detención por funcionario público*, Madrid, 1990.
- PORTILLA CONTRERAS, G., en M. Cobo del Rosal (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte Especial II*, Madrid, 1997.
- PORTILLA CONTRERAS, G., “La participación omisiva en delitos de resultado y simple actividad”, en J. Cerezo Mir / R. F. Suárez Montes / A. Beristain Ipiña / C. Mª Romeo Casabona (ed.), *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Granada, 1999.
- PRADEL, J. / DANTI-JUAN, M., *Droit pénal spécial*, Paris, 1995.
- PRATS CATALÁ, J. / COMPANY SANUS, J., “Régimen disciplinario laboral y funcional en las Administraciones Públicas”, *CDJ*, IV, 1994.
- PREZIOSI, S., “La riforma della fattispecie incriminatrice di abuso d’ ufficio”, en Coppi, F. (a cura di), *Reati contro la Pubblica Amministrazione*, Torino, 1993.
- PRIETO SANCHÍS, L., “La jurisprudencia constitucional y el problema de las sanciones administrativas en el Estado de Derecho”, *REDC*, nº 4, 1982.
- PROSDOCIMI, S., “Esercizio del credito e responsabilità penali”, *RIDPP*, nº 3, 1988.
- PUENTE SEGURA, L., *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal*, Madrid, 1997.
- PUIG PEÑA, F., “Delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes”, *NEJ*, Tomo VI, Barcelona, 1954.
- PUIG PEÑA, F., *Derecho penal*, Tomo III, *Parte Especial*, 6ª ed., Madrid, 1969.
- PUIG PEÑA, F., *Derecho penal. Parte Especial*, 7ª ed., Madrid, 1988.
- QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *El principio “non bis in idem”*, Madrid, 1992.
- QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español. Parte Especial*, 2ª ed. corregida y puesta al día, Barcelona, 1992.

- QUERALT JIMÉNEZ, J. J., “‘Ne bis in idem’: significados constitucionales”, en *Política criminal y Reforma penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Madrid, 1993.
- QUERALT JIMÉNEZ, J. J., “Delitos contra la Administración Pública en el Nuevo Código penal”, en Martín Espino, J. D. (coord.), *Estudio y aplicación práctica del Código penal de 1995. Tomo II. Parte Especial*, Madrid, 1997.
- QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Introducción a la Policía Judicial*, 3ª ed., Barcelona, 1999.
- QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español. Parte Especial*, 4ª ed., Barcelona, 2002.
- QUINTANA LÓPEZ, T., “El principio *non bis in idem* y la responsabilidad administrativa de los funcionarios”, *REDA*, nº 52, 1986.
- QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Comentarios al Código penal*, Tomo II, Madrid, 1946.
- QUINTANO RIPOLLÉS, A., “Noticiero”, *ADPCP*, Tomo III, 1950.
- QUINTANO RIPOLLÉS, A. / HEILPERN, J., “Sonderdelikte”, en *Diccionario de Derecho comparado, Tomo I. Alemán-Español*, Madrid, 1951.
- QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Compendio de Derecho penal*, Tomo II, *Parte Especial*, Madrid, 1958.
- QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Curso de Derecho penal*, Tomo II, Madrid, 1963.
- QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Comentarios al Código penal*, 2ª ed. renovada y puesta al día por E. Gimbernat Ordeig, Madrid, 1966.
- QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de la Parte Especial del Derecho penal*, Vol. I, 2ª ed. puesta al día por Gimbernat Ordeig, E., Madrid, 1972.
- QUINTERO OLIVARES, G., *Los delitos especiales y la teoría de la participación en el Derecho penal español*, Barcelona, 1974.
- QUINTERO OLIVARES, G., *Represión penal y Estado de Derecho*, Barcelona, 1976.
- QUINTERO OLIVARES, G., “Los delitos contra la Administración de Justicia”, *RJC*, nº extraordinario, 1980.
- QUINTERO OLIVARES, G., “El delito de desobediencia y la desobediencia justificada”, *CPC*, nº 12, 1980.
- QUINTERO OLIVARES, G., “La autotutela, los límites del poder sancionador de la Administración Pública y los principios inspiradores del derecho penal”, *BIMJ*, nºs 1608 a 1610, 1991.
- QUINTERO OLIVARES, G., *Manual de Derecho penal. Parte General*, 3ª ed. Cizur Menor (Navarra), 2002.
- RAMOS TAPIA, Mª I., *El delito de prevaricación judicial*, Valencia, 2000.
- RAMPIONI, R., *Bene giuridico e delitti de pubblici ufficiali contro la P.A.*, Milano, 1984.
- RAMPIONI, R., “Progetto di riforma ed oggetto della tutela dei delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione”, en A. M. Stile (a cura di), *La riforma dei delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Napoli, 1987.

- RAMPIONI, R., "L'abuso di ufficio", en Coppi, F. (a cura di), *Reati contro la Pubblica Amministrazione*, Torino, 1993.
- RASPONI, E., *Il potere disciplinare. I. Natura giuridica e soggetti attivi*, Padova, 1942.
- REBOLLO PUIG, M., *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, Madrid, 1989.
- REBOLLO VARGAS, R., *La revelación de secretos e informaciones por funcionario público*, Barcelona, 1996.
- REY GUANTER, S., *Potestad sancionadora de la Administración y jurisdicción penal en el orden social*, Madrid, 1990.
- RICCIO, S., *I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Torino, 1955.
- RIGUI, E.: "Problemas sistemáticos de la punibilidad de la tentativa inidónea", en *Problemas actuales de las Ciencias penales y la Filosofía del Derecho: en Homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa*, Buenos Aires, 1970.
- ROCA AGAPITO, L., *El delito de malversación de caudales públicos*, Barcelona, 1999.
- ROCCO, A., "Il problema e il metodo della scienza del diritto penale", *RDPP*, 1910.
- ROCCO, A., *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, Roma, 1932.
- ROCCO, A., *El problema y el método de la ciencia del Derecho penal*, 3ª ed., Bogotá, 1986.
- RODRÍGUEZ DEVEZA, J. Mª / SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal español. Parte Especial*, 18ª ed. revisada y puesta al día, Madrid, 1995.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid, 1994.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios*, Madrid, 1997.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G., "El autor mediato en Derecho penal español", *ADPCP*, Tomo XXII, 1969.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G., en Córdoba Roda, J. / Rodríguez Mourullo, G., *Comentarios al Código penal*, Tomo I, Barcelona, 1972.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G., "El delito de omisión de auxilio a la víctima y el pensamiento de la ingerencia", *ADPCP*, Tomo XXV, 1973.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho penal. Parte General*, Madrid, 1977.
- RODRÍGUEZ PUERTA, Mª J., *El delito de cohecho: Problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, Pamplona, 1999.
- RODRÍGUEZ PUERTA, Mª J., "La responsabilidad del particular en el delito de cohecho", *RDyPP*, 1999-1.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Libertades cívicas y Derecho penal*, Madrid, 1975.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Compendio de Derecho penal (Parte General)*, 4ª ed., Madrid, 1988.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L., "Transfuguismo retribuido y cohecho", *AP*, 1994-1.
- ROLDÁN BARBERO, H., "Sobre el alcance del término 'derechos cívicos' a los efectos del artículo 194 del Código penal. Aportación a una teoría jurídico-penal sobre la protección de los derechos fundamentales contra los abusos de poder", *LL*, 1991-3.

- ROLDÁN BARBERO, H., “De la prevaricación administrativa”, *RDPC*, nº 3, 1993.
- ROLDÁN BARBERO, H., “Sobre el delito de infidelidad en la custodia de documentos”, *LL*, 1994 - 4.
- ROLDÁN BARBERO, H., “El delito de impedir el ejercicio de los derechos cívicos”, *LL*, 1996-2.
- ROLDÁN BARBERO, H., “La infidelidad en la custodia de documentos”, *LL*, 1996-2.
- ROLDÁN BARBERO, H., “El delito de desobediencia funcional”, *LL*, 1996-4.
- ROMANO, M., “Il Codice Rocco e i lineamenti di una riforma del diritto penale politico”, *QC*, nº 1, 1981.
- ROMEO CASABONA, C. M^a, “Límites de los delitos de comisión por omisión”, en E. Gimbernat Ordeig / B. Schünemann / J. Wolter (ed.), *Omisión e imputación objetiva en Derecho penal*, Madrid, 1994.
- ROMERO, G.: “La problemática de los autores inidóneos y el delito putativo”, en *Problemas actuales de las Ciencias penales y la Filosofía del Derecho: en Homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa*, Buenos Aires, 1970.
- ROSSI VANNINI, A., *Illecito depenalizzato-amministrativo*, Milano, 1990.
- ROXIN, C.: “Literatur Besprechung: ‘Die Bewustseinform des Vorsatzes’ von W. Platzgummer”, *ZStW*, nº 78, 1966.
- ROXIN, C., *Política criminal y sistema del Derecho penal*, trad. del alemán de F. Muñoz Conde, Barcelona, 1972.
- ROXIN, C., “Über die Einwilligung im Strafrecht”, *BFDUC*, Número especial, Estudios en Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, 1984, Tomo III.
- ROXIN, C., “§ 14”, *LK*, 1. Band, 10. völlig neu bearbeitete Aufl., Berlin, New York, 1988.
- ROXIN, C., “§ 28”, *LK*, 1. Band, 10. völlig neu bearbeitete Aufl., Berlin, New York, 1988.
- ROXIN, C., *Derecho penal. Parte General*, Tomo I, *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trad. de la 2ª ed. alemana de D.-M. Luzón Peña / M. Díaz y García Conlledo / J. de Vicente Remesal, Madrid, 1997.
- ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, trad. de la 7ª edición alemana de J. Cuello Contreras / J. L. Serrano González de Murillo, Madrid, 2000.
- ROYO VILANOVA, S., “El concepto de funcionario público y la relación de función pública en el nuevo Derecho español”, *RAP*, nº 44, 1964.
- ROYO VILANOVA, S., *Elementos de Derecho administrativo*, 20ª ed., Valladolid, 1966.
- RUBIO, M^a G., “Potestad sancionatoria de la Administración y garantías del administrado: comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de febrero de 1984: el caso Öztürk”, *RAP*, nº 104, 1984.
- RUDOLPHI, H. - J., *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz*, Göttingen, 1966.
- RUDOLPHI, H.- J.: “§ 16”, en Rudolphi, H.-J. / Horn. E. / Samson, E., *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Band I, 6. Aufl., Berlin, 1993.

- RUEDA MARTÍN, M^a A., “Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la Administración Pública”, *RDPC*, n^o 8, 2001.
- RUIZ ANTÓN, L. F., *El agente provocador en Derecho penal*, Madrid, 1982.
- RUSO, V., *I reati contro la Pubblica Amministrazione a seguito della legge n. 86/1990*, Napoli, 1991.
- SABÁN GODOY, A., *El marco jurídico de la corrupción*, Madrid, 1991.
- SAINZ CANTERO, J. A., *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 3^a ed., Barcelona, 1990.
- SAINZ MORENO, R., “Secreto e información en el Derecho público”, en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Prof. E. García de Enterría*, Madrid, 1991.
- SAINZ MORENO, F., “Principios y ámbito de aplicación de la L. A. P.”, en Pendás García, B. (coord.), *Administraciones Públicas y ciudadanos (Estudio sistemático de la Ley 30/1992, de 16 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común)*, Barcelona, 1993.
- SAINZ DE ROBLES SANTA CECILIA, C., *Contribución a la teoría general de los delitos de los funcionarios*, Tesis doctoral, Valladolid, 1985.
- SAINZ DE ROBLES SANTA CECILIA, C., “El artículo 204 bis a) Del Código penal”, en *Estudios penales en memoria del Prof. A. Fernández Albor*, Santiago de Compostela, 1989.
- SAINZ DE ROBLES SANTA CECILIA, C.: “Sobre la tentativa del sujeto inidóneo”, en *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona (Libro Homenaje al Profesor Antonio Beristain)*, San Sebastian, 1989.
- SALM, K., *Das versuchte Verbrechen*, Karlsruhe, 1957.
- SAMSON, E., “§ 11”, en Rudolphi, H.-J. / Samsón, E. / Horn, E. / Günther, H.-L., *SK*, Band I, 6. neubearbeitete Aufl., Neuwied, Kriftel, Berlin, 1995.
- SAMSON, E., “§ 14”, en Rudolphi, H. - J. / Samson, E., Günther, H. - L., *SK*, Band I, 6. neu bearbeitete Aufl., Neuwied, Kriftel, Berlin, 1995.
- SAMSON, E., “§ 25”, en Rudolphi, H. - J., Samson, E. / Günther, H. - L., *SK*, Band I, 6. neu bearbeitete Aufl., Newied, Kriftel, Berlin, 1995.
- SAMSON, E., “§ 28”, en Rudolphi, H.-J. / Samson, E. / Horn, E. / Günther, H.-L., *SK*, Band I, 6. neu bearbeitete Aufl., Neuwied, Kriftel, Berlin, 1995.
- SÁNCHEZ DOMINGO, M^a B., *Análisis del delito contra la inviolabilidad del domicilio del artículo 534 del Código penal*, Granada, 1998.
- SÁNCHEZ GARCÍA, I., *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad*, Barcelona, 1995.
- SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho de la función pública*, 3^a ed., Madrid, 2001.
- SÁNCHEZ TEJERINA, I., *Derecho penal español*, Tomo II, *Parte Especial*, 4^a ed., Madrid, 1945.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., “Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte”, *ADPCP*, Tomo XLVIII, 1995.

- SANGENSTEDT, C., *Garantenstellung und Garantenpflicht von Amtsträgern: zugleich eine Untersuchung zu den Grundlagen der strafrechtlichen Garantenhaftung*, Frankfurt a. M., 1989.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Apuntes de Derecho Administrativo. El personal al servicio de la Administración Pública*, Madrid, 1982.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A. / PAREJO ALFONSO, L., *Derecho administrativo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, 1989.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, Madrid, 1991.
- SANTANIELLO, G. / MARUOTTI, L., *Manuale di Diritto penale. Parte Generale*, Milano, 1990.
- SANTORO, A., *Le circostanze del reato*, 2ª ed., Torino, 1952.
- SANTORO, A., *Manuale di Diritto penale*, Vol. II, Parte Speciale: Delitti contro lo Stato, Torino, 1962.
- SANZ GANDÁSEGUI, F., *La potestad sancionatoria de la Administración : la Constitución española y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1985.
- SCHEWE, G.: *Bewusstsein und Vorsatz*, Berlin, 1972.
- SCHLUCHTER, E., *Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht*, Tübingen, 1983.
- SCHMIDHÄUSER, E., *Strafrecht. Besonderer Teil*, Tübingen, 1980.
- SCHMIDHÄUSER, E., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., Tübingen, 1984.
- SCHMIDT, E., *Die Bestechungstatbestände in der höchstrichterlichen Rechtsprechung von 1879 bis 1959*, München, Berlin, 1960.
- SCHMIDT, R., *Grundriss des Deutschen Strafrecht. Vergleichende Darstellung des geltenden Rechts sowie des geplanten neuer Strafrechts nach dem im Rechts Ausschluss des Reichstags berantenen Entwurf von 1927*, 2. Aufl., Leipzig, 1931.
- SCHRÖDER, H., "Das Rechtsgut der Bestechungsdelikte und die Bestechlichkeit des Ermessensbeamten", *GA*, 1961.
- SCHRÖDER, P., *Der strafrechtliche Beamtenbegriff in der Entwicklung der Rechtsprechung und der Entwürfe*, Dissertation, Münster, 1965.
- SCHROEDER, F. - C., *Der Täter hinter dem Täter*, Berlin, 1965, pp. 81 y ss.
- SCHÜNEMANN, B., *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte: zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre*, Göttingen, 1971.
- SCHÜNEMANN, B., "Zur Kritik der Ingerenz-Garantenstellung", *GA*, 1974.
- SCHÜNEMANN, B., "Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte", *JA*, 1975.
- SCHÜNEMANN, B., *Unternehmenskriminalität und Strafrecht. Eine Untersuchung der Verantwortlichkeit der Unternehmen und ihrer Führungskräfte nach geltendem und geplantem Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1979.

- SCHÜNEMANN, B., “Die Bedeutung der ‘Besonderen persönlichen Merkmale’ für die strafrechtliche Teilnehmer- und Vertreterhaftung”, 2. Teil, *JURA*, 1980.
- SCHÜNEMANN, B.: “Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars”, *GA*, 1986.
- SCHÜNEMANN, B., “¿Ofrece la reforma del derecho penal económico alemán un modelo o un escarmiento?”, trad. del alemán de T. Rodríguez Montañés, *CCGPJ*, n° 8, 1991.
- SCORDAMAGLIA, V., “Peculato”, *ED*, Vol. XXXII, Milano, 1982.
- SCORDAMAGLIA, V., “L’abuso di ufficio”, en Coppi, F. (a cura di), *Reati contro la Pubblica Amministrazione*, Torino, 1993.
- SEGRETO, A. / DE LUCA, G., *I delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione dopo le leggi 26 aprile 1990 n° 86; 12 giugno n° 146 e 7 agosto n° 241*, Milano, 1991.
- SEMINARA, S., “Il delitto di abuso di ufficio”, *RIDPP*, n° 2, 1992.
- SERRANO ALBERCA, J. M., en F. Garrido Falla (dir.), *Comentarios a la Constitución española*, 2ª ed., Madrid, 2001.
- SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal. Parte Especial II (2). Delitos contra la colectividad*, Madrid, 1997.
- SEVERINO DI BENEDETTO, P., *I delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione. Le qualifiche soggettive*, Milano, 1983.
- SEVERINO DI BENEDETTO, P., “Le nuove definizioni delle figura di pubblico ufficiale ed incaricato di un pubblico servizio nel testo riformato degli artt. 357 e 358 CP”, en Coppi, F. (a cura di), *Reati contro la Pubblica Amministrazione*, Torino, 1993.
- SIBURG, W., “La jurisdicción disciplinaria en la República Federal Alemana”, trad. del alemán de A. Nieto García, *RAP*, n° 46.
- SILVA MELERO, V., “El llamado derecho penal administrativo”, *ADPCP*, Tomo XIII, 1960.
- SILVA SÁNCHEZ, J. Mª, *El delito de omisión, concepto y sistema*, Barcelona, 1986.
- SILVA SÁNCHEZ, J. Mª, “Aspectos de la comisión por omisión: Fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario”, *CPC*, n° 34, 1989.
- SILVA SÁNCHEZ, J. Mª, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992.
- SILVA SÁNCHEZ, J. Mª, “Causación de la propia muerte y responsabilidad penal de terceros”, en *Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona, 1992.
- SILVA SÁNCHEZ, J. Mª, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona, 1997.
- SILVA SÁNCHEZ, J. Mª, “¿Protección penal del medio ambiente? Texto y contexto del artículo 325”, *LL*, 1997-3.
- DE SOLA DUEÑAS, A., “Principio ‘non bis in idem’ y sanciones disciplinarias en el ordenamiento disciplinario”, *RJC*, n° 4, 1989.

- SOLA RECHE, E.: *La llamada «tentativa inidónea» de delito. Aspectos básicos*, Granada, 1996.
- SORIA FERNÁNDEZ-MAYORALAS, P., “Derecho administrativo sancionador y Derecho penal: principios comunes”, *AA*, n° 5, 1988.
- SOTO NIETO, F., “La responsabilidad subsidiaria del Estado y entes públicos en general (art. 121 CP)”, *LL*, 1996-2.
- SPINELLI, G., *I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Milano, 1964.
- SPITERI, J., “Du fait du prince à la responsabilité pénale, ou de l’Etat de droit”, *RDS*, 1993.
- STAMPA BRAUN, J. M^a, *Introducción a la Ciencia del Derecho penal español*, Valladolid, 1953.
- STILE, A. M., “Amministrazione Pubblica (delitti contro la)”, *DDP*, Vol. I, Ristampa, Torino, 1994.
- STOCK, U., *Entwicklung und Wesen der Amtsverbrechen*, Leipzig, 1932.
- STORTONI, L., *L’abuso di potere nel Diritto penale*, Milano, 1978.
- STRATENWERTH, G., “Der Versuch des untauglichen Subjekts”, en W. Frisch / W. Schmid (herausgegeben von), *Festschrift für Hans Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag*, Köln, 1978.
- STRATENWERTH, G., *El futuro del principio jurídico-penal de culpabilidad*, trad. del alemán de E. Bacigalupo / A. Zugaldía Espinar, Madrid, 1980.
- STRATENWERTH, G., *Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Die Straftat*, 3. neubearbeitete Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München, 1981.
- SUÁREZ MONTES, R. F., “El delito de malversación de caudales públicos”, *RGLJ*, 1966.
- SUAY HERNÁNDEZ, C., “Los elementos normativos y el error”, *ADPCP*, Tomo XLIV, 1991.
- SUAY RINCÓN, J., “Potestad disciplinaria”, en Gómez-Ferrer Morant, R. (coord.), *Libro homenaje al profesor J. L. Villar Palasí*, Madrid, 1989.
- SUAY RINCÓN, J., *Sanciones administrativas*, Bolonia, 1989.
- SUAY RINCÓN, J., “Las sanciones administrativas, concepto y clases”, en Santamaría Pastor, J. A. / Parejo Alfonso, L., *Derecho administrativo. Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, 1989.
- TAGLIARINI, F., *Il concetto di Pubblica Amministrazione nel Codice penale*, Ristampa, Milano, 1978.
- TERRADILLOS BASOCO, J., “Incidencia de la posición o situación personal, pública y privada, en la responsabilidad criminal”, *CDJ*, 1995.
- TIEDEMANN, K., *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht im Nebenstrafrecht*, Tübingen, 1969.
- TIMPE, G., *Strafmilderung des Allgemeinen Teils des StGB und das Doppelverwertungsverbot: Untersuchung zu den Paragraphen 23 Abs. 2, 13 Abs. 2, 17 Satz 2 und 46 Abs. 3 StGB*, Berlin, 1983.

- TORÍO LÓPEZ, A., "Delitos contra la Administración Pública. Indicaciones críticas generales", en de la Barreda Solórzano, L. / Fellini Gandulfo, Z. (coord.), *Estudios de Derecho penal y criminología en honor de Javier Piña y Palacios*, México, 1985.
- TORÍO LÓPEZ, A., "Injusto penal e injusto administrativo (presupuestos para la reforma del sistema de sanciones)", en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Prof. E. García de Enterría*, Madrid, 1991.
- TORÍO LÓPEZ, A.: "Indicaciones para una concepción dualista de la tentativa", en *Presupuestos para la Reforma penal*, Santa Cruz de Tenerife, 1992.
- TORNOS MAS, J., "Infracciones y sanciones administrativas: el tema de su proporcionalidad en la jurisprudencia contencioso-administrativa", *REDA*, n° 7, 1975.
- DEL TORO MARZAL, A., "El nuevo delito de tortura", en Mir Puig, S. (ed.), *La reforma del Derecho penal*, Barcelona, 1980.
- TORRES FERNÁNDEZ, M. E., "El principio *non bis in idem* en la Jurisprudencia constitucional", *LL*, 2000- 4.
- TRAUMANN, C., *Die Anwendung der Bestechungsdelikte auf die inhaber privater Ingenieur und Planungsbüros. Ein Beitrag zur Auslegung des Amtsträgerbegriffs nach 11. Abs. 1 Nr. 2 c StGB*, Dissertation, Tübingen, 1996.
- TRAYTER JIMÉNEZ, J. M., "Sanción penal - sanción administrativa: el principio 'non bis in idem'", *Pf*, n° 22, 1991.
- TRAYTER JIMÉNEZ, J. M., *Manual de Derecho disciplinario de los funcionarios públicos*, Madrid, 1992.
- TRAYTER JIMÉNEZ, J. M. / AGUADO I CUDOLÀ, V., *Derecho administrativo sancionador: Materiales*, Barcelona, 1995.
- TRÖNDLE, H., "§ 11", *LK*, 1. Band, 10. völlig neu bearbeitete Aufl., Berlin, New York, 1988.
- VALEIJE ALVAREZ, I., "Aspectos problemáticos del delito de concusión (diferencias con el cohecho)", *RGD*, 1994.
- VALEIJE ÁLVAREZ, I., "Consideraciones sobre el bien jurídico protegido en el delito de cohecho", *EPC*, Vol. XVIII, 1995.
- VALEIJE ÁLVAREZ, I., *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, Madrid, 1996.
- VALEIJE ÁLVAREZ, I., "Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y personas que desempeñan una función pública", *CPC*, n° 62, 1997.
- DE LA VALLINA VELARDE, J., "Sobre el concepto de funcionario de hecho", *RAP*, n° 29, 1959.
- VASSALLI, G., "La riforma dei delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione", *QG*, n° 46, 1985.

- VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., “El consentimiento del ofendido en los delitos contra la Administración Pública” (Sobre el bien jurídico protegido en los delitos “del cargo”), *EPC*, vol. XXII, 2000.
- VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., *La circunstancia agravante de prevalimiento del carácter público (art. 22. 7ª del Código penal)*, Valencia, 2001.
- DE VEGA RUIZ, J. A., *El acoso sexual como delito autónomo*, Madrid, 1991.
- VENEZIANO, G., *Modifiche al sistema penale. Legge 24 novembre 1981, núm. 689, I. Depe-nalizzazione e illecito amministrativo*, Milano, 1982.
- VENTURA PÜSCHEL, A.: “Sobre el conocimiento de algunos elementos del tipo en los delitos especiales (Comentario a la sentencia dictada el 20 de mayo de 1992 por el Tribunal Militar Territorial Primero de Valencia)”, *PJ*, nº 29, 1993.
- VERA JURADO, D. J., “El principio *non bis in idem* y su aplicación a las relaciones de sujeción especial de la policía gubernativa (STC 234/1991, de 10 de diciembre de 1991)”, *REDA*, nº 79, 1993.
- VÉRON, M., *Droit pénal spécial*, 4ª ed., Paris, Milan, Barcelone, 1995.
- VIADA Y VILASECA, S., *Código penal reformado de 1870 con las variaciones introducidas en el mismo por la Ley de 17 de julio de 1876: concordado y comentado*, Vol. 2º, 4ª ed., Madrid, 1890.
- VILLAPALOS, G., *Los recursos contra los actos de gobierno en la Baja Edad Media. Su evolución histórica en el reino castellano (1252-1504)*, Madrid, 1976.
- VIOLANTE, L., “Per una moderna e chiara separazione dei poteri”, *QG*, nº 45, 1985.
- VIOLANTE, P., “Sulle proposte di riforma dei reati contro la Pubblica Amministrazione”, *GP*, Vol. XC (XXVI de la 7ª Serie), 1985, Parte Prima.
- VIRET, J., “La responsabilité de l’administration et de ses agents à l’ épreuve du droit pénal contemporain”, *AJDA*, nº 11, 1995.
- VIRTO LARRUSCAIN, Mª J., “El delito de prevaricación del funcionario público”, en Asúa Batarrita, A. (ed.), *Delitos contra la Administración pública*, Bilbao, 1997.
- VITU, A., “Crimes et délits contre la chose publique”, *RSC*, nº 4, 1968.
- VIVES ANTÓN, T. S., “Detenciones ilegales”, en Vives Antón, T. S. / Gimeno Sendra, J. - V., *La detención*, Barcelona, 1977.
- VIVES ANTÓN, T. S., “Introducción: Estado de Derecho y Derecho penal”, *CLP*, Tomo I, 1982.
- VIVES ANTÓN, T. S., “La responsabilidad de los jueces en el Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial”, *EPC*, Vol. IX, 1986.
- VIVES ANTÓN, T. S., “‘Ne bis in idem’ procesal”, en *La libertad como pretexto*, Valencia, 1995.
- VIVES ANTÓN, T. S., en T. S. Vives Antón (coord.), *Comentarios al Código penal de 1995*, Vol. I, Valencia, 1996.
- VOGEL, J., *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Berlin, 1993.

- VOGLER, T.: "Vor § 22", *Leipziger Kommentar*, I. Band., 10. Aufl., Berlin, New York, 1989.
- VOGLER, T.: "§ 22", *Leipziger Kommentar*, I. Band., 10. Aufl., Berlin, New York, 1989.
- VOGLER, T.: "§ 23", *Leipziger Kommentar*, I. Band., 10. Aufl., Berlin, New York, 1989.
- WACKE, G., "Aussprache über das besondere Gewaltverhältnis", *VVDStRL*, n^o 15, 1957.
- WAGNER, H., "Neue Tendenzen im Bereich der Amtsdelikte", *ZRP*, 1975.
- WAGNER, H., *Amtsverbrechen*, Berlin, 1975.
- VON WEBER, H., *Grundriss des Deutschen Strafrechts*, Bonn, 1948.
- WEIGEND, T.: "Die Entwicklung der deutschen Versuchslehre", en H. J. Hirsch / T. Weigend (Herausgegeben von), *Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland*, Band I, Berlin, 1989.
- WELP, J., "Der Amtsträgerbegriff", en Küper, W. (herausgegeben von), *Festschrift für K. Lackner*, Berlin, New York, 1987.
- WELZEL, H., "Der Irrtum über die Amtspflicht", *JZ*, 1952.
- WELZEL, H., *Das Deutsche Strafrecht. Eine Systematische Darstellung*, 4. Aufl., Berlin, 1954.
- WELZEL, H., *Das Deutsche Strafrecht. Eine Systematische Darstellung*, 9. Aufl., Berlin, 1965.
- WELZEL, H., *Derecho penal alemán*, 4^a ed. castellana, trad. de la 11^a ed. alemana de J. Bustos Ramírez / S. Yáñez Pérez, Santiago de Chile, 1993.
- WESSELS, J., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat und Ihr Aufbau*, 27. neubearbeitete Aufl., Heidelberg, 1997.
- WIESENER, A., *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Stellvertretern und Organen*, Frankfurt, 1971.
- WOLTER, J., *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, Berlin, 1981, pp. 328 y 329.
- ZABALEGUI MUÑOZ, M^a C., "La malversación de caudales públicos", *CDJ*, 1994, IV.
- ZORNOZA PÉREZ, J. J., *El sistema de infracciones y sanciones tributarias (Los principios constitucionales del Derecho sancionador)*, Madrid, 1992.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., "El Título V ('Delitos contra la libertad'), del Libro II ('Delitos y sus penas') de la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código penal. Ministerio de Justicia. Madrid. 1983", *DJ*, Vol. I, 1983.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., "Omisión e injerencia con relación al supuesto agravado del párrafo 3 del artículo 489 bis del Código penal", *CPC*, n^o 24, 1984.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *Fundamentos de Derecho penal. Parte general: las teorías de la pena y de la ley penal*, Valencia, 1993.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Libertad personal y seguridad ciudadana*, Barcelona, 1993.
- ZACZYK, R.: *Das Unrecht der versuchten Tat*, Berlin, 1989.



MINISTERIO
DE ADMINISTRACIONES
PÚBLICAS

INAP

INSTITUTO NACIONAL
DE ADMINISTRACIÓN
PÚBLICA



UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA