

# Sobre el bien o bienes jurídicos protegidos en los denominados delitos contra la Administración pública

ANDRÉS DELGADO GIL

Profesor doctor de Derecho Penal. Univ. Católica de Ávila

SUMARIO: I. La rúbrica del Título XIX: «Delitos contra la Administración pública». 1. La búsqueda del criterio de agrupación en la rúbrica del Título VII, Libro II, CP anterior. 2. Planteamientos doctrinales y toma de postura respecto a la interpretación de la rúbrica del Título XIX CP 1995. A) La justificación del contenido actual del Título XIX a partir de una rúbrica revisada. B) La reforma del contenido del Título XIX a través de uno más amplio, cuya rúbrica sea capaz de abarcar todos los comportamientos contra las actividades públicas.–II. El contenido actual del Título XIX y el bien jurídico protegido. 1. De la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos. 2. Del abandono de destino y de la omisión del deber de perseguir delitos. 3. De la desobediencia y denegación de auxilio. 4. De la infidelidad en la custodia de documentos y de la violación de secretos. 5. Del cohecho. 6. Del tráfico de influencias. 7. De la malversación. 8. De los fraudes y exacciones ilegales. 9. De las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función. 10. De los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales.–III. Determinación del objeto de protección genérico en el Título XIX, Libro II CP.–IV. Conclusiones.–V. Bibliografía.

## I. LA RÚBRICA DEL TÍTULO XIX: «DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA»

### 1. **La búsqueda del criterio de agrupación en la rúbrica del Título VII, Libro II, CP anterior**

La función principal que están llamadas a cumplir las rúbricas de los títulos y capítulos del CP es la de determinar, o servir para ello, el

bien jurídico protegido con la incriminación de los comportamientos que allí se prevén (1).

Con esta perspectiva, a partir de la interpretación de la rúbrica del Título XIX, Libro II, CP («Delitos contra la Administración pública») trataré de establecer en lo que sigue si su dicción permite averiguar qué es lo protegido penalmente en el conjunto de delitos ubicados en él, entre los que se encuentra el grupo más reducido de conductas delictivas que ulteriormente estudiaré con más detalle.

A este efecto tomaré como punto de arranque la consideración de la rúbrica del Título VII, Libro II CP anterior, cuyo tener literal era: «De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos», precedente inmediato de la actual del Título XIX. Pretendo extraer de su análisis ciertas conclusiones que, según entiendo, servirán para interpretar posteriormente la rúbrica del Título XIX, Libro II, CP. No me extenderé, sin embargo, en este análisis habida cuenta los numerosos trabajos doctrinales que se han dedicado a su interpretación, normalmente como medio de interpretación sistemática de alguno o algunos de los delitos contenido en uno u otro de los capítulos de ese título (2).

Ya he apuntado que la función principal de las rúbricas de títulos y capítulos es la de determinar, o servir para ello, el bien jurídico protegido o, al menos, el criterio de agrupación observado por la ley. Con esta premisa, era opinión mayoritaria la imposibilidad de encontrar en la rúbrica del Título VII, Libro II, CP anterior un bien jurídico aglutinador de todas las incriminaciones allí situadas. Por esta razón, aunque también por otras, la doctrina se pronunciaba a favor del cambio de titulación.

Así, solía mantenerse que la rúbrica parecía responder a una agrupación que atendiera a la cualidad del sujeto activo, esto es, el funcionario público («Delitos de los funcionarios públicos...»), en lugar de seguir el criterio habitual del bien jurídico protegido (3). Otras críticas

---

(1) Vid. OCTAVIO DE TOLEDO, *La Ley*, 1996-5, 1514, a lo que añade: «en el peor de los casos, las rúbricas de títulos y capítulos deben servir bien para expresar el criterio de agrupación observado por la ley, que a veces se identificará con el llamado «bien jurídico de la categoría» o bien jurídico genérico del conjunto de las incriminaciones situadas en el título o capítulo correspondiente, o bien, siquiera, para describir sucintamente la caracterización común de las conductas incluidas en ellos».

(2) Vid. OCTAVIO DE TOLEDO, *La prevaricación*, 135 a 150.

(3) Así, CASABÓ, «Introducción», 190 ss.; QUINTANO, *Compendio*, 161; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Manual*, 148; MARTÍN CANIVELL, «Prevaricación», 1697; decía, finalmente, MIR, S., «Nombramientos ilegales», 309, que la rúbrica del actual Título XIX CP rompe «con una tradición que utilizaba una rúbrica que, apartándose de lo usual en el CP, no aludía al bien atacado por los delitos correspondientes, sino a

tradicionales (aunque sólo sea por su habitualidad) se centraban en la existencia de delitos que, ubicados fuera de este título, eran cometidos también por funcionarios públicos, lo cual significaba un quebranto en la intención de la rúbrica (4); en parecido sentido, que dentro del Título VII había delitos que no eran cometidos por funcionarios públicos como rezaba la rúbrica, sino por particulares (5).

Estas críticas llevaron (6), como he apuntado, a que la doctrina mayoritaria abogara por el cambio en la rúbrica. Las posiciones doctrinales citadas fueron tenidas en cuenta, al menos en cuanto al cambio en la rúbrica se refiere, por el legislador de 1995; la rúbrica del Título dejará de ser «De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos» para convertirse en «Delitos contra la Administración pública» (7).

Sin embargo, esta doctrina mayoritaria fue refutada por algunos autores (8), que vieron en la rúbrica del Título la posibilidad de extraer conclusiones acerca de la existencia de un bien jurídico común a los delitos allí ubicados, en el sentido de bien jurídico de la categoría o criterio de agrupación coherente (9).

---

los sujetos activos de los mismos: «De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos». Tal proceder entrañaba dos inconvenientes. El primero, obviamente, que no se orientaba al intérprete en la determinación del bien jurídico-penal que ha de servirle de guía. El segundo, que desconocía el hecho de que fuera del Título había no pocos delitos cuyo sujeto activo también había de ser un funcionario público (así los delitos contenidos en la Sec. 2.<sup>a</sup> del Capítulo II, Título II, Libro II, titulada «De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes»).

(4) Vid. QUINTANO, *Compendio*, 161. Por su parte, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Manual*, 147, señalaba que la rúbrica «De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes» (Capítulo II, Título II, Libro II) pone de manifiesto que el criterio aglutinador en función del sujeto activo no es absoluto y, por ello, al menos a primera vista, pierde fuerza o sentido la sistemática del Código».

(5) Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Manual*, 148; GARCÍA ARÁN, *Prevaricación judicial*, 24.

(6) Una breve crítica doctrinal a la rúbrica del Título VII CP anterior puede verse en GONZÁLEZ CUSSAC, *Prevaricación de funcionario*, 16 ss.

(7) Adelanto que, en mi opinión, el cambio en la rúbrica no ha supuesto una mejora sino, acaso, al revés. No obstante, creo que el legislador de 1995 tuvo una excelente oportunidad para adecuar el contenido del Título con su rúbrica, dando de esta forma cobertura a las opiniones doctrinales que he expuesto de forma escueta. Esta posibilidad no ha sido aprovechada según veremos a continuación.

(8) A partir del trabajo de OCTAVIO DE TOLEDO, *La prevaricación*, otros autores asumieron, al menos en parte, sus conclusiones acerca del objeto de protección.

(9) Decía OCTAVIO DE TOLEDO, *La prevaricación*, 136 y 137, que las conclusiones mayoritarias conformadas a partir de una interpretación exclusivamente gramatical de la rúbrica del Título VII «son claramente insatisfactorias, por cuanto

La idea consistía en integrar en la rúbrica el concepto de «funcionario público» proporcionado por el artículo 119 CP anterior. De esta forma, la rúbrica señalaría los delitos de quienes por disposición inmediata de la ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participen del ejercicio de funciones públicas... cuando ejerzan esas funciones (10).

Por tanto, y en conclusión, lo protegido en el Título VII eran las funciones públicas (11). No obstante, se aclaraba que tales funciones no habían de identificarse tan solo con las administrativas, sino también con las desempeñadas en el ámbito ejecutivo, judicial y parlamentario. Pero además, y al mismo tiempo, que este concepto de «funciones públicas» había de interpretarse desde el punto de vista constitucional, imposibilitando, por tanto, un concepto omnicomprendivo de Administración Pública, que en poco podía casar con la teoría de la división de poderes (12).

En definitiva, si bien la argumentación precedente encontraba finalmente en las funciones públicas un bien jurídico de la categoría, parecía necesario un cambio en la rúbrica del Título VII CP anterior con el fin de hallar este mismo objeto de tutela de manera más sencilla y clara. De otra parte, la idea de localizar en las funciones públicas el bien genéricamente protegido sirve para ofrecer una interpretación a

---

cierran todo camino de construcción coherente con la materia contenida en el Título VII». En sentido contrario, puede verse, por todos, MIR, S., «Negociaciones prohibidas», 203, cuando señala que «contra lo que suele suceder en el Libro II del Código penal, la rúbrica del título (se refiere al Título VII; «De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos») en que se contiene el delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios no ofrece ninguna indicación que pueda auxiliar en la búsqueda del bien jurídico objeto de ataque en dicho delito». No obstante, entiendo el autor que, del análisis de todos los delitos se pone de manifiesto que en ellos se lesiona alguno de los dos bienes jurídicos siguientes: la pureza de la Administración [...] o el correcto funcionamiento interno de la Administración». El mismo razonamiento lo realiza este último autor en MIR, S., *NEJ*, 345.

(10) *Vid.* OCTAVIO DE TOLEDO, *La prevaricación*, 136 a 143.

(11) Matizaba OCTAVIO DE TOLEDO, *La Ley*, 1996-5, 1516, diciendo que «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». [...] 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».

(12) *Vid.* OCTAVIO DE TOLEDO, *La Ley*, 1996-5, 1516. Por otro lado, esta mínima explicación que ahora incluyo está largamente fundamentada en OCTAVIO DE TOLEDO, *La prevaricación*, 136 a 143. De cualquier forma, concluye el propio autor reconociendo la oscuridad de la rúbrica, achacada a una formulación más vulgar que técnica, que ha ido perdiendo la claridad que tuvo en el momento de su aparición en el CP 1822 debido a las numerosas reformas legislativas posteriores.

la (a mi juicio fallida) rúbrica del Título XIX del Código actual, además de para proponer una nueva titulación.

## 2. Planteamientos doctrinales y toma de postura respecto a la interpretación de la rúbrica del Título XIX CP 1995

Gran parte de la doctrina ha aplaudido no sólo el hecho de que el legislador variase la rúbrica, sino también el resultado concreto (13). Como he indicado, las críticas vertidas acerca de la rúbrica del CP anterior llevaron al legislador a tomar la decisión, rompiendo con la tradición (14), de modificarla, siendo en el Código actual «Delitos contra la Administración pública» (15).

La nueva rúbrica, se dice, atiende al bien jurídico protegido a través de la preposición «contra» (Delitos contra... la Administración pública) (16). Esta nueva titulación refleja el deseo por indicar en los

---

(13) Así, por todos, MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios a la PE*, 1559, quienes señalan que «el cambio en la rúbrica operado en este Título, así como su diversa sistemática y contenido, permiten abordar su análisis desde una nueva perspectiva. Este cambio de rumbo responde a la necesidad de adecuar la tutela penal de la Administración pública a parámetros constitucionales»

(14) La rúbrica de este Título (con su numeración correspondiente) no ha variado excesivamente desde la primera codificación penal. Así, en el CP 1822, el Título VI se titulaba «De los delitos y culpas de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos». La rúbrica del Título VIII (para los Códigos de 1848 y 1850) así como del Título VII (en el caso del CP 1870), rezaba «De los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos». A partir del CP 1928 dejó de utilizarse en la rúbrica del Título el término «empleado», sustituyéndose por el de «funcionario público»; de esta forma, los títs. V, VIII y VII (Códigos de 1928, 1932 y 1944, respectivamente) se referían a «Delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos», si bien el primero de ellos, el de 1928, terminaba con la coletilla «y otros análogos». Puede verse una amplia explicación sobre esta cuestión en VÁZQUEZ-PORTOMEÑE, *Los delitos contra la Administración Pública*, 87 ss. En páginas precedentes (79 a 86) recoge el origen histórico del sistema de responsabilidad penal de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos previo a la primera codificación penal.

(15) En el Título XIX del CP 1995 se incluyen nueve capítulos. Estos capítulos se ocupan de la prevaricación y otros comportamientos injustos (arts. 404 a 406), del abandono de destino y de la omisión del deber de perseguir delitos (arts. 407 a 409), de la desobediencia y denegación de auxilio (arts. 410 a 412), de la infidelidad en la custodia de documentos y de la violación de secretos (arts. 413 a 418), del cohecho (arts. 419 a 427), del tráfico de influencias (arts. 428 a 431), de la malversación (arts. 432 a 435), de los fraudes y exacciones ilegales (arts. 436 a 438) y, por último, de las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios y de los abusos en el ejercicio de su función (arts. 439 a 445).

(16) Así, PORTERO, «prevaricación de funcionario», 1412; también ROLDÁN BARBERO, «infidelidad», 1413, quien señala que «Sobre la oportunidad de la nueva

propios rótulos el objeto de protección; pero veremos ahora que en este caso la nueva rúbrica no permite extraerlo si queremos atender al Texto Constitucional de 1978 y a las normas posteriores acordes con él (17).

Dos son las razones fundamentales por las que la nueva rúbrica no permite reconocer el bien jurídico del grupo de delitos allí reflejados, que pretende localizarse en la «Administración pública» (18).

De una parte, existen delitos que no sólo atentan contra la actividad administrativa, sino que lo hacen también contra otro tipo de actividades (así la judicial o la parlamentaria). De esta forma, sin ser ahora exhaustivo (19), los delitos ubicados en el capítulo objeto de este trabajo y cuyo epígrafe es «De las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función» pueden cometerse no sólo por funcionarios administrativos, sino también por quienes desempeñan actividades judiciales o parla-

---

terminología del citado título [se refiere el autor al Título XIX] [...] con acierto, se ha armonizado bajo el criterio del bien jurídico la regulación de estos delitos, superándose la antigua concepción, que los aunaba en torno al sujeto activo».

(17) El artículo 1.1 CE. señala que «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho [...]». A partir de esta caracterización del Estado pueden extraerse algunas conclusiones referidas a los límites al ejercicio del *ius puniendi* del mismo. En cuanto al concepto de bien jurídico protegido, distingue OCTAVIO DE TOLEDO, «Función», 7, entre una función política (que se desarrolla en el momento legislativo) y otra dogmática (que se desarrolla en el momento judicial de interpretación y aplicación de la ley). En la primera de las funciones, dice el autor, (pg. 8) que «se trata no ya de descubrir qué interés ampara al Estado con las normas que dicta –eso también–, sino de obligar al Estado a proteger ciertos intereses mediante esas normas y de impedir que tutele determinados otros intereses». El Estado social y democrático de Derecho que propugna la CE. no permite tutelar a la Administración pública como tal; se trataría de un «retroceso» (pg. 12). De este Estado se exige que esté al servicio de los ciudadanos; el objeto de protección no puede ser, por tanto, el propio Estado –ni los organismos que han de cumplir con la función administrativa, sino la actividad misma. Sería necesaria una interpretación de la rúbrica del Título XIX en este último sentido para adecuarla al precepto constitucional (pero, aun así, su contenido no se ajustaría con el que pretende proteger la rúbrica).

(18) Dice OCTAVIO DE TOLEDO, *La Ley*, 1996-5, 1517, que, «debe concluirse, como mal menor, que la rúbrica del Título XIX es totalmente inexpressiva del bien jurídico. Pues lo que expresa, tanto en sí cuanto, sobre todo, en conexión con su contenido, es contrario a la Constitución».

(19) Esta opinión la sustenta OCTAVIO DE TOLEDO, *La Ley*, 1996-5, 1517. Realiza el autor un recorrido por los numerosos delitos del Título que pueden cometerse por jueces u otro personal judicial para acabar señalando que «una conclusión distinta a la apuntada llevaría al absurdo de tener que declarar impunes las conductas a que se refiere todo ese conjunto de ilícitos, cuando quien las ejecutara fuera, por ejemplo, un juez o un magistrado o quienes, de una u otra manera, se relacionan o intervienen en las actividades judiciales desempeñadas por ellos».

mentarias. Por tanto, no sólo se ataca a la actividad administrativa como parece desprenderse de la rúbrica (20).

En segundo lugar, el término «Administración pública» parece indicar que lo protegido es precisamente el organismo (o conjunto de organismos) que tiene la función de administrar, cuando lo que debería protegerse, de acuerdo con las normas constitucionales, es la función misma (21). De cualquier forma, aun entendiendo que el legislador quiso referirse a la «administración pública» en esta segunda acepción (única acorde con la CE (22)), se demuestra que en el Título no sólo se castigan atentados contra la actividad administrativa (23).

Estas críticas doctrinales no permiten observar a la «Administración pública» como bien jurídico. Se hace necesaria, por tanto, una revisión de la rúbrica capaz de aglutinar en ella al grupo de delitos a los que encabeza.

Parto para ello de lo siguiente: una cosa es el intento de justificación del contenido actual del Título XIX (una vez demostrada la ineficacia de la rúbrica vigente), proponiendo para ello otra titulación adecuada ahora para ese contenido, y otra, una visión más amplia, que

---

(20) No se pronuncia, en esta ocasión, de forma exhaustiva OCTAVIO DE TOLEDO, «tráfico de influencias», 1514, acerca de la rúbrica del Título XIX CP 1995 (aunque deja constancia de su opinión al indicar que los delitos de tráfico de influencias están «situados entre los (mal) llamados «Delitos contra la Administración pública»). Sin embargo, se refiere al «correcto desenvolvimiento de las funciones públicas» como genérico ámbito de protección de estas actuaciones; y que estas funciones públicas abarcan los ámbitos administrativo, judicial y parlamentario (si bien en este artículo el autor no realiza un estudio pormenorizado del delito de tráfico de influencias en sede parlamentaria). Por tanto, aunque de forma expresa no se mencionen ahora los problemas ocasionados con la rúbrica del Título, sigue construyendo el autor sus argumentaciones a partir de la crítica, que él mismo ha formulado, relativa al error en que ha incurrido el legislador de 1995 al cambiar la rúbrica del Título.

(21) En este sentido, dice JUANES, «funcionarios», 1590, que «Coincide la Doctrina al afirmar que la nueva rúbrica del Título XIX, mejora la del texto precedente, pero aún quedan diversas incógnitas, la fundamental es la del bien jurídico protegido [...] Pues bien, el Código Penal en el título examinado protege a los ciudadanos de tales conductas (se refiere el autor a las conductas de prevaricación, malversación, cohecho, etc.) de donde se desprende, a modo de conclusión final, que el bien jurídico protegido es el recto funcionamiento de la Administración, y no la Administración en sí misma». No obstante, aunque estoy de acuerdo con la conclusión, esto es, que lo protegido no puede ser la «Administración» en sí misma, no creo que la nueva rúbrica mejore la anterior.

(22) Dice GONZÁLEZ CUSSAC, «nueva regulación», 14, que «la reforma de 1995 configura la responsabilidad penal de los funcionarios públicos de un modo completamente distinto, en consonancia con la posición que ostentan en un Estado de Derecho».

(23) Esta tesis es la mantenida por OCTAVIO DE TOLEDO, *La Ley*, 1996-5, 1517, y en, del mismo autor, negocios 866 y 867.

implicaría una reforma de este contenido, estableciendo también para ello una nueva rúbrica. En definitiva, se puede tratar de justificar el contenido actual del Título modificando para ello únicamente su rúbrica o, de otra parte, podría modificarse el contenido del Título (proyecto mucho más ambicioso), lo cual implicaría también una reforma de su rúbrica.

A) LA JUSTIFICACIÓN DEL CONTENIDO ACTUAL DEL TÍTULO XIX A PARTIR DE UNA RÚBRICA REVISADA

El intento de justificación a través de un epígrafe distinto de todo el contenido del actual Título XIX es, ciertamente, complicado; y ello, fundamentalmente, por la existencia de delitos que pueden cometerse no sólo por funcionarios administrativos, sino, también, por miembros de la actividad judicial o parlamentaria (24).

Ante estas consideraciones, sería necesaria una rúbrica que pudiera alcanzar, visto lo anterior, la posibilidad de que no fuera un funcionario administrativo sino un miembro de la actividad judicial o incluso legislativa quien cometiese el delito. Estas cuestiones se verían satisfechas en una rúbrica que se refiriese a los delitos contra las actividades públicas en general.

Esta rúbrica presentaría una triple virtud: por una lado, estaría refiriéndose directamente al bien jurídico protegido a través de la fórmula utilizada tradicionalmente para ello (Delitos contra...). Por otro lado, el objeto de protección dejaría de ser la «Administración pública» y pasarían a ser las actividades públicas, comprensivas, sin mayor esfuerzo interpretativo, de las actividades ejecutivas, judiciales y parlamentarias. Pero, además, al añadir que se trata de las actividades públicas *en general*, advertiría sobre la posible presencia, en otros títulos, de diferentes delitos que podrían afectar también a algún aspecto de estas actividades.

Una de las críticas que podría formularse en este punto sería la inexistencia de motivos para recoger en un Título determinados delitos que afectarían a la actividad judicial, administrativa o parlamentaria cuando en el Título siguiente, por ejemplo, se pretende proteger únicamente la actividad judicial. Esta crítica hace preferible esa otra visión más amplia que implicaría una reforma del contenido del Título XIX y no sólo de su rúbrica.

---

(24) Así, la propuesta, nombramiento o toma de posesión ilegales, el abandono de destino y la omisión del deber de perseguir delitos, la infidelidad en la custodia de documentos o la violación de secretos, etc. Por supuesto también, como ya he indicado, las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios.

B) LA REFORMA DEL CONTENIDO DEL TÍTULO XIX A TRAVÉS DE UNO MÁS AMPLIO, CUYA RÚBRICA SEA CAPAZ DE ABARCAR TODOS LOS COMPORTAMIENTOS CONTRA LAS ACTIVIDADES PÚBLICAS

La propuesta de modificar la rúbrica del Título XIX es sólo un intento de justificar la existencia de todos los tipos delictivos allí recogidos. Pero se trata únicamente de atender a lo que hay. Este cambio provocaría una deficiente relación entre el Título XIX y otros títulos del Código en los que también es el correcto ejercicio de alguna actividad pública el bien jurídico protegido de la categoría. El Título XIX contendría un grupo de delitos que, atacando el bien jurídico «actividades públicas en general», podrían hacerlo a cualquiera de ellas en concreto: la administrativa, la judicial o la parlamentaria. Sin embargo, y por ejemplo, el Título XX protegería únicamente una de esas actividades, la judicial.

No parece lógica la existencia de dos títulos en los que uno abarca al otro y éste es una parte de aquél.

Sería preferible, por tanto, que la modificación no sólo afectase a la rúbrica de un Título, sino a la regulación sistemática de un grupo de delitos que atentaría contra cualquiera de las actividades públicas, recogiendo todos estos delitos en un solo Título. Este último estaría dedicado a los delitos contra las actividades parlamentarias, judiciales y administrativas (25). No obstante, mejor aún que lo anterior sería la

---

(25) Esta idea ya la propuso OCTAVIO DE TOLEDO, *La prevaricación*, 237, al sostener la «creación de un título de «delitos contra las actividades legislativa, judicial y administrativa» que, en capítulos separados, recoja, respectivamente, los delitos que afecten a intereses relacionados con cada una de ellas y, en un cuarto y último capítulo, a aquellas cualidades que todas deben poseer al ser ejercitadas». Esta misma propuesta la mantiene años más tarde (*La Ley*, 1996-5) cuando indica que «este título, dedicado a los delitos contra las actividades parlamentarias, judiciales y administrativas [...] acogería las incriminaciones que la ley penal ha de aprestar para proteger determinados rasgos o cualidades que, en todo caso, han de observarse o de respetarse en la práctica de cualquiera de esas actividades (por ejemplo la no venalidad), o que son comunes a dos de ellas (por ejemplo, la legalidad en las actividades judicial o administrativa) y, en fin, aquellas que son características de cada una». Tiempo después, apunta ya este autor (negocios, 866) que sería necesario «proceder a una reconstrucción sistemática y de contenido de estos grupos de delitos [se refiere ahora a los contenidos en los Títulos XIX, XX, XXI y XXII] bajo la perspectiva, precisamente, de su relación con el ejercicio de los poderes públicos. Reconstrucción que permitiría excluir alguna rúbrica legal (como la no sólo vacua sino, en ocasiones, contradictoria con el significado de algunos tipos recogidos bajo ella, de «delitos contra la Constitución»), modificar otras (como las inadmisibles de «delitos contra la Administración pública» o «delitos contra la Administración de Justicia»), expurgar y dotar de contenido más adecuado a ciertas agrupaciones (como las de los «delitos contra el orden público»), reubicar en su seno muchas figuras delictivas, alterar los términos de otras, despojar de farragosidad a algunas, evitar repeticiones innecesarias, etc.»

reconstrucción sistemática general y de contenido de los delitos ubicados, entre otros, en los Títulos XIX, XX, XXI y XXII CP bajo la perspectiva, precisamente, de su relación con el ejercicio de los poderes públicos (26).

## II. EL CONTENIDO ACTUAL DEL TÍTULO XIX Y EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN CADA UNO DE LOS DELITOS QUE LO COMPONEN

A pesar de toda la argumentación precedente y de la necesidad finalmente de esa reconstrucción sistemática general, me centraré ahora en el contenido actual del Título XIX, Libro II CP 1995.

Habida cuenta que la rúbrica el Título XIX distorsiona la búsqueda de un bien jurídico común a todas las figuras delictivas que en él se encuentran, parece aconsejable intentar determinar por otra vía ese bien jurídico genérico. Este nuevo camino que a continuación trataré de recorrer, consiste en averiguar los más concretos bienes jurídicos protegidos en los distintos grupos de delitos que componen el Título XIX y, en algunos casos, en las singulares figuras delictivas que integran esos grupos, para, seguidamente, comprobar si pueden reconducirse a un concepto general que abarque todos o la mayoría de ellos.

En el CP actual se han suprimido algunas de las figuras típicas que tradicionalmente habían formado parte del respectivo título, mientras

---

(26) La aludida reconstrucción sistemática y de contenido (indicando la ubicación correcta de cada uno de los delitos relacionados con el ejercicio de los poderes públicos) la realiza OCTAVIO DE TOLEDO, «corrupción», inédito. Así, sugiere la modificación del Título XVII, Libro II CP, dedicado a los «delitos contra la seguridad colectiva». Propone la creación de un nuevo Título, que llevara una rúbrica similar a la de «Delitos contra el correcto ejercicio de los poderes públicos». Este Título contendría un Capítulo I, que incriminaría los delitos consistentes en la práctica incorrecta de los poderes públicos, un Capítulo II «Delitos de corrupción relativos al ejercicio de los poderes públicos» y un Capítulo III «Delitos de obstaculización del correcto ejercicio de los poderes públicos». Por otra parte, apunta el «traslado de los que podrían denominarse (para constituir un título situado entre los dedicados a los «Delitos contra el honor» y los, mal llamados, «Delitos contra las relaciones familiares») «Delitos relativos al ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas que reconoce la Constitución» (Capítulo IV. Título XXI, Libro II CP [...]). Finalmente, propone la sustitución del Título «Delitos contra la Constitución» por otro parecido a «Delitos contra la estructura o instituciones políticas establecidas por la Constitución», con el contenido que allí recoge. Esta reconstrucción sistemática y de contenido de estos grupos de delitos puede verse también en OCTAVIO DE TOLEDO, «Programa».

que otras se han incorporado al actual Título XIX. Además, algunos delitos recogidos en el Título VII del CP anterior se han reubicado en otros títulos del CP 1995.

En cuanto a los delitos que ya no se hallan tipificados en el CP actual, encontramos el delito de prevaricación administrativa imprudente (art. 358, párr. segundo, CP anterior); el delito de renuncia o negativa a desempeñar un cargo público obligatorio sin la existencia de excusa legal o una vez desatendida ésta (art. 372, CP anterior); los delitos de anticipación, prolongación y abandono de funciones (arts. 373 a 376, CP anterior); y el delito de malversación imprudente (art. 395, CP anterior) (27).

Entre los delitos que hoy aparecen ubicados en título diferente al actual XIX procedentes del Título VII CP anterior, hallamos el delito de prevaricación judicial (ubicado en el Capítulo I, Título VII, arts. 351 a 357 CP anterior y en la actualidad en el Título XX «Delitos contra la Administración de Justicia», Capítulo I «De la prevaricación», arts. 446 a 449); también la prevaricación de abogados y procuradores (Capítulo I, arts. 360 y 361 CP anterior, y que el CP actual recoge entre los «Delitos contra la Administración de Justicia», si bien en el Capítulo VII, «De la obstrucción a la Justicia y la deslealtad profesional», art. 467); el delito de infidelidad en la custodia de presos (ubicado en el Capítulo II, «De la infidelidad en la custodia de presos», arts. 362 y 363 CP anterior y que en la actualidad se recogen en los arts. 470 y 471, Capítulo VIII, «Del quebrantamiento de condena», Título XX «Delitos contra la Administración de Justicia»); finalmente, el delito de usurpación de atribuciones (Capítulo VII, «De la usurpación de atribuciones y de los nombramientos ilegales», CP anterior, arts. 377 a 380), localizándose en la actualidad en los arts. 506 ss. del Capítulo III, «De los delitos contra las Instituciones del Estado y la división de poderes», Sec. Segunda, «De la usurpación de atribuciones» del Título XXI «Delitos contra la Constitución»).

Veamos ahora la actual configuración del Título XIX, teniendo en cuenta los delitos que han permanecido y que proceden de la regulación anterior así como las figuras que el legislador de 1995 introdujo por vez primera en el Código. Hay que tener en cuenta que, en reali-

---

(27) Señalan MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios a la PE*, 1561, que «con la despenalización de este tipo de conductas, el Legislador de 1995 opta por un modelo de intervención acorde con los principio de subsidiariedad y fragmentariedad, al transferir a otras ramas del ordenamiento jurídico la sanción de comportamientos de escasa trascendencia desde la perspectiva de los servicios que los poderes públicos prestan a la comunidad. De este modo, la sanción penal queda reservada únicamente para aquellos ataques más graves al modelo constitucional de Administración».

dad, el Título XIX recoge la mayoría de los delitos que anteriormente se tipificaban en el Título VII bajo la rúbrica «De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos».

## 1. De la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos

El Capítulo I, Título XIX, se titula «De la prevaricación (28) de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos» (29). Consta este capítulo únicamente de tres preceptos, artículos 404 a 406. El CP 1995 ha llevado al Título XX la incriminación de la prevaricación judicial (30), ha suprimido la prevaricación administrativa imprudente (31), ha redactado de forma diferente la prevaricación administrativa dolosa, ha cambiado la ubicación y la redacción de la prevaricación de abogados y procuradores (32); finalmente, ha creado tres tipos nuevos de prevaricación en los artículos 320, 322 y 329, localizados entre los delitos sobre la ordenación del territorio, delitos sobre el patrimonio histórico y los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, respectivamente (33).

(28) Para una visión histórica y comparada de este delito de prevaricación, *vid.* TEJERA, *La prevaricación*.

(29) Crítica OCTAVIO DE TOLEDO, *La Ley*, 1996-5, 1514, esta rúbrica, señalando que no cumple su función principal y que «es simplemente descriptiva de su contenido».

(30) Comenta QUERALT, *Derecho penal español. PE*, 772, que «de todos modos, téngase en cuenta que si bien los delitos contra la Administración de Justicia sólo los pueden cometer, de entre los funcionarios, sólo los que prestan sus servicios en dicho Poder, éstos también pueden cometer alguno de los delitos previstos en el Título XIX, p. ej. la desobediencia (art. 410, o el cohecho)». Se puede añadir que también el delito de prevaricación administrativa (art. 404 CP 1995) puede ser cometido por jueces y magistrados, puesto que, como dice OCTAVIO DE TOLEDO, *La Ley*, 1996-5, 1518, «quedan excluidos del artículo 404 los jueces y magistrados en el ejercicio de sus actividades propiamente jurisdiccionales. Pero no significa la exclusión de éstos (también «funcionarios públicos» a efectos penales) cuando actúan en asuntos calificables de no estrictamente judiciales, como subastas o expedientes disciplinarios».

(31) De forma desacertada según QUERALT, «prevaricación administrativa», 434.

(32) Algunos antecedentes históricos de este delito pueden verse en MONTES OLAVARRIETA, *prevaricación de abogados y procuradores*, 11 a 15.

(33) Sobre estas modificaciones en el CP 1995, *vid.* OCTAVIO DE TOLEDO, «norma jeroglífica», 15 y 16 y nota 14. En la nota a pie de página añade el autor que «lo que, pese a tantas transformaciones e innovaciones, no ha hecho es tipificar la prevaricación de fiscales: clamorosa laguna legal que en la actualidad, alarida contra la impunidad que implica».

El primero de los artículos actuales, el 404, incrimina la prevaricación administrativa dolosa, si bien restringe el alcance de este delito con relación al tipo descrito en el CP anterior. La actual redacción castiga al que «a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo» mientras que el CP anterior lo hacía al que «a sabiendas, dictare resolución injusta en un asunto administrativo» (34). Además, no se castiga, en la actualidad, la negligencia o ignorancia inexcusable del funcionario público al dictar una resolución manifiestamente injusta en asunto administrativo (35).

Conviene apreciar que el legislador de 1995 no tuvo en cuenta la configuración de este delito dada por los Proyectos de 1980 y 1992 que, si bien mantenían redacciones diferentes entre ellos, ambos aludían a que la resolución debía causar «grave daño a la causa pública o

---

(34) Apunta OCTAVIO DE TOLEDO, *La Ley*, 1996-5, 1520 y 1521, que «La sustitución en el precedente tipo doloso de la palabra «injusta» por la palabra «arbitraria», unida a la supresión del anterior tipo imprudente, responde, según creo, al propósito del legislador de restringir el alcance del delito de prevaricación de los funcionarios públicos. Este designio puede comprobarse ya en el Proyecto de Código Penal de 1980 (art. 462), la Propuesta de Anteproyecto de 1983 (art. 391) y el Proyecto de 1992 (arts. 384 y 385), si bien con fórmulas distintas a la finalmente recogida en el Código de 1995. Acaso con ello se haya querido acotar el número, estimado excesivo por el legislador, de acciones penales por prevaricación de los funcionarios públicos y, así, quepa detectar en este terreno una postura defensiva de las administraciones públicas». No obstante, también señala, a continuación, que «la disminución del alcance del tipo doloso de prevaricación de los funcionarios públicos que pueda suponer la sustitución del término «injusta» por el de «arbitraria», es probablemente menor que lo pretendido por sus preconizadores». En este sentido se pronuncian MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios a la PE*, 1567, cuando indican que «El Código penal se ha limitado a introducir algunos retoques de carácter técnico, de poca trascendencia, con la única excepción de la inclusión del término arbitraria. Sin embargo, a nuestro juicio, la sustitución del calificativo «injusta» por el de «arbitraria» no va a permitir interpretar en sentido esencialmente distinto este delito». También MARTÍN CANIVELL, «Prevaricación», 1699; FEJOO, «Delitos contra la Administración pública», 1681, entiende que «este cambio terminológico no afecta esencialmente a la interpretación tradicional del delito de prevaricación».

(35) Dice OCTAVIO DE TOLEDO, *La Ley*, 1996-5, 1520, que «carece de fundamento [la restricción operada], tanto dogmático como político-criminal, por lo que a la prevaricación por imprudencia grave se refiere y, además, tiene menor amplitud que la pretendida por sus mentores, por lo que a la prevaricación dolosa respecta». Sin embargo, GONZÁLEZ CUSSAC, *prevaricación de funcionario*, 69 y 70, proponía, aun antes de la actual configuración del delito, que esta prevaricación quedase limitada únicamente a la forma dolosa, constatando que «no prevarica quien al equivocarse comete una ilegalidad», sino que «prevarica aquel sujeto que conociendo la ilegalidad de la resolución la dicta o quien con total desprecio de las técnicas interpretativas llega a una solución también ilegal». Otras explicaciones las da este mismo autor en GONZÁLEZ CUSSAC, «nueva regulación», 34 a 37 (*vid.*, en contra, OCTAVIO DE TOLEDO, *La Ley*, 1996-5, 1520 y 1521).

a un tercero». Por otra parte, el Proyecto de 1980 ya recogió este delito en su Título X, titulado, como el actual, «Delitos contra la Administración pública».

Se trata, en definitiva, de que el funcionario sirve a los ciudadanos a través del dictado de resoluciones, las cuales han de responder a la legalidad vigente (36). Es por tanto el principio de legalidad el bien jurídico principalmente protegido en estos delitos (37). Que esto es así se constata, precisamente, en que la conducta sancionada en el artículo 404 es la de dictar una «resolución arbitraria» y «a sabiendas de su injusticia». Además, este principio de legalidad está íntimamente relacionado con el de prohibición de la arbitrariedad a los poderes públicos.

Ambos principios se encuentran recogidos en la CE en su artículo 9. Si el apartado primero apunta que los «poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico», el apartado tercero señala que «la Constitución garantiza el principio de legalidad [...] y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos». Estos principios vienen referidos a «los poderes públicos», por lo que no quedan restringidos al poder ejecutivo ni a la administración pública, sino que son extensivos a las actividades judiciales y a las parlamentarias (38). No obstante, tanto el principio de legalidad como el de prohibición de la arbitrariedad de los poderes públicos se recogen, además, de forma específica en otros preceptos constitucionales. Así, para la «Administración Pública», el artículo 103, apartado primero, indica que «La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales, y actúa [...] con sometimiento pleno a la ley y

---

(36) Dicen LÓPEZ GARRIDO/GARCÍA ARÁN, *El Código penal de 1995*, 177, que «no cabe resolución injusta sin apartamiento de la legalidad, o bien la ilegalidad de la resolución es el primer elemento de su injusticia».

(37) Por todos, OCTAVIO DE TOLEDO, *La prevaricación*, pp. 314 ss., y, más extensamente, en *La Ley*, 1996-5, 1524.

(38) Conviene recordar que la mayor parte de los delitos del Título XIX, Libro II pueden cometerse no sólo por funcionarios administrativos, sino también por miembros de la actividad judicial o, incluso, la parlamentaria. Con razón afirma OCTAVIO DE TOLEDO, *La Ley*, 1996-5, 1518, que «quedan excluidos del artículo 404 los jueces y magistrados en el ejercicio de sus actividades propiamente jurisdiccionales. Pero no significa la exclusión de éstos (también «funcionarios públicos» a efectos penales) cuando actúan en asuntos calificables de no estrictamente judiciales, como subastas o expedientes disciplinarios. Tampoco significa situar en todo caso fuera del alcance del art. 404 a los parlamentarios que, individual o colegiadamente, pueden dictar resoluciones no directamente vinculadas con la actividad legiferante». Y, siendo así, los principios de legalidad y de prohibición de la arbitrariedad propuestos como bienes jurídicos han de poder referirse, como así sucede, a todas las actividades públicas y no únicamente a la administrativa.

al Derecho». Además, el artículo 106 CE señala que «los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la *legalidad de la actuación administrativa*, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican» (39). Para la Administración de Justicia no se especifica tanto. Sí se confirma el sometimiento «únicamente al imperio de la ley» (art. 117.1 CE). En cuanto a la prohibición de la arbitrariedad, este principio habrá que extraerlo de su «independencia» y su «responsabilidad» (art. 117.1 CE), los cuales, además, constituyen garantía también de la imparcialidad y la objetividad con que han de actuar (40).

Además, por otra parte, el CP 1995 ha introducido los artículos 320, 322 y 329, todos ellos dentro del Título XVI «De los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente», del Libro II; Capítulo primero (delitos sobre la ordenación del territorio), segundo (delitos sobre el patrimonio histórico) y tercero (delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente), respectivamente.

Se trata, en todos los casos, de una forma de prevaricación específica agravada (41) con relación a la norma general de prevaricación de funcionarios públicos definida en el artículo 404 CP 1995. Entre este último artículo y los primeros puede comprobarse una similitud en determinados requisitos esenciales: así, que en todos los casos la conducta consiste en dictar una resolución arbitraria, la limitación subjetiva a los funcionarios públicos y, finalmente, que la pena prevista en el artículo 404 CP actual también se contempla en los restantes preceptos (42).

En el artículo 320 se incrimina a la «autoridad o funcionario que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente proyectos de edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes» (apartado primero) y cuando «por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado haya resuelto o votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia» (apartado segundo).

---

(39) La jurisprudencia ha entendido que en este artículo se protege la vigencia del Derecho a través de la aplicación que se hace del mismo (STS 04.02.02), o el correcto ejercicio de la función pública (STS 04.12.03 y 17.05.2002) sujeta al sistema de valores instaurados en el CE en los artículos 103 y 106 (STS 31.03.04 y 14.11.00). Todas estas sentencias vienen citadas en ÁLVAREZ GARCÍA, *Doctrina penal*, 662.

(40) Vid. LÓPEZ GARRIDO/GARCÍA ARÁN, *El Código penal de 1995*, 177.

(41) En este sentido, entre otros, MARTÍNEZ-BUJÁN, *Derecho penal*. PE, 734, 738 y 750 y CARMONA SALGADO, *Derecho penal*. PE, 679, 688 y 712. Con relación al artículo 320 CP indica VERCHER, *Ordenación del territorio*, 1945, que «se trata de un tipo especial de prevaricación agravado en razón del bien jurídico protegido».

(42) Vid. GÓRRIZ, *prevaricación urbanística*, 122.

En estos supuestos, las penas serán las establecidas en el artículo 404 CP 1995 y, además, la de prisión de seis meses o dos años o la de multa de doce a veinticuatro meses.

El artículo 322 contiene un tipo de prevaricación específica con una estructura idéntica a la del artículo 320. No obstante, lo que se castiga ahora es que la «autoridad o funcionario, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente proyectos de derribo o alteración de edificios singularmente protegidos» (apartado primero) y cuando «por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado haya resuelto o votado a favor de su concesión» (apartado segundo). Las penas son idénticas a las establecidas en el artículo 320 CP 1995.

Finalmente, el artículo 329 CP 1995 incrimina a la autoridad o funcionario público que, «a sabiendas, hubiere informado favorablemente la concesión de licencias manifiestamente ilegales que autoricen el funcionamiento de las industrias o actividades contaminantes a que se refieren los artículos anteriores, o que con motivo de sus inspecciones hubieren silenciado la infracción de Leyes o disposiciones normativas de carácter general que las regulen» (apartado primero), y a la autoridad o funcionario que «por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado hubiese resuelto o votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia» (apartado segundo). En todos los casos, las penas serán las establecidas en el artículo 404 CP 1995 y, además, «la de prisión de seis meses a tres años o la de multa de ocho a veinticuatro meses».

El bien protegido en estos tres delitos de prevaricación es, al igual que en el tipo del artículo 404 CP 1995, tanto el principio de legalidad como la prohibición de la arbitrariedad de los poderes públicos. No obstante, estos bienes jurídicos protegidos han de ponerse en relación con el concreto ámbito en el que opera cada uno de ellos; esto es, la ordenación del territorio (art. 320) (43), el patrimonio histórico (art. 322) y los recursos naturales y el medio ambiente (art. 329). Por tanto, el objeto de protección significado con las expresiones «ordenación del territorio», «patrimonio histórico» y «recursos naturales y medio ambiente», «se acumula al más general tutelado por la prevaricación administrativa común del artículo 404» (44).

---

(43) En sentido parecido, aunque con matices, dicen RODRÍGUEZ PUERTA/VILLACAMPA, «materia urbanística», 1739 ss., que las conductas incriminadas en el artículo 320 CP «conculcan el principio de legalidad en el ejercicio de las funciones públicas así como ponen en peligro el medio ambiente». Respecto del bien protegido, fundamentalmente en el artículo 319 CP, puede verse CARDENAL MURILLO, «delito urbanístico», pp. 171 ss.

(44) *Vid.*, aunque únicamente referido al artículo 329, OCTAVIO DE TOLEDO, «norma jeroglífica», 20 y 21.

En estos tres delitos de prevaricación específica se prevé, además de la pena del artículo 404 CP 1995, las de prisión o multa. Ello parece el «reflejo de la punición de ofensas a bienes jurídicos distintos» (45).

Por otra parte, los artículos 405 y 406 contienen dos figuras próximas y que estarían englobadas en lo que la rúbrica denomina «[...] y otros comportamientos injustos» (46): los nombramientos ilegales y la aceptación de esos nombramientos por parte del propuesto, nombrado o persona a quien se da posesión del cargo.

El primero de los artículos, el 405 (47), se hallaba ubicado, con algunas diferencias, en el Capítulo VII del CP anterior, junto a la usurpación de atribuciones («De la usurpación de atribuciones y de los nombramientos ilegales»).

El legislador de 1995 tuvo en cuenta las críticas doctrinales que se basaban en la nula relación existente entre la usurpación de atribuciones y los nombramientos ilegales, lo cual impedía su regulación conjunta. De esta forma, la usurpación de atribuciones se recoge en los artículos 506 ss. CP 1995 (Título XXI «Delitos contra la Constitución», Capítulo III «De los delitos contra las Instituciones del Estado y la división de poderes», Sec. II «De la usurpación de atribuciones») (48).

La redacción actual restringe la aplicación del precepto (art. 405) al indicar que ha de realizarse la acción por parte del funcionario «en el ejercicio de su competencia» y, además, «a sabiendas de su ilegalidad», circunstancias que no aparecían en el tipo anterior. La mención

(45) Así, GÓRRIZ, *prevaricación urbanística*, 123. Expresamente, hablan de delitos de carácter pluriofensivo, RODRÍGUEZ PUERTA/VILLACAMPA, «materia urbanística», 1743.

(46) Recuerdo de nuevo la crítica que hace OCTAVIO DE TOLEDO, *La Ley*, 1996-5, 1514, de la rúbrica. Pone de manifiesto que «La calificación, en efecto, de estas conductas [se refiere el autor a los arts. 405 y 406] como «comportamientos injustos» puede, desde luego, aplicarse a ellas, pero también a cualquiera otra de las incriminadas por la ley: desde el homicidio del artículo 138 del Código Penal, a la falta de uso público e indebido de condecoraciones oficiales del artículo 637 del propio Código, pasando por la alteración grave del hábitat de los propágulos de especies o subespecies de flora amenazada, a la que, con tan meridianas expresiones para sus destinatarios, se refiere el artículo 332 del mismo texto legal». Tampoco están de acuerdo con la redacción de la rúbrica MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios a la PE*, 1575, aunque sí con la nueva ubicación del delito del artículo 405, dado que «responde en mejor medida que en el anterior Código penal a su verdadera naturaleza».

(47) Desarrolla este delito CATALÁN SENDER, *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios*, pp. 103 ss.

(48) *Vid.* MIR, S., *NEJ*, 345 y los autores allí citados; así, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. PE*, 1976, pp. 524 ss.

a la autoridad en nada lo diferencia del tipo precedente, en el que no se incluía (49).

Este delito puede seguir denominándose «delito de nombramientos ilegales» dado que es la forma tradicional de hacerlo y la nueva redacción, pese a cambiar la ubicación sistemática, lo que pretende es cubrir todo el proceso de incorporación de las personas a un determinado cargo público, esto es, la propuesta, el nombramiento y, ahora, el dar posesión para el ejercicio de un cargo público.

Se trata, en definitiva, de una forma específica de prevaricación, aunque con diferencias en la conducta típica, «en la que el funcionario adopta una resolución –nombra, propone o da posesión de un cargo público–, sin que concurren los requisitos legales para ello» (50). Por tanto, el bien tutelado será también, como en el delito de prevaricación administrativa, el respeto al principio de legalidad que han de tener aquellos que ejercen funciones públicas y la prohibición de la arbitrariedad de todos los poderes públicos.

En cuanto a la aceptación de esos nombramientos (art. 406), constituye una novedad en la legislación de 1995, si bien el Proyecto de 1980 ya la incluía en su art. 442 (51). En este delito, pese a que el sujeto activo puede ser cualquiera, se requiere la intervención de otra persona; un funcionario público competente que propone, nombra o da posesión para el ejercicio de un cargo público. Se trata así de un delito de participación necesaria. En este artículo 406 se constata que el respeto al principio de legalidad no sólo obliga a quien ejerce funciones públicas, sino a cualquier ciudadano, que debe sujetarse en su actuación a los principios de funcionamiento (partiendo de los consti-

---

(49) Como es sabido, a efectos penales, quien es autoridad también es funcionario público, por lo que la mención expresa a las autoridades (no sólo en este delito sino en otros muchos de este mismo Título) no añade nada nuevo en cuanto a los posibles sujetos activos. Lo único que puede ocasionar son errores en la interpretación de los correspondientes tipos; es por esto por lo que OCTAVIO DE TOLEDO, *La Ley*, 1996-5, 1515, señala que «hay que volverse a plantear la razón de la persistencia en utilizar ambas expresiones. Cuando es así que nadie se equivocaría si empleara sólo la de «funcionarios públicos» en los casos en que quisiera acoger los dos conceptos, y únicamente la de «autoridades» en aquellos otros en que quiera excluir del tipo correspondiente a los demás funcionarios públicos en sentido penal». Finaliza este autor diciendo que el motivo de esta doble inclusión «sólo puede residir en una coyuntural operación «de cara a la galería»: que nadie pueda llegar a pensar que sólo se castiga a los funcionarios y no a sus superiores, a las autoridades. Lo que ocurre es que el Código Penal no existe para hacer propaganda; ni siquiera para demagogias menores».

(50) MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios a la PE*, 1575.

(51) Dice QUERALT, *Derecho penal español*. PE, 781, que se trata de una «figura de novedosa creación que pretende privilegiar, sin razón, un tipo de participación necesaria o de inducción al delito anterior» (se refiere al delito del art. 405).

tucionales) de los poderes públicos cuando entablan relaciones con ellos (52).

## 2. Del abandono de destino y de la omisión del deber de perseguir delitos

El Capítulo II (arts. 407 a 409), Título XIX, Libro II, se titula «Del abandono de destino y de la omisión del deber de perseguir delitos».

Del Capítulo VI, Título VII, Libro II, CP anterior («De la anticipación, prolongación y abandono de funciones públicas») sólo se prevé en la actualidad lo que el CP anterior regulaba en su artículo 376, párrafo segundo. De esta forma, el hoy artículo 407 incrimina al funcionario que abandona su destino con el propósito de no impedir o no perseguir determinados delitos o de no ejecutar las penas correspondientes. Por tanto, la anticipación y prolongación de funciones públicas así como otro tipo de abandono de destino diferente del indicado [que conformaba el art. 376, párr. primero, CP anterior (53)] dejan de ser punibles penalmente y sólo sancionables en vía administrativa (54); excepto lo establecido en el artículo 409, en el que se incrimina a las autoridades o funcionarios públicos «que promovieren, dirigieren u organizaren el abandono colectivo y manifiestamente ilegal de un servicio público» (apartado primero) o «meramente tomaren parte en el abandono colectivo o manifiestamente ilegal de un servicio público esencial y con grave perjuicio de éste o de la comunidad (apartado segundo)».

No obstante, se han incluido en este Capítulo II otros tipos previstos en diferentes ubicaciones en el CP anterior. Así, el actual artículo 408 castiga la omisión del deber de perseguir delitos de forma

(52) En parecido sentido, MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios a la PE*, 1580.

(53) CATALÁN SENDER, *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos*, 115, apunta que la razón de la despenalización de las conductas de mero abandono del destino o de la función (art. 376, párr. primero, CP anterior) está en que «los valores a que respondían dichos delitos han quedado obsoletos en la actualidad y prueba de ello es la no incriminación de estas conductas en otros Ordenamientos Penales de nuestro entorno», además de por «el escaso eco jurisprudencial que venían teniendo con anterioridad al nuevo Código».

(54) Dicen MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios a la PE*, 1580, que el motivo de que el actual CP conserve la tipificación de determinados supuestos de abandono de funciones públicas se debe a la «distinta significación y trascendencia que estas conductas tienen desde la perspectiva del correcto desempeño de la función pública». Por otro lado, la razón de la despenalización de las conductas indicadas se debe, según estos autores, a su escasa trascendencia para el bien jurídico protegido.

parecida a como lo hizo el derogado artículo 359 (Capítulo I, «De la prevaricación») si bien ahora con redacción más precisa (55).

Tanto el delito de abandono de destino con el propósito de no impedir o no perseguir delitos (art. 407 CP 1995), como el de dejar intencionadamente de promover la persecución de delitos de los que tenga noticia el funcionario o de sus responsables, faltando a la obligación del cargo (art. 408 CP 1995), deberían trasladarse, de *lege ferenda*, al Título dedicado a los delitos contra la Administración de Justicia (56). No obstante, recuérdese lo ya indicado en el sentido de que sería preferible la existencia de un solo Título en el que estuvieran reguladas todas las conductas atentatorias contra las actividades públicas; administrativas, judiciales y parlamentarias. En estos artículos el bien tutelado es, en algunos casos, el interés en que las resoluciones judiciales se cumplan o, de forma más general, el buen funcionamiento de la administración de justicia (57). No obstante, también se ha dicho que lo tutelado en el artículo 407 CP 1995 es el principio de legalidad en el ejercicio de las funciones públicas (58). Aun estando de acuerdo en parte con esto último, entiendo que finalmente es el correcto funcionamiento de la actividad judicial lo protegido, por lo que su traslado, con los matices ya apuntados, a otro Título de Código parece necesario.

Por otra parte, el artículo 409 supone una novedad en las codificaciones penales, aunque puede encontrarse algún precedente, en cuanto al párrafo primero («autoridades o funcionarios públicos que promovieren, dirigieren u organizaren el abandono colectivo y manifiestamente ilegal de un servicio público»), en el PCP 1980, en su artículo 448. En cuanto al párrafo segundo, se introdujo en la tramitación parlamentaria y en él se castiga a «las autoridades o funcionarios públicos que meramente tomaren parte en el abandono colectivo o

---

(55) Señalan MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios a la PE*, 1585, que «este cambio sistemático resulta, «prima facie», de difícil justificación, pues es palmaria la afinidad del precepto comentado con el delito de prevaricación. No obstante, la nueva ubicación puede encontrar fundamento en el parentesco que la presente figura delictiva guarda con el resto de infracciones contempladas en el Capítulo II del Título XIX».

(56) En el mismo sentido, indican PAZ RUBIO/COBIÁN REGALÉS, *Código penal*, 3882, que los artículos 407 y 408 CP 1995 afectan más bien a la Administración de Justicia, debiéndose ubicar, por tanto, en el Título siguiente (Título XX, CP actual, «Delitos contra la Administración de Justicia»).

(57) *Vid.* ORTS, «desobediencia y denegación de auxilio», 341 y 345. En la SAP Zaragoza 18.04.00 se localiza el objeto de tutela en «la Justicia Penal».

(58) MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios a la PE*, 1582 y 1583. En este sentido la STS 06.04.98.

manifiestamente ilegal de un servicio público esencial y con el perjuicio de éste o de la comunidad» (59).

Se trata de un precepto en el que lo protegido es la eficacia con que los funcionarios han de llevar a cabo sus actividades públicas, de acuerdo con lo establecido en el artículo 103.1 CE, que resulta lesionada cuando el funcionario promueve, dirige u organiza el abandono colectivo y manifiestamente ilegal de un servicio público o meramente toma parte en el mismo, en este último caso con grave perjuicio para el servicio público o para la comunidad.

### 3. De la desobediencia y denegación de auxilio

El contenido del Capítulo III (arts. 410 a 412), «De la desobediencia y denegación de auxilio (60)», es similar al del Capítulo V (arts. 369 a 372) CP anterior, si bien con algunas variaciones.

El delito de desobediencia, recogido en los dos primeros artículos del Capítulo III, presenta pocas novedades respecto a la regulación anterior, contemplándose en el artículo 410 un tipo básico y uno cualificado en el 411.

El artículo 410 se refiere, en cuanto al sujeto activo, a la autoridad o funcionario público, mientras que su antecesor (art. 369) sólo lo hacía a los funcionarios. Como es sabido, en nada queda modificado el tipo por esta cuestión al estar incluidas las autoridades en el concepto de funcionario público. Por otra parte, este añadido se repetirá en los demás tipos regulados en el Título XIX.

En el artículo 410, apartado primero, es significativo el cambio de la expresión «sentencias» por la de «resoluciones judiciales», término

---

(59) En el párrafo primero se dice «abandono colectivo y manifiestamente ilegal», mientras que en el segundo se cambia la conjunción copulativa por la disyuntiva, esto es «abandono colectivo o manifiestamente ilegal». De esta forma, MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios a la PE*, 1589 y 1590, apuntan que, de acuerdo con una interpretación teleológica, habría que entender que «el segundo párrafo del artículo 409 se refiere también a abandonos colectivos y manifiestamente ilegales». Sin embargo, con buen criterio señala Feijoo, «Delitos contra la Administración pública», 1682, que ha de respetarse en la interpretación penal el principio de legalidad. De *Lege ferenda*, sería necesaria una reforma del precepto (o corrección de errores, en su caso) para evitar interpretaciones que no se ajustan al principio de legalidad por considerar que la finalidad del legislador ha sido otra a la que finalmente se ha plasmado en el precepto.

(60) Sobre la separación de estos dos delitos hasta el CP 1870 y sobre las diferencias entre ellos en la jurisprudencia, puede verse CATALÁN SENDER, *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos*, 147 a 149.

éste más amplio que puede englobar no sólo sentencias, sino providencias y autos (61).

El apartado segundo de este artículo recoge un caso de falta de responsabilidad criminal para el supuesto en que la autoridad o funcionario no cumplan un «mandato que constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de Ley o de cualquier otra disposición general». El CP 1995 añadió la expresión «o de cualquier otra disposición general», lo cual alcanza no sólo a la Ley, sino también a reglamentos generales.

El artículo siguiente, 411, presenta una redacción parecida a la del artículo 370 del CP anterior, modificándose la pena de prisión prevista en el CP anterior (e inhabilitación especial) por la de multa en el actual (e inhabilitación especial). Se trata de un tipo derivado del previsto en el artículo anterior cuya realización ya no está conminada con pena de prisión (62). El motivo de la especificidad reside en la perseverancia en no cumplir con lo mandado.

En ambos preceptos parece estar presente la idea de jerarquía recogida en el artículo 103.1 CE. En este sentido, «entre quien dicta la orden y quien la recibe ha de existir una relación jerárquica así establecida por el Derecho administrativo funcional» (63).

Sin embargo, no puede ser el principio de jerarquía el único bien jurídico tutelado en estos artículos (64); al menos no, por ejemplo, cuando un funcionario administrativo desobedece al juez o magistrado integrante del Poder Judicial. Recuérdese que una de las críticas que podían formularse a la actual rúbrica del Título XIX «Delitos contra la Administración pública» es que existen delitos que no sólo atentan

---

(61) Sin embargo, se entendía que ya con la expresión «decisiones», indicadas a continuación de las «sentencias» en el precedente artículo 369, quedaban recogidos otro tipo de resoluciones; así, las providencias y los autos. *Vid.* ÁLVAREZ GARCÍA, *El delito de desobediencia*, 104 y nota 226.

(62) ÁLVAREZ GARCÍA, *El delito de desobediencia*, 177 a 179, consideraba que la pena del artículo 370 era desproporcionada en relación con la del 369 (hoy arts. 411 y 410, respectivamente) e incluso que podía tratarse de un precepto parcialmente inconstitucional. A pesar de la modificación de la pena, algunos autores siguen considerando el precepto incomprensible; así, MAQUEDA ABREU, *La desobediencia de los funcionarios*, 10. Sobre la proporcionalidad como límite a la prevención general, puede verse, OCTAVIO DE TOLEDO, *concepto*, 286.

(63) *Vid.* QUINTERO OLIVARES, *Comentarios a la PE*, 1593.

(64) Cita ÁLVAREZ GARCÍA, *Doctrina penal*, 682, la STS 14.10.92. La sentencia localiza el bien jurídico protegido en «la buena marcha de la Administración al servicio de los ciudadanos». A partir de lo ya indicado, en todo caso sería «la buena marcha de las actividades públicas al servicio de los ciudadanos». Pero se trataría de un bien genéricamente protegido en todos los delitos del Título XIX, por lo que se hace necesario concretarlo más.

contra la actividad administrativa como parece desprenderse de la titulación, sino que pueden hacerlo también contra otro tipo de actividades, como la judicial o la parlamentaria.

Por otra parte, el artículo 106.1 CE señala la supeditación de las actividades del Poder Ejecutivo al control del Poder Judicial: «Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican».

No obstante, puesto que entre los miembros del Poder Judicial y los integrantes del Ejecutivo no existe una relación de subordinación jerárquica (65), no puede ser el principio de jerarquía el único objeto de tutela. En todo caso, lo protegido será, precisamente y en unos casos, la supeditación del Poder Ejecutivo al control del Poder Judicial.

Algunos autores han localizado el objeto de protección en el ejercicio legítimo de la autoridad. Se trataría de un ejercicio «legítimo» en la medida en que «está orientado a servir los intereses generales, con sujeción a los principios fijados en la Constitución» (66).

Más bien creo que, partiendo del principio de jerarquía, puede argumentarse que este bien jurídico es instrumental al servicio de, al menos, la eficacia del servicio público. Por tanto, cuando sí exista una relación de subordinación, y entonces también de jerarquía, entre los funcionarios administrativos y sus superiores, los bienes jurídicos tutelados serán los principios constitucionales de eficacia y jerarquía consagrados en el artículo 103.1 CE.

Por otra parte, el delito de denegación de auxilio queda tipificado en el artículo 412 (antiguo 371). Consta este artículo de tres apartados, que distingue los siguientes supuestos: cuando el requerimiento procede de la «autoridad competente» y se dirige a un funcionario público (apart. primero); en segundo lugar, cuando el requerido sea autoridad, jefe o responsable de una fuerza pública o un agente de la autoridad (apart. segundo); y, por último, cuando el requirente es un particular que se dirige a una «autoridad o funcionario público» (67).

---

(65) En este sentido, ROLDÁN BARBERO, «desobediencia», 34, quien matiza que dada la separación entre los poderes, no se trata de subordinación de unos a otros, sino de cumplimiento de los deberes específicos de cada función o poder.

(66) Así, ORTS, *Derecho penal*. PE, 904 y 905; también en «desobediencia y denegación de auxilio», 349 Y 350.

(67) Señala RUBIO LARA, «Denegación», 31, en relación con el apartado tercero del artículo 412 CP actual lo siguiente: «con respecto a la ubicación del delito de denegación de auxilio a requerimiento de particular dentro de los delitos contra la Administración Pública, significar que el atentado directo que hace el funcionario público es a los bienes jurídicos de un particular y con la no evitación de delitos y

No obstante pueden apreciarse algunas modificaciones respecto de la regulación anterior. Cuando el requerimiento procede de una autoridad, ha desaparecido del CP 1995 el tipo cualificado que castigaba al funcionario cuando de su omisión resultara grave daño a la causa pública o a un tercero, fortaleciéndose así el carácter de delito de omisión pura (68). Sin embargo, sí se castiga con pena superior cuando la persona requerida sea autoridad, jefe o responsable de una fuerza pública o un agente de la autoridad (69).

El apartado tercero distingue, a efectos de la pena, entre que la omisión de la autoridad o funcionario requerido por un particular sea para evitar un delito contra la vida de las personas (párr. primero), o se trate de un delito contra la integridad, libertad sexual, salud o libertad de las personas (párr. segundo) o, finalmente, cuando el requerimiento lo fuera para evitar cualquier otro delito o mal (último párr.). La pena en estos supuestos va desde la más grave del párrafo primero a la más leve del último. El artículo 371 CP anterior practicaba una regulación unitaria, en la que no se distinguía, a efectos de la pena, entre los diferentes tipos de delitos para cuya evitación se requería el auxilio.

Por último, el artículo 372 CP anterior (rehusar o negarse a desempeñar un cargo público obligatorio sin que exista excusa legal o cuando ésta es desatendida) se ha suprimido y no se halla tipificado ya en el Código actual. Sin embargo sí se castigan determinados supuestos específicos (70).

Este delito de denegación de auxilio protege la colaboración y la coordinación que debe existir dentro de los diferentes sectores de las administraciones públicas (art. 103.1 CE). Pero también, el auxilio a la Administración de Justicia. Por tanto, en este precepto se presta

---

otros males también se atenta contra la seguridad ciudadana, como derecho constitucionalmente protegido (art. 104 C.E.). En nuestra opinión, la Administración pública únicamente de forma indirecta se ve afectada por el incumplimiento del funcionario, pues esta abstención no implica un atentado contra la Administración pública, sino únicamente una falta de protección del servicio público de seguridad al que viene obligada en su prestación la propia Administración pública, y por extensión el funcionario». Más adelante (pg. 35) propone que el artículo 412, párrafo tercero, se ubique, junto con otros delitos, en un Título que podría tener la rúbrica «De los delitos contra la seguridad ciudadana».

(68) *Vid.* QUINTERO OLIVARES, *Comentarios a la PE*, 1599.

(69) Dice QUINTERO OLIVARES, *Comentarios a la PE*, 1600, que «el fundamento de la calificación, que ha sido introducida por el CP de 1995, parece ser, de una parte, la idea de que las Autoridades tienen un deber especial de garantizar la colaboración entre Poderes, misión que contribuyen a realizar sus subordinados, aunque no tengan públicamente ese deber».

(70) Señalan en este sentido PAZ RUBIO/COVIÁN REGALES, *Código penal*, 3818, los artículos 511, 512, 527 y 604 del Código penal.

cobertura legal al «deber de colaboración entre los diferentes sectores de la Administración pública y de ésta y los demás poderes entre sí» (71). En definitiva, se trata de proteger la colaboración que debe existir entre los diferentes poderes del Estado y que ninguno de ellos pueda actuar prescindiendo de los otros (72). En estos casos no entra en juego el principio de jerarquía sino que nos encontramos ante situaciones de cooperación obligatorias que resultan de la necesaria coordinación entre poderes (73).

#### 4. De la infidelidad en la custodia de documentos y de la violación de secretos

El Capítulo IV, «De la infidelidad en la custodia de documentos y de la violación de secretos», prevé en los artículos 413 a 418 conductas que en el CP anterior aparecían recogidas en dos capítulos diferentes dentro del mismo Título VII, «De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos» (74). Por otra parte, el artículo 368 CP anterior se recoge hoy, con algunas modificaciones, en el Capítulo IX, «De las negociaciones y actividades prohibidas a las funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función» (art. 442) (75), y es, por tanto, particular objeto de estudio en el presente trabajo. Las razones de este cambio en la ubicación sistemática serán comentadas más adelante.

El artículo 413 [anterior art. 364 (76)] presenta algunas variaciones con respecto al CP anterior. Por una parte, se han ampliado las conductas típicas, al añadirse la de *inutilizar* a las ya existentes de

(71) Así, QUINTERO OLIVARES, *Comentarios a la PE*, 1597. *Vid.* del mismo autor, «desobediencia», 59 ss.

(72) ORTS, «desobediencia y denegación de auxilio», 355 y 356.

(73) MORALES GARCÍA, «denegación de auxilio», 273.

(74) Entienden acertada esta nueva opción sistemática unificadora MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios a la PE*, 1604.

(75) No obstante, no hay que olvidar que existen otras conductas que, aunque recogidas en otros lugares del Código, responden también a las infidelidades documentales. Así, la infidelidad documental de abogados y procuradores, regulada dentro del Título XX, «Delitos contra la Administración de Justicia», en su artículo 465. También el apoderamiento de documentos por parte de funcionario para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro del artículo 198 y la relación de secretos, y a la violación de la correspondencia mediando causa por delito (art. 535), del Capítulo V del Título XXI, «De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales». *Vid.* ROLDÁN BARBERO, «infidelidad», 1413.

(76) Sobre la regulación en el CP anterior de la revelación de secretos e informaciones por funcionario público puede verse, REBOLLO VARGAS, *La revelación de secretos*.

sustraer, destruir y ocultar (77). Además, la nueva redacción afirma que todas estas conductas pueden ser cometidas de forma total o parcial (78). Por otra parte, esas conductas sólo se pueden realizar sobre *documentos*, desapareciendo la referencia a los *papeles* (79).

En tercer lugar, a efectos de la determinación de la pena, el CP actual no distingue ya entre si hubo o no grave daño a tercero o a la causa pública.

La redacción del artículo 414 es sustancialmente diferente a la del precedente artículo 365. Se trata de un delito común, al poder cometerse tanto por la autoridad o funcionario como por el particular, posibilidad esta segunda introducida por vez primera en el actual Código en el párrafo segundo. En cuanto al párrafo primero, cambia la conducta y el objeto típico. Si en el CP anterior se hacía mención a los papeles o efectos sellados por la autoridad y al quebranto de los sellos o consentimiento para este quebrantamiento, el CP 1995 castiga al funcionario público (o autoridad) que tiene la custodia de documentos respecto de los que la autoridad competente ha restringido su acceso y destruye o inutiliza los medios puestos para impedir el acceso o consiente su destrucción o inutilización.

También se ha producido una modificación en la redacción del artículo 415 respecto del 366.1 CP anterior. Se castiga ahora a la autoridad o funcionario público no comprendido en el artículo 414 que, a sabiendas y sin autorización, accediere o permitiere acceder a documentos secretos cuya custodia le esté confiada por razón de su cargo, mientras que el CP anterior sancionaba al funcionario no comprendido en el artículo 365 que abriere o consintiere abrir sin autorización papeles o documentos cerrados cuya custodia le estuviere confiada (80).

---

(77) Sobre la introducción de este comportamiento se pronuncia ROLDÁN BARBERO, «infidelidad», 1415, y señala que «el nuevo Código ha introducido la inutilización como modalidad de conducta de la infidelidad material. La inutilización de un documento escrito equivale en la práctica a su destrucción. El nuevo término se justifica sobre todo en relación a los documentos informáticos, donde es perfectamente posible su inutilización sin el acto físico de destruir».

(78) Sin embargo, RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español*. PE, 1146, ya señalaban, en la regulación del CP anterior, que «es indiferente que la destrucción sea total o parcial, siempre que desaparezca una parte esencial del documento; no basta un simple deterioro».

(79) Aunque MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios a la PE*, 1609, entienden que con ello no se restringe el ámbito del delito, dado el concepto de documento a efectos penales que se obtiene del artículo 26.

(80) Sobre la nueva fórmula empleada y el alcance diverso de la nueva conducta típica, se pronuncian MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios a la PE*, 1616.

El párrafo segundo del artículo 366 CP anterior se ha convertido en el 416 actual, aunque con algunas modificaciones. La fundamental es la supresión en el nuevo Código de la mención a los *eclesiásticos*. Puede verse también el error del legislador de 1973 al referirse, en cuanto a las penas, a las señaladas en los tres artículos anteriores cuando, en realidad, eran dos artículos y un párrafo los que se hallaban delante (81).

En cuanto al delito de violación de secretos (82), queda regulado en los artículos 417 y 418 (Capítulo IV, «De la revelación de los secretos e informaciones y de la información privilegiada y su uso indebido», CP anterior, arts. 367 y 368).

La escasa modificación del primero de ellos responde a la reciente introducción en el CP (LO 9/1991, de 22 de marzo) del delito de violación de secretos. Sí es novedosa, sin embargo, la introducción del castigo al particular que aprovechar para sí o para un tercero el secreto o la información privilegiada que obtuviera de un funcionario público o autoridad (art. 418, introducido por primera vez en el CP 1995).

Hay que recordar, finalmente, que el derogado artículo 368 ha experimentado un cambio en su ubicación sistemática (y en su redacción), trasladándose del Capítulo IV, «De la revelación de los secretos e informaciones y de la información privilegiada y su uso indebido», CP anterior, al Capítulo IX, en concreto al artículo 442, objeto singular de este estudio (83); sobre esta cuestión trataré más adelante.

En todas las conductas descritas en los artículos de este capítulo se está protegiendo el buen funcionamiento de las actividades públicas. Para ello, se castigan comportamientos que tienen que ver con la preservación de la integridad o la confidencialidad de documentos e informaciones. En definitiva, el objeto de protección en estos delitos lo constituye la defensa de la integridad de determinados documentos

---

(81) En este sentido, señalan RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español*. PE, 1145, que «La formulación actual (se refieren los autores al CP 1973) procede del CP 1870, incluso el defecto de redacción del párrafo último del artículo 366».

(82) Algunas cuestiones sobre el secreto médico en la regulación anterior y, concretamente, la actividad psiquiátrica, pueden verse en OCTAVIO DE TOLEDO, «secreto profesional».

(83) Se pronuncia VIZUETA, *Delitos contra la Administración pública*, 40, nota 62, sobre esta cuestión y dice que, en su opinión, «podría defenderse que el uso por parte de autoridad o funcionario público de un secreto o de una información privilegiada, con ánimo de obtener un beneficio económico (art. 442), haya quedado extramuros del actual Capítulo IV, lo que resulta más difícil de justificar es que la regulación del artículo 418, debido a su semejanza con aquel precepto, no haya corrido la misma suerte».

así como la confidencialidad de ciertos secretos o informaciones cuya vulneración pone en peligro el correcto funcionamiento de las actividades públicas, ya sean administrativas, judiciales o parlamentarias (84).

## 5. Del cohecho

El Capítulo V, «Del cohecho» (85), reúne en nueve artículos (419 ss.) una regulación del delito de cohecho un tanto desordenada, extensa y excesivamente casuística (86). Además, como algún autor ha puesto de relieve, no existe una coincidencia entre el significado que de «cohecho» (87) proporciona la Real Academia y el que tiene según el CP (88).

---

(84) Dicen MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios a la PE*, 1604, que todas las conductas describen la «vulneración de aspectos instrumentales [...] como la preservación de la integridad o confidencialidad de documentos o informaciones». Además, continúan señalando que esos aspectos instrumentales son «impuestos a los funcionarios públicos como trascendentes y necesarios para la organización social y jurídica de la Administración». Sin embargo, en cuanto a esto último, habrá que tener en cuenta que en los delitos del Título XIX los funcionarios pueden atentar no sólo contra la administración pública (con minúscula), sino también contra la actividad judicial y la parlamentaria,

(85) Respecto de la reforma de los delitos de cohecho que propone el Proyecto 2006 de modificación del CP (arts. 419 a 427), manifiesta su disconformidad OCTAVIO DE TOLEDO, «corrupción», inédito, «al menos, por su incapacidad de solventar los problemas de técnica legislativa de que adolece –de manera grave– la actual normativa, a más de que tampoco resuelve los de política penal que asimismo padece en esta materia el CP vigente».

(86) Califica este Capítulo OCTAVIO DE TOLEDO, «negocios», 869, como «arcaico, casuístico, atormentado, repetitivo, desordenado y descoordinado». Por su parte, ORTS, *Derecho penal. PE*, 919 y 920, ve difícil encontrar un criterio unitario para la interpretación de todos los tipos ubicados bajo la misma denominación dada su variedad; finalmente, JUANES, «funcionarios», 1595, señala que «En conclusión, bajo la rúbrica «de cohecho» se incluyen en verdad conductas delictivas distintas, cuyo único elemento común lo constituye la idea de corrupción del funcionario, a quien se le paga [...] para que ejecute un hecho opuesto al ordenamiento jurídico en la mayoría de los casos, o para que realice incluso un acto válido, al que estaba obligado por razón de su cargo, para cuya consecución recibe una dádiva, o promesa, al margen de su sueldo».

(87) Para una visión histórica y comparada del delito de cohecho *vid.* TEJERA, *El cohecho*. Sobre la regulación del cohecho en el CP anterior puede verse, VALEIJE, *corrupción*; para el actual, OLAIZOLA NOGALES, *cohecho*. Sobre la terminología, CATALÁN SENDER, *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos*, 191 y 192.

(88) *Vid.* OCTAVIO DE TOLEDO, «negocios», 869 y 870. No obstante, termina afirmando este autor la vinculación entre las figuras de cohecho y su etimología,

Son significativas las novedades introducidas en el CP actual (89); así, en cuanto a lo que tradicionalmente se denomina «cohecho pasivo (90) propio (91)» (arts. 419 a 421), se aclara ahora que la solicitud o recepción de dádiva o presente o la aceptación de ofrecimiento o promesa puede ser «en provecho propio o de un tercero», resolviendo así las dudas doctrinales sobre lo que sucedía cuando el funcionario no pretendía para sí la dádiva, sino que la solicitaba o recibía en provecho de una tercera persona (92).

Por otro lado, en el artículo 419 se modifica la redacción del CP anterior (art. 385) por lo que se refiere al motivo de la punición. Si antes se decía «por ejecutar un acto relativo al ejercicio de su cargo que constituya delito», el CP actual establece ahora una finalidad: «para realizar en el ejercicio de su cargo una acción u omisión constitutiva de delito» (93).

La utilización de diferente preposición en los artículos 419 («para realizar») y 420 («por ejecutar») CP 1995 (94) al igual que sucedía en los artículos 385 y 386 CP anterior, puede ser criticada en la actualidad, en la que la disposición del autor a cometer un delito no debería incrementar lo injusto del delito de cohecho (95).

---

señalando que «el término “cohecho” parece que procede, en efecto, del supuesto latín vulgar *confectare*, equivalente a “arreglar”, “preparar” (DRAE)».

(89) Sobre el cohecho (fundamentalmente el activo) en la legislación penal española y comparada, puede verse, MATA BARRANCO, *corrupción*, pp. 20 a 32.

(90) Opina FEIJOO, «Delitos contra la Administración pública», 1684, que «La tradicional distinción entre “cohecho activo” y “cohecho pasivo” carece ya de sentido, pareciendo más correcto distinguirse a efectos interpretativos, [...] entre cohecho del funcionario y cohecho del particular». En el mismo sentido, MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios a la PE*, 1637.

(91) Sin embargo, RODRÍGUEZ PUERTA, *Cohecho*, 155 ss., señala que, si bien en el CP anterior podía asumirse esta nomenclatura (cohecho propio/impropio), en la actual regulación «las perturbadoras condiciones que impedían distinguir en el delito de cohecho entre el supuesto básico y las modalidades agravadas han desaparecido», por lo que llega a la conclusión de que «no existen razones para mantener la distinción entre cohecho propio e impropio, si con ella se persigue únicamente destacar la distinta significación de las modalidades agravadas de cohecho y la modalidad básica». La misma argumentación puede verse en MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios a la PE*, 1637.

(92) RODRÍGUEZ DEVESA. «Cohecho», 362, entendía que el comportamiento del funcionario que sólo actuaba en provecho de tercera persona era impune.

(93) *Vid.* RODRÍGUEZ DEVESA, «Cohecho», 362.

(94) Lo cual indica que, en el primero de los casos, el sujeto será castigado sin necesidad de que el delito objeto del cohecho se realice, mientras que en el segundo caso sí se realiza.

(95) *Vid.* MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA. *Comentarios a la PE*, 1639, en la que se tacha esta situación de «perturbadora previsión legal», indicando a continuación que «si bien esta calificación podía resultar explicable en otras épocas, en las

Otra diferencia significativa la encontramos en que el artículo 421 (abstenerse de un acto que debiera practicar en el ejercicio de su cargo) castiga al funcionario con pena de multa e inhabilitación, mientras que su predecesor lo hacía con pena de prisión y multa (arresto mayor y multa del tanto al triplo del valor de la dádiva solicitada, recibida o prometida).

En el artículo 422, que mantiene una redacción parecida a la del artículo 388 CP anterior, se amplía el ámbito de aplicación del cohecho pasivo a determinados sujetos que, no siendo funcionarios públicos a efectos penales (por faltarles el requisito de la habilitación para ello) sí participan en el ejercicio de la función pública (96).

Los artículos 423 y 424 regulan el cohecho cometido por un particular (97). A diferencia de lo que ocurría en el artículo 391 CP anterior, en el actual 423 se distingue, a efectos de la pena, entre el supuesto en que el particular corrompe (o lo intenta) al funcionario público a través de las dádivas, regalos, ofrecimientos o promesas y aquel otro en que el particular atiende a la solicitud del funcionario, supuesto este último en el que se atenúa la pena.

En el artículo 424 (98) (cuando el soborno del particular al funcionario lo es en una causa criminal a favor del reo), se introducen, con respecto al CP anterior, otras posibles relaciones con el reo que también provocarán el castigo. Así, no será sólo el cónyuge sino también «otra persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad» y, además, se introduce el parentesco por adopción.

Una cierta novedad (99) es la del artículo 427, en virtud del cual el particular que de forma ocasional haya accedido a la solicitud de dádiva por parte del funcionario y denuncie el hecho (antes de la apertura del correspondiente procedimiento y siempre que no hallan trans-

---

que delito de cohecho se entendía como medio para la comisión de otros delitos, esta concepción del delito comentado ha perdido hoy toda su vigencia».

(96) *Vid.* una crítica al artículo 422 CP 1995 en OCTAVIO DE TOLEDO, «negocios», 876 y 877.

(97) Argumentos a favor de la punición del cohecho activo impropio podemos verlos en FEIJÓO, «Delitos contra la Administración pública», 1685.

(98) Se trata en este caso de un tipo privilegiado debido a la situación del responsable del hecho, que actúa en una situación anímica que lleva a la ley a disminuir su conminación penal. Así, MESTRE DELGADO, *Derecho penal. PE*, 575.

(99) Puede verse, no obstante, la regulación del CP 1928 en la que, si la iniciativa partía del funcionario, únicamente se castigaba a éste si el particular, hubiera o no aceptado la solicitud, denunciaba el hecho. Si no lo hacía, el particular era castigado como encubridor del delito en que había incurrido el funcionario.

currido más de diez días desde la fecha de los hechos), quedará exento de pena (100).

Por último, los artículos 425 y 426 incriminan el denominado cohecho pasivo impropio. El segundo de éstos es similar al 390 CP anterior. Sin embargo, en el CP anterior no constaba la previsión del actual artículo 425, en el que el funcionario (innecesaria, de nuevo, la referencia a la autoridad, aunque el legislador vuelve a utilizarla ahora) solicita dádiva o presente o admite ofrecimiento o promesa para realizar un acto propio de su cargo o como recompensa del ya realizado. Estos artículos impiden aceptar al principio de imparcialidad como bien jurídico protegido en todos los delitos de cohecho, como expongo a continuación.

Son varias las posiciones en relación con el bien protegido en los delitos de cohecho (101). Así, la confianza de la sociedad en el correcto funcionamiento de la Administración (102) o la Administración como institución (103). Sin embargo, es habitual hoy en la doctrina científica localizar el objeto de protección de estos delitos en el respeto del principio de imparcialidad en el desempeño de la actividad o actividades públicas (104) una vez superada la teoría de deber del cargo, que aglutinaba las diferentes modalidades de cohecho en torno al deber de probidad que debía presidir la actuación del funcionario (105).

Sin embargo, no puede ser la imparcialidad lo protegido en el conjunto de artículos recogidos bajo la rúbrica «Del cohecho». Ello se debe, fundamentalmente y como he avanzado, a que existen algunos tipos de cohecho en los que la imparcialidad no se vulnera o no se pone en peligro. Así, cuando el funcionario solicita dádiva o presente

(100) Por lo que se refiere a esta excusa personal de exclusión de la pena, entiende MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. PE*, 996 y 997, que no está justificado este precepto. Con este sistema puede atraparse «a algún funcionario corrupto pero se deja impune al gran corruptor (empresario importante, o a intermediarios profesionales, etc.) que puede utilizarlo cuando le convenga [...]». Vid., también, las críticas a este precepto en GARCÍA ESPAÑA, *corrupción administrativa*, pp. 116-118. Por otra parte, como señala FABIÁN, *corrupción*, 122, este artículo 427 «eleva a eximente la atenuación prevista en el artículo 21.4 del CP, limitándola al ámbito del cohecho activo».

(101) Puede verse algunas propuestas realizadas por la doctrina en, por ejemplo, CARDENAL MONTRAVETA, *cohecho*, 304.

(102) Vid. CÓRDOBA RODA, *cohecho*, 176.

(103) La crítica realizada por OCTAVIO DE TOLEDO, *La Ley*, 1996-5, 1517, a la rúbrica del Título XIX, Libro II CP 1995 (lo protegido sería en todo caso la función administrativa y no la Administración como organismo o conjunto de organismos) puede hacerse también ahora. En un Estado democrático lo protegido no puede ser la Administración.

(104) Así, por ejemplo, MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios a la PE*, 1632 y VALEIJE, *cohecho*, pp. 354 ss.

(105) MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios a la PE*, 1632.

o admite ofrecimiento o promesa para realizar un acto propio del cargo (art. 425.1 CP 1995) o cuando el funcionario admite dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su función o para la consecución de un acto no prohibido legalmente (art. 426 CP actual) (106).

En todos los delitos de cohecho así como en los de tráfico de influencias, malversación, fraudes y exacciones ilegales y en las negociaciones y actividades prohibidas [conjunto de delitos relacionados tradicionalmente con la corrupción (107)] puede observarse una nota genérica común: el abuso del cargo con fines ajenos a los públicos (108) o, dicho de otra forma, «la preocupación por evitar la actuación pública en interés privado o el reflejo del interés privado en la actuación pública» (109).

Además, en todos los tipos de cohecho se persigue la existencia de un interés económico por parte del funcionario. Lo que se trata de evitar es el enriquecimiento ilícito que puede llegar a lograr el funcionario inmiscuyendo intereses privados en los públicos.

El bien jurídico protegido en estos delitos, una vez desechado el principio de imparcialidad, es la no venalidad del ejercicio de la actividad pública. El funcionario expone a la venta el ejercicio de su actividad para intentar conseguir un beneficio económico privado que nada tiene que ver con la actividad pública que desempeña. El enriquecimiento injusto del funcionario puede atajarse, precisamente, protegiendo la exposición a la venta del ejercicio de las actividades públicas (110).

Por tanto, si bien la ausencia de interés privado en las funciones públicas puede ser un criterio de agrupación de todas las figuras de cohecho (pero también de otros delitos, como los ya mencionados de tráfico de influencias, malversación, fraudes y exacciones ilegales y negociaciones y actividades prohibidas), el objeto de protección lo constituye la no venalidad del ejercicio de las funciones públicas.

---

(106) Además, como añade OCTAVIO DE TOLEDO, «negocios», 872, «no puede inferirse la exigencia de imparcialidad en su actuación de una norma (el art. 103 CE) exclusivamente referida a la administración pública. Habrían de traerse a colación los artículos de la Constitución 117.1, respecto a los jueces, y 124.2, respecto a los fiscales; sin que resulte posible [...] encontrar una norma similar respecto a los parlamentarios».

(107) MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios a la PE*, 1632.

(108) MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios a la PE*, 1632.

(109) *Vid.* OCTAVIO DE TOLEDO, «negocios», 870. El autor indica lo anterior refiriéndose exclusivamente a los delitos de cohecho, pero entiendo que puede hacerse extensivo a los demás delitos citados en el texto.

(110) La idea del enriquecimiento injusto y de la no venalidad del ejercicio de las funciones públicas la expuso ya OCTAVIO DE TOLEDO, «negocios», pp. 871 y 872.

## 6. Del tráfico de influencias

La LO 9/1991 de 22 de marzo introdujo por vez primera el delito de tráfico de influencias en el Capítulo XIII, Libro II CP anterior (111). La actual regulación alberga este delito en el Capítulo VI, «Del tráfico (112) de influencias», del Título XIX, en los artículos 428 a 431. Con anterioridad a 1991 ya la doctrina se había pronunciado por la necesidad de introducir estos delitos en el CP, puesto que no todos los comportamientos podían quedar subsumidos en los tipos entonces existentes destinados a castigar los delitos de funcionarios (113).

Los artículos 428 y 429 –antiguos arts. 404 bis a) y b)–, que prevén un tipo básico y otro agravado, ya no requieren que se produzca efectivamente una resolución de la que se derive un beneficio económico (114). Es suficiente para que se produzca la consumación la influencia del funcionario o autoridad «para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero». No obstante, de obtenerse el beneficio que se perseguía, la pena para el sujeto activo se agravará (115).

El artículo 430 CP 1995, en el que se incrimina a «los que, ofreciéndose a realizar las conductas descritas en los artículos anteriores, solicitaren de terceros dádivas, presentes o cualquier otra remunera-

---

(111) Indica CATALÁN SENDER, *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos*, 223, que este delito tenía ya un precedente en el CP 1928 (inspirándose éste en el Proyecto de 1912 y éste, a su vez, en el Código Penal italiano de la época), donde al regular el delito de cohecho se contemplaba y castigaba un limitado tráfico de influencias; fue con la reforma de 1991 del CP cuando verdaderamente adquirió carta de naturaleza este delito. Puede verse también CASAS BARQUERO, «Tráfico de influencias», 167 y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, «evolución legislativa», 223, y CABELLO, «Razón», pp. 83 ss.; además, sobre la regulación en la LO 9/1991, la tramitación parlamentaria del CP 1995 y el propio CP 1995, GARCÍA ARÁN, *tráfico de influencias*, pp. 19 y 20.

(112) Apunta OCTAVIO DE TOLEDO, «tráfico de influencias», 1522, que «a nadie deja de llamar la atención que, alusiva la rúbrica del Capítulo al «tráfico de influencias», realmente sólo sean conductas de tráfico, es decir, de comerciar o negociar con dinero y mercancías» las del «artículo 430 y, además, que ello lo sea, precisamente, no con las influencias mismas, sino con el mero ofrecimiento de llegar a ejercerlas»; de la misma opinión, MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios a la PE*, 1680.

(113) *Vid.* GARCÍA PLANAS, «tráfico de influencias», pp. 26 a 29; sobre cuestiones concursales en la actualidad, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. PE*, 1013 y MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios a la PE*, pp. 1686 a 1688.

(114) *Vid.*, para la situación anterior al CP 1995, RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. PE*, 1207; también, MUÑOZ CONDE, *Apéndice a Derecho penal. PE*, 1990, pp. 8 ss.

(115) En este sentido, FEIJOO, «Delitos contra la Administración pública», 1686.

ción, o aceptaren ofrecimiento o promesa», no parece que tenga que ver directamente con el ejercicio de la función pública, salvo su referencia a la misma como objeto de influencia (116). Así, no es necesario para la consumación de este delito «ni siquiera que se intente influir en los funcionarios públicos» [...], «ni que la oferta de influencia sea aceptada, ni que la solicitud de remuneración sea atendida» (esto último cuando se trata del ofrecimiento de influir con solicitud de remuneración) (117). Es, por tanto, difícil encontrar un bien «jurídico» y no, simplemente, conductas moralmente reprochables. No obstante, algunos autores lo han localizado en el «prestigio de la Administración» (118) o en «el buen nombre de la Administración» (119). Sin embargo, creo que, en todo caso, sería preferible localizar el objeto de tutela en el prestigio o el buen nombre de las actividades públicas, englobando de esta manera no sólo la actividad administrativa y, quizá, la judicial, sino también la parlamentaria. De cualquier forma, sería deseable, de *lege ferenda*, prescindir de esta modalidad delictiva en el CP puesto que no existe un verdadero interés jurídico para su permanencia sino, únicamente, razones morales (120).

En cuanto al bien jurídico tutelado en los artículos 428 y 429, conviene recordar que con este delito, así como con la mayor parte de los ubicados en el Título XIX «Delitos contra la Administración pública», no sólo se atenta contra la actividad administrativa, sino también contra la judicial y la parlamentaria. Por tanto, el objeto de protección que se halle no puede circunscribirse a la función administrativa, sino que ha de poder referirse también a las otras dos (121). Tampoco puede locali-

(116) Así, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. PE*, 1014.

(117) Así, OCTAVIO DE TOLEDO, «tráfico de influencias», 1522.

(118) Vid. MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios a la PE*, 1689.

(119) Vid. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. PE*, 1014

(120) En este sentido, MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios a la PE*, 1990, quienes apuntan que «estamos ante una figura delictiva, que ejerce una función meramente simbólica, exponente del recurso al Derecho penal para tranquilizar la conciencia colectiva; pobre y distorsionada misión para el Derecho penal, convertido en ocasiones en *prima ratio* no ya jurídica sino moral». Además, dice OCTAVIO DE TOLEDO, «negocios», 1522, que estas conductas resultan, sin embargo, «altamente inconvenientes desde distintos puntos de vista y, desde luego, discriminatorias o calificables de explotadoras. Y que, en todo caso, debieran estar previstas en los códigos deontológico y reglamentos disciplinarios profesionales».

(121) Por tanto, el bien jurídico tutelado no puede hallarse en la «función pública o administrativa», señalando luego que «se vulnera con la conducta aquí sancionada el mandato constitucional de que la Administración debe servir con objetividad a los intereses generales (art. 103.1 C.E.) y no a los individuales y espúreos de los gobernantes o funcionarios que forman parte del entramado de la misma. Es, en fin, la imparcialidad (art. 103.3 C.E.) [...] el bien jurídico tutelado» (así, CATALÁN SENDER, *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos*, pp. 226 y 227). Los

zarse en «la pureza y rectitud de la Administración y, por extensión, de los servidores públicos» (122); y ello, fundamentalmente, porque ni la «pureza» de la «Administración» ni su «rectitud» (o la de los servidores públicos que la integran) constituyen bienes «jurídicos», sino que vienen referidos a cuestiones morales, como ya he indicado.

La incriminación de los delitos de tráfico de influencias de los artículos 428 y 429 CP 1995 pretende evitar la interferencia de intereses particulares, no públicos, en la toma de decisiones públicas. Se pretende impedir la utilización de las funciones públicas para lograr intereses privados. Visto desde este punto de vista, los bienes jurídicos que se protegen son los de objetividad, imparcialidad, independencia e igualdad (123). Para evitar la interferencia de intereses particulares en los públicos, el funcionario ha de actuar de forma desinteresada o desapasionada (esto es, con objetividad); además, ha de faltarle cualquier designio anticipado o de prevención a favor o en contra de alguien o de algo (esto es, ha de actuar con imparcialidad); no ha de admitir intervención ajena (de forma independiente); finalmente, ha de actuar respetando la igualdad de todos los ciudadanos, sin que los intereses de unos sean tenidos en cuenta por encima de los de otros (124).

Además, estos bienes jurídicos hallados pueden observarse en relación con todas las actividades públicas; las administrativas, las judiciales y las parlamentarias. En este sentido, aunque la CE no es el único lugar en el que pueden encontrarse los bienes jurídicos a proteger penalmente, sí puede constituir un buen punto de partida para ello (125). El artículo 9 CE contiene las claves para encontrar los bienes jurídicos hallados en el delito de tráfico de influencias. El apartado primero señala que «los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico»; el apartado segundo indica que «corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas [...]»; finalmente, el apartado tercero del artículo 9 CE dice que «La Constitución garantiza el principio de legalidad [...] y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos».

---

apartados primero y tercero del artículo 103 CE sólo vienen referidos a la actividad administrativa y no a otras actividades públicas, por lo que su referencia no puede servir, o no únicamente, para determinar el bien protegido.

(122) Vid. CATALÁN SENDER, *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos*, 227.

(123) Así, OCTAVIO DE TOLEDO, «negocios», 1516.

(124) Vid. también, OCTAVIO DE TOLEDO, «negocios», 1516.

(125) Vid. OCTAVIO DE TOLEDO, «observancia», 1503.

Por tanto, el apartado segundo del artículo 9 CE proclama el principio de respeto de la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley (que el art. 14 CE también apunta) por parte de todos los poderes públicos (ejecutivo, legislativo y judicial). De otra parte, si los poderes públicos están sujetos a la legalidad (apartado primero) y, además, está prohibida la arbitrariedad de los mismos (apartado tercero), los principios de objetividad e imparcialidad con que han de actuar estos poderes públicos se encuentran, aunque sea implícitamente, en los citados principios. No obstante, para el caso de la actividad administrativa y la judicial y fiscal, alguno de estos principios se recoge, de forma explícita o no, en otros artículos de la CE. Así, referido a la actividad administrativa, el apartado primero del artículo 103 CE (Título IV «Del Gobierno y de la Administración») indica que «la Administración Pública sirve *con objetividad* los intereses generales [...]», mientras que el apartado tercero de este artículo dice que «la ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos [...] y las garantías para la *imparcialidad* en el ejercicio de sus funciones». En cuanto a la actividad judicial, estos principios se ven reflejados cuando el artículo 117 CE («Título VI «Del Poder Judicial») apunta la *independencia* de Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial que, además, están *sometidos al imperio de la ley*. Finalmente, los fiscales han de ejercer sus funciones «con sujeción, en todo caso, a los principios de legalidad e *imparcialidad*» (art. 124 CE, apartado segundo) y, además, tienen como misión *promover los derechos de los ciudadanos* (art. 124, apartado primero, CE).

En definitiva, tanto la independencia como la objetividad y la imparcialidad con que han de actuar aquellos que ejercen funciones públicas, así como el respeto a la igualdad de los ciudadanos, son principios predicables de todas las actividades públicas; así, de las administrativas, judiciales y fiscales. De otra parte, estos mismos principios, salvo el de imparcialidad, inspiran la actuación de las actividades parlamentarias.

Por otra parte, algunos autores han señalado la afinidad de las conductas de tráfico de influencias con el delito de cohecho, por cuanto se trata también de «evitar la desviación del interés general hacia fines particulares» (126) y, en este sentido, indican los principios de imparcialidad y objetividad como los bienes jurídicos tutelados en ambos delitos (127). Sin embargo, recuérdese que el objeto tutelado pro-

---

(126) Así, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*. PE, 1010.

(127) Vid. CUGAT, *La desviación del interés general*, pp. 104 ss. y MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios a la PE*, 1680, quienes apuntan, además, que la diferencia entre el delito de cohecho y el de tráfico de influencia está en que «a

puesto en los delitos de cohecho no es la imparcialidad sino la no venalidad en el ejercicio del cargo. Una de las razones para no ver en el principio de imparcialidad el bien tutelado es la existencia de tipos en el cohecho en los que de ninguna manera se vulnera o pone en peligro la imparcialidad; así cuando el funcionario solicita dádiva o presente o admite ofrecimiento o promesa para realizar un acto propio del cargo (art. 425.1 CP 1995) o cuando el funcionario admite dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su función o para la consecución de un acto no prohibido legalmente (art. 426 CP 1995).

Además, como algún autor ha destacado (128), la remisión que «hace el artículo 430 a los “artículos anteriores”, debe entenderse limitada a una parte de los artículos 428 y 429. De manera tal que, como consecuencia, los supuestos de hipotético concurso [con el cohecho] quedan directa y únicamente sujetos a la previsión del cohecho que hace el artículo 419 del Código Penal; en tanto que los supuestos concernientes al ofrecimiento de influir sobre la base de relaciones personales, quedan comprendidos en el artículo 430, sea o no el sujeto activo un funcionario público (en quien, acaso, quepa apreciar la agravante 7.<sup>a</sup> del art. 22 del Código Penal)». Y concluye señalando este mismo autor que «ello habla a favor de que los bienes jurídicos afectados por los delitos de cohecho y por los relativos al tráfico de influencias son en algo diferentes: en aquéllos se tratará de la no venalidad en el ejercicio del cargo, como antecedente de la legalidad, no arbitrariedad, objetividad, imparcialidad, independencia e igualdad; mientras que en éstos se trata, ya directamente, de estos valores».

## 7. De la malversación

La regulación del delito de malversación ha supuesto una modificación sustancial respecto a la del CP anterior (129). El Capítulo VII, «De la malversación» (arts. 432 a 435), varía, para empezar, la propia rúbrica; el Capítulo X CP anterior se titulaba «De la malversación de

---

diferencia de lo que ocurre en el delito de cohecho, en el tráfico de influencias se incriminan aquellos supuestos en los que se persigue situar al funcionario en una posición parcial respecto a su futura decisión utilizando medios distintos a los dádivas o presentes para influir en su proceso de motivación».

(128) OCTAVIO DE TOLEDO, «negocios», 1523.

(129) Para una visión de los antecedentes legislativos (también antes de la codificación), ENTRENA FABRÉ, *malversación*, pp. 15 ss.; OLESA, «malversación por sustracción de caudales», pp. 621 ss.; por otra parte, FEIJOO, «Delitos contra la Administración pública», 1686, entiende que estas modificaciones «deben valorarse en general de forma positiva. Sobre todo porque en la actualidad el delito de malversación goza de una unidad sistemática de la que carecía en la regulación anterior».

caudales públicos». Esta modificación en el epígrafe responde al intento por adecuar la rúbrica con el contenido real de los tipos, al no consistir siempre el objeto material del delito en caudales públicos (130), sino, en ocasiones, también en bienes pertenecientes a los particulares (131).

Pero no sólo la rúbrica del capítulo se ha modificado. Se ha producido una reestructuración que va más allá de lo que supone la omisión en la rúbrica del objeto del delito (132). Además, ha desaparecido la imposición de penas privativas de libertad en atención a la cuantía de lo sustraído, penas que podían llegar hasta los veinte años de reclusión cuando lo apropiado superaba los 2.500.000 pesetas, lo que podía resultar atentatorio al principio de proporcionalidad de las penas

Se han suprimido las modalidades contempladas en los artículos 395, 397 y 398 CP anterior (133). El artículo 395 castigaba (con diferentes penas según el valor) al funcionario que «por abandono o negligencia inexcusables diere ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos públicos» siempre que el valor de dichos caudales o efectos superase las 30.000 pesetas. Esta supresión traslada este tipo de situaciones al ámbito disciplinario, excluyendo de aplicación a la normativa penal.

Desaparece también el artículo 397 que sancionaba, con mayor o menor pena según resultare o no daño o entorpecimiento del servicio, al funcionario «que diere a los caudales o efectos que administrare una aplicación pública diferente de aquella a que estuvieren destinados» (134). El legislador ha tenido en cuenta las críticas referidas a la menor gravedad de esta infracción así como a la circunstancia de que la alteración del destino de los caudales viene impuesta en ocasiones por exigencias de la gestión del servicio público (135).

---

(130) Sobre el significado del término «caudales públicos», MORALES GARCÍA, *delitos de malversación*, pp. 117 ss.; También, CASTRO MORENO, *malversación de caudales*, pp. 153 a 156.

(131) Así, MORALES PRATS/MORALES GARCÍA, *Comentarios a la PE*, 1692.

(132) Las novedades más importantes pueden verse, de forma resumida, en MORALES GARCÍA, *delitos de malversación*, 28, y ROCA AGAPITO, *El delito de malversación*, pp. 68 ss.

(133) MORALES PRATS/MORALES GARCÍA, *Comentarios a la PE*, 1693, opinan favorablemente respecto a esta supresión; así, dicen que «el Capítulo dedicado a los delitos de malversación queda, pues, prácticamente vaciado de la carga autoritaria que las figuras aludidas imprimían, en tanto su existencia como delitos autónomos difícilmente podía explicarse sin recaer en la imposición de deberes administrativos-funcionariales que los mismos destilaban [...]».

(134) Sobre el artículo 397 CP anterior, MIR, C., «malversación», pp.75 ss. y CUAREZMA, «La naturaleza», pp. 197 ss.

(135) *Vid.* ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, «Malversación de caudales», 181.

Finalmente, queda suprimido el artículo 398, en el que se incriminaba al funcionario público que «debiendo hacer un pago como tenedor de fondos del Estado no lo hiciera», así como al que «requerido por orden de autoridad competente, rehusare hacer entrega de una cosa puesta bajo su custodia o administración».

Por otro lado, se ha incluido el artículo 434 en las previsiones operadas por el legislador de 1995. De esta forma, se tipifica el comportamiento del funcionario que «con ánimo de lucro propio o ajeno y con grave perjuicio para la causa pública, diere una aplicación privada a bienes muebles o inmuebles pertenecientes a cualquier Administración o Entidad estatal, autonómica o local u Organismos dependientes de alguna de ellas» (136). Sin embargo, se plantea un problema de delimitación respecto a las restantes figuras de malversación, que habrán de solventarse acudiendo a la interpretación del mismo sin rebasar el principio fundamental de legalidad (137).

Por último, además de los tipos que han resultado suprimidos y de aquel otro incluido por vez primera en la legislación penal, los comportamientos punibles que subsisten se han visto modificados con respecto a la regulación anterior.

---

(136) Para la distinción entre la modalidad de uso de caudales públicos del artículo 433 CP y la de uso de bienes muebles o inmuebles públicos del artículo 434 CP, puede verse, CASTRO MORENO, «modalidades de malversación de uso», pp. 23 ss.

(137) Es fundamental, en este caso, la idea aportada, entre otros, por ENTRENA FABRÉ, *malversación*, 93, en la que indica que «su inclusión en nuestro ordenamiento constituye un ejemplo más de cómo un interés esencialmente dirigido a acallar determinados escándalos políticos, conduce a la redacción precipitada de nuevos tipos penales, con sus consiguientes deficiencias técnicas, ya que resulta, en algunos aspectos, de difícil acoplamiento en el esquema tradicional de los delitos de malversación [...]». Los escándalos políticos a los que se hace mención son los del denominado «caso Juan Guerra»; las actas del debate parlamentario así parecen demostrarlo. *Vid.*, en cuanto a esto último, MUÑOZ CUESTA, «malversación», 1571, quien entiende que «esta conducta creemos ha sido introducida en el Código Penal con motivo de la utilización de dependencias públicas para gestionar asuntos particulares, habiendo tenido como antecedente el enjuiciamiento del uso de un despacho oficial al margen de la función pública a que debía ser destinado, causa que en su momento fue objeto de atención por todos los medios de comunicación»; *Vid.*, también, ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, «Malversación de caudales», 200, y FEIJOO, «Delitos contra la Administración pública», 1687, cuando indica que «Los problemas de corrupción que dominaban la vida política durante la tramitación parlamentaria han motivado la aparición de un precepto de estas características. El objeto del mismo es combatir formas sutiles y modernas de explotar los bienes de la Administración para fines particulares cerrando lagunas de punibilidad en relación a hechos que habían causado y causan una considerable conmoción pública. La «picaresca» había superado las posibilidades de reacción del Derecho penal».

La actual regulación del delito de malversación queda reducida a los artículos 432 a 435, configurándose un delito de nuevo cuño en el artículo 434 como ya ha quedado apuntado.

Queda, por tanto, de la siguiente forma. El artículo 432 contiene un tipo básico en su párrafo primero, donde se recoge el comportamiento del funcionario que «con ánimo de lucro, sustrajere (138) o consintiere que un tercero, con igual ánimo, sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo». Se recogen también varios tipos agravados en el apartado segundo cuando la malversación «revisitiera especial gravedad atendiendo al valor de las cantidades sustraídas y al daño o entorpecimiento producido al servicio público» (139), cuando las cosas malversadas «hubieran sido declaradas de valor histórico o artístico» o, finalmente, cuando «se tratara de efectos destinados a aliviar alguna calamidad pública». En el apartado tercero se regula un tipo privilegiado cuando la sustracción no alcance la cantidad de cuatro mil euros.

Es novedad respecto a la regulación anterior la mención expresa al «ánimo de lucro», tanto en la conducta activa del funcionario que sustrae como en la omisiva, donde la sustracción es llevada a cabo por un tercero, superándose de esta forma la cuestión que se planteaba con el derogado Código sobre si el ánimo de lucro debía concurrir o no en el delito de malversación.

En el artículo 433, que sustituye al derogado artículo 396, se han producido diferentes modificaciones; así, en primer lugar, la expresión «a usos propios o ajenos» se ha sustituido por la de destinar los caudales o efectos a «usos ajenos a la función pública». Esta variación ha sido valorada de forma diversa por la doctrina (140). En segundo lugar, a efectos de la determinación de la pena, ya no se hace referencia al

---

(138) Dice FELJOO, «Delitos contra la Administración pública», 1686, que «El legislador ha hecho caso omiso de las críticas que había recibido la redacción anterior por utilizar inapropiadamente desde 1848 el verbo típico sustraer en lugar de hacer alusión con mejor técnica legislativa a la apropiación». Luego, sin embargo, considera «que se debe valorar positivamente la desaparición del casuismo que caracterizaba a la anterior regulación del tipo básico (art. 394). En este sentido el legislador no ha hecho oídos sordos a las críticas doctrinales».

(139) Sobre si basta uno de ellos, o si la agravación descansa sobre la concurrencia conjunta de los dos datos, esto es, la especial gravedad y el daño o entorpecimiento, *Vid.* ORTS, *Derecho penal. PE*, 933.

(140) Dice ENTRENA FABRÉ, *malversación*, pp. 78 y 79, que en el concepto de «usos ajenos a la función pública» no cabe incluir «aquel uso afecto a una finalidad pública pero diversa de la inicialmente prevista, ya que esta conducta estaba prevista en el artículo 397 CP 73 y en la actualidad debe reputarse atípica y, en su caso, constitutiva de una infracción disciplinaria o responsabilidad contable». Señalan MORALES PRATS/MORALES GARCÍA, *Comentarios a la PE*, 1704, que esta expresión, más

daño o entorpecimiento al servicio público, abandonando de esta forma la técnica legislativa de los delitos cualificados por el resultado. En tercer lugar, la pena para el caso de que concurran todos los elementos del delito se ve aumentada en los supuestos de reintegro de los caudales o efectos desviados, dada la introducción de la pena de días-multa (junto a la de suspensión de empleo o cargo público) y disminuida para los casos de apropiación definitiva o reintegro tardío, al aplicarse las penas del artículo anterior (432), más reducidas que las del artículo 394 CP anterior. Finalmente, si bien el término para reintegrar el importe de lo sustraído sigue siendo de diez días, el CP actual sustituye el término «sumario» del CP anterior por el de «incoación del proceso», expresión más amplia que abarca otro tipo de procedimientos.

En cuanto al artículo 435 (141), mantiene en esencia el contenido del derogado artículo 399 (142), aunque mejor estructurado. Se trata de la aplicación de los artículos anteriores (432, 433 y 444) a determinados sujetos que no tienen la condición de funcionario público, por muy amplia que ésta quiera entenderse. No obstante, la ausencia de esta cualificación no impide (en mi opinión sí en la regulación anterior, precisamente por no ser funcionarios y exigirlo así la propia rúbrica del Título) en este caso, que lo protegido, sin perjuicio de lo que diré más adelante, sea la actividad pública. Al tratarse de sujetos encargados de fondos, rentas o efectos de las Administraciones públicas, o designados legalmente como depositarios de caudales o efectos públicos o administradores o depositarios de dinero o bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, la actividad pública se ve igualmente afectada por sus comportamientos; por tanto, en estos casos descritos por el legislador, se equipara el funcionario público con el particular que, en determinadas circunstancias, va a realizar funciones públicas.

Por otra parte, la determinación del bien jurídico protegido en los delitos de malversación no parece una cuestión fácil. Existen conductas en las que el funcionario se apropia de forma definitiva de caudales o efectos, mientras que en otros tipos el sujeto activo sólo realiza un uso indebido de los mismos; en el artículo 435 CP 1995 sujetos activos no son autoridades o funcionarios sino determinados particulares; objetos materiales del delito son los caudales o efectos públicos pero

---

acertada, «favorece, desde luego, las tesis de servicio público en detrimento de la denostada teoría de los delitos de infracción de deber».

(141) Sobre el delito de malversación impropia, CASTRO MORENO, *malversación de caudales*, pp. 86 ss.

(142) Para el estudio de la autoría y la participación en este delito de malversación impropia, DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, «Inducción o autoría mediata».

también, en ocasiones, bienes muebles o inmuebles. En definitiva, la doctrina no se pone de acuerdo en cuál sea el bien protegido (143); y todo ello a pesar de las numerosas sentencias del Tribunal Supremo, que convierten a la malversación en el «delito estrella» de entre los «Delitos contra la Administración pública» (144).

Parte de la doctrina (145) ha localizado el bien protegido en el deber de fidelidad o lealtad que tiene el funcionario para con la administración pública (146), sobretudo en la regulación del CP anterior. No obstante, algunos autores han apuntado un doble objeto de protección; además de señalar lo anterior, entienden que estos delitos pueden tener también una trascendencia en el ámbito patrimonial (147) o, de forma algo diferente, que es el patrimonio público lo fundamentalmente lesionado (148). Otros entienden que la protección del patrimonio público ha de entenderse de forma instrumental, de manera que el bien jurídico protegido en la malversación sería la actividad que el Estado lleva a cabo en favor de los administrados (149). Finalmente, algunos autores mantienen que el bien protegido es la Hacienda Pública misma, en su vertiente de gasto (150).

---

(143) Sobre el bien jurídico tutelado puede verse, ENTRENA FABRÉ, *Malversación*, pp. 25 a 37 y CATALÁN SENDER, *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios*, pp. 243 a 246.

(144) Dice CATALÁN SENDER, *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios*, p. 244, que «si analizamos la jurisprudencia, deduciremos fácilmente que nos encontramos ante el delito estrella de entre los relativos a los delitos contra la Administración Pública, esto es, el que más cifra de criminalidad arroja en la praxis, junto actualmente al delito de prevaricación».

(145) Así, SUÁREZ MONTES, «Malversación de caudales», pp. 867 y 868, y BLECUA FRAGA, «Malversación», p. 748.

(146) Sobre la infracción del deber y su crítica puede verse FERRÉ OLIVÉ, «Corrupción», pp. 17 y 18.

(147) Por ejemplo, OLESA MUÑIDO, «malversación por sustracción de caudales», p. 632, y también SUÁREZ MONTES, «Malversación de caudales», pp. 867 y 868, puesto que después de cifrar el objeto de tutela en los delitos de malversación en los deberes concretos que incumben al funcionario público, admite luego que, en último término, el bien protegido es el acervo público. En parecido sentido, CASTRO FELICIANO, «fondos públicos», p. 448, quien señala que lo protegido son los diversos intereses económicos de las Administraciones Públicas.

(148) Dice CASTRO MORENO, *La malversación de caudales*, pp. 54 y 55, que «no es de extrañar que, tanto la jurisprudencia como algunos autores, cuando tratan la cuestión, se refieran al delito de malversación como «pluriofensivo» o «híbrido»; si bien, insisto, a mi modo de ver, el aspecto predominante (sic) y fundamental estriba en la lesión del patrimonio público».

(149) Así, por ejemplo, CRESPO BARQUERO, *Código Penal de 1995*, 1714, y MUÑOZ CUESTA, «Malversación», 1570.

(150) Así, por ejemplo, BLECUA FRAGA, «Malversación», 764, aunque sin excluir la infracción del deber.

En mi opinión, para establecer el bien jurídico tutelado en los delitos de malversación ha de partirse del patrimonio público. Aunque son varias las razones para observar en el patrimonio público un inicial objeto de protección (151), sólo me detengo en alguna de ellas. Ya he indicado la supresión en el CP actual de los artículos 397 y 398 CP anterior. En ellos se incriminaba la aplicación pública de caudales a diferente destino y la retención indebida de fondos, respectivamente. En ninguna de estas figuras existía un menoscabo patrimonial (152), «lo que atenúa en gran medida las diferencias que bajo la anterior regulación podían existir entre los tipos de malversación y los de carácter patrimonial» (153). Por otra parte, también he apuntado que en el artículo 432 se exige, tras la entrada en vigor del CP 1995, «ánimo de lucro», de la misma forma que en el artículo 434, incluido por vez primera en el Código. Este nuevo elemento parece avalar el contenido patrimonial de los nuevos tipos (154). Además, en este mismo sentido, puede apreciarse la supresión del nuevo Código del artículo 395 CP anterior, en el que se incriminaban conductas imprudentes en las que, por tanto, no existía ánimo de lucro (155). Por otra parte, la mayoría de la doctrina entiende que la malversación es un delito especial impropio (156), señalando que si falta la condición de autoridad o funcionario público del sujeto activo podrán aplicarse, según el caso, diversas conductas patrimoniales como el robo, la estafa, el hurto o, fundamentalmente, la apropiación indebida. Finalmente, en relación al principio acusatorio, el Tribunal Supremo ha entendido correcto condenar por delitos patrimoniales como la estafa o la apropiación indebida cuando el sujeto había sido acusado únicamente por un delito de malversación; y todo ello puesto que existe homogeneidad de tales infracciones (157).

No obstante, a pesar de entender que es el patrimonio público el punto de partida en la localización del bien jurídico tutelado en los

---

(151) Estas y otras razones pueden verse, extensamente, en CASTRO MORENO, *La malversación de caudales*, pp. 35 a 46.

(152) Vid. MATA BARRANCO/ETXEBARRÍA, *Malversación*, pp. 30 y 31.

(153) Vid. CASTRO MORENO, *La malversación de caudales*, p. 37.

(154) Vid. MORALES PRATS/MORALES GARCÍA, *Comentarios a la PE*, 1694 y ROCA AGAPITO, *El delito de malversación*, p. 73.

(155) Vid. OLIVEROS, «Malversación», pp. 270 y 271.

(156) Así, CATALÁN SENDER, *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios*, pp. 251 y 252; ENTRENA FABRÉ, *Malversación*, p. 127.

(157) Vid. CASTRO MORENO, *La malversación de caudales*, pp. 44 y 45 así como la referencia a la STS 06.07.1998 (nota 82) en la que se dice que «el delito de apropiación indebida y el de malversación de caudales públicos se han estimado de naturaleza homogénea por la jurisprudencia, por lo que cabe la acusación por uno de tales delitos y la condena por el otro».

delitos de malversación, creo que este inicial objeto de tutela ha de ponerse en relación con una de las actividades públicas que lleva a cabo el Estado; o, más concretamente, una de las dos actividades más relevantes que realiza la Hacienda Pública

En este sentido, entiendo que es necesario atender a lo que expone el artículo 31 CE. Así, el apartado primero señala: «Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio». El apartado segundo de esta norma constitucional indica: «El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía».

El artículo 31 CE queda localizado en el Título I, «De los derechos y deberes fundamentales», Capítulo II, «Derechos y libertades», Sec. 2.<sup>a</sup> «De los derechos y libertades de los ciudadanos». Del apartado primero de este artículo puede extraerse un derecho y un deber de todos los ciudadanos. El derecho lo es a «un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso tendrá alcance confiscatorio», mientras que el deber de los ciudadanos es a contribuir «al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica». Pero, además, como ha puesto de manifiesto algún autor (158), el artículo 31 CE indica también las dos actividades más relevantes que lleva a cabo la Hacienda Pública: de una parte, la obtención de recursos a través del sistema tributario (justo e inspirado en los principios de igualdad y progresividad sin que sea confiscatorio en ningún caso) y, de otra, como establece el apartado segundo del artículo, la aplicación de esos recursos (y de otros) al gasto público (un gasto público que realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía).

De estas dos actividades, ingresos y gastos, que habrán de reflejarse en los presupuestos de las haciendas públicas (159), sólo me interesa en este momento una de ellas; la referida al gasto público (160).

---

(158) *Vid.* OCTAVIO DE TOLEDO, «observancia», 1504.

(159) *Vid.* OCTAVIO DE TOLEDO, «observancia», 1504.

(160) Hay que recordar, por otra parte, que el incremento de determinadas partidas no implica, necesariamente, el aumento del gasto público. Así sucede, por ejemplo, en la Resolución de 21 de julio de 2006, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 14 de julio de 2006, por el que se revisan las cuantías de las retribuciones e indemnizaciones correspondientes al desempeño de la función de jurado. En este caso se acordó el incremento de esas cuantías pero también

Tanto las administraciones públicas, como la Administración de Justicia como las actividades parlamentarias han de contar con un presupuesto de gastos. Lo que sucede, según creo, en los delitos de malversación es que el sujeto activo atenta contra el presupuesto de gasto público que tiene la Administración, Entidad, Organismo, etc., al cual pertenece; y lo hace sustrayendo los caudales o efectos públicos que tiene a su cargo por razón de sus funciones (art. 432), destinando a usos ajenos a la función pública los caudales o efectos puestos a su cargo por razón de sus funciones (art. 433), dando una aplicación privada a bienes muebles o inmuebles pertenecientes a cualquier Administración o Entidad estatal, autonómica o local y Organismos dependientes de alguna de ellas (art. 434) o, finalmente, cuando se trate de particulares que cumplen determinadas actividades públicas, realizando cualquiera de los comportamientos ya citados (art. 435).

En definitiva, creo que el objeto de protección en los delitos de malversación que inicialmente establecía en el patrimonio público ha de concretarse en el presupuesto de gasto público que tienen todas las administraciones, Entidades, organismos, etc. En los tipos de malversación no se atenta contra cualquier aspecto del patrimonio público; así, no contra la obtención de recursos, como sucede en el delito fiscal del artículo 305 CP 1995 o en el delito del artículo 310 CP 1995 (161), por ejemplo, sino contra otra de las actividades más relevantes de la Hacienda Pública como es la aplicación de esos recursos al gasto público.

Una vez localizado el bien jurídico protegido en el presupuesto de gasto público, puede apreciarse que este objeto de tutela es el mismo que el establecido en parte de los ubicados en el Título XIV CP 1995 «De los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social».

Así, en los denominados delitos de fraude de subvenciones públicas (art. 308 CP 1995) también es el gasto público el bien jurídico protegido (162). Es por ello que, de *lege ferenda*, parece coherente

---

se añada que «la revisión de las cuantías a que se refiere e presente Acuerdo no implicará incremento de gasto público, por lo que deberán adoptarse las mediadas limitativas que resulten precisas» (BOE del miércoles 26 de julio de 2006, número 177).

(161) Dice OCTAVIO DE TOLEDO, «observancia», p. 1506, que el bien jurídico común a todos los delitos relativos a los ingresos tributarios de las haciendas públicas es el «derecho de crédito del que es titular, entre otros derechos económicos, la Hacienda Pública (las haciendas públicas)». No obstante, señala a continuación que las características de este derecho de crédito habrán de «singularizarse en cada caso correspondiente a cada modalidad de tributo».

(162) *Vid.*, por todos, MORALES PRATS, *Comentarios a la PE*, pp. 1042 y 1043. No obstante, lo que señala este autor literalmente es que «el artículo 308 en realidad tipifica un conjunto de conductas cuyo denominador común es el de constituir actos

que los delitos de malversación pasen a localizarse junto con los de fraude de subvenciones en el Título XIV, Libro II, CP 1995. Esta propuesta fue ya sostenida por algunos autores, señalando que en el Título XIV, Libro II, CP 1995, se incluyen conductas que afectan tanto al presupuesto de ingresos (por ejemplo, el delito fiscal) como al presupuesto de gastos (por ejemplo, el delito de fraude de subvenciones); y que junto a estos últimos deberían localizarse los delitos de malversación (163). Además, en el CP militar los delitos de malversación se recogen en el Título IX, Libro II, bajo la rúbrica «Delitos contra la Hacienda en el ámbito militar».

## 8. De los fraudes y exacciones ilegales

La rúbrica del Capítulo VIII, «De los fraudes y exacciones ilegales» (arts. 436 a 438), coincide con la del Capítulo XI, Título VII CP anterior (arts. 400 a 403).

Las reformas operadas por el primero de los artículos que previenen en la actualidad este delito son, fundamentalmente, de mejora técnica (164). Así, el tipo actual ya no se refiere a que el funcionario intervenga en *alguna comisión de suministros, contrata, (o) ajustes*, sino que habrá de hacerlo en *cualquiera de los actos de las modalidades de contratación pública* (165). Desaparece, por otra parte, la referencia a los *especuladores*. Finalmente, la mención al *Estado, provincia y municipio* se sustituye por *cualquier ente público* (166).

---

atentatorios a la Hacienda Pública en su vertiente de gasto Público (actividad pública de fomento de actividades)». Sin embargo, entiendo que indicar que lo protegido es la Hacienda Pública en su vertiente de gasto o centrar el objeto de protección en el gasto público implica lo mismo. Dentro del contexto del Título XIV «De los delitos contra la Hacienda Pública [...]» parece coherente señalar a la indicada Hacienda Pública como objeto tutelado, especificando, a continuación, que es sólo un aspecto el realmente protegido; el gasto público.

(163) Así, BLECUA FRAGA, «Malversación», p. 64; también QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. PE*, 555. De hecho, el análisis de los delitos de malversación no lo realiza el autor en el orden del Código penal, esto es, dentro de los delitos de funcionarios, sino a continuación de los delitos de fraude de subvenciones.

(164) Dice FEIJOO, «Delitos contra la Administración pública», p. 1687, que «se eliminan las anteriores críticas referidas al excesivo casuismo y prolijidad y se mejora en precisión técnica»

(165) En contra de esta nueva redacción, sin embargo, CATALÁN SENDER, «fraude funcional», pp. 75 y 76.

(166) Hay que recordar que el artículo 401 CP anterior (tipo básico de fraude) ha cambiado su ubicación (y también sus términos) y se ha trasladado a los artículos 439 y 440 dentro del Capítulo IX; dada su actual ubicación será objeto de estudio más adelante.

El artículo 437 tiene su inmediato precedente en los artículos 402 y 200 a 204 CP anterior, y en él se incriminan todas las conductas que consisten en obtener una ventaja patrimonial bajo la apariencia del desempeño de funciones públicas. Se castiga ahora no sólo al funcionario que exige mayores derechos, tarifas por aranceles o minutas en cuantía mayor a la legalmente señalada (el CP anterior hablaba sólo de *derechos*), sino al que los exija cuando no sean debidos.

Finalmente, el artículo 438 mantiene la agravación específica del funcionario que comete un delito de estafa o de apropiación indebida, refiriéndose a estos delitos de forma expresa y no como sucedía en el precedente artículo 403 en el que sólo se hacía referencia a su ubicación (Capítulo IV, Secs. 2.<sup>a</sup> y 4.<sup>a</sup>, Título XIII, Libro II). La pena en estos casos será la señalada en esos delitos en su mitad superior más la inhabilitación especial para empleo o cargo público. Esta pena, ciertamente superior a la del CP anterior, responde también a la mayor pena con que hoy se castigan los delitos de estafa y apropiación indebida.

En cuanto al bien jurídico protegido en estos delitos, creo que puede hacerse una distinción inicial entre el delito de fraude del artículo 436 CP 1995 y los de exacciones ilegales (art. 437) y estafa y apropiación indebida agravada por el abuso del cargo (art. 438 CP 1995).

El delito previsto en el artículo 436 CP supone la realización por parte de la autoridad o funcionario de determinadas conductas defraudatorias. Así, el sujeto activo (el funcionario competente para intervenir en una contratación pública o en la liquidación de efectos o haberes públicos) se concierta con los interesados para defraudar a cualquier ente público o bien utiliza cualquier otro artificio para lograr la misma finalidad. En definitiva, se trata de evitar con la incriminación de estas conductas que el funcionario cause un perjuicio a un ente público; un perjuicio que necesariamente habrá de tener carácter económico o patrimonial (167) a la vista del tipo de actos o de liquidaciones en que interviene el funcionario por razón de su cargo y de que, en todo caso, el tipo penal exige «una voluntad defraudatoria, esto es, un intento de menoscabo o daño en el patrimonio público» (168).

---

(167) Así MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios a la PE*, p. 1715, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. PE*, 1006, y MORILLAS, *Derecho penal español. PE*, p. 924. Este último autor cita la STS 16.02.1995, en la que se concreta el término defraudar como equivalente a perjudicar económicamente el patrimonio de la entidad a la que el funcionario presta sus servicios.

(168) CATALÁN SENDER, «fraude funcional», pp. 75 y 76 y, del mismo autor, *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios*, p. 307.

De nuevo aparece el patrimonio público como objeto de protección penal, al igual que sucediera al analizar los delitos de malversación. Tanto en el delito de fraude analizado como en los de malversación (169), se trata de evitar la causación de un perjuicio económico. No obstante, la conducta típica del artículo 436 CP 1995 no consiste en una sustracción directa o indirecta de caudales o efectos públicos, sino en determinadas conductas defraudatorias (170).

Pero el patrimonio público sólo supone en el delito de fraude, como en los de malversación, un inicial objeto de tutela, que tendrá que concretarse posteriormente.

En realidad, el funcionario que realiza cualquiera de las conductas típicas del delito de fraude, sólo atenta contra una de las dos actividades más importantes de las haciendas públicas (171); concretamente, la referida al gasto público (art. 31 CE) (172). Por tanto, es el presupuesto de gasto público (173), que tienen tanto las administraciones públicas, como la de justicia como las actividades parlamentarias, el bien jurídico protegido en el delito de fraude.

Al analizar el delito de malversación llegué también a esta conclusión y, por ello, de *lege ferenda*, propuse la ubicación de este delito junto con los de fraude de subvenciones, localizados éstos en el Título XIV, «De los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social», Libro II, CP, por tener ambos un mismo bien jurídico protegido. De igual forma, puesto que el delito de fraude del artículo 436 CP 1995 también tiene como objeto de protección el gasto público, sería preferible su ubicación, de *lege ferenda*, junto a los citados delitos de fraude de subvenciones del Título XIV, Libro II, CP.

Pero el capítulo en estudio contempla otras conductas (la de los arts. 437 y 438 CP 1995) en las que ni el patrimonio público ni, finalmente, el presupuesto de gasto público es el bien jurídico protegido. Es por ello por lo que algunos autores se refieren a este Capítulo VIII

---

(169) Sobre la estrecha relación entre el delito de fraude del artículo 436 CP 1995 y los de malversación, puede verse, MESTRE DELGADO, *Derecho penal. PE*, p. 575; MORILLAS, *Derecho penal español. PE*, p. 924, y MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios a la PE*, p. 1715.

(170) Así, MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios a la PE*, p. 1715.

(171) *Vid.* OCTAVIO DE TOLEDO, «observancia», p. 1504.

(172) Sobre el artículo 31 CE y sus implicaciones, puede verse la explicación que realizo a propósito del delito de malversación, que sirve también para el estudio del bien jurídico del artículo 436 CP 1995.

(173) Señala MORILLAS, *Derecho penal español. PE*, p. 924, que la defraudación que se produce en el delito del artículo 436 CP 1995 ha de tener carácter patrimonial, «esencialmente dirigido al gasto público».

diciendo que contiene «figuras delictivas relativamente dispares entre sí» (174). Sin embargo, sí existe un nexo de unión entre uno y otros; todos ellos son delitos de defraudación económica cometidos por funcionarios que abusan de sus cargos (175). Lo que ocurre es que mientras en el delito del artículo 436 lo defraudado es el patrimonio público o, más concretamente, el presupuesto de gasto público, en los delitos de exacciones ilegales (art. 437) y de estafa y apropiación indebida agravada por el abuso del cargo público (art. 438), lo defraudado es el patrimonio privado o particular.

Así, tanto en el delito del artículo 437 como en el del 438 se castiga el abuso del cargo por parte del funcionario que trata de obtener de un particular cantidades de dinero a través del engaño (176). En el delito de exacciones ilegales ello sucede cuando el funcionario hace creer al particular que tiene determinadas obligaciones (el funcionario exige derechos, tarifas por aranceles o minutas que no son debidos o en cuantía mayor a la legalmente señalada), generalmente como contraprestación de algún servicio público (177). De otra parte, la obtención de cantidades de dinero de un particular (178) a través del engaño se obtiene, en el delito del artículo 438, a través de la agravación específica del delito de estafa y de apropiación indebida cuando el sujeto activo es un funcionario y se constata un abuso del cargo (179).

En definitiva, los tres delitos contenidos en el Capítulo VIII suponen una defraudación económica realizada por un funcionario público abusando de su cargo. Sin embargo, mientras que en el primero de

(174) MORILLAS, *Derecho penal español*. PE, p. 923.

(175) Así, MESTRE DELGADO, *Derecho penal*. PE, p. 588.

(176) Dicen MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios a la PE*, pp. 1717 y 1718, que el alcance del delito de exacciones ilegales tal y como se contempla en el CP 1995 «asemeja la figura delictiva analizada al delito que, en derecho comparado, recibe la denominación de «concusión», destinado a sancionar los abusos en el ejercicio del cargo consistentes en obtener de los administrados cantidades de dinero, u otras ventajas patrimoniales, a través de la constricción o el engaño». Para la distinción entre las exacciones ilegales y la estafa o el cohecho, *vid.* MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*. PE, pp. 1006 y 1007, y VALEIJE, «concusión», pp. 6523 ss.

(177) *Vid.* MORILLAS, *Derecho penal español*. PE, p. 926.

(178) Como apunta ORTS, *Derecho penal*. PE, p. 939, citando la STS 03.05.1990, «si la estafa o la apropiación indebida afecta a caudales públicos nos encontraremos ante un delito de malversación de caudales públicos». En este caso, el bien jurídico protegido no será ya el patrimonio privado sino el público, con los matices ya expuestos al analizar el bien tutelado en los delitos de malversación.

(179) En estos casos no es de aplicación la circunstancia agravante genérica del artículo 22.7 CP «prevalerse del carácter público que tenga el culpable», al ser el artículo 438 ley especial respecto de la estafa y la apropiación indebida. En este sentido, por todos, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*. PE, p. 1007, y ORTS, *Derecho penal*. PE, p. 939.

ellos se protege el patrimonio público desde el punto de vista presupuestario del gasto, en los dos restantes lo protegido es el patrimonio de los particulares (180). Por eso, mientras el artículo 436 debiera correr la misma suerte de ubicación sistemática que los delitos de malversación (situarse entre ellos y, en su caso, todos entre los delitos del Título XIV, Libro II, CP), los previstos en los artículos 437 y 438 debieran ser incluidos entre los delitos del Título XIII («Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico»), Capítulo VI («De las defraudaciones»); especialmente el artículo 438, cuya morfología y sentido es pareja a la de, por ejemplo, los artículos 167, 198 ó 204 CP.

## 9. De las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función

El Capítulo IX, Título XIX, Libro II CP 1995 está compuesto actualmente por los artículos 439 a 444.

En casi todos los delitos del Capítulo IX se tutelan los principios de imparcialidad y objetividad (181) con que han de desempeñarse las

---

(180) Dice MORILLAS, *Derecho penal español. PE*, p. 923, que el bien jurídico protegido en los delitos que componen este Capítulo VIII «sigue siendo la Administración Pública, su correcto funcionamiento, a través del respeto a los principios de objetividad e imparcialidad; aunque no cabe duda que junto a este bien prioritario se conjugan otros intereses protegidos como el propio patrimonio público [...] a través del artículo 436, y el patrimonio de los particulares, por medio de los artículos 437 y 438». En mi opinión, en todo caso y por lo ya expuesto, el bien jurídico protegido sería el correcto funcionamiento de las actividades públicas (y no sólo de la administrativa). Estos delitos pueden ser cometidos no únicamente por funcionarios administrativos; también por integrantes de la actividad judicial y, en el caso del artículo 438, la parlamentaria.

(181) Refiriéndose al artículo 439, apuntan estos mismos bienes tutelados ORTS, *Derecho penal. PE*, p. 940, y MORILLAS, *Derecho penal español. PE*, p. 930; la imparcialidad «de la Administración en los negocios privados» se recoge en MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. PE*, p. 1008, y en CATALÁN SENDER, *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios*, p. 358, quien cita al autor anterior, mientras que el principio de imparcialidad en el ejercicio de la función pública puede verse en CASTRO MORENO, *Negociaciones prohibidas*, p. 6. Finalmente, localiza el bien jurídico protegido CÓRDOBA RODA, *Comentarios*, p. 2103, en la imparcialidad de las autoridades y funcionarios públicos. En relación con el artículo 441 apunta ORTS, *Derecho penal. PE*, p. 942, que «la objetividad con la que han de servirse los intereses generales pasa a primer plano, en el delito previsto en el artículo 441. Objetividad que puede verse trastocada si un funcionario o autoridad desarrollan actividades profesionales en las esferas pública y privada a un tiempo, con el riesgo de que los intereses dimanantes de la segunda se superpongan y se les otorgue preferencia respecto a los de la primera». Además, como dicen MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios a*

actividades públicas, sean éstas administrativas, judiciales o parlamentarias. En algunos casos estos principios únicamente se ponen en peligro; esto sucede en el delito de participación indebida del funcionario en negocios (art. 439), cuando el funcionario realiza una actividad profesional o de asesoramiento «en asunto en que deba intervenir» en el futuro por razón de su cargo (una parte del art. 441) y en el delito de solicitación sexual (art. 443). En otras ocasiones estos principios de imparcialidad y objetividad no se ponen en peligro, sino que se lesionan; así sucede en el delito de uso indebido de secreto o información privilegiada (art. 442). Finalmente, si bien cuando el funcionario realiza una actividad profesional o de asesoramiento en asunto en que ya «haya intervenido por razón del cargo» (otra parte del art. 441), el especial conocimiento que tiene del asunto puede conllevar un riesgo para los citados principios de imparcialidad y objetividad, ese riesgo es mucho más remoto y, por tanto, no necesitado, por esta única razón, de intervención del Derecho Penal.

Sin embargo, tanto la igualdad (182) como el riesgo de obtención de un beneficio ilícito pueden encontrarse en todos los tipos del capítulo. No obstante, en cuanto al citado en segundo lugar, la clase de beneficio que se trata de obtener varía: es de tipo económico o patrimonial en los artículos 439 a 442 CP 1995 (lo cual viene indicado expresa o implícitamente en la redacción de los preceptos), mientras que tiene un contenido sexual en el artículo 443. De otra parte, el principio de igualdad que patrocina la Constitución (art. 9.2) se lesiona en todos los delitos del Capítulo IX. Se trata de un principio de igualdad entendido en un doble sentido. De una parte, igualdad de los ciudadanos en relación con el ejercicio de la actividad pública. De otra, igual-

---

*la PE*, 1724, «el bien jurídico tutelado en este delito [art. 441] debe cifrarse en el respeto del principio de imparcialidad en el ejercicio de funciones públicas. No obstante, las conductas incriminadas en el artículo 441 CP, suponen desde esta perspectiva una mera puesta en peligro del citado principio. [...] Se observa así, que el delito comentado no requiere que el funcionario se haya dejado influir en su actividad pública por intereses privados, sino únicamente que ello pueda ser posible atendida la duplicidad, pública y privada, de la actividad profesional que desempeña». No obstante, hay que tener en cuenta que cuando el funcionario realiza la actividad privada en un asunto en el que «haya intervenido» ya por razón de su cargo, no se pone en peligro la imparcialidad, como digo en el texto. También señala el principio de imparcialidad, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. PE*, p. 1008. Sin embargo, añade que lo que quiere conseguirse es la imparcialidad de la «Administración en los negocios privados», cuando lo que debería decir, en mi opinión, es la imparcialidad de aquellos que ejercen funciones públicas (y no sólo la de administrar), en los negocios privados.

(182) De forma general, para los artículos 439 a 441 CP 1995, entiende MORILLAS, *Derecho penal español. PE*, p. 930, que se ven afectados los principios de objetividad, imparcialidad e igualdad.

dad de todas las personas ante la ley, sin que pueda prevalecer en algún caso la condición de funcionario público. Está presente, por tanto, la idea de que en estos delitos se castiga el aprovechamiento de la función pública para obtener beneficios privados; en definitiva, la idea de mezcla de intereses privados donde sólo debiera existir un interés público. Se trata de salvaguardar la igualdad de oportunidades de los ciudadanos (particulares o funcionarios) a la hora de obtener determinados beneficios económicos (183).

No obstante, tanto el riesgo de obtención de un beneficio de tipo sexual (relacionado con la libertad sexual de las personas) como la igualdad en el delito de solicitación sexual pueden englobarse, creo, dentro del bien jurídico que es la «no venalidad del ejercicio de la función pública». Además, en este delito se protege también la libertad sexual de las personas. La actuación del funcionario puede venderse a cambio de un interés privado consistente en el mantenimiento de una relación de tipo sexual con determinadas personas. Es precisamente esta exposición a la «venta» de las actividades públicas o la no venalidad del ejercicio de estas funciones lo que el legislador trata de proteger principalmente en el artículo 443 CP 1995 (además de la libertad sexual).

La no venalidad del ejercicio del cargo público, bien jurídico hallado en el delito del artículo 443 CP actual, permite la ubicación, de *lege ferenda*, del delito de solicitación sexual en un capítulo que podría llevar la rúbrica «Del cohecho, la solicitación sexual y la corrupción en las transacciones comerciales internacionales», localizando los artículos 443 y 444 en una segunda Sección. Sin embargo, atendiendo a una propuesta de reconstrucción sistemática y de contenido de los delitos relacionados con el ejercicio de los poderes públicos, podrían situarse los delitos de cohecho, solicitación sexual y corrupción en las transacciones comerciales internacionales (dado el mismo bien jurídico que se protege en todos ellos) en el Capítulo II «Delitos de corrupción relativos al ejercicio de los poderes públicos» de un título cuya rúbrica fuera algo así como «Delitos contra el correcto ejercicio de los poderes públicos».

Una vez localizado el delito de solicitación sexual en el lugar indicado, el Capítulo IX, Título XIX, Libro II CP quedaría conformado por delitos en los que existen dos bienes jurídicos protegidos comunes: de una parte, el principio de igualdad y, de otra, debido al riesgo de un enriquecimiento económico o patrimonial ilícito, el patrimonio de terceros.

---

(183) En este sentido, MIR, S., *Nombramientos ilegales*, 324.

## 10. De los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales

La LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, ha introducido un capítulo, el X, titulado «De los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales» (184).

Esta reforma reunió en dos artículos lo que venía regulándose en tres aunque sin variar por ello su contenido ni su redacción. Así, el delito de sollicitación sexual por parte de funcionario público, que se recogía en el Capítulo IX en los artículos 443 a 445 hasta la entrada en vigor de la reforma de 2003 del CP, sigue localizándose después en ese Capítulo IX pero únicamente en los artículos 443 y 444.

Además, en esta reforma se crea el Capítulo X, Título XIX y se aprovecha para localizar en el artículo 445, que quedaba entonces sin contenido, el delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales (185).

---

(184) Dice la Exposición de Motivos de esta ley que el origen de esta decisión ha de buscarse en el convenio de «lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales», aprobado por la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico. Puede verse una reflexión sobre los motivos de la introducción del hoy artículo 445 en el CP 1995 en FABIÁN CAPARRÓS, «Corrupción de los servidores públicos extranjeros», pp. 121 ss.

(185) Se incrimina en el artículo 445, párrafo primero, a «Los que con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas, corrompieren o intentaren corromper, por sí o por persona interpuesta, a las autoridades o funcionarios públicos extranjeros o de organizaciones internacionales en el ejercicio de su cargo en beneficio de éstos o de un tercero o atendieran a sus solicitudes al respecto, con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales [...]». En el segundo párrafo se indica que «si el culpable perteneciere a una sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de estas actividades, el juez o tribunal podrá imponer alguna o algunas de las consecuencias previstas en el artículo 129 de este Código».

Diferente redacción parece que tendrá este artículo en el Proyecto 2006 de modificación del CP 1995. Por ahora, establece que:

«1. Los que mediante el ofrecimiento, promesa o concesión de cualquier beneficio indebido, pecuniario o de otra clase, corrompieren o intentaren corromper, por sí o por persona interpuesta, a los funcionarios públicos extranjeros o de organizaciones internacionales, en beneficio de estos o de un tercero, o atendieran a sus solicitudes al respecto, con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales, serán castigados con las penas de prisión de dos a seis años y multa de doce a veinticuatro meses, salvo que

La conducta típica en este delito coincide con la de cierto tipo de cohecho y puede consistir en ofrecer, entregar o prometer una dádiva o un presente a un funcionario público extranjero o de una organización internacional o atender a sus solicitudes. Por tanto, esta norma sólo se ocupa de la persona que corrompe o intenta corromper, pero no sanciona al funcionario extranjero o miembro de una organización internacional que solicite o acepte las dádivas o promesas ofrecidas por el particular (186).

El bien jurídico protegido en este delito, como en los de cohecho de los artículos 419 ss. CP 1995, es la no venalidad del ejercicio de la función pública (187), por lo que debería trasladarse su previsión en

---

el beneficio obtenido fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso se impondrá multa del tanto al duplo del montante de dicho beneficio.

Además de las penas señaladas se impondrá al responsable la prohibición de contratar con las administraciones públicas e intervenir en transacciones comerciales de trascendencia pública de siete a doce años.

Las penas previstas en los párrafos anteriores se impondrán en su mitad superior si el objeto del negocio versara sobre bienes o servicios humanitarios o cualesquiera otros de primera necesidad.

2. Cuando el delito fuere cometido en el marco o con ocasión de las actividades de una persona jurídica y procediese la declaración de su responsabilidad penal de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este código se le impondrán las penas de prohibición de contratar con las administraciones públicas e intervenir en transacciones comerciales de trascendencia pública de diez a quince años y multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso se impondrá multa del duplo al décuplo del montante de dicho beneficio.

3. A los efectos de este artículo se entiende por funcionario público extranjero: a) Cualquier persona que ostente un cargo legislativo, administrativo o judicial de un país extranjero, tanto por nombramiento como por elección. b) Cualquier persona que ejerza. c) Cualquier funcionario o agente de una organización internacional pública.»

La definición de funcionario público extranjero se procede del artículo 1 ap. 4 del Convenio de la OCDE. En este sentido, ya apuntaba en su día, entre otros, CEREZO DOMINGUEZ, *Corrupción administrativa*, 458, que «serán los Tribunales españoles los que tendrán que proporcionar una definición de funcionario público extranjero, no contenida en el artículo 24.2 del Código Penal. En todo caso, deberá definirse conforme a lo indicado en el ap. 4 del artículo 1 del Convenio de la OCDE».

(186) *Vid.* RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios a la PE*, p. 1736, quien indica que «la única explicación posible, aunque no satisfactoria, de la falta de mención de la conducta del funcionario, podría encontrarse en la dificultad de perseguir y castigar a sujetos –funcionarios extranjeros o de organizaciones internacionales– que actúan fuera de España. Si bien no debe olvidarse que es posible la comisión de este delito también cuando el funcionario extranjero o el organismo internacional al que pertenece tiene representación en España y actúa por tanto dentro de nuestras fronteras».

(187) La explicación de por qué es la no venalidad del ejercicio de la función pública el objeto de tutela en el delito del artículo 445 puede verse en las argumentaciones que al respecto hice referidas a los delitos de cohecho de los artículos 419 ss. CP 1995.

el CP junto con los delitos de cohecho (188) (y de sollicitación sexual, como he indicado).

### III. DETERMINACIÓN DEL OBJETO DE PROTECCIÓN GENÉRICO EN EL TÍTULO XIX, LIBRO II CP

A partir de la nueva rúbrica del Título XIX, Libro II, CP 1995 («Delitos contra la Administración pública»), ya no puede argumentarse que el criterio de agrupación de las infracciones que bajo la misma se recogen sea el referido al funcionario público como sujeto activo del delito puesto que, como queda expuesto, en varias ocasiones este sujeto activo es un particular. Tampoco que lo protegido sea, pese a la literalidad de la rúbrica, la «Administración pública» (189); y ello por las razones que expuse al criticar la propia rúbrica del Título XIX. Así, resumiendo, porque el sustantivo compuesto «Administración pública» parece indicar que lo protegido es el conjunto de organismos que tienen la función de administrar y no la función administrativa misma y, de otra parte, porque muchos de los delitos del Título pueden cometerse no sólo por funcionarios administrativos, sino también por aquellos que ejercen la actividad judicial o la parlamentaria (190).

No es posible tampoco admitir que el criterio aglutinador sea la «infracción de los deberes del cargo» (191) o la «fidelidad» o el «pres-

(188) La relación existente entre los delitos de cohecho y los de corrupción en las transacciones comerciales internacionales puede verse en NIETO MARTÍN, *Transacciones comerciales internacionales*, pp. 47 ss.

(189) Dicen LÓPEZ GARRIDO/GARCÍA ARÁN, *El Código penal de 1995*, p. 176, que «la Administración Pública como objeto de protección no se corresponde ni con el conjunto orgánico ni con su dignidad o prestigio, sino con la función pública como actividad de prestación a los administrados». Y que «en todo caso, la mención a la función pública genérica requiere de la concreción en cada uno de los tipos acerca de los aspectos que resultan específicamente afectados, sobre la base de los principios que inspiran cada sector de la función administrativa». En mi opinión, aunque puede entenderse que es la función pública como actividad de prestación a los administrados el bien genéricamente protegido (siempre que se entienda que la función pública engloba las actividades administrativas, judiciales y parlamentarias), parece que estos autores conciben la «función pública» como la actividad de administrar exclusivamente, cuando es obvio que muchos de los delitos del Título XIX pueden cometerse por quienes ejercen la función judicial o parlamentaria.

(190) *Vid.* OCTAVIO DE TOLEDO, *La Ley*, 1996-5, p. 1517.

(191) Decía OCTAVIO DE TOLEDO, *La Ley*, 1996-5, p. 1516, que «democráticamente consideradas las funciones públicas, no se ejercen en beneficio del Estado, sino que existen, como el Estado mismo, y se desempeñan en beneficio de los ciudadanos. Su protección, entonces, no puede estribar exclusivamente en la preservación de los

tigio» de la Administración (192). En un Estado social y democrático de Derecho, la actividad pública no se legitima por sí misma sino que es un instrumento al servicio de los ciudadanos (193).

Entiendo que el cambio en la rúbrica del Título hay que interpretarlo en «clave constitucional» (194). Son varios los preceptos constitucionales que recogen la manera en que han de desempeñarse todas las actividades públicas. Así, se indica que «los poderes públicos están sujetos tanto a la Constitución como al resto del ordenamiento jurídico» (apartado primero del art. 9 CE) y que realizan sus funciones en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho (art. 1.1 CE). El apartado segundo del artículo 9 CE establece que «corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas» y, finalmente, el apartado tercero del artículo citado señala que «la Constitución garantiza el principio de legalidad [...] y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos».

Estas formas de actuación y de funcionamiento de los «poderes públicos», esto es, tanto de aquellos que desempeñan funciones administrativas, como judiciales o parlamentarias, están referidas, por tanto, a todos ellos. No obstante, existen otros preceptos constitucionales aplicables únicamente a alguna de las actividades públicas en concreto.

Dentro del Título IV CE, «Del Gobierno y de la Administración», el artículo 103 recoge algunos preceptos aplicables exclusivamente a la administración pública. El apartado primero dice que «la Adminis-

---

deberes del funcionario con el Estado; éstos en ocasiones se establecerán para procurar directamente el mejor servicio a los ciudadanos, pero las más de las veces su conexión directa será con el mantenimiento de una organización eficiente y adecuadamente constituida para ofrecer ese servicio en los respectivos campos (administrativo, judicial, parlamentario) de actividad, es decir, se relacionará inmediatamente con la protección de un instrumento medial respecto al fin común tanto de la propia organización cuanto de los ilícitos penales: el servicio a los ciudadanos». *Vid.*, también, la crítica de FERRÉ OLIVÉ, *Corrupción*, pp. 17 y 18. No obstante, apunta GARCÍA ESPAÑA, *Corrupción administrativa*, p. 87, que «aunque los deberes del cargo no pueden elevarse a la categoría de bien jurídico protegido [...] hay que tenerlos en cuenta no sólo por la necesaria referencia a su infracción en la inmensa mayoría de los delitos contenidos en ese título, sino también para alcanzar la concreción del bien jurídico [...] sólo a través del correcto ejercicio de todos los deberes de cargo tendentes a la consecución del interés general se logra el efectivo ejercicio de la función pública».

(192) *Vid.* REBOLLO VARGAS, *Bien jurídico protegido*, p. 554.

(193) *Vid.* MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios a la PE*, p. 1560. Apunta también esta misma idea GÜIDI CLAS, Elisa María, *Prevaricación Judicial*, p. 120. Como indica QUERALT, *Prevaricación administrativa*, p. 418 «el deber de fidelidad del funcionario para con él [con el Estado] y, de otra, la obediencia férrea ciudadana, propios de un planteamiento autoritario [...] quedan desterrados».

(194) REBOLLO VARGAS, *Bien jurídico protegido*, p. 553.

tración Pública sirve con objetividad a los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho». El apartado tercero *in fine* subraya que la ley regulará las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de las funciones administrativas. Además, el artículo 106.1 CE señala que «los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican».

La actividad judicial se regula específicamente en el Título VI CE, «Del Poder Judicial». Su artículo 117.1 señala que «la justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley».

Teniendo en cuenta todo lo anterior (esto es, los preceptos constitucionales referidos a la forma de actuación de los poderes públicos y, de otra parte, aquello que no puede constituir el objeto genérico de protección), puesto que una de las críticas a la actual rúbrica del Título XIX es que los delitos allí recogidos no sólo atentan contra la actividad administrativa, sino también contra la actividad judicial y la parlamentaria, el grupo de delitos recogidos en este título ha de proteger el correcto ejercicio o el buen funcionamiento de las actividades públicas, tanto la administrativa, como la judicial y la parlamentaria, sujetas todas al Derecho (195).

Este objeto de tutela puede desprenderse del análisis de todas las figuras delictivas del Título XIX. No obstante, habrá que recordar que sólo supone un bien jurídico de la categoría puesto que cada uno de los concretos delitos lesionará o pondrá en peligro un bien jurídico más específico, aunque siempre dentro del bien general del correcto ejercicio de las actividades públicas (196). De esta forma, todos los bienes jurídicos tutelados en los delitos que componen el Título XIX

---

(195) En este sentido, por todos, MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios a la PE*, p. 1561. También REBOLLO VARGAS, *Bien jurídico protegido*, p. 553. De otra parte, lo protegido no puede ser «el normal funcionamiento de las Administraciones Públicas» (STS 04.05.02, citada por ÁLVAREZ GARCÍA, *Doctrina penal*, p. 679) por las razones ya indicadas.

(196) Matiza OCTAVIO DE TOLEDO, *La Ley*, 1996-5, p. 1516, señalando que este objeto de protección (el buen funcionamiento de las actividades públicas) «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». En el mismo sentido

quedan englobados en el más genérico buen funcionamiento de las actividades públicas.

Así (excluyendo ahora aquellos delitos ubicados en el Título XIX pero que, de *lege ferenda*, deberían trasladarse a otros títulos del CP), el principio de legalidad y la prohibición de la arbitrariedad de los poderes públicos (arts. 404-406), la eficacia con que los funcionarios han de llevar a cabo sus actividades públicas (art. 409), el sometimiento del Poder Ejecutivo al control del Poder Judicial o el principio constitucional de eficacia consagrado en el artículo 103.1 CE (arts. 410 y 411), la colaboración y la coordinación que debe existir entre todos los Poderes del Estado (art. 412), la defensa de la integridad de determinados documentos así como la confidencialidad de ciertos secretos o informaciones cuya vulneración pone en peligro el correcto funcionamiento de las actividades públicas (arts. 413-418), la no venalidad del ejercicio de las actividades públicas (arts. 419-427, 445 y 443-444), la imparcialidad y el respeto por la igualdad (arts. 428 y 429) y la igualdad y el patrimonio de terceros (arts. 439 a 442).

Por otra parte, la no inclusión en el Título XIX de algunas figuras típicas que tradicionalmente habían formado parte de sus predecesores, la reubicación en otros sitios de algunos delitos incluidos en este lugar, así como la incorporación al actual Título XIX de determinados nuevos delitos, permiten constatar la existencia de un bien protegido que tiene que ver con el buen funcionamiento de las diferentes actividades públicas.

Así, la supresión de algunas figuras (prevaricación imprudente, la renuncia o negativa a desempeñar un cargo público obligatorio sin la existencia de excusa legal o una vez desatendida ésta, los delitos de anticipación, prolongación y abandono de funciones y el delito de malversación imprudente) parece significar la intención del legislador penal por reservar la sanción penal a los ataques más graves a la actividad pública, entendida a partir de los principios constitucionales vistos. De otra parte, la inclusión de algunos delitos ubicados en el Título VII CP anterior fuera del Título XIX CP actual puede servir también para constatar que los atentados son contra el buen funcionamiento de las actividades públicas.

No obstante, otros delitos, como la prevaricación judicial, si bien atentan también contra el correcto funcionamiento de una actividad pública, se han trasladado al título siguiente «Delitos contra la Administración de Justicia». Ya señalé que sería preferible la existencia de

---

se pronuncian REBOLLO VARGAS, *Bien jurídico protegido*, p. 554, y CARDENAL MONTRAVIETA, *Cohecho*, pp. 302 y 303.

un solo Título aglutinador de una serie de figuras delictivas cuyo objeto de tutela fuesen las actividades públicas. En la regulación actual no parece coherente la existencia de un Título, el XIX, en que el bien jurídico protegido es el correcto ejercicio de las actividades públicas, recogiendo allí tanto la actividad administrativa como la judicial y la parlamentaria, junto con otros títulos (por ejemplo, el Título XX) en que los comportamientos atentan contra una de esas actividades en concreto. En definitiva, de *lege ferenda*, debería el legislador establecer un Título que verdaderamente recogiese todas las conductas atentatorias contra las diferentes actividades administrativas, judiciales y parlamentarias o, mejor aún, realizar una reconstrucción sistemática de todos los delitos relacionados con el ejercicio de los poderes públicos.

Finalmente, la inclusión en el Título XIX de nuevos tipos penales avala también la existencia del objeto de tutela citado del grupo de delitos allí ubicados. Si la presencia de delitos cometidos por particulares constituía un elemento distorsionador a la hora de establecer el bien jurídico protegido en el grupo de delitos bajo la rúbrica del Título VII CP anterior «Delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos», la presencia de delitos cometidos por particulares en el nuevo Título XIX no plantea ese problema; la agrupación no se realiza en torno al sujeto activo sino al adecuado ejercicio de una o más actividades públicas. De esta forma, han podido incluirse en el Título XIX CP, por vez primera en el Código penal, los delitos de aceptación o toma de posesión de un cargo público a sabiendas de carecer de los requisitos legales establecidos para ello (art. 406), la destrucción o inutilización de los medios puestos para impedir el acceso a documentos por parte de un particular (art. 414.2) y el delito de aprovechamiento del secreto o de la información privilegiada obtenido de un funcionario (art. 418).

#### IV. CONCLUSIONES

1. La rúbrica del Título VII, Libro II CP anterior era «De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos». Esta titulación parecía responder a una agrupación en torno a la cualidad del sujeto activo (esto es, el funcionario público) en lugar de seguir el criterio habitual del bien jurídico protegido. Existían también delitos que, ubicados fuera de este título, eran cometidos por funcionarios públicos o, de otra parte, dentro del Título VII había delitos que

eran cometidos por particulares y no por funcionarios como indicaba la rúbrica.

Pero tampoco la modificada rúbrica del Título XIX, «Delitos contra la Administración pública», Libro II CP 1995 permite localizar fácilmente un bien jurídico común a los delitos allí ubicados. En primer lugar, porque los términos «Administración pública» parecen indicar que lo protegido es el conjunto de organismos que tienen la función de administrar y no la función administrativa misma. Por otra parte, porque muchos de los delitos del título pueden cometerse no sólo por funcionarios administrativos, sino también por aquellos que ejercen la actividad judicial o la parlamentaria.

2. Son varios los preceptos constitucionales que recogen la manera en que han de desempeñarse todas las actividades públicas: así, el artículo 9.1 CE («los poderes públicos están sujetos tanto a la Constitución como al resto del ordenamiento jurídico»), el artículo 9.2 CE («corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas») y el artículo 9.3 CE («la Constitución garantiza el principio de legalidad [...] y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos»). Estas formas de actuación y de funcionamiento de los poderes públicos, esto es, aquellos que desempeñan funciones administrativas, judiciales o parlamentarias, están referidas, por tanto, a todos ellos. Además, existen otros preceptos constitucionales aplicables únicamente a alguna de las actividades públicas en concreto. En cuanto a la actuación de la administración pública, el artículo 103.1 CE dice que «la Administración Pública sirve con objetividad a los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho». El artículo 103.3 CE *in fine* establece que la ley regulará las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de las funciones administrativas. Además, el artículo 106.1 CE expresa que «los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican». Por otra parte, en cuanto a la actividad judicial, el artículo 117.1 CE señala que «la justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley».

Teniendo en cuenta todo lo anterior, el grupo de delitos recogidos en este Título XIX ha de proteger el correcto ejercicio o el buen funcionamiento de las actividades públicas, la administrativa, la judicial

y la parlamentaria, sujetas todas al Derecho. No obstante, este objeto de tutela sólo supone un bien jurídico de la categoría, en el sentido de que cada uno de los concretos delitos allí ubicados lesionará o pondrá en peligro un bien más específico.

Así, estos bienes jurídicos tutelados son (excluyendo ahora aquellos delitos ubicados en el Título XIX pero que, de *lege ferenda*, deberían trasladarse a otros títulos del CP), el principio de legalidad y la prohibición de la arbitrariedad de los poderes públicos (arts. 404 a 406 CP), la eficacia con que los funcionarios han de llevar a cabo sus actividades públicas (art. 409 CP), el sometimiento del Poder Ejecutivo al control del Poder Judicial o el principio constitucional de eficacia consagrado en el artículo 103.1 CE (arts. 410 y 411 CP), la colaboración y la coordinación que debe existir entre todos los Poderes del Estado (art. 412 CP), la defensa de la integridad de determinados documentos así como la confidencialidad de ciertos secretos o informaciones cuya vulneración pone en peligro el correcto funcionamiento de las actividades públicas (arts. 413 a 418 CP), la no venalidad del ejercicio de las actividades públicas (arts. 419 a 427, 445 y 443 a 444), la imparcialidad y el respeto por la igualdad (arts. 428 y 429 CP) y el principio de igualdad y el patrimonio de terceros (arts. 439 a 442).

Por otra parte, la no inclusión en el Título XIX CP 1995 de algunas figuras típicas que tradicionalmente habían formado parte de sus predecesores, la reubicación en otros sitios de algunos delitos incluidos en este lugar, así como la incorporación al actual título de determinados nuevos delitos, permiten constatar también la existencia de un bien protegido que tiene que ver con el buen funcionamiento de las diferentes actividades públicas.

3. A pesar de todo lo indicado, en la regulación actual no parece coherente la existencia de un Título, el XIX, en que el bien jurídico protegido es el correcto ejercicio de las actividades públicas, recogiendo allí la actividad administrativa, la judicial y la parlamentaria, junto con otros títulos (por ejemplo, el Título XX CP) en que los comportamientos atentan contra una de esas actividades en concreto. En definitiva, de *lege ferenda*, debería el legislador crear un título que verdaderamente recogiese todas las conductas atentatorias contra las diferentes actividades administrativas, judiciales y parlamentarias o, mejor aún, realizar una reconstrucción sistemática global de todos los delitos relacionados con el ejercicio de los poderes públicos.

## V. BIBLIOGRAFÍA CITADA

(Las referencias bibliográficas se hacen en las notas a pie de página del texto mediante las palabras o abreviaturas aquí resaltadas en **negrita**, seguidas del numeral indicativo de la paginación de la obra citada)

- ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, *El delito de desobediencia de los funcionarios públicos*, Editorial Bosch, Barcelona, 1987.
- (Dtor.) *Doctrina penal de los Tribunales españoles*, tirant lo blanch, Valencia, 2007.
- BLECUA FRAGA, Ramón, «La aplicación pública de caudales a diferente destino como delito de **malversación** (Estudio del artículo 397 del Código penal)», *ADPCP*, 1985-38.
- CABELLO MOHEDANO, Francisco, «**Razón**, bien jurídico y conducta típica en el delito de tráfico de influencias», en González Rus, Juan José, (Coord), *Estudios penales y jurídicos* (Homenaje al Prof. Dr. Enrique Casas Barquero), Servicio de publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 1996.
- CARDENAL MONTRAVETA, Sergi, «Concepto, modalidades y límites del delito de **cohecho**», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.<sup>a</sup> época, número 10, 2002.
- CARDENAL MURILLO, Alfonso, «Bien jurídico y **delito urbanístico**. Objeciones a una consideración formal», en Octavio de Toledo y Ubieto, Emilio, Gurdíel Sierra, Manuel y Cortés Bechiarelli, Emilio (Coords), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruíz Antón*, tirant lo blanch, Valencia, 2004.
- CARMONA SALGADO, Concepción, en Cobo del Rosal, Manuel (Coord.), *Derecho penal español. Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 2005.
- CASABO RUIZ, José, «**Introducción** al estudio de los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos», *Escritos penales*, Valencia, 1979.
- CASAS BARQUERO, Enrique, «**Tráfico de influencias**», *Estudios penales en memoria del prof. Agustín Fernández Albor*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1989.
- CASTRO FELICIANO, «Delitos contra la Administración pública. La deslealtad en la administración de **fondos públicos**», en Gimeno Sendra, Vicente, Queralt Jiménez, Joan, Martín Pallín, José Antonio y Marchena Gómez, Manuel (Dtores.), *Estudio y aplicación práctica del Código penal de 1995. Tomo II. Parte Especial*, Editorial Colex y Centro Superior de Estudios, Madrid, 1997.
- CASTRO MORENO, Abraham, *La malversación de caudales en el Código penal de 1995*, Tirant lo blanch, Valencia, 2001.
- «La distinción entre las dos **modalidades de malversación de uso**: análisis crítico de los distintos criterios», *AP*, 2001-1.
- «**Negociaciones prohibidas** a los funcionarios públicos y autoridades en Derecho penal», *La ley Penal*, 2005-22.

- CATALÁN SENDER, Jesús, «Nuevos perfiles del delito de **fraude funcional** en el Código penal de 1995», *AP*, 1998-1.
- *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código penal (doctrina y jurisprudencia)*, Bayer Hnos., S.A., Barcelona, 1999.
- CEREZO DOMÍNGUEZ, Ana Isabel, «La adaptación del sistema jurídico-penal español a las propuestas internacionales sobre **corrupción administrativa**», *AP*, 2001-2
- CÓRDOBA RODA, Juan, «El **cohecho** de funcionarios públicos», *Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez Vitoria*, Bosch, Barcelona, 1983.
- en Córdoba Roda, Juan y García Arán, Mercedes (Dtores.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*. Tomo II, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2004.
- CRESPO BARQUERO, Pedro, en Serrano Butragueño, Ignacio (Coordinación editorial), *Código penal de 1995. (Comentarios y jurisprudencia)*, Comares, Granada, 1999.
- CUAREZMA TERÁN, Sergio, «**La naturaleza** del artículo. 397 CP y la distinción con el peculato propio (Comentario de la STS Sala 2.<sup>a</sup>, de 9 de julio de 1991)», *PJ*, 1991-24.
- CUGAT MAURI, Miriam, *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, Editorial Cedecs, Barcelona, 1997.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, «**Inducción o autoría mediata** en malversación impropia. Comentario de jurisprudencia», *La Ley*, 1986-4.
- «**La evolución legislativa** del delito de tráfico de influencias», *Actualidad jurídica Aranzadi*, 1995-23.
- ENTRENA FABRÉ, Rafael, *El delito de malversación*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999.
- ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, Xavier, «**Malversación de caudales** públicos», *Delitos contra la Administración pública*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1997.
- FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo, «**La corrupción de los servidores públicos extranjeros** e internacionales (Anotaciones para un Derecho Penal Globalizado)», en Ferré Olivé, Juan Carlos (Edición a cargo de), *Fraude y corrupción en la administración pública. Delitos financieros, fraude y corrupción en Europa*. Vol. III, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2003.
- *La corrupción de agente público extranjero e internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, «**Delitos contra la Administración pública**: consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificación de otras conocidas», *La Ley*, 1997-2.
- FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, «**Corrupción** y delitos contra la Administración Pública», en Ferré Olivé, Juan Carlos (Edición a cargo de), *Fraude y corrupción en la administración pública. Delitos financieros, fraude y*

- corrupción en Europa*. Vol. III, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2003.
- GARCÍA ARÁN, Mercedes, *La prevaricación judicial*, Editorial Tecnos, Madrid, 1990.
- *Los delitos de tráfico de influencias en el Código Penal de 1995*, Junta de Andalucía, Sevilla, 1996.
- GARCÍA ESPAÑA, Elisa, *El premio a la colaboración con la justicia. Especial consideración de la corrupción administrativa*, Editorial Comares, Granada, 2006.
- GARCÍA PLANAS, Gabriel, El nuevo delito de tráfico de influencias, *PJ*, 1993-29.
- GONZÁLEZ CUSSAC José Luis, *El delito de prevaricación de funcionario público*, Tirant lo blanch, Valencia, 1994.
- «La nueva regulación de los delitos de los funcionarios públicos en el Código penal de 1995: la prevaricación», en González Cussac, José Luis (Dtor), *Los delitos de los funcionarios públicos en el Código penal de 1995*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.
- GÓRRIZ ROYO, Elena, *Los delitos de prevaricación urbanística*, Tirant monografías, Valencia, 2004.
- GÜIDI CLAS, Elisa María, *La Prevaricación Judicial en España y en el Derecho comparado*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2006.
- JUANES PECES, Ángel, «Delitos de los funcionarios públicos», *La Ley*, 1998-5.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Manual de Derecho penal, Parte Especial III*, Akal, Madrid, 1992.
- LÓPEZ GARRIDO, Diego, y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario*, impreso en Closas-Arcoyen, S.L., Madrid, 1996.
- MAQUEDA ABREU, María Luisa, *La desobediencia de los funcionarios públicos*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 1998.
- MARTÍN CANIVELL, Joaquín, «Prevaricación», *La Ley*, 1996-1.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, en Vives Antón, Tomás Salvador, Orts Berenguer, Enrique, Carbonell Mateu, Juan Carlos, González Cussac, José Luis, Matínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho penal. Parte Especial*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004.
- MATA BARRANCO, Norberto J. de la, *La respuesta a la corrupción pública. Tratamiento penal de la conducta de los particulares que contribuyen a ella*. Editorial Comares, Granada, 2004.
- MATA BARRANCO, Norberto J. de la y ETXEBARRÍA, Xavier, *Malversación y lesión del patrimonio público. Apropiación, distracción y desviación por funcionario de caudales públicos*, Editorial Bosch, Barcelona, 1995.
- MESTRE DELGADO, Esteban, en Lamarca Pérez, Carmen (Coord), *Manual de Derecho penal. Parte Especial*, Colex, Madrid, 2005.
- MIR PUIG, Carlos, «De la malversación de caudales públicos: propuesta de una nueva interpretación del artículo 397 del Código penal», *CPC*, Madrid, 1991.

- MIR PUIG, Santiago, «**Negociaciones prohibidas** a los funcionarios», *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo XVII, Seix Editor, Barcelona, 1982.
- «Nombramientos ilegales», *Nueva Enciclopedia Jurídica (NEJ)*, Tomo XVII, F. Seix Editor, Barcelona, 1982.
- «**Nombramientos ilegales**, negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función», en González Cussac, José Luis (Dtor), *Los delitos de los funcionarios públicos en el Código penal de 1995*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.
- MONTES OLAVARRIETA, Leónidas, *De la prevaricación de abogados y procuradores*, Editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1963.
- MORALES GARCÍA, Óscar, «Fondos reservados, revelación de secretos y **denegación de auxilio** (A propósito de los últimos pronunciamientos del Tribunal Supremo)», *AP*, 1996-1.
- *Los delitos de malversación. Apropiación, utilización temporal y administración desleal de caudales públicos*, Aranzadi, Navarra, 1999.
- MORALES PRATS, Fermín, en Quintero Olivares, Gonzalo (Dtor), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 6.ª edición, Aranzadi, Navarra, 2007.
- MORALES PRATS, Fermín, y MORALES GARCÍA, Óscar, en Quintero Olivares, Gonzalo (Dtor), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 6.ª edición, Aranzadi, Navarra, 2007.
- MORALES PRATS, Fermín, y RODRÍGUEZ PUERTA, María José, en Quintero Olivares, Gonzalo (Dtor), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 6.ª edición, Aranzadi, Navarra, 2007.
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo, en Cobo Del Rosal, Manuel (Coord.), *Derecho penal español. Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 2005.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte Especial*, Sevilla, 1976.
- «Los nuevos delitos de tráfico de influencias, revelación de secretos e informaciones y uso indebido de información privilegiada. Comentarios a la Ley Orgánica 9/1991, de 22 de marzo, por la que se reforma el Código penal», en *Apéndice a Derecho penal. Parte Especial*, Tirant lo blanch, Valencia, 1990.
- *Derecho penal. Parte Especial*, Tirant lo blanch, Valencia, 2007.
- MUÑOZ CUESTA, Javier, «El delito de **malversación**», *La Ley*, 1996-5.
- NIETO MARTÍN, Adán, «La corrupción en las **transacciones comerciales internacionales**, en Nieto Martín, Adán (Coord), *Estudios de Derecho penal. Trabajos preparatorios del Grupo español de la Asociación Internacional de Derecho penal con ocasión del XVII Congreso Internacional de Derecho penal. Pekin 2004*. Ediciones del Instituto de Derecho penal europeo e internacional de la Universidad de Castilla La Mancha y Grupo español de la AIDP, Ciudad Real, 2004.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio, *La prevaricación del funcionario público*, Editorial Civitas, Madrid, 1980.
- «Algunas reflexiones sobre el tratamiento jurídico del **secreto profesional**», *La Ley*, 1983-1.

- *Sobre el concepto de Derecho penal*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de publicaciones, Madrid, 1984.
  - «**Función** y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos», *ADPCP*, 1990-43.
  - «El delito de prevaricación de los funcionarios públicos en el Código Penal», *La Ley*, **1996-5**.
  - «Los delitos relativos al **tráfico de influencias**», *La Ley*, 1998-5.
  - «Derecho penal, Poderes públicos y **negocios** (con especial referencia al delito de cohecho)», en Cerezo Mir, José, Suárez Montes, Rodrigo, Beristain Ipiña, Antonio, Romeo Casabona, Carlos (Editores), *El Nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos, Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Comares, Granada, 1999.
  - «Un ejemplo de **norma jeroglífica**: el artículo 329 CP –Algunas cuestiones (y ciertas respuestas) sobre la consumación, tentativa, autoría, participación y pena referidas al artículo 329 CP (y figuras afines)–», *RDPP*, Aranzadi, 2000-1.
  - «Los delitos relacionados con la **observancia**, a efectos tributarios, de la actualización y el orden en la contabilidad mercantil y en los libros y registros fiscales (art. 310 CP): revisión del bien jurídico y características comunes», *La Ley*, 2003-2.
  - «Poderes públicos y **corrupción** (delitos contra el correcto ejercicio de los poderes públicos y alcance de la noción jurídico-penal de la corrupción)», en el Libro homenaje a la profesora María del Mar Díaz Pita, **inédito**.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio, HUERTA TOCILDO, Susana, MARTÍN LORENZO, María, VENTURA PUSCHEL, Arturo, y ZAMBADE JIMÉNEZ, José Luis, *Programa abreviado para el curso académico 2006/2007. Derecho Penal II (Parte Especial)*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2006.
- OLAIZOLA NOGALES, Inés, *El delito de cohecho*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999.
- OLESA MUÑOIDO, Francisco Felipe, «El delito de **malversación por sustracción de caudales** o efectos públicos en el vigente Código Penal Español», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Octavio Pérez Vitoria*, Tomo I, Editorial Bosch, Barcelona, 1983.
- OLIVEROS ROSELLÓ, José, «La **malversación** en el Código penal de 1995», en González Cussac, José Luis (Dtor.), *Los delitos de los funcionarios públicos en el Código penal de 1995*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1996.
- ORTS BERENGUER, Enrique, en Vives Antón, Tomás Salvador, Orts Berenguer, Enrique, Carbonell Mateu, Juan Carlos, González Cussac, José Luis, Matfnez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho penal. Parte Especial*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004.
- «Consideraciones sobre los delitos de abandono de destino y omisión del deber de perseguir delitos y de **desobediencia y denegación de auxilio**», en González Cussac, José Luis (Dtor.), *Los delitos de los funcionarios*

- públicos en el Código penal de 1995*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1996.
- PAZ RUBIO, José María, y COVIÁN REGALES, Miguel, en Conde-Pumpido Ferreiro, Cándido (Dtor), *Código penal, Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo III, Arts. 386 a disposiciones finales, Editorial Trivium, Madrid, 1997.
- PORTERO GARCÍA, Luis, «El delito de **prevaricación de funcionario público**», *La Ley*, 2000-4.
- QUERALT JIMÉNEZ, Joan, «Delitos contra la Administración pública en el nuevo Código penal. Una aproximación desde la nueva regulación de la **prevaricación administrativa**», en Gimeno Sendra, Vicente, Queralt Jiménez, Joan, Martín Pallín, José Antonio y Marchena Gómez, Manuel (Dtores.), *Estudio y aplicación práctica del Código penal de 1995. Tomo II. Parte Especial*, Editorial Colex y Centro Superior de Estudios, Madrid, 1997.
- *Derecho penal español. Parte Especial*, Atelier, Barcelona, 2008.
- QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Compendio de Derecho penal, Parte Especial*, Tomo II, Adaptado al programa de Oposiciones a la Escuela Judicial, Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, 1958.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, «El delito de **desobediencia** y la desobediencia justificada», CPC, 1980.
- (Dtor), *Código penal*, Aranzadi, Pamplona, 2002.
- (Dtor), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 6.<sup>a</sup> edición, Aranzadi, Navarra, 2007.
- REBOLLO VARGAS, Rafael, *La revelación de secretos e informaciones por funcionario público*, Centro de Estudios de Derecho, Economía y Ciencias Sociales, Barcelona, 1996.
- «Notas y consecuencias de una lectura constitucional del **bien jurídico protegido** en el T. XIX, L. II del Código penal español (Delitos contra la Administración pública)», en Nieto Martín (Coord), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In Memoriam*. Vol. II, Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha/Ediciones de la Universidad de Valladolid, Cuenca, 2001.
- ROCA AGAPITO, Luis, *El delito de malversación de caudales públicos*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1999.
- RODRÍGUEZ DEVESA, José María, «**Cohecho**», *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo IV, F. Seix Editor, Barcelona, 1982.
- RODRÍGUEZ DEVESA, José María y SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho penal español. Parte Especial*, 18.<sup>a</sup> edición, Dykinson, Madrid, 1995.
- RODRÍGUEZ PUERTA, M.<sup>a</sup> José, *El delito de Cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, Aranzadi, Navarra, 1999.
- en Quintero Olivares, Gonzalo (Dtor), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 6.<sup>a</sup> edición, Aranzadi, Navarra, 2007.
- RODRÍGUEZ PUERTA, M.<sup>a</sup> José, y VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, «La responsabilidad penal del funcionario público en **materia urbanística**», en Quintero Olivares, Gonzalo y Morales Prats, Fermín (Coords), *El Nuevo*

- Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Navarra, 2001.
- ROLDÁN BARBERO, Horacio, «La **infidelidad** en la custodia de documentos», *La Ley*, 1996-3.
- «El delito de **desobediencia** funcional», *La Ley*, 1996.
- RUBIO LARA, Pedro Ángel, *Denegación de auxilio por funcionario público* (Código penal, art. 412, párrafo tercero), CESEJ-Ediciones, Madrid, 2006.
- SUÁREZ MONTES, Rodrigo Fabio, «El delito de **malversación de caudales públicos**», *RGLJ*, 1996, Tomo LII.
- TEJERA, Diego Vicente, *El cohecho*, Memoria leída por el Fiscal de la Audiencia de Matanzas en la solemne apertura de los Tribunales, el día 1 de septiembre de 1924, Imprenta La pluma de oro, Matanzas, 1925.
- *La prevaricación*, Memoria leída el día 1 de septiembre de 1925 por el Fiscal de la Audiencia de Matanzas en la solemne apertura de los Tribunales, Imprenta y papelería de Rambla, Bouza y Cía., Habana, 1926.
- VALEIJE ÁLVAREZ, Inma, «Aspectos problemáticos del delito de **concusión** (diferencias con el cohecho)», *RGD*, 1994-597.
- «Consideraciones sobre el bien jurídico protegido en el delito de **cohecho**», en AA.VV. *Estudios penales y criminológicos*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1995.
- *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1996.
- VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando, *Los delitos contra la Administración Pública. Teoría general*, Instituto Nacional de Administración Pública y Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2003.
- VERCHER NOGUERA, Antonio, «La especial forma de prevaricación de los delitos contra la **Ordenación del Territorio**», *La Ley*, 1997-1.
- VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge, *Delitos contra la Administración pública: estudio crítico del delito de cohecho*, Editorial Comares, Granada, 2003.