

Introducción a los delitos contra la Administración pública

Profesor ayudante
de Derecho Penal.
Universidad de Santiago de
Compostela

Fernando Vázquez Portomeñe Seijas

1. Consideraciones previas

En una valoración compartida con carácter general en el ámbito del derecho comparado, la determinación de los intereses protegidos a través de las figuras integradas en el grupo de los delitos de los funcionarios públicos se revela como una tarea compleja, mediatizada por una pluralidad de factores de diversa índole¹. En el dato histórico se justifica la existencia de profundas divergencias –de forma y de contenido– entre las regulaciones previstas en los diversos sistemas penales, habiéndose formulado al hilo del mismo una de las críticas más importan-

¹ Véanse al respecto las referencias de R. Maurach ("Die Behandlung der unselbständigen tatbestandlichen Abweichungen der eigenständigen Verbrechen de lege ferenda", en *Materialien zur Strafrechtsreform*, 1. band, Bonn, 1954, pág. 252) y F. Tagliarini (*Il concetto di Pubblica Amministrazione nel Codice penale*, Milano, 1973, págs. 77 y ss.). Para el Derecho español, E. Octavio de Toledo y Ubieto, *La prevaricación del funcionario público*, Madrid, 1980, págs. 135 y sigs. y 188 y sigs.

tes de que estas infracciones son objeto: su profunda inadecuación a la evolución sufrida por la materia en la que, en definitiva, "hunden sus raíces"². Por otra parte, el iter de creación y evolución del grupo en los diversos textos punitivos entronca históricamente con la injerencia de un Poder del Estado –el Judicial– en otro –el Ejecutivo– y con la progresiva consolidación de un sistema de revisión jurisdiccional de la actividad administrativa completamente independiente de la eventual afirmación de la responsabilidad penal del funcionario³. El número excesivamente amplio de figuras que integran el grupo, su escasa movilidad y los métodos de sistematización a que viene sometido representan, en fin, las principales rémoras de técnica legislativa que debe enfrentar la construcción dogmática de estas figuras.

Estas notas pretenden poner de manifiesto la conveniencia de revalorizar el punto de vista sistemático como criterio preferente en la reconstrucción interpretativa del grupo. Se apoyan para ello en la eficacia exegética que reviste la integración de la norma jurídico-penal en un sistema de preceptos que autoriza a una labor de justificación de cada uno de ellos en función de los restantes, esto es, **ab interno** de una constitución orgánica de principios⁴. Así, la pretensión legislativa de reunir estos delitos a partir de un criterio formal basado en la condición especial del sujeto activo, como ocurre en el Código penal alemán y en el Có-

² Además de la bibliografía citada en la nota 1, vid. R. Klinhardt, "Die Amtsdelikte", en *Materialien zur Strafrechtsreform*, 2. Band, Bonn, 1955, págs. 479 y sigs., y especialmente Wachinger, "Verbrechen und Vergehen im Amte. Allgemeine Erörterung", en *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Besonderer Teil*, IX Band, Berlin, 1906, pág. 284, a quien pertenece la cita.

³ Vid. J. R. Casabó Ruiz, "Introducción al estudio de los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos", en *Escritos penales*, Valencia, 1979, p. 192, donde recoge las opiniones del senador Armendáriz contrarias al Proyecto de Código penal de 1942, al entender incompatible con el principio de división de poderes la existencia de un grupo de incriminaciones dirigido a "permitir" la injerencia del poder judicial en el poder administrativo. La existencia de una relación de proporción inversa entre el desarrollo de los cauces penales de control de la actividad funcional y los sistemas de responsabilidad administrativa ha sido destacada, entre otros, por J. Lalinde Abadía (*Iniciación histórica al Derecho español*, 3ª ed., Barcelona, 1983, p. 637) y R. Parada Vázquez (*Apuntes de Derecho administrativo*, 1º, Tomo V, Madrid, 1973-1974, págs. 210 y sigs.).

⁴ Desde luego, por lo que a la codificación penal española atiende, la doctrina ha subrayado tradicionalmente que la articulación de los tipos de la Parte Especial adopta como punto de referencia el objeto al que el legislador pretende dispensar tutela, remitiéndose en prueba de ello a los propios enunciados o epígrafes que encabezan los diversos títulos, capítulos y secciones. Un examen más atento revela, sin embargo, que así como las mismas indicaciones de la norma avalan la trascendencia de las consideraciones sistemáticas en el seno del texto punitivo (sobre ello, A. Beristain, "Concepto y método del

digo penal español de 1973, ha venido en apoyo de una concepción subjetiva del injusto típico, centrada en la infracción de deberes personales de lealtad y fidelidad al Estado⁵. Del mismo modo, los esquemas clasificatorios predominantemente objetivos aceptados por el Código penal italiano y el español de 1995 han puesto sobre el tapete el problema de la oportunidad político-criminal y técnica de aglutinar todos los delitos de los funcionarios en el seno de un título en que se aluda a la comisión de las conductas delictivas en el ejercicio de la función pública o contra ella⁶.

Derecho criminal", en *Estudios penales. Libro Homenaje al Prof. J. Antón Oneca*, Salamanca, 1982, pp. 100 y 101), la validez general de aquel postulado admite notables excepciones. En alusión al Código penal de 1973, J. Ortego Costales señalaba (Teoría de la Parte Especial del Derecho penal, Salamanca, 1988, p. 23) que en el título III del Código penal de 1973 – "de las falsedades" – el legislador recurría al criterio del medio empleado, en tanto que en el capítulo I del título I – "Delitos de traición" – venía expresado el quebrantamiento del deber de fidelidad a la patria y en el capítulo II del título II aludía meramente a los "delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes". En general, para este autor la existencia de títulos que no acotan un grupo exactamente definido de bienes provoca una grave distorsión en la labor del intérprete, que se ve obligado a partir del tipo como unidad autónoma, no sistematizadora ("Bien jurídico: lesión y peligro", en *Libro Homenaje al prof. J. Antón Oneca*, cit., pág. 432).

⁵ Cfr. Casabó Ruiz, "Introducción...", cit., págs. 190 y sigs. Efectivamente, la conformación de la rúbrica del título VII del Libro II del Código penal de 1973 ("De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos") ha constituido tradicional objeto de censura por parte de la doctrina española, que ha destacado fundamentalmente su ruptura del método de sistematización habitualmente seguido por el texto punitivo (*vid.* nota anterior). La doctrina estaba de acuerdo en que la existencia del título VII denotaba la pretensión de integrar ciertos contenidos a partir de un criterio de unificación situado fuera de la propia esencia de las infracciones penales. Y por ello –se entendía– el legislador debía proceder a la reagrupación de los diversos delitos alrededor de un intitulado expresivo de la comunidad de bien jurídico agredido (cfr. A. Ferrer Sama, *Comentarios al Código penal*, Tomo IV, Madrid, 1956, p. 57; T. Jaso Roldán, en J. A. Rodríguez Muñoz y otros, *Derecho penal*, Tomo II, Parte Especial, Madrid, 1949, pág. 192; M. Cobo del Rosal, "Examen crítico del párrafo 3º del artículo 119 del Código penal español ("Sobre el concepto de funcionario público" a efectos penales)", *RGLJ*, Tomo XLIV (212 de la colección), febrero de 1962, pág. 250; A. Quintano Ripollés, *Curso de Derecho penal*, Tomo II, Madrid, 1963, p. 549; E. Orts Berenguer, en T. S. Vives Antón y otros, *Derecho penal. Parte Especial*, Valencia, 1993, pág. 437. Con todo, esta corriente de opinión –absolutamente mayoritaria, por otra parte– había sido contestada por Octavio de Toledo y Ubieto (*La prevencionalidad...*, cit., págs. 137 y 138) y García Arán (*La prevencionalidad judicial*, cit., pág. 30), de acuerdo con los cuales una interpretación declarativa de los términos "delitos de los funcionarios públicos" con arreglo a su verdadero sentido normativo –el que les proporcionaba el párrafo 3º del artículo 119– enunciaba el propósito del legislador de contener bajo la rúbrica del título VII las figuras que preservaban a la función pública de los ataques provenientes de la organización burocrática del Estado.

⁶ *Infra.*

Conviene precisar, en cualquier caso, que objeto de las presentes reflexiones son exclusivamente materiales legislativos, elementos a los que debe atribuirseles el valor de indicios en la determinación del fundamento racional objetivo de la norma (*ratio legis*). En el derecho penal moderno, es al concepto material y político-criminal de bien jurídico al que debe reconocérsele preponderancia en tanto criterio de clasificación sistemática de los diversos tipos de delito, como reflejo en el ámbito de la Parte Especial de la propia relevancia metódica del concepto⁷. Sólo una noción de interés extraída de la entera estructura del supuesto de hecho legal es idónea, sin embargo, para suministrar un criterio válido para la definición de la objetividad jurídica de cada delito y de su gravedad⁸.

⁷ Sobre la función sistemática del bien jurídico, entre otros, M. Polaino Navarrete, *El bien jurídico en el derecho penal*, Sevilla, 1974, págs. 300 y sigs.; P. Nuvolone, *Il sistema di Diritto penale*, Padova, 1975, págs. 222 y sigs.; E. Mezger, *Tratado de Derecho penal*, Tomo Y, de. revisada y puesta al día por J. A. Rodríguez Muñoz, Madrid, 1955, pág. 385. Con relación a los intentos de adopción de principios clasificadores basados en los motivos del delito, la personalidad del autor o los medios comisivos véase A. Quintano Ripollés, *Tratado de la Parte Especial del derecho penal*, vol. I, 2ª ed. puesta al día por E. Gimbernat Ordeig, Madrid, 1972, págs. 1 y sigs. Debe indicarse que ha sido en virtud de la concepción del derecho penal como verdadera instancia de control social formalizado que la clasificación de los delitos y la ordenación sistemática de las normas e institutos legales a partir del bien jurídico han merecido en los últimos tiempos una especial atención de la doctrina. Si los instrumentos propios del derecho penal cumplen su cometido cuando ayudan a garantizar la protección formalizada de intereses humanos y fundamentales a través de una técnica protectora formalizada y observando los principios valorativos formalizadores, la clasificación aparece como una de las posibilidades que tiene el legislador para configurar de un modo complejo y claro los presupuestos de la imputación, para posibilitar a través de la transparencia del sistema de tales presupuestos el incremento del número de los que puedan formularse y controlarse. Por esta vía, al margen de su trascendencia estrictamente sistemática, se ha destacado que tras las diversas distinciones entre delitos o sus fundamentos existen decisiones político-criminales que determinan el nivel formalizador del derecho penal. Sobre ello, ampliamente, W. Hassemer, en W. Hassemer / F. Muñoz Conde, *Introducción a la Criminología y al derecho penal*, Valencia, 1989, págs. 143 y sigs.

⁸ Cfr., por ejemplo, F. Infantini, *L'abuso della qualità e delle funzioni di pubblico ufficiale in diritto penale*, Milano, 1974, págs. 13 y 14; G. Neppi Modona, *Il reato impossibile*, Milano, 1965, pág. 79; Octavio de Toledo y Ubieto, *La prvaricación...* cit., págs. 321 y 322, nota 1198.

2. Modelos legislativos de tratamiento de los delitos de funcionarios públicos

A) El modelo alemán

El Código penal alemán regula las "Infracciones penales en el cargo" ("*Straftaten im Amte*") en el título 29 de su Parte Especial. Tras la extensa reestructuración operada por la EGStGB ("*Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch*"), de 2 de marzo de 1974⁹, el capítulo se integra en la actualidad de las figuras de cohecho pasivo (pág. 331), cohecho pasivo agravado (pág. 332), cohecho activo (pág. 333), cohecho activo agravado (pág. 334), omisión de la acción del servicio (pág. 335), remuneración a árbitros (pág. 335 a), prevaricación (pág. 336), lesión corporal en el ejercicio de funciones públicas (pág. 340), coacción para la obtención de una declaración (pág. 343), persecución de no culpables (pág. 344), ejecución contra no culpables (pág. 345), falsedad documental en la función pública (pág. 348), exacción ilegal de honorarios (pág. 352), exacción ilegal de impuestos (pág. 353), infidelidad en el servicio extranjero (pág. 353 a), lesión del secreto de servicio (pág. 353 b), transmisión no autorizada de objetos o noticias secretas (pág. 353 c), informes prohibidos sobre audiencias judiciales (pág. 353 d), lesión del secreto postal y de telecomunicación (pág. 354), lesión del secreto fiscal (pág. 355), prevaricación de abogado (pág. 356) e inducción a un subordinado a la comisión de delitos (pág. 357).

La agrupación de los "*Verbrechen und Vergehen im Amte*" del capítulo 28 del Código de 1871 denota la influencia di-

⁹ La nueva disciplina de los delitos de los funcionarios públicos constituye uno de los momentos fundamentales en el proceso de reforma de la Parte Especial del Código penal alemán, proceso fuertemente impulsado por la EGStGB. En virtud de ella: a) fueron redactados de forma completamente distinta los párrafos 331 a 334, 343 a 345 –tipificándose en el párrafo 2º del último de ellos una conducta negligente– y 345 d –acogiendo el contenido del p. 453 del Proyecto de 1962–; b) se integraron en el 28. *Abschnitt* con finalidad aclaratoria los párrafos 335 y 344 a; c) se subsumieron en sus teóricos tipos base los delitos de los párrafos 340, 341, 346, 347, el párrafo 2º del 348, 350, 351, 353 d párrafo 1º; d) se suprimieron los párrafos 348 párrafo 4º –supuestos especialmente graves de destrucción de documentos– y 343 c –divulgación prohibida de asuntos o noticias secretas–; e) fueron refundidos en el nuevo párrafo 354 y sin modificaciones sustanciales los párrafos 354 y 355 del anterior texto punitivo; y f) la violación del secreto fiscal fue extraída de la Ordenanza fiscal y regulada en el StGB (pág. 355). Ulteriores modificaciones –en todo caso incidentales– han venido de la mano de las Leyes de reforma de 21 de diciembre de 1979 (17. *StrÄndg*), en materia de violación de secretos (pág. 353 b párrafo 2), y de 28 de marzo de 1980 (18. *StrÄndg*), que trasladó los delitos en el cargo desde el capítulo 28 al 29, último de la Parte Especial, reservando aquél para el tratamiento de los delitos contra el medio ambiente.

recta –y gravosa– de la tradición legislativa prusiana, representada por el Código penal de 1851 y el ALR (*Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten*) de 5 de febrero de 1794¹⁰. Reminiscencia del derecho penal estamental elaborado por el legislador prusiano para los servidores del Estado se consideraba, en particular, la presencia en el capítulo de un elevado número de delitos en punto a los que la cualidad funcional determinaba únicamente una agravación de la pena respecto al correlativo delito común (delitos impropios –“*unechte*”, “*uneigentliche*”– de los funcionarios públicos)¹¹.

⁹ Así se había advertido –desde una perspectiva unánimemente crítica– tanto por la doctrina antigua como por la inmediatamente anterior a la entrada en vigor de la EGStGB. Cfr. F. V. Liszt / E. Schmidt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 23. Aufl., Berlin und Leipzig, 1921, págs. 607 y 608; R. Maurach, *Deutsches Strafrecht. Besonderer Teil*, 2. Aufl., Karlsruhe, 1956, págs. 611 y 612; H. Welzel, *Das Deutsche Strafrecht. Eine Systematische Darstellung*, 9. Aufl., Berlin, 1965, pág. 485; P. Baldus, número 1 letra b) antes del parágrafo 331, LK, 3. Band, 9. Aufl., Berlin, New York, 1974. Producto típico del Despotismo Ilustrado prusiano, el ALR contenía los principios cardinales del Estado de policía entonces vigente. Contribuyó decisivamente al saneamiento de la burocracia prusiana, al incluir en su título 10 un completo elenco de sus derechos y obligaciones, hasta entonces descritos únicamente en el nombramiento, el juramento y las instrucciones jerárquicas. Asimismo, y aún sin operar la transición del vínculo funcional desde el derecho privado al público, instituyó un procedimiento para la reparación del servicio rodeado de ciertas garantías y consagró el carácter de servidor del Estado –y no sólo del rey– del funcionario. Según detalla U. Stock (*Entwicklung und Wesen der Amtsverbrechen*, Leipzig, 1932, pp. 145 y ss.), el 8. *Abschnitt* del título 20 de su segunda parte –parágrafos 323 a 508– se dedicaba a los “Delitos de los servidores del Estado” (“*Verbrechen der Diener des Staats*”), considerados por su ubicación sistemática como “lesiones contra el derecho del Estado”. En él se incluían –como grupo de delitos comisibles por cualquier servidor del Estado (“*Staatsdiener*”)– los delitos en la obtención de un cargo, en el ejercicio o administración del mismo, los de los superiores jerárquicos que transgredían deberes, los delitos contra la subordinación, quebrantamiento de reserva o sigilo oficial, la corrupción, las injurias realizadas en el cargo y la forma de vida desordenada. A ellos seguían los delitos de los empleados judiciales y los de los empleados de las finanzas. El capítulo se integraba, además, de delitos cuyo autor no había de ser un servidor del Estado (delitos de los médicos, por ejemplo), y de ciertas disposiciones de imposición de penas especiales por la comisión de delitos comunes con o sin ocasión del ejercicio del cargo. En realidad, Svarez y Klein –autores del cuerpo legal– construyeron un verdadero derecho penal de clase que hacía del funcionario el centro de la regulación y el elemento fundamental –también a efectos dogmáticos e interpretativos– de los tipos delictivos. De hecho, a diferencia de los restantes grupos de delitos del título 20 de la segunda parte, el 8. *Abschnitt* no se vinculaba en su rúbrica a la dirección –ofensiva– de la acción delictiva, sino al carácter de servidor del Estado, aspirando a contemplar todas las lesiones imaginables de sus deberes. Y en él se repetían los delitos comunes previstos en otros lugares del título, evidenciándose el papel central desempeñado por la violación del deber estatutario oficial (*vid.* Stock, *op. cit.*, pág. 154).

¹¹ Cfr. K. Binding, “Die Amtsverbrechen und seine legislatorische Behandlung”, GS, 64. Band, 1904, pp. 20 y 21, si bien opinando sobre la base de la

La EGStGB excluyó del grupo aquellas figuras para las que se entendía suficiente la conminación del delito común, fundamentalmente las detenciones ilegales en la función, el allanamiento de morada en la función, el encubrimiento en la función y la malversación, simple y agravada. Además, abrogó el anterior parágrafo 359, que contenía la definición de *Beamte*, sustituyéndolo en el párrafo 11.2 del Capítulo 2 de la Parte General por la definición del *Amtsträger* ("quien, según el Derecho alemán, a) es funcionario o juez, b) se encuentra en otra relación oficial de derecho público o c) se halla de otro modo

sistemática que él mismo propone como criterio material de ordenación de estos delitos, y que distingue no entre delitos propios e impropios, sino entre "delitos del cargo" ("*Amtsverbrechen*") y "delitos de funcionarios" ("*Beamtenverbrechen*"). Con arreglo al planteamiento dominante, Maurach (*Deutsches Strafrecht. Besonderer Teil*, cit., pág. 612), Welzel (*Das Deutsche Strafrecht*, cit., págs. 485 y 487) y Baldus (números 12 y 23 antes del parágrafo 331, *LK*, 3. Band, 9. Aufl., cit.) veían en dicha presencia el factor de mayor perturbación en orden a una correcta comprensión del sentido de estos delitos. Ese "planteamiento dominante" al que aludo es el que advierte delitos propios ("*echte*", "*eigentliche*") de funcionarios en aquéllos que sólo un funcionario público puede cometer en calidad de autor, al contener el tipo como elemento constitutivo la lesión de un deber del cargo. La cualidad de funcionario público sería en estos casos una característica personal que fundamentaría la punibilidad del autor en el sentido del parágrafo 28.1) StGB. Los ejemplos frecuentemente aludidos son los de la prevaricación, el cohecho pasivo, la persecución o ejecución contra no culpables y la falsedad documental en el ejercicio de la función pública. En la misma línea, delitos impropios, por contra, sería aquéllos que podrían ser cometidos también por sujetos no cualificados, siendo determinante para la agravación de la pena bien la lesión de los deberes u obligaciones propios del servicio público y las relaciones de confianza estatal, bien el abuso del cargo como medio de comisión de los delitos. Antes de la entrada en vigor de la EGStGB, la figura habitualmente reclamada como modelo era la malversación de caudales públicos (pág. 350); con posterioridad, la lesión corporal en el ejercicio de la función pública (pág. 340). Cfr. Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, cit., págs. 486 y 487; W. Petters / H. Preisendanz, *StGB*, 28. Aufl., Berlin, 1974, pág. 634; Baldus, números 4 y 5 antes del parágrafo 331, *LK*, 3. Band, 9. Aufl., cit.; H. Blei, *Strafrecht II. Besonderer Teil*, 12. neubearbeitete Aufl., München, 1983, pág. 452; P. Cramer, en A. Schönke / H. Schröder, *StGBK*, 22. neubearbeitete Aufl., München, 1985, pág. 1913; H.-H. Jescheck, números 11 y 12 antes del parágrafo 331, *LK*, 7. Band, 10. völlig neubearbeitete Aufl., Berlin, New York, 1988; V. Krey, *Strafrecht. Besonderer Teil*, Band 1, Besonderer Teil ohne Vermögensdelikte, 7. völlig neubearbeitete Aufl., Stuttgart, Berlin, Köln, 1989, págs. 252 y 257; E. Dreher / H. Tröndle, *StGB*, 45. neubearbeitete Aufl., München, 1991, pág. 1753; F. Haft, *Strafrecht. Besonderer Teil*, 4. Aufl., München, 1991, pág. 299. Entre los delitos propios y los impropios, E. Schmidhäuser sitúa los delitos especiales mixtos, que se caracterizarían porque las posiciones de deber que son presupuesto de la tipicidad podrían ser ocupadas tanto por los sujetos activos de los tipos propios de los titulares del cargo público como por sujetos sin dicha cualificación. Los delitos que reconduce a esta categoría son la infidelidad en el servicio extranjero (p. 353 a), la lesión del secreto de oficio y de un deber especial de secreto o reserva (p. 353 b), la lesión del secreto postal y de telecomunicación (pág. 354) y la lesión del secreto fiscal (pág. 355). Cfr. *Strafrecht. Besonderer Teil*, Tübingen, 1980, págs. 229 y 230.

encargado del cumplimiento de tareas de administración pública en una oficina administrativa o en otro ente o a sus órdenes")¹². Y reconoció, con relación a los criterios de punición del delito de cohecho (**Bestechung**), la diferencia cualitativa existente entre la aceptación y ofrecimiento de ventajas de los párrafos 331 y 333, en los que el objeto de las conductas típicas es una acción conforme a los deberes del servicio, y los de los párrafos 332 y 334, en los que el objeto viene integrado por una acción por medio de la cual aquéllos son o serán lesionados¹³.

¹² Frente al concepto penal de funcionario ("**Beamte**") del pág. 359 –comprendivo de quienes mediata o inmediatamente, permanente o provisionalmente y terciando juramento profesional o no, recibían el encargo de realizar funciones del servicio público–, el legislador de 1975 acuña los conceptos de "**Amtsträger**" ("Titular del cargo"), en esencia correspondiente al de "**Beamte**", y de "**für der öffentlichen Dienst besonders Verpflichteter**" ("sujeto especialmente obligado para el servicio público"), hasta ese momento adoptado por la Ordenanza para la disciplina de los delitos de cohecho y violación de secretos cometidos por sujetos no funcionarios (**BestechVO**) de 22 de mayo de 1943, dejada sin vigencia por la EGStGB (art. 287, n.º 3). Con arreglo al derecho derogado, los delitos del 28. **Abschnitt** podían ser perpetrados únicamente por los funcionarios en sentido jurídico-penal, mientras que para otras clases de empleados en oficinas o entidades de derecho público se contemplaban diferenciadamente determinadas prescripciones en materia de violación de secretos y cohecho (por ejemplo, en los párrafos 353 B II StGB y 1 I **BestechVO**). Tras la EGStGB, el StGB muestra tanto disposiciones legales que abarcan exclusivamente a los titulares del cargo ("**Amtsträger**"), caso de los párrafos 174 b, 258 a, 336, 340 ó 341, como párrafos que se destinan en idéntica medida a los "**Amtsträger**" y a los sujetos especialmente obligados para el servicio público (por ejemplo, los números 203, 331 y sigs., 353 b ó 355). Para la respuesta –no uniforme– de la literatura a las nuevas disposiciones, E. Samson, número 8 y sigs. al párrafo 11, en H.-J. Rudolphi / E. Samson / E. Horn / H.-L. Günther, 1995.

Bajo el concepto "sujeto especialmente obligado para el servicio público" (pág. 11 n.º 4) se comprenden aquellas personas que sin ser "**Amtsträger**", ni hallarse en relaciones de derecho público o haber sido encargados para el ejercicio de tareas de la Administración, poseen una relación mediata con ésta, participando en un ente u oficina encargado de aquellas tareas y viniendo formalmente obligados al cumplimiento escrupuloso de obligaciones relacionadas con el servicio público. Presupuesto formal de la obligación es, según el párrafo 1 II de Ley sobre contratación de formal de sujetos no funcionarios –a que se remite el artículo 42 de la EGStGB (**Gesetz über die förmliche Verpflichtung nichtbeamteter Personen in der Fassung des Art. 42 EGStGB**, de 9 de marzo de 1974)– la expresa indicación en el contrato de trabajo sobre las consecuencias penales de la infracción de las obligaciones profesionales. Cfr. ampliamente, Tröndle, números 52 y sigs. al párrafo 11, *LK*, 1. Band, 10. Aufl., cit.

¹³ Las necesidades de reforma del cohecho venían siendo expresadas desde hacía largo tiempo. La directriz esencial de la nueva regulación, plegada a las sugerencias de los párrafos 460 a 463 del Proyecto de 1962, fue la de reforzar la protección penal contra la corrupción pública (Cfr. H. Jung, en C. Roxin / W. Stree / H. Zipf / H. Jung, *Einführung in das neue Strafrecht*, 2. Aufl., München, 1975, p. 128). La regla del número 3 del párrafo 331 relativa a la relevancia jurídico-penal de la autorización por autoridad competente de la conducta del funcionario o del sujeto especialmente obligado al servicio público carece de

Tras la reforma, las aproximaciones de la literatura al sistema de tratamiento de los delitos en el cargo en el StGB siguen subrayando, sin embargo, su profunda insatisfactoriedad. Trascendiendo la exégesis de las figuras particulares y dejando al margen referencias que por su abstracción y genericidad no resultan en absoluto aptas en orden a desempeñar las funciones técnicas, dogmáticas y político-criminales propias del concepto de bien jurídico-penal, la agrupación que forman los *Straftaten im Amte* apenas podría entenderse como unidad sino desde el punto de vista de un sujeto activo. Y esta obligada conclusión –se enfatiza– desconocería las exigencias dirigidas al derecho penal en orden tanto a precisar los límites del *Ius puniendi* como a decidir –con arreglo a criterios materiales y valorativos– sobre los procesos de criminalización o desincriminación en este ámbito, esto es, sobre la continuidad o discontinuidad entre los delitos y las infracciones disciplinarias¹⁴.

En otro sentido, el examen de estos delitos desde la óptica *formal* del delito especial –desde la perspectiva de la restricción legal del círculo de sujetos activos– permite descubrir que ni todos los delitos contenidos en el capítulo 29 tienen como presupuesto la cualidad de funcionario de su autor¹⁵, ni aquél re-

antecedentes. Si bien parece clara su finalidad político-criminal –excluir la punibilidad de las recepciones de ventajas socialmente habituales o adecuadas– su calificación dogmática es, no obstante, polémica. Sobre las diversas opciones (causa de justificación, causa de atipicidad, excusa absoluta), M. Maiwald, “Die Amtsdelikte. Probleme der Neuregelung des 28. Abschnitts des StGB”, *JuS*, 1977, págs. 355 y sigs.; Schmidhäuser, *Strafrecht. Besonderer Teil*, cit., pág. 232; Cramer, en Schönke / Schröder, *StGBK*, cit., pág. 1924.

¹⁴ Cfr. con carácter general, H. J. Hirsch, “Literaturbericht”, *ZStW*, 88. Band, Heft 3, 1976, págs. 776 y 777. Para Cramer en el fundamento material de los diversos tipos se acentúan sin concierto ora el aspecto del ejercicio en debida forma del cargo público, ora el perjuicio del interés estatal en ofrecer ante la ciudadanía apariencia de juridicidad, de sujeción a derecho, en sus aparatos administrativos (en Schönke / Schröder, *StGBK*, cit., pág. 1912). Rotundos, Haft (*Strafrecht. Besonderer Teil*, cit., pág. 299) y Jescheck (número 8 antes del párrafo 331, *LK*, 7. Band, 10. Aufl., cit.) niegan toda posibilidad de determinación unitaria, bajo cualquier punto de vista, del bien jurídico. Schmidhäuser (*Strafrecht. Besonderer Teil*, cit., pág. 229) alude tanto a su inevitable construcción como delitos de peligro abstracto contra el bien jurídico “confianza de la ciudadanía en la juridicidad de la realización de las tareas encomendadas a los órganos estatales”, como a la necesaria distinción en el seno del 29. *Abschnitt* de las figuras que atentan contra la autoridad de las decisiones jurisdiccionales. Blei (*Strafrecht II. Besonderer Teil*, cit., págs. 450 y 451), en fin, justifica la reconducción del objeto de protección a un esquema unitario únicamente a costa de su identificación con la genérica “pureza en el ejercicio del cargo” y de la realización de ulteriores diferenciaciones entre delitos uniofensivos y pluriofensivos.

¹⁵ Caso del cohecho activo (págs. 333 y 334), la recaudación ilegal de honorarios (pág. 352, por lo que atiende a las figuras del abogado u otro asistente jurídico), la prevaricación de abogado (pág. 356) y la información prohibida

úne todos los *Amtsdelikte*. Algunos se ubican junto con los delitos con que comparten un mismo bien jurídico protegido¹⁶. La rúbrica del Capítulo –indica Jescheck– es, al propio tiempo, en exceso restringida y extensa¹⁷.

Sobre la base, entonces, de una regulación mayoritariamente tachada de dispersa, anacrónica y perturbadora –material y valorativamente– se desarrolla el trabajo doctrinal en Alemania en esta materia, preferentemente dirigido a delimitar el objeto de protección con el fin de inscribir a los delitos en el cargo como grupo técnico en el ámbito del derecho penal común.

B) *El modelo italiano*

En una sistematización de los delitos contra el Estado que responde a la concepción dominante en sede de compilación y comentario del Código de 1889, el Código penal italiano de 1930 (Código Rocco) dedica los tres primeros títulos de su Libro II a los delitos contra la personalidad del Estado, la Administración pública y la Administración de Justicia, por este orden¹⁸. En tanto modelo técnico de incriminación, su principal

sobre audiencias judiciales (p. 353 d). Inciden en ello Jescheck, número 2 antes del párrafo 331, *LK*, 7. Band, 10. Aufl., cit.; Dreher / Tröndle, *StGB*, cit., pág. 1753; Schmidhäuser, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., págs. 229 y 230. Para Blei (*Strafrecht II. Besonderer Teil*, pág. 450) la presencia de tales tipos constituye –todavía en la actualidad– otra de las pruebas de la “herencia prusiana”. Cramer justifica su inclusión por las “conexiones objetivas” que presentan con los delitos en el cargo (en Schönke / Schröder, *StGBK*, pág. 1912).

¹⁶ Así, la liberación de presos por funcionario o sujeto especialmente obligado por el servicio público a evitar la evasión (pág. 120.2), el quebrantamiento de depósito (p. 133.3), la lesión de secretos privados en la función pública (p. 203.2) y la frustración de pena en la función (p. 258 a). Cfr. Hirsch, “Literaturbericht”, cit., pág. 773; Jescheck, número 2 antes del párrafo 331, *LK*, 7. Band, 10. Aufl., cit.; Dreher / Tröndle, *StGB*, cit., pág. 1754; Cramer, en Schönke / Schröder, *StGBK*, cit., pág. 1912; Schmidhäuser, *Strafrecht. Besonderer Teil*, cit., pág. 231; Krey, *Strafrecht. Besonderer Teil*. Band 1, cit., pág. 257; Haft, *Strafrecht. Besonderer Teil*, cit., pág. 299, todos ellos subrayando el carácter inconcluso de la reforma del capítulo en materia de delitos impropios.

¹⁷ Vid. número 2 antes del párrafo 331, *LK*, 7. Band, 10. Aufl., cit.

¹⁸ El Libro II del Código penal de 1889 (Código Zanardelli) trataba los delitos contra la Seguridad del Estado en el título I y los delitos contra la Administración pública en el III. Tanto la Relación Ministerial sobre el Proyecto como la literatura de la época advertían sobre la referencia de esta distinción sistemática –con origen en el Código sardo-piamontés de 1859– a la diversa naturaleza o cualidad de las ofensas. Mientras los delitos del título I representaban conductas peligrosas para la seguridad de los organismos políticos del Estado y su autoridad y prestigio, los del título III constituían perturbaciones del regular funcionamiento de los poderes públicos en sentido lato. Cfr. C. Civoli, *Trattato di Diritto penale*, Vol. II, Milano, 1912, págs. 221 y 222; S. Lollini, “Dei delitti contro la Pubblica Amministrazione (Libro II, Titolo II del Codice penale)”, *EDPI*, Vol. VII, Milano, 1907, págs. 4 y sigs. En esta misma

rasgo distintivo viene dado por la irrelevancia de la procedencia de la agresión como criterio preferente de ordenación sistemática, convergiendo en el extenso Título II tanto las necesidades de protección contra las conductas *in officio* como las obstrucciones por particulares a la regularidad funcional de los órganos estatales¹⁹. De esta forma, mientras el capítulo I tipifica los tradicionales delitos de funcionarios, como el peculado (art. 314), la concusión (art. 317), el cohecho (arts. 318 a 320), el abuso de oficio (art. 323) y la omisión y rechazo de actos de oficio (art. 328)²⁰, el capítulo II describe como “delitos de los privados contra la administración pública”, entre otros, las vio-

lnea, la doctrina actual destaca la relevancia de la tripartición desde la perspectiva de la determinación del bien jurídico protegido en el título II, del que el legislador alcanzaría sólo a diferenciar –por razones técnicas o tradicionales, según los casos– determinadas figuras relativas al ejercicio de la función jurisdiccional. Al respecto, aunque para una significativa corriente de opinión la disciplina del capítulo I del título II obedece a la lógica de asegurar la tutela de la organización estatal en su conjunto, esto es, de la “Administración Pública” en sentido subjetivo (así R. Pannain, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, Napoli, 1966, págs. 2 y 3; V. Manzini, *Trattato di Diritto penale italiano*, vol. V, 5ª de. a cura di P. Nuvolone, Torino, 1982, págs. 1 y 2), los monografistas enfatizan que la protección que las normas del Título I dispensan a los órganos superiores estatales no atiende ni a su carácter de órganos constitutivos de una función autónoma *ab interno* del Estado mismo ni a su significado de expresiones constitucionales de los tres poderes tradicionales. Los delitos contra la personalidad interna del Estado garantizarían, bien al contrario, el orden político-constitucional en que se encarna un determinado método de lucha política (el “método democrático”, al que hace referencia el art. 49 de la Constitución) mediante el cual el poder puede ser legítimamente adquirido y ejercitado y el sistema eventualmente transformado. Cfr. E. Gallo / E. Musco, *Delitti contro l'ordine costituzionale*, Bologna, 1984, págs. 12 y 13; M. Romano, “Il codice Rocco e i lineamenti di una riforma del diritto penale politico”, QC, nº 1 de 1981, pág. 157; T. Padovani, “Bene giuridico e delitti politici”, RIDPP, nº 1 de 1982, pág. 24.

¹⁹ La apreciación es extensible tanto a los dos textos punitivos italianos como a la mayoría de los códigos preunitarios (*vid.* R. Pellegrini, voz “Pubblica Amministrazione (delitti contro)”, *DI*, Vol. XIX, Tomo II, Torino, 1925, pág. 1190). Por lo demás, una agrupación delictiva semejante puede localizarse en las codificaciones iberoamericanas directa o indirectamente inspiradas por aquéllos, como los códigos de Argentina (título XI del Libro II, arts. 237 y sigs.), Brasil (título X del Libro II, arts. 312 y sigs.), Colombia (título X del Libro II, arts. 322 y sigs.) y Uruguay (título IV del Libro II, arts. 153 y sigs.). Los dos primeros se singularizan a mayores por no conceder tampoco sustantividad sistemática a los delitos contra la Administración de Justicia, conceptuada así como un apéndice de la Administración pública *stricto sensu*.

²⁰ El capítulo se compone de las siguientes figuras: peculado (art. 314), peculado mediante aprovechamiento del error ajeno (art. 316), malversación en perjuicio del Estado (art. 316 bis), concusión (art. 317), disposición común a los artículos anteriores relativa a las penas accesorias (art. 317 bis), cohecho por un acto del oficio (art. 318), cohecho por un acto contrario a los deberes del oficio (art. 319), agravantes específicas del cohecho por un acto del oficio (art. 319 bis), cohecho en actos judiciares (art. 319 ter), cohecho del encargado de servicio público (art. 320), disposición sobre penas aplicables

lencias o amenazas a oficiales públicos o cuerpos políticos, administrativos o judiciales (arts. 336 y 338), las resistencias a oficiales públicos (art. 337), los desacatos (arts. 341 a 344) y la violación de la custodia pública de bienes (art. 351). En el Capítulo III se incluyen las disposiciones comunes a los precedentes, las definiciones de "oficial público" (art. 357), "encargado de servicio público" (art. 358) y "ejerciente de un servicio de necesidad pública" (art. 359)²¹.

La doctrina coincide tanto en la idoneidad de la distinción entre los delitos de los capítulos I y II en orden a una disposición racional de las materias como en la justificación material de la dispersión sistemática del tratamiento punitivo de los delitos de los oficiales públicos, puesto que tampoco el título II del

al particular corruptor (art. 321), instigación al cohecho (art. 322), abuso de oficio (art. 323), atenuante de particular levedad referida a todos los delitos anteriores (art. 323 bis), utilización de invenciones o descubrimientos conocidos por razones del oficio (art. 325), revelación y utilización de secretos del oficio (art. 326), incitación al menosprecio y vilipendio de las instituciones, de las leyes o de los actos de la autoridad (art. 327), denegación y omisión de actos del oficio (art. 328), denegación o retraso en la obediencia cometidos por militares o agentes de la fuerza pública (art. 329), interrupción de un servicio público o de necesidad pública (art. 331), omisión de deberes del oficio con ocasión del abandono de un oficio público o de interrupción de un servicio público (art. 332), sustracción o daño de bienes sujetos a secuestro dispuesto en el curso de un procedimiento penal o por la autoridad administrativa (art. 334) y violación culposa de los deberes inherentes a la custodia de cosas sometidas a secuestro dispuesto en el curso de un procedimiento penal o por la autoridad administrativa (art. 335).

²¹ La ubicación de estas normas en el seno de los delitos contra la Administración pública es respetuosa, en todo caso, con la tradición legislativa italiana: cfr. F. Tagliarini, *Il concetto di Pubblica Amministrazione nel Codice penale*, Milano, 1973, pág. 127, con referencias a los artículos 297 del Código penal de 1889 y 165 del Código penal toscano de 1853. Habida cuenta de que la mayoría de los tipos del capítulo I integran tipos exclusivos de los oficiales públicos y encargados de servicio (arts. 314, 316, 317, 318, 319, 322, 323, 325, 326, 327 y 328) y de que sólo los de los artículos 331 y 332 reclaman la cualidad de ejerciente de un servicio de necesidad pública como elemento de la autoría, la dicotomía esencial con vistas a la comprensión del sistema es la de función-servicio públicos. Con arreglo a la redacción sentada por la Ley 86/1990, de 26 de abril, la disciplina normativa de la actividad se erige en parámetro de delimitación de ambas nociones, sancionándose como criterios de circunscripción interna la presencia de poderes de formación y manifestación de la voluntad de la Administración Pública, autoritativos y certificativos. A este respecto conviene tener presente que la Ley 181/1992, de 7 de febrero, ha provisto una suerte de interpretación auténtica de la norma contenida en el artículo 357, sustituyendo en su primer apartado la palabra "jurisdiccional" por la de "judiciaria" y redactando nuevamente el segundo en los términos siguientes: "A los mismos efectos es pública la función administrativa disciplinada por normas de derecho público y actos autoritativos y caracterizada por la formación y por la manifestación de la voluntad de la Administración Pública o por desarrollarse por medio de poderes autoritativos o certificativos".

Código penal italiano constituye la exclusiva *sedes materiae* de los abusos del poder público²².

En la primera de las perspectivas, la infracción de los deberes estatutarios de carácter público sirve para identificar la mayor incisividad frente a los intereses estatales de las conductas de los oficiales públicos y encargados de servicio, toda vez que en las del capítulo II el perjuicio viene de la mano de particulares o de sujetos cualificados en cualquier caso ajenos al ámbito de actividad que resulta afectado²³. Sentadas estas premisas, en la ubicación de la malversación en perjuicio del Estado –delito común– en el capítulo I no se observa sino una excepción que confirma la regla general de la precisión en la caracterización de los delitos de uno y otro grupo²⁴.

La dispersión del tratamiento punitivo de los delitos de los funcionarios se entiende indiciaria de que la presencia en la estructura de los tipos del abuso de la función pública no determina de por sí el total contenido de injusto. Las diferencias entre la violencia privada y los delitos de secuestro y arresto ilegal cometidos por funcionarios se establecen en torno a que además la disminución de la libertad personal del individuo se produce en tales casos a través de la violación de los deberes inherentes a las funciones públicas o el abuso de los poderes que les están conferidos. Las “intrínsecas” dificultades de sistematización de las detenciones ilegales se ven como el lógico corolario de su naturaleza pluriofensiva²⁵.

En realidad, en las contradicciones sistemáticas en que incurre el texto punitivo se conviene al hilo de la ardua problemática (dogmática y político-criminal) que suscita la determi-

²² Tanto el capítulo III del título IV (arts. 476, 477, 478, 479, 480, 481, 487 y 493) como la sección II del capítulo III del título XII (arts. 606 a 609) incluyen delitos de falsedades y contra la libertad personal realizados en la función o servicio públicos.

²³ La tesis viene acuñada por la doctrina tradicional y, según alcanzo a ver, goza de generalizada aquiescencia –se entiende, en tanto expresiva de un criterio formal de clasificación– entre los comentaristas más recientes. Cfr. S. Riccio, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, Torino, 1955, págs. 5 y 6; Pannain, *I delitti dei pubblici ufficiali...*, cit., en particular, G. Pisapia, *Istituzioni di Diritto penale*, 3ª ed., Padova, 1975, pág. 237: “La diferente cualidad del sujeto activo se refleja sobre la naturaleza particular del hecho puesto en existencia por él, que, en el caso de delitos cometidos por oficiales públicos, aparece también como la violación del deber de fidelidad que los oficiales públicos tienen hacia el Estado”.

²⁴ De esta opinión, G. Marconi, “Malversación ai danni dello Stato”, en A. Coppi (a cura di), *Reati contro la Pubblica Amministrazione*, Torino, 1993, pág. 57.

²⁵ Amplias referencias en G. Portilla Contreras, *El delito de práctica ilegal de detención por funcionario público*, Madrid, 1990, págs. 70 y sigs.

nación del bien jurídico. De la composición del capítulo I del título II se hace derivar la conclusión de que el legislador no se propone la tutela de las singulares administraciones públicas ni la de la función administrativa en sentido propio, sino la del Estado en la complejidad de órganos y entes a través de los cuales actúa. El ámbito típico de las figuras del capítulo abarca también –en algunos casos incluso explícitamente– las conductas realizadas por los *intraneei* a la Administración de Justicia, representando en realidad todas las figuras previstas en el título III bien delitos comunes –esto es, que prescinden de la cualificación de *intraneei* respecto a la burocracia judicial–, bien delitos especiales de sujetos que se hallan en una particular relación con la función judicial, pero que no pertenecen al orden jurisdiccional (intérpretes, peritos, testigos, abogados, etc.). A los ojos del legislador, por lo tanto, determinados aspectos de la Administración de Justicia la hacen aparecer como parte integrante de la Administración pública en una disciplina unitaria que contradice –en opinión de Tagliarini y Rampioni– las bases institucionales con arreglo a las que debe articularse la organización del Estado: la difusión de la soberanía y el conferimiento de autónomas características y principios a las tres funciones estatales²⁶. Y es la propia consolidación de esa acepción penal de la Administración pública que la diferencia del concepto técnico-jurídico extraíble de la teoría de la separación de poderes, lo que constituye a tenor de las exposiciones posteriores a la última reforma importante en la materia –establecida por la Ley 86/1990²⁷– la prueba más evidente de su precariedad a la hora de

²⁶ Cfr. Tagliarini, *Il concetto...*, cit., págs. 129, 141 y 142; R. Rampioni, *Bene giuridico e delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, Milano, 1984, pág. 260.

²⁷ A nivel dispositivo el capítulo I del título II acusa intensamente la intervención de la Ley 86/1990, de 26 de abril. La elaboración de una nueva normativa venía reiteradamente reclamada tanto por la literatura como por la clase política, remontándose a 1985, en el curso de la IX Legislatura, las propuestas legislativas ulteriormente desembocadas en aquella (para su análisis, M. Petrone, "La nuova disciplina dei delitti degli agenti pubblici contro la P. A.: Dalle prospettive di riforma alla legge n. 86/90", *RIDPP*, n.º 3 de 1993, págs. 917 y ss.). **Ab interno** de una Administración intervencionista, descentralizada y dotada de autonomía política, las infracciones delictivas de los principios constitucionales de eficiencia e imparcialidad en el ejercicio de potestades discrecionales precisaban a todas luces una profunda revisión técnica. De hecho, las denunciadas superposiciones entre el derecho-deber de intervención judicial y la competencia de las autoridades administrativas eran –a entender de la doctrina especializada– consecuencia de la indeterminación y ausencia de contenido material de figuras como el peculado por distracción, el abuso innominado en actos del oficio, el interés privado en actos del oficio y la omisión y rechazo del cumplimiento de actos del oficio. Sobre las diversas tesis doctrinales propuestas a la hora de perfilar las exactas dimensiones a asumir

actuar el proceso de selección de valores constitucionalmente orientado que habría de fundamentar definitivamente estos delitos.

c) *El modelo español*

El modelo punitivo español de tratamiento de la responsabilidad funcional se ha caracterizado tradicionalmente por su "profesionalidad" y dispersión. En sus presupuestos históricos, la restricción de la respuesta penal a los delitos "en el cargo" —así rezaba la rúbrica del título VII del Código penal de 1973— ha venido anudada a un proceso de diversificación sistemática en cuyo origen se identifica la influencia desplegada por la Constitución liberal de 1869 sobre el Código penal de 1870, que por vez primera expuso la materia con arreglo a la distinción entre los delitos de funcionarios "contra el ejercicio de los derechos de las personas reconocidos por las leyes" y los delitos "en el ejercicio de sus cargos". La consolidación de esta subdivisión formal y la previsión en otros títulos de tipos y causas personales de agravación asimismo destinados a esta clases de sujetos cualificados (arts. 131, 159, 222.1º, 241, 302, 305 y 308, entre otros) hicieron de la delincuencia funcional en el Código penal de 1973 un terreno inconexo, no sujetable a los principios generales y de distribución residual²⁸.

por la reforma, V. Scordamaglia, voz "Peculato" *DE*, vol. XXXII, Milano, 1982, págs. 606 y sigs.; A. Bartulli, "Buon andamento della Pubblica Amministrazione: profili penali", *QI*, n.º 35, 1985, págs. 65 y sigs.; G. Marinucci, "Gestione d'impresa e Pubblica Amministrazione: nuovi e vecchi profili penalistici", *RIDPP*, n.º 2 de 1988, págs. 424 y sigs.; R. Rampioni, "Progetto di riforma de oggetto della tutela dei delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione", en A. M. Stile (a cura di), *La riforma dei delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Napoli, 1987, págs. 63 y sigs. A la realización de tales criterios de máxima se orientan las líneas de actuación reconocibles en la Ley 86/1990. Así, desde una perspectiva general, la supresión de la multa como concurrente con la pena privativa de libertad en los delitos más representativos, la desaparición como incriminaciones autónomas del peculado por distracción, el interés privado en actos del oficio y la malversación en perjuicio de particulares y la introducción del peculado de uso (art. 314.2º) y la malversación en perjuicio del Estado (art. 316 bis). Y con carácter específico, la equiparación del régimen sancionatorio del cohecho pasivo propio antecedente y subsiguiente (art. 319), la incriminación autónoma del cohecho en actos judiciales (art. 319 ter), la previsión de la tentativa del funcionario en el cohecho pasivo (art. 322.3º y 4º), y la extensión del ámbito de aplicación del abuso de oficio a los encargados de servicio y el endurecimiento de su tratamiento a través de la distinción entre ventajas injustas patrimoniales y no patrimoniales (art. 323). Para el estudio pormenorizado del trámite parlamentario y la redacción definitiva de la Ley 86/1990, *vid.* L. Balsano, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione. La legge 26 aprile 1990 n.º 86*, Coenza, 1991, págs. 5 y sigs.

²⁸ Cfr., además de la bibliografía citada en la nota 5, C. Sáinz de Robles Santa Cecilia, *Contribución a la teoría general de los delitos de los funcionarios*.

El Código penal de 1995 sustenta el sistema clasificatorio del Derecho derogado, si bien modificaciones secundarias y matices de redacción han reformado el contenido global de los capítulos más significativos. El Capítulo V del Título XXI (arts. 529 y ss.) prevé los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales, entrañando especial interés a los efectos de este trabajo el innovador planteamiento recogido en la regulación de las detenciones ilegales, el descubrimiento y revelación de secretos y el allanamiento de morada, incriminados ya como delitos contra las garantías constitucionales ya como atentados a la libertad, la intimidad y la inviolabilidad del domicilio en dependencia de que en su realización medien causa legal por delito e infracción de las garantías constitucionales o simplemente extralimitaciones en las cláusulas legales de permisión. De la relación de conductas mencionadas en el Título XIX, dedicado a los delitos contra la Administración Pública, han desaparecido, por su parte, las prevaricaciones judicial, de abogados y procuradores y la incomparecencia de testigos y peritos ante los Tribunales de Justicia, incardinadas en el Título dedicado a los delitos contra la Administración de Justicia, y las usurpaciones de atribuciones, ubicadas ahora como delitos contra las instituciones del Estado y la división de poderes en la Sección II del Capítulo III del Título XXI (arts. 506 y sigs.), figuras todas ellas incluidas en el Título VII del Código de 1973²⁹.

Tesis doctoral, Valladolid, 1985, págs. 167 y sigs.; Quintero Olivares, "La autotutela, los límites del poder sancionador de la Administración Pública y los principios inspiradores del derecho penal", *BIMJ*, n.º 1608 a 1610, 1991, pág. 26; J. M^a Rodríguez Devesa / A. Serrano Gómez, *Derecho penal español. Parte Especial*, 16^a ed. revisada y puesta al día, Madrid, 1993, pág. 1124.

²⁹ A lo largo de sus nueve capítulos, el título IX tipifica los delitos de prevaricación de funcionarios (art. 404), nombramientos ilegales (art. 405), aceptación por particular del nombramiento ilegal (art. 406), abandono de destino (art. 407), omisión del deber de perseguir delitos (art. 408), abandono colectivo de servicio público (art. 409), desobediencia (arts. 410 y 411), denegación de auxilio (art. 412), infidelidad en la custodia de documentos (art. 413 a 415), infidelidad en la custodia de documentos por particular encargado de su custodia (art. 416), violación de secretos (art. 417), aprovechamiento por particular del secreto o la información privilegiada (art. 418), cohecho (arts. 410 a 426), disposición sobre exención de pena para el particular denunciante del cohecho activo (art. 427), tráfico de influencia (arts. 428 a 430), disposición sobre decomiso de las dádivas del cohecho y el tráfico de influencias (art. 431), malversación (arts. 432 a 435), fraudes de funcionarios (art. 436), exacciones ilegales (art. 437), estafa o apropiación indebida con abuso del cargo (art. 438), negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos (arts. 439 a 441), uso de secretos o informaciones privilegiadas (art. 442), abusos contra la libertad sexual (arts. 443 y 444) y disposición relativa a la penalidad de los dos artículos anteriores (art. 445).

La intensa atención dispensada por el Código penal español al funcionario como sujeto activo del delito y su desentendimiento sistemático por su comportamiento al margen de la función pública no han servido para consolidar un trabajo doctrinal de delimitación material de la categoría de los delitos contra la Administración pública. Ambas notas parecen haber precondicionado, por el contrario, su valoración como grupo particular en que ni la estructura de la autoría y participación ni el fundamento del injusto son análogos a los de los demás delitos. No obstante las valiosas aportaciones de autores como Octavio de Toledo³⁰, los delitos contra la Administración pública siguen constituyendo a los ojos de la doctrina mayoritaria un conjunto de infracciones aglutinadas alrededor de una idea de "vago quebrantamiento" de deberes profesionales o de "deslealtad" frente al Estado³¹. La determinación de un bien jurídico de precisos contornos, de contenido material suficientemente valioso y con capacidad para asumir las funciones que la dogmática penal actualmente le atribuye pugna en la exposiciones al uso con la difícil articulación de esta materia con el régimen general de las circunstancias agravantes genéricas³², con su coexistencia con

³⁰ Las últimas teorías sobre el bien jurídico protegido en los delitos contra la Administración Pública adoptan como punto de partida la misión global que la Administración tiene atribuida en el Estado prestacional en orden al atendimiento de las necesidades existenciales comunitariamente sentidas por la colectividad en cuanto tal. En atención a ello, el interés protegido por este conjunto de delitos se incardinaria en un ámbito relacional, el que liga a la Administración-servidora con los ciudadanos receptores, situándose en primer plano de estos delitos su semblante de afección a los intereses generales cuya procura constituye el fin institucional de aquélla. Entre sus patrocinadores, todavía minoritarios, Octavio de Toledo y Ubieto, *La prevaricación...*, cit., pág. 243; F. J. Álvarez García, *El delito de desobediencia de los funcionarios públicos*, Barcelona, 1987, pág. 222; C. Martínez Pérez, "Lo objetivo y lo subjetivo en el delito de prevaricación de funcionarios. (A propósito de la sentencia de T. S. sobre el 'caso Barreiro')", *ADPCP*, 1991, pág. 389.

³¹ Vid. por todos, Jaso Roldán, en Rodríguez Muñoz / Jaso Roldán / Rodríguez Devesa, *Derecho penal*, Tomo II, Parte Especial, cit., pág. 192: "lo que da unidad a estos delitos es la infracción del deber, y sólo en segundo término, bien para establecer formas agravadas... o bien para configurar ciertas especies delictivas... ha tomado en cuenta -el Código penal- las especiales lesiones de los bienes jurídicos que aquellas conductas contrarias al deber llevan consigo". Más recientemente, en referencia a determinadas figuras, M^a D. Fernández Rodríguez, "Los abusos contra la honestidad", *CP*, n.º 5, 1978, pág. 53; R. F. Suárez Montes, "El delito de malversación de caudales públicos", *RGLJ*, 1966, págs. 867 y 868.

³² El artículo 22.7º contiene la agravante genérica de prevalimiento del carácter público. Despiertan controversias su fundamentación (objetiva -de mayor antijuricidad- o subjetiva -de mayor culpabilidad-) (cfr. M. Alonso Alamo, *El sistema de las circunstancias del delito. Estudio general*, Valladolid, 1981, págs. 561 y sigs.) y su inherencia a todas y cada una de las figuras que reclamen la condición de funcionario público o autoridad en el sujeto activo o en que el

las infracciones de la normativa administrativa prevista para las relaciones de sujeción especial (faltas disciplinarias)³³ y, antes que nada, con la incongruencia de que la distinción legislativa entre los delitos contra las garantías constitucionales y los delitos contra la Administración pública se hace acreedora a la luz de cualquier criterio de ordenación científica.

En efecto, mientras el nuevo enclave sistemático de los delitos de prevaricación y usurpación de atribuciones viene examinado en el contexto del proceso general de racionalización introducido en la estructura del Código penal³⁴, y la razón para

carácter público del culpable resulte esencial para la existencia de la infracción (sobre las diferentes posturas, M. García Arán, *Los criterios de determinación de la pena en el Derecho penal español*, Barcelona, 1982, págs. 160 y 161).

³³ Este grupo de delitos plantea de forma inmediata la necesidad de su delimitación con las infracciones sancionadas por la Administración pública en el ejercicio de la potestad "ad intra" de que dispone para la corrección de la actividad ilícita de las personas sometidas al régimen funcionarial. La toma de postura en este tema significa en primer lugar y por sus directas implicaciones el otorgamiento de una mayor o menor virtualidad al principio "noin bis in idem", toda vez que la acumulación de pena y sanción disciplinaria en los supuestos en que la ley penal haya tenido en cuenta los especiales deberes que vinculan al sujeto con la Administración supondría castigar dos veces la infracción del mismo deber. Del mismo modo, salta a la vista que proclamada una diferencia ontológica entre los dos ilícitos, tradicionalmente apoyada en la teoría de las relaciones especiales de sujeción, no se aprecia obstáculo alguno en una actuación sancionadora de la Administración añadida a la condena penal. Y que si se concluyese, por el contrario, su diferenciación sólo cuantitativa sería más fácil sostener que la reducción deba ir acompañada de un descenso en las garantías de legalidad formal y tipicidad.

Las tesis cuantitativas restringen la intervención penal a los deberes funcionariales de mayor trascendencia, fundamentándose para ello en la no definición exhaustiva de las conductas prohibidas en el ámbito disciplinario y en su acomodación a los establecido en el art. 25.3 de la Constitución española (así, J. Cerezo Mir, "Límites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo", *Jornadas de Profesores de Derecho penal*, Santiago de Compostela, pág. 88; J. R. Casabó Ruiz, en G. Rodríguez Mourullo / J. Córdoba Roda / A. del Toro Marzal / J. R. Casabó Ruiz, *Comentarios al Código penal*, Tomo I, Barcelona, 1972, pág. 92). Las teorías cualitativas apelan a la distancia existente entre los objetivos de uno y otro ordenamiento, puesto que mientras el penal se ordena a la defensa del orden jurídico general, el disciplinario mira a la mejor organización de un servicio público o a mantener a los funcionarios en la observancia de sus deberes (E. Cuello Calón, *Derecho penal*, Tomo I, Vol. I, Barcelona, 1971, pág. 10). Una tercera vía interpretativa se debe a Octavio de Toledo y Ubieto (*La prevaricación...*, cit., pág. 279), quien sostiene que si por separado los bienes jurídicos afectados por unas y otras infracciones son distintos -el mantenimiento de la organización administrativa por medio del respeto a los deberes nacidos de la relación que vincula al funcionario al Estado y los servicios requeridos por los ciudadanos a la Administración-, el primero de ello se convierte en necesario medio para la consecución del segundo, existiendo entre ambos una relación de consunción que permite superar el escollo del bis in idem.

³⁴ Cfr., G. Quintero Olivares, "Los delitos contra la Administración de Justicia", *RJC*, 1980, p. 192; M. J. Magaldi / M. García Arán, "Los delitos contra

la agravación del tipo básico sufrida por diversos delitos de irregular distribución se identifica en la facilidad para ejecutar el hecho base que proporciona el abuso del cargo³⁵, respecto de aquélla se afirma una absoluta irreducibilidad a esquemas unitarios, atribuyéndosele el significado de estadio intermedio en un proceso de disolución de delitos de carácter puramente residual o, cuando menos, de síntoma de su absoluta heterogeneidad y deficiente tipificación.

A tenor de las exposiciones, no podría ser explicada racionalmente, en primer lugar, a partir de la relación en que unos y otros se hallan con las figuras comunes recogidas en otros lugares de la Parte Especial. A la propuesta de Viada de construir los delitos contra la Administración pública como especiales propios y los delitos contra los derechos de las personas legalmente reconocidos como impropios, esto es, susceptibles de comisión por sujetos no investidos de condición oficial³⁶, se ha opuesto que no es cierto que a todos los tipos relativos a las garantías constitucionales les corresponda un tipo común correlativo y que, de otra parte, la malversación –arquetípico delito “en el cargo”– no puede merecer la consideración de delito especial propio, al tratarse de un hurto agravado por la cualificación pública del sujeto y del objeto material del delito³⁷.

Y tampoco se correspondería con una distinción subyacente y relativa una diversidad de bienes jurídicos. Por una parte, lo primero que permitiría sospechar que el tratamiento disperso de los delitos de los funcionarios no es acertado es el hecho de que también ciertas figuras recogidas en el título XIX –como las limitaciones a la libertad sexual y las exacciones ilegales– afectan a derechos personales constitucionalmente reconocidos en

la Administración de Justicia ante la reforma penal”, *DJ*, Monográfico dedicado a la PANCP, vol. II, 1983, págs. 1125 y 1128; D. M. Luzón Peña, consideraciones sobre la sistemática y alcance de los delitos contra la Administración de Justicia”, *La reforma penal y penitenciaria*, Santiago de Compostela, 1980, págs. 515 y sigs.

³⁵ Vid. los artículos 222, 391, 394, 398, 499 a 501, 562 y 616. En opinión de M. García Arán (*La prevaricación judicial*, Madrid, 1990, pág. 32), el ejercicio abusivo del cargo facilita la realización del hecho base, “con independencia de que ello lesione indirectamente la función desempeñada por el sujeto activo, pero sin que ésta sea la razón de la cualificación”. En el mismo sentido, entre otros, R. Rebollo Vargas, *La revelación de secretos e informaciones por funcionario público*, Barcelona, 1996, pág. 53.

³⁶ S. Viada y Vilaseca, *El Código penal reformado de 1870*, tomo II, 4ª ed., Madrid, 1890, págs. 531 y 532.

³⁷ Así M. López Rey y Arrojo, *Derecho penal*, tomo II, Parte Especial, Madrid, 1935, págs. 172 y 173; J. Córdoba Roda, *Comentarios al Código penal*, tomo III, Barcelona, 1978, págs. 289 y sigs.

modo no sustancialmente diverso del de aquellos que se agrupan como delitos contra las garantías constitucionales³⁸. En segundo lugar, pretender que los delitos del título II dispensan protección a los particulares frente a la acción de los funcionarios cuando actúan como órganos del Estado soslayaría el dato de que en más de un supuesto la lesión del bien jurídico estatal en el título VII se opera a través de la lesión de un bien jurídico de un particular, como ocurriría con la prevaricación o, nuevamente, con las exacciones ilegales³⁹.

Desde estas posiciones se reconoce, por lo tanto, la existencia de amplias superposiciones entre ambos grupos delictivos. La revisión de los delitos contra la Administración pública debería permitir, por contra, el hallazgo en todos ellos de comportamientos que importasen la lesión de un bien jurídico como la confianza pública en el ejercicio del poder administrativo de acuerdo con los principios del Estado de Derecho, la capacidad prestacional de los servicios públicos o el correcto funcionamiento de la Administración al servicio de sus fines⁴⁰.

³⁸ Cfr. E. Bacigalupo, "Sobre la reforma de los delitos de funcionarios", *DJ*, monográfico dedicado a la PANCP, Vol. II, n.º 37 a 40, enero-diciembre de 1983, pág. 383. Comparten estas conclusiones L. Rodríguez Ramos, *Libertades cívicas y Derecho penal*, Madrid, 1975, págs. 347 y 359; Portilla Contreras, *El delito de práctica...*, cit., pág. 58; J. J. Queralt Jiménez, *Derecho penal español. Parte Especial*, 2ª ed. corregida y puesta al día, Barcelona, 1992, págs. 876 y 880.

³⁹ Vid. Bacigalupo, "Sobre la reforma...", cit., pág. 384; Portilla Contreras, *El delito de práctica...*, cit., pág. 58, señalando que no puede afirmarse que los delitos previstos entre los hechos punibles contra las garantías constitucionales tengan en todo caso como sujetos pasivos a particulares y no a la propia Administración.

⁴⁰ Vid. Bacigalupo, "Sobre la reforma...", cit., págs. 385 y 387; Queralt Jiménez, *Derecho penal español. Parte Especial*, cit., págs. 557 y 558. Aun sin secundar tales interpretaciones del bien jurídico de las incriminaciones del título VII, Portilla Contreras justifica la existencia de una doble regulación de los delitos de funcionarios sólo en la medida en que los preceptos recogidos en aquél "presentan una naturaleza, generalmente, pluriofensiva", por lo cual el único medio de resolver la confusión pasaría por la privación de "sacralidad" a la función sentida, propone una reforma de los delitos contra la Administración pública y contra la Administración de Justicia, que descriminalice, en primer lugar, las infracciones que contradicen exclusivamente del deber del cargo; que otorgue un tratamiento independiente y basado en el interés directamente protegido, en segundo lugar, a las que afectan a bienes jurídicos distintos a la propia función; y que regule en los títulos que protejan el bien jurídico realmente afectado, en tercer lugar, a las que conciben la infracción de un valor jurídico fundamental. "En definitiva -concluye- sólo deben regularse como delitos contra la Administración pública o de Justicia los que infrinjan intereses generales de los ciudadanos mediante el desarrollo de la función pública y no estén previstos en algún otro título del Código penal". Cfr. *El delito de práctica ilegal...*, cit., págs. 58 y 59. Por contra, a juicio de Rodríguez Ramos las tensiones existentes entre los delitos "en el cargo" y los delitos contra las garantías constitucionales podrían hallar salida únicamente a través de una reestructuración similar a la operada por el Código de 1848, es decir, confi-

3. Algunas consideraciones críticas

A) *Sobre la formación de un grupo general de delitos de los particulares y de los funcionarios públicos contra la Administración pública*

Como categoría dogmática, los delitos de los funcionarios públicos contra la Administración pública son expresión de una peculiar técnica de tipificación. El ejercicio de la función constituye el fundamento de su tipicidad, y sirve no sólo para delimitar el ámbito de la autoría, sino, fundamentalmente, para connotar las conductas típicas como infracciones de deberes estatutarios o abusos de poderes jurídicos, esto es, como desarrollos defectuosos –pero también efectivos– de aquélla⁴¹.

La más significativa de las normas del capítulo II del título XXII del Código penal español de 1995 (“De los atentados contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos, y de la resistencia y desobediencia”), es, sin duda, la contenida en el artículo 550, que tipifica el atentado⁴². La estructura de este delito lleva a excluir, sin embargo, que los criterios de interconexión entre el ejercicio de la función y el tipo de injusto puedan verificarse en los mismos términos.

En primer lugar, su objeto de tutela no puede reducirse sin más al correcto ejercicio de las “actividades funcionales públicas” objetivamente consideradas. Elemento constitutivo del atentado no es el efectivo perjuicio funcional de ese ejercicio⁴³. De hecho, basta con que la relación ofensiva de violencia o amenaza frente a la persona física cualificada se produzca “con ocasión del ejercicio de las funciones”, en atención a funciones ya ejercidas o que van a realizarse. El acometimiento, el empleo de fuerza o la intimidación son ya típicos, por lo tanto, simplemente si se realizan con motivo del ejercicio de las funciones⁴⁴.

gurando en el seno de aquél un capítulo independiente, destinado a los “abusos contra los particulares” (*Libertades cívicas...*, cit., pág. 347, nota 11).

⁴¹ Para las referencias, H. Wagner, *Amtsverbrechen*, Berlín, 1975, págs. 270 y sigs.; A. Kaufmann, “Fundamento del deber jurídico y delimitación de la tipicidad”, *ADPCP*, n.º 1 de 1984, págs. 12 y 13, nota 24; L. Stortoni, *L'abuso di potere nel Diritto penale*, Milano, 1978, págs. 59 y sigs.; en España, Sáinz de Robles Santa Cecilia, *Contribución...*, cit., págs. 257 y sigs.

⁴² Art. 550 CP: “Son reos de atentado los que acometan a la autoridad, a sus agentes o funcionarios públicos, o empleen fuerza contra ellos, los intimiden gravemente o les hagan resistencia activa también grave, cuando se hallen ejecutando las funciones de sus cargos o con ocasión de ellas”.

⁴³ Opinión pacífica: cfr. J. Cerezo Mir, “Los delitos de atentado propio, resistencia y desobediencia”, *REP*, Año XXII, n.º 173, abril-junio 1966, pág. 331, notas 52 y 53.

⁴⁴ Cfr., Cerezo Mir, “Los delitos de atentado propio...”, cit., pág. 334: “El

Por otra parte, la cualidad de funcionario público, a efectos jurídico-penales, no acompaña forzosamente al sujeto como si de un estatuto personal se tratara. Determinar en cada caso si una persona es funcionario público exige adecuar las definiciones genéricas contenidas en los preceptos de la Parte General (o Especial, en el caso del Código penal italiano) a las finalidades de cada precepto específico. Es en este sentido en el que Del Toro apunta un criterio interpretativo de validez general que conviene traer a colación: la mayor preocupación legislativa por el empleo de la función para delinquir, o durante el delito, que como objeto de ofensa por terceros. Subraya este autor que mientras la protección penal en los delitos de los particulares contra la Administración pública (desacatos, atentados, resistencias) cesa cuando el funcionario se extralimita en sus funciones, cometiendo violencias innecesarias o actuando con absoluta falta de competencia para fines particulares, ello no es dable en los supuestos en que el funcionario es el sujeto activo de la infracción, toda vez que, por imperio de la finalidad de los tipos, la desviación o abuso de poder es precisamente la razón de la incriminación⁴⁵.

Este criterio es, sin duda, producto de una interpretación teleológica sobre la totalidad del ordenamiento penal. En un clásico trabajo sobre la materia que nos ocupa, Malinverni afirmaba que en un ordenamiento democrático en el que el fun-

código penal español tutela el desempeño de la función pública de un modo muy amplio, al bastar con que el acometimiento, el empleo de fuerza o la intimidación se realicen con ocasión, es decir, con motivo del ejercicio de las funciones... El acometimiento, el empleo de fuerza y la intimidación, pueden realizarse con el fin de obligar al funcionario público a llevar a cabo una coacción conforme a deber. En estos casos la extensión de la tutela penal es justificada y plausible. No cabe decir lo mismo, en cambio, en aquellos casos en que la conducta del funcionario que constituye el motivo de la agresión, se ha llevado ya a cabo y el acometiendo, el empleo de fuerza o la intimidación se realizan con propósito de venganza. Estos casos deberán ser castigados con arreglo a las disposiciones penales ordinarias".

⁴⁵ Cfr., A. del Toro Marzal, en J. Córdoba Roda / G. Rodríguez Mourullo / J. R. Casabó Ruiz / A. del Toro Marzal, *Comentarios al Código penal*, Tomo II, Barcelona, 1972, págs. 728 y 729. Téngase en cuenta, con todo, que un sector de la doctrina entiende que aun cuando el funcionario realice un acto antijurídico, no pierde su condición de funcionario, ni deja de estar por ello en el ejercicio de sus funciones, por lo que la cuestión a resolver en los casos de conducta antijurídica del funcionario es la de si la acción llevada a cabo por el sujeto activo resulta o no justificada por la eximente de legítima defensa. Parece, por el contrario, que estimar que la frase legal "cuando se hallaren ejerciendo las funciones de su cargo" comprende tanto los casos de ejercicio legal como ilegal del cargo debe desecharse por la razón de que las funciones del cargo aludidas por el tipo son únicamente aquellas que el derecho establece y conforma. En este último sentido, Córdoba Roda, *Comentarios al Código penal*, Tomo III, cit., págs. 500 y sigs.

cionario debe ser considerado antes como servidor del interés general y de la colectividad que como autoridad, su dignidad y responsabilidad no siempre coinciden. El argumento quizá pueda complementarse notando que sobre el plano de la tutela de la Administración pública, respecto de las ofensas que nacen de su interior juegan exigencias objetivas, como la eficiencia, la imparcialidad, etc., que no encuentran paralelismo en las que se desarrollan desde el exterior. Uno de estos casos puede venir representado, precisamente, por el atentado, en el que la tutela no adopta como presupuesto la identificación de la persona con la función ni incide necesariamente sobre la actividad y, en definitiva, sobre la eficiencia en el momento ejecutivo de la Administración.

B) *Sobre la Administración pública omnicomprendivamente entendida en tanto objeto de tutela penal*

Bajo el perfil de la ofensividad, la configuración global de la Administración pública como objeto de protección de los delitos de los funcionarios en el ejercicio de sus cargos se explica correctamente con la tesis de los delitos con "bien jurídico intermedio espiritualizado" o con bien jurídico "con función representativa". Esta construcción surge para ser aplicada a delitos de peligro abstracto que tutelan bienes jurídicos supraindividuales en punto a los cuales resulta difícilmente concebible la tipificación de una lesión o puesta en peligro concreto, puesto que su perturbación se produce únicamente a través de una reiteración generalizada de conductas⁴⁶.

Desde la perspectiva del bien jurídico inmaterial colectivo la acción individual carece, por lo tanto, de la necesaria lesividad. La figura típica se construye así sobre la base de un bien intermedio "representante" (el deber del cargo, en estos delitos) que es el que resultará inmediatamente lesionado por el comportamiento típico individual, sin que sea preciso demostrar la lesión o puesta en peligro concreto del bien inmaterial inmediatamente protegido. Esta construcción posee como único correctivo típico los supuestos de "ataques mínimos", en los que

⁴⁶ La tesis de los delitos con bien intermedio viene formulada en el seno de las diversas clasificaciones propuestas para diferenciar las técnicas de tipificación de los delitos de peligro abstracto. Véanse F. Loos, "Zum 'Rechtsgut' der Bestechungsdelikte", *Festschrift für H. Welzel*, Berlin, Nueva York, 1974, págs. 879 y sigs.; J. Wolter, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einen funktionalen Strafrechtssystem*, Berlin, 1981, págs. 328 y sigs.; G. Jakobs, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., Berlín, 1991, pág. 175. En España también ha encontrado partidario: *vid.* T. Rodríguez Montañés, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid, 1994, págs. 300 y sigs.

la conducta será atípica sobre la base del principio de insignificancia, y por lo que respecta a las exigencias de la imputación subjetiva, considera suficiente con que el dolo o la imprudencia del sujeto abarquen el conocimiento de los elementos típicos, bastando con que se conozca la vulneración del bien representante inmediatamente protegido y sin que sea necesario acreditar el conocimiento del bien mediato representado⁴⁷.

Entiendo que un planteamiento de estas características arrastra numerosas perturbaciones en orden a la construcción lógico-científica de este grupo delictivo. Localizar el objeto representante –el único al que se reconocen funciones dogmáticas y político-criminales– en el deber del cargo no parece defendible en un sistema en el que sin la presencia de un bien jurídico el derecho penal resulta materialmente injusto y ético-socialmente intolerable⁴⁸. Una caracterización de los delitos de funcionarios en tanto infracciones de deberes no resulta ni siquiera adecuada al Derecho vigente, puesto que no toda infracción de los deberes que incumben a los funcionarios son o deben ser al mismo tiempo delictivas. De lo contrario, la diferenciación entre infracciones disciplinarias administrativas y delitos en sentido estricto sería totalmente inviable⁴⁹. En realidad, el papel que la infracción del deber puede desempeñar en la construcción de estas infracciones, tradicionalmente consideradas paradigma de los delitos especiales, no puede ser sino medial. Entendido desde una perspectiva subjetiva, de relación entre el funcionario y la organización burocrática de la que forma parte, el deber estará siempre en función de la tutela de un valor o interés particular⁵⁰.

⁴⁷ Cfr. Loos, "Zum 'Rechtsgut'...", cit., págs. 888 y sigs.; Wolter, *Objektive...*, cit., pág. 329; Jakobs, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., pág. 175; Rodríguez Montañés, *Delitos de peligro...*, cit., págs. 302 y 303.

⁴⁸ Por todos, M. Polaino Navarrete, *El bien jurídico en el Derecho penal*, Sevilla, 1974, págs. 21 y 22. En el rechazo que ha merecido la doctrina del deber del cargo como objeto de protección ha pesado considerablemente su proximidad a los planteamientos de la Escuela de los juristas nazis de Kiel, que defendía una concepción del delito en la que lo fundamental no era tanto la violación de la ley formal o la lesión de un bien jurídico cuanto la actitud ética del sujeto ante los valores comunitarios. Estas propuestas interpretativas otorgarían a los delitos de los funcionarios la tesitura de meras desobediencias, de delitos formales sin reprobabilidad social real, a través de cuya tipificación se perseguiría el logro de una determinada actitud interna frente al Estado.

⁴⁹ En este sentido, Bacigalupo, "Sobre la reforma...", cit., pág. 350.

⁵⁰ Admitiendo que, como paradigmas de los delitos especiales, en los delitos de funcionarios la característica básica del autor es que infringe un deber específico extrapenal, Gómez Benítez se apresura a destacar que no se quiere decir con ello que el derecho penal considere delictivas estas conductas porque constituyen meras infracciones de deberes; "lo que se quiere decir es que

Un valor o interés para cuya identificación no puede servir de pauta el concepto de Administración pública que se estila en el derecho penal italiano. Un concepto inaprehensible y carente totalmente de contenido material. Aun entendiendo todas y cada una de las figuras funcionariales asentadas sobre el genérico potencial prestacional con que se significa político-socialmente el Estado social y democrático de derecho en todas sus manifestaciones materiales y jurídicas, deviene imprescindible una especificación de las actividades estatales implicadas en cada una, como paso previo en la reconstrucción de los valores cardinales que el legislador ha entendido preservar frente a las singulares funciones públicas. Esta primera vía interpretativa permite aprehender la sustancial desigualdad de naturalezas y principios de organización y funcionamiento que en el derecho continental europeo caracteriza al Parlamento, el juez y la Administración pública. No debe olvidarse que mientras el primero se edifica sobre el principio de representación política y el segundo es "viva vox iuris", directamente vinculado al derecho, sin insertarse jerárquicamente en su función sentenciadora en ninguna organización, la Administración entraña una organización dependiente y necesitada de justificarse en cada caso en el servicio a la comunidad a que está ordenada, de modo que su dato primario ante el derecho es el de su personalidad jurídica, que la comprende como organización⁵¹.

Un paso ulterior en ese proceso de concreción vendrá dado por la situación de su actividad en el marco del artículo 103.1 de la Constitución española: "La Administración sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, coordinación y sometimiento pleno a la ley y al derecho". La Administración no es, pues, un bien jurídico genérico o formal, desvinculado de los ciudadanos. Bien al contrario, se justifica precisamente como mecanismo prestacional, en la medida en que en su funcionamiento llegue a servir con "eficacia indiferente" intereses generales, esto es, no intereses del Gobierno, ni de partido, ni de la Administración burocrática⁵².

criterio específico de imputación al autor es la infracción del deber, con independencia de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico que, efectivamente, pueda constatarse" (*Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte General*, Madrid, 1984, pág. 154). De especial interés para la interrelación conceptual entre el deber jurídico y el bien jurídico, M. Cobo del Rosal, "Revisión del problema del consentimiento en las lesiones", *ADPCP*, 1964, pág. 259.

⁵¹ Cfr., E. García de Enterría / T. R. Fernández Rodríguez, *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. I, 5ª ed., Madrid, 1990, págs. 28 y 29.

⁵² Para el concepto de interés general y sus implicaciones con otros análo-

A mi modo de ver, la nuda referencia a los intereses generales conduciría, sin embargo, a una absolutización del bien jurídico similar a la que entraña el concepto omnicompreensivo de Administración como actuación funcional del Estado. Distinguiendo en este sentido de recientes aportaciones doctrinales como las de Portilla y Morillas o Rebollo, para quienes la intervención penal obtiene su legitimidad en este ámbito de la puesta en peligro de los intereses generales mediante una actuación ilegal, ineficaz, parcial⁵³.

Es cierto que a la luz de estas concepciones es posible distinguir nítidamente los respectivos ámbitos de los ilícitos penales y disciplinarios y, además, hacerlo con arreglo al sentido que la amenaza punitiva reviste en un Estado de derecho. Un objeto jurídico que ponga de manifiesto los servicios que la Administración ha de prestar a los ciudadanos se acomoda, evidentemente, a los principios penales de fragmentariedad y ultima ratio.

Su validez viene puesta en duda por otra vía, la de la necesaria idoneidad que todo bien jurídico-penal debe poseer desde la perspectiva de la graduación de los criterios de ofensividad. Los intereses generales no constituyen un objeto afectable por la actuación del sujeto, ideal o materialmente. En la línea de las tesis anteriormente reseñadas sobre los delitos con bien representante, es necesario delimitar una referencia conceptual intermedia capaz de servir de límite al *Ius puniendi* estatal. Una referencia que viene dada por otra de las características que presenta la regulación positiva en los sistemas examinados: el dato subjetivo de la comisión. *De lege lata*, la simple titularidad de un cargo público es insuficiente para determinar la existencia de un delito de funcionario público, requiriéndose la conexión entre el delito y las competencias funcionales, entre la conducta y el contenido del cargo o función. La función interferida será, en todo caso, la directamente desenvuelta por el funcionario y sobre ella el funcionario proyecta el abuso de un poder jurídico, en beneficio propio o de un tercero.

gos, A. Nieto García, "La Administración sirve con objetividad los intereses generales", *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje a E. García de Enterría*, tomo III, Madrid, 1991, págs. 2228 y sigs.

⁵³ Cfr., G. Portilla Contreras / L. Morillas Cuevas, "Revelación de secretos, cohecho y tráfico de influencias", *Comentarios a la legislación penal*, tomo XVI, Madrid, 1994, pág. 186; Rebollo Vargas, *La revelación de secretos...*, cit., págs. 52 y 54. En realidad la alusión a los intereses generales como bien protegido había encontrado ya eco entre algunos autores alemanes, que lo habían vinculado a la idea de prestigio del aparato administrativo frente a la ciudadanía. Cfr., Stock, *Entwicklung...*, cit., pág. 249.

c) *Sobre la distribución del grupo de los delitos de funcionarios públicos en propios e impropios*

La Administración pública es la personificación interna del Estado y su instrumento de relación permanente con los ciudadanos. Para el cumplimiento de sus objetivos dispone de un elenco de potestades exorbitantes por medio de las cuales puede crear, modificar y extinguir derechos por su sola voluntad, ejecutar de oficio por procedimientos extraordinarios sus decisiones, hacerse justicia sin intermediación de los tribunales, etc. Potestades de ejercicio obligatorio (potestades-función) y sujeto con arreglo al artículo 103.1 de la Constitución a la ley y el derecho⁵⁴.

Las conductas típicas de los delitos de los funcionarios representan extralimitaciones de las facultades otorgadas con arreglo al principio de legalidad administrativa. Como injustos realizados en la función pública, vulneran el bien jurídico a través del abuso de una potestad del Estado⁵⁵. Ello significa, en primer lugar, que todos los delitos de los funcionarios son delitos especiales propios, sin tipos comunes correlativos. Las detenciones ilegales en la función, por ejemplo, no son meras agravaciones de los delitos contra la libertad. Semejante solución legislativa desconoce la presencia en todos los delitos de funcionarios de un bien jurídico institucional relativo, precisamente, a los presupuestos de ejercicio de las potestades administrativas⁵⁶. Un bien jurídico que, en palabras de Bustos Ramírez, recoge un sistema orgánico y complejo de valoraciones, y que entiendo debe reconducirse al principio de legalidad como sistema de control a las actuaciones de los poderes públicos⁵⁷.

Además, la sistemática adoptada por el legislador español encuentra sobre estas bases un fundamento material. En los delitos contra las garantías constitucionales, la legalidad opera como un sistema garantizador de derechos subjetivos típicos relativos a la libertad, la intimidad, el derecho de defensa. Se trata de delitos pluriofensivos que protegen derechos funda-

⁵⁴ Vid. la exposición de García de Enterría / Fernández Rodríguez, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, cit., págs. 431 y ss.

⁵⁵ Cfr. H. Welzel, "Der Irrtum über der Amtspflicht", *Juristenzeitung*, n.º 718, 1952, págs. 208 y 209. En la doctrina española perfilan la estructura típica de los delitos de los funcionarios en torno al abuso de poder jurídico medial con relación a un bien jurídico, J. Bustos Ramírez, *Manuel de Derecho penal. Parte Especial*, 2ª ed., Barcelona, 1991, pág. 366; F. Bueno Arús, "Los 'Delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos fundamentales, y de las libertades públicas garantizados por la Constitución' en la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código penal de 1983", *DJ*, vol. II, Monográfico dedicado a la PANC, 1983, pág. 620.

⁵⁶ Cfr., Wagner, *Amtsverbrechen...*, cit., págs. 107 y sigs., si bien este autor plantea la naturaleza de los tipos funcionariales al hilo de su distinción entre los delitos imputables al Estado, en los que la titularidad del cargo es una exigencia para que el comportamiento del funcionario se impute al ente de pertenencia, y con ello al Estado, y delitos no imputables al Estado, en los que la lesión del bien jurídico en relación con la lesión del propio deber de servicio es determinante del injusto. Sobre los tipos de detenciones ilegales, L. Zúñiga Rodríguez, *Libertad personal y seguridad ciudadana*, Barcelona, 1993, págs. 170 y 171, con indicaciones.

⁵⁷ J. Bustos Ramírez, "El delito de práctica ilegal de la detención por parte del funcionario público", *CPC*, n.º 20, 1983, pág. 346.

mentales, derechos humanos constitucionalmente reconocidos. En los delitos contra la Administración pública, el acento se coloca, en cambio, en derechos subjetivos reaccionales, en el abstracto interés que todo ciudadano tiene en el buen funcionamiento de la maquinaria del Estado. Se protege la relación de servicio entre la Administración y el administrado en la exigencia de que se desarrolle de acuerdo con el principio de legalidad (bien representante). 