

EL FUNCIONARIO PÚBLICO ANTE EL DERECHO PENAL

Norberto J. de la Mata Barranco

Catedrático de Derecho Penal
Universidad del País Vasco

En el Código Penal español vigente la condición de funcionario público se atiende desde diversas perspectivas. No sólo para configurar tipos específicos de cuya autoría sólo puede ser responsable quien reúna dicha condición. Las cuestiones de la negligencia profesional, de la especial posición de garante de la indemnidad de determinados bienes jurídicos y de la agravación de pena en delitos comunes —por la mayor facilidad comisiva que tal condición puede implicar o por el mayor reproche que cabe hacer cuando el delito se comete por quien está encargado de tutelar el correcto funcionamiento de la Administración o, al menos, de ayudar al mismo y no por un mero particular— son todos ellos aspectos que también el legislador tiene en cuenta. El ser funcionario público implica asimismo en Derecho Penal determinadas particularidades procesales al enjuiciar delitos cometidos por o contra ellos y, por supuesto, la previsión de penas específicas que inhabilitarán o suspenderán el ejercicio del cargo. En todo caso, es sin duda el análisis de aquellos delitos, especiales, que sólo un funcionario público puede cometer, los que permiten una visión de conjunto del modo en que se trata a este y de las cauteles que en el ejercicio de la función pública han de desplegarse por quienes participan del mismo. Todo ello a partir de un concepto, el de funcionario público, definido de modo autónomo por el Derecho Penal.

SUMARIO

1. EL FUNCIONARIO PÚBLICO ANTE EL DERECHO PENAL: CUESTIONES GENERALES.
 - 1.1. Concepto de funcionario público a efectos penales.
 - 1.2. El funcionario como sujeto activo del delito: delitos especiales propios e impropios.
 - 1.3. Los delitos imprudentes y la negligencia profesional.
 - 1.4. Los delitos omisivos y la posición del funcionario como garante de la indemnidad de bienes jurídico-penales.
 - 1.5. La justificación de la conducta típica realizada por funcionario público.
 - 1.6. Agravantes aplicables en delitos comunes por la condición de funcionario público.
 - 1.7. Penas específicas para funcionarios públicos.
 - 1.8. El funcionario como destinatario de la conducta típica.
 - 1.9. Cuestiones procesales.

2. DELITOS COMETIDOS POR LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS CONTRA EL CORRECTO FUNCIONAMIENTO DE LAS INSTITUCIONES PÚBLICAS Y LAS GARANTÍAS VINCULADAS A ELLAS.
 - 2.1. Los clásicos «delitos de funcionarios»: delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios en ejercicio de su cargo.
 - 2.1.1. Delito de prevaricación.
 - 2.1.2. Abandono de destino y omisión del deber de perseguir delitos.
 - 2.1.3. Desobediencia y denegación de auxilio.
 - 2.1.4. Infidelidad en la custodia de documentos y violación de secretos.
 - 2.1.5. Delito de cohecho.
 - 2.1.6. Tráfico de influencias.
 - 2.1.7. Delitos de malversación.
 - 2.1.8. Fraudes y exacciones ilegales.

- 2.1.9. Negociaciones y actividades prohibidas y abusos en el ejercicio de la función.
- 2.2. Delitos contra la Administración de Justicia.
 - 2.2.1. Delitos de prevaricación judicial.
 - 2.2.2. Delito específico de encubrimiento.
 - 2.2.3. Delitos de falso testimonio.
 - 2.2.4. Delitos de obstrucción a la justicia y deslealtad profesional.
 - 2.2.5. Delito de favorecimiento al quebrantamiento de condena.
 - 2.2.6. Delitos contra la Administración de Justicia de la Corte Penal Internacional.
- 2.3. Delitos contra la Constitución.
 - 2.3.1. Delitos de rebelión.
 - 2.3.2. Delitos contra las instituciones del Estado y la división de poderes.
 - 2.3.3. Delitos contra los derechos fundamentales y las libertades públicas.
 - 2.3.4. Delitos contra las garantías constitucionales.
 - 2.3.5. Delitos electorales.
- 2.4. Delitos contra el Orden público.
- 2.5. Delitos contra la paz, la independencia del Estado y la Defensa Nacional y delitos contra la Comunidad Internacional.
- 3. DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS CONTRA LA TUTELA DE INTERESES COLECTIVOS.
 - 3.1. Delitos contra el ambiente.
 - 3.2. Delitos contra la salud pública.
 - 3.3. Delitos de falsedades.
- 4. DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS CONTRA LA TUTELA DE INTERESES INDIVIDUALES.
 - 4.1. Delitos contra la vida o la salud cometidos por imprudencia profesional.
 - 4.2. Delito de detenciones cometido por funcionario público.

Norberto J. de la Mata Barranco

- 4.3. Delitos contra la integridad moral.
- 4.4. Delitos contra la libertad sexual.
- 4.5. Delitos de omisión de asistencia sanitaria.
- 4.6. Delitos de descubrimiento y revelación de secretos.
- 4.7. Delitos contra la inviolabilidad del domicilio.
- 4.8. Delitos contra las relaciones familiares.
- 4.9. Delito de estafa agravada por abuso de credibilidad profesional.
- 4.10. Delitos de blanqueo de bienes.

1. EL FUNCIONARIO PÚBLICO ANTE EL DERECHO PENAL: CUESTIONES GENERALES

1.1. CONCEPTO DE FUNCIONARIO PÚBLICO A EFECTOS PENALES

Lo primero que hay concretar ya al comienzo de este trabajo es a quién nos referimos cuando aludimos al funcionario frente al Derecho penal. Y esto es algo que resuelve el propio Código Penal. Su artículo 24 delimita claramente, y en interpretación auténtica, qué debe entenderse por funcionario público —y por autoridad— a los efectos del Código, proponiendo un concepto en absoluto coincidente con el que se deriva del Derecho administrativo.

Define este artículo el funcionario como *«todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas»*; y la autoridad, a quien también se aludirá en las líneas siguientes, como quien *«por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia»*.

Esto es, lo importante es el ejercicio de actividades públicas, con título habilitante para ello, desde una perspectiva más funcional que formal, de modo tal que, a efectos penales, no sólo deberán considerarse funcionarios a los que lo sean de carrera, sino también a los interinos, a los contratados laborales al servicio de la Administración o a quien a través de un contrato, administrativo o de cualquier otra naturaleza, realice —con cierta permanencia— cualesquiera actuaciones que puedan definirse como de carácter público ⁽¹⁾.

1. Detenidamente sobre el alcance del artículo 24, por todos, OLAIZOLA NOGALES: «Concepto de funcionario público a efectos penales», en *Delitos contra la Administración Pública*, Oñati, 1997, pp. 77 y ss.; y VALEIJE ÁLVAREZ: «Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y personas que desempeñan la función pública», en *CPC*, 1997, pp. 435 y ss.

Norberto J. de la Mata Barranco

1.2. EL FUNCIONARIO COMO SUJETO ACTIVO DEL DELITO: DELITOS ESPECIALES PROPIOS E IMPROPIOS

En todos los delitos comunes, aquéllos que no requieren en su sujeto activo ninguna idoneidad específica, ninguna condición sin la cual no se puede cometer el delito, el funcionario, como cualquier otro particular, podrá ser autor del mismo.

Pero, en ocasiones, los delitos deberán calificarse como especiales —propios o impropios—, por cuanto en ellos será requisito de tipicidad objetiva que su autor reúna una determinada característica, sin la cual la confirmación del injusto es imposible. Así, por ejemplo, la de ser funcionario público (o autoridad o agente de ésta, conceptos que acostumbran a aparecer junto al anterior). Ello ocurrirá, en el caso de los delitos especiales propios, en relación a conductas delictivas que sólo ellos pueden cometer, y, en el caso de delitos especiales impropios, en relación a conductas que también podrán cometer —aplicándoseles no obstante en tal caso otra tipicidad delictiva diferente— los particulares. A estos delitos especiales son a los que se va a hacer particular referencia en estas líneas; al margen de la discusión sobre si nos encontramos o no ante tipos de infracción de un deber o en virtud de responsabilidad institucional y de la que existe sobre la naturaleza que ha de darse a aquellos supuestos en los que el legislador simplemente prevé tipos agravados (en ocasiones, añadiendo simplemente una pena específica de inhabilitación especial o absoluta) para cuando determinadas conductas delictivas, que pueden llevar a cabo particulares, las realicen los funcionarios, cuestiones ambas que exceden la pretensión de estas líneas⁽²⁾. Importante es advertir, en todo caso, que en supuestos de actuaciones conjuntas, siguiendo la tesis dominante y a mi juicio más acertada, cuando sea un funcionario público quien tiene el dominio del hecho habrá que aplicar el delito especial propio o impropio que se entienda ha cometido éste, mientras que si el dominio le corresponde a un particular, será un delito común el que haya que aplicar, conforme al principio de unidad del título de imputación, respondiendo el funcionario como partícipe de aquél (inductor, cooperador necesario o cómplice),

2. Ampliamente al respecto, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES: *Delitos de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid, 2002, pp. 1 y ss.

en su caso con aplicación de la agravación —si se estima procedente— del artículo 22, párrafo 1, 7.^a, del Código ⁽³⁾.

1.3. LOS DELITOS IMPRUDENTES Y LA NEGLIGENCIA PROFESIONAL

Los delitos a que se hará referencia en los apartados siguientes tendrán casi en su integridad la condición de delitos especiales. Pero hay determinados delitos comunes que también se tomarán en consideración porque el ser funcionario público puede facilitar su comisión o constituir un elemento importante a la hora de desvalorar la conducta típica. Así ocurrirá por ejemplo en todos aquellos supuestos que el Código tipifica como de imprudencia profesional. Entendida ésta como la negligencia de un profesional en el ámbito de su profesión, permitirá acoger supuestos de comportamientos en que dicho ámbito se ubica en el ejercicio de la función pública. Esto es, hasta en delitos comunes —en este caso de carácter imprudente— el hecho de ser funcionario público puede tener importancia.

1.4. LOS DELITOS OMISIVOS Y LA POSICIÓN DEL FUNCIONARIO COMO GARANTE DE LA INDEMNIDAD DE BIENES JURÍDICO-PENALES

Lo mismo ocurre con los delitos omisivos. La problemática del tipo omisivo o, si se prefiere, del tipo de injusto en el delito omisivo, centrada en las dificultades de explicar la relevancia penal de un comportamiento —desde un plano valorativo— a partir de un aparente «no hacer algo» —en el plano puramente naturalístico— y la justificación de la necesidad —o incluso legitimación— de exigir un actuar positivo que evite la lesión del bien jurídico tutelado, que, junto con la capacidad para llevar a cabo la acción esperada, constituyen la esencia de lo injusto en esta modalidad típica, son los principales aspectos dogmáticos a tener en cuenta en esta sede.

3. Véanse algunos de los problemas que se plantean en este punto, en RUEDA MARTÍN: «Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la Administración Pública», en *RDPC*, 2001, pp. 127 y ss. Sobre otras cuestiones vinculadas a la autoría en estos delitos, DE LA MATA BARRANCO: «La participación del funcionario público en delitos comunes y especiales. Autoría y cooperación. Toma de decisiones en órganos colegiados», en *Delitos contra la Administración Pública*, cit., pp. 95 y ss.

Norberto J. de la Mata Barranco

Habrán muchos delitos especiales configurados desde la omisión propia, como la omisión del deber de perseguir un delito, por ejemplo. Pero en los delitos comunes, la condición de funcionario público puede tener también especial relevancia en el ámbito de la omisión impropia.

Al margen de aquellos supuestos, escasos, de omisión más resultado, de naturaleza dudosa, en que se establecen previsiones específicas vinculadas a resultados bien causados realmente por el propio sujeto bien favorecidos por él, que no ofrecen mayores problemas a partir de su tipificación expresa —por ejemplo, como en el delito de malversación del artículo 432.1, inciso 2.º, delito especial—, interesa hacer referencia aquí a lo que es estrictamente la omisión impropia: una vulneración de una norma preceptiva que conlleva la de una norma prohibitiva, en el ámbito de aplicación del artículo 11⁽⁴⁾ y en relación a cualesquiera —en principio— tipos de causación del Código que no aluden específicamente a la posibilidad de su realización por un no hacer⁽⁵⁾.

Para poder atribuir al sujeto una responsabilidad por el delito —hablamos de delitos comunes— aplicable en función del resultado producido —que él no ha evitado—, junto a los tres elementos que definen la omisión pura —no hacer, capacidad de actuación y obligación de hacerlo—, reinterpretados o complementados los dos últimos por la producción de un resultado —causal y objetivamente imputable a la omisión— y la capacidad para evitarlo, en relación con la equivalencia requerida legalmente entre no evitabilidad y causación⁽⁶⁾, se exige también una posición de garantía —que a su vez determina lo que ha

4. Detenidamente, HUERTA TOCILDO: *Principales novedades de los delitos de omisión en el Código penal de 1995*, Valencia, 1997, pp. 1 y ss.; y SILVA SÁNCHEZ: «La regulación de la imprudencia y la comisión por omisión en el nuevo Código penal», en *MJ*, 1996, pp. 54 y ss.

5. A este respecto, GIMBERNAT ORDEIG: «El delito de omisión impropia», en *RDPC*, 1999, pp. 525 y ss.; GRACIA MARTÍN: «Los delitos de comisión por omisión (Una exposición crítica de la doctrina dominante)», en *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, Madrid, 2001, pp. 411 y ss.; REBOLLO VARGAS: «Algunas reflexiones sobre los delitos de comisión por omisión en el Código penal español», en *El Nuevo derecho Penal Español*, Pamplona, 2001, pp. 641 y ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO: «La cláusula general sobre la comisión por omisión», en *Política Criminal y Reforma Penal*, Madrid, 1993, pp. 905 y ss.; ROMEO CASABONA: «Los delitos de comisión por omisión: delimitación, insuficiencias y perspectiva político-criminal», en *Política Criminal y Reforma Penal*, Madrid, 1993, pp. 925 y ss.; o SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES: «Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte», en *ADPCP*, 1995, pp. 187 y ss.

6. Véase GIMBERNAT ORDEIG: «Causalidad, omisión e imprudencia», en *ADPCP*, 1994, pp. 5 y ss.

de entenderse en este contexto por situación típica, bien concretada conforme a la teoría de las funciones, bien como parece describir el artículo 11 conforme a la teoría de las fuentes, que no varían en esencia los supuestos que aquella comprende de vinculación natural, estrecha relación comunitaria, asunción voluntaria de tutela, comunidades de peligro, ley, contrato o injerencia— para poder hacer responsable al sujeto de ese resultado⁽⁷⁾. Aquí es donde la condición de funcionario público, en muchos supuestos, será el elemento determinante que permitirá atribuir la responsabilidad al funcionario omisivo por el delito común —homicidio, lesiones, daños, etc.— cuyo resultado él no causó activamente⁽⁸⁾.

1.5. LA JUSTIFICACIÓN DE LA CONDUCTA TÍPICA REALIZADA POR FUNCIONARIO PÚBLICO

Realizada una acción típica el funcionario podrá ver justificada su conducta, al margen de por otras eximentes comunes, en base a la circunstancia del artículo 20, párrafo 1, 7.º, de obrar en cumplimiento de su deber o en el ejercicio legítimo de su oficio o cargo. La idea que explica esta previsión, en cláusula abierta, es la del principio de unidad del ordenamiento jurídico que impide entender prohibido en uno de sus sectores lo que esté permitido en otro, lo que obviamente, y conforme a la idea de *ultima ratio*, no implica entender que lo que no está prohibido penalmente está siempre permitido⁽⁹⁾.

En realidad los supuestos comprendidos en la circunstancia pueden reducirse a dos, en cuanto el ejercicio de un oficio o cargo remite al cumplimiento de los deberes que le son inherentes y al de los derechos legítimos que lo amparan.

Éstos implican una actuación potestativa que conlleva la lesión de un bien jurídico ajeno; su correcto tratamiento exige un análisis de los tipos delictivos ob-

7. Específicamente, MIR PUIG: «La posición de garante en la jurisprudencia del TS», en *CDJ*, 1994, pp. 251 y ss.

8. Por todos, DE LA MATA BARRANCO: «La obligación de control de la Administración en relación a delitos cometidos por particulares», en *Delitos contra la Administración Pública*, cit., pp. 391 y ss.

9. Con carácter general, PÉREZ ALONSO: «La causa de justificación de cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo: propuesta de derogación de un precepto superfluo y contraproducente», en *CPC*, 1995, pp. 623 y ss.

Norberto J. de la Mata Barranco

jeto de enjuiciamiento y del ámbito de protección típico a partir de cómo se definen y limiten los intereses tratados de proteger ⁽¹⁰⁾.

Más específico del ámbito funcional, el cumplimiento de deberes propios de un cargo, que, en ocasiones se confunde con los supuestos de colisión de deberes, aunque su naturaleza jurídica es diferente, implica una situación en que un sujeto —el funcionario— se ve obligado a lesionar un bien jurídico para poder ejercer correctamente su función profesional, lo que, no obstante, difícilmente debiera suceder, máxime cuando en la redacción de cada vez mayor número de preceptos se introduce como elemento típico el requisito de la ilegalidad de la actuación ⁽¹¹⁾. Particular atención ha de prestarse en esta sede precisamente al ejercicio de deberes derivados de un cargo público y, en concreto, al ejercicio de funciones de policía en defensa de intereses comunitarios que, en ocasiones, legitima el uso de fuerza o violencia e incluso la utilización de armas de fuego. Junto a los criterios tradicionales de constatación de la situación que obliga a la actuación, de conducta ponderada en ella, etc., aquí la particular normativa aplicable al efecto obliga a comprobar la condición de autoridad o agente de la autoridad en ejercicio del cargo y la necesidad racional e indispensable para alcanzar el objetivo del comportamiento, tanto en sentido abstracto o genérico —indispensable para la exención de responsabilidad— como concreto —cuya ausencia remite a la eximente incompleta—; en el primer caso, exigiéndose la presencia del motivo que justifique la violencia; en el segundo, obligando a causar la menor lesividad posible ⁽¹²⁾.

En cuanto a la obediencia debida, ha de incluirse dentro del ejercicio del deber, puesto que tal existe en el cumplimiento de una orden recibida en el marco de una relación jerárquica; la actual regulación del delito de desobediencia contenida en el artículo 410, ayudada en su interpretación por la teoría de la apariencia, limita su estudio a la comprobación del carácter de la

10. Ampliamente, MESTRE DELGADO: *La eximente de ejercicio legítimo de un derecho y las causas supra-legales de justificación*, Madrid, 2001, pp. 1 y ss.

11. Detenidamente, GÓMEZ BENÍTEZ: *El ejercicio legítimo del cargo*, Madrid, 1980, pp. 1 y ss.; y PORTILLA CONTRERAS: «El ejercicio legítimo del cargo como manifestación del cumplimiento del deber», en *RFDUG*, 1987, pp. 147 y ss.

12. Ampliamente, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ: *Ejercicio legítimo del cargo y uso de las armas por la autoridad: análisis particular del ejercicio de la coacción directa por las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado en materia de seguridad y orden públicos*, Barcelona, 1995, pp. 1 y ss.

orden y, al menos, su no infracción manifiesta, clara y terminante de una disposición legal⁽¹³⁾.

1.6. AGRAVANTES APLICABLES EN DELITOS COMUNES POR LA CONDICIÓN DE FUNCIONARIO PÚBLICO

Las circunstancias modificativas del artículo 22 del Código se caracterizan como elementos accidentales del delito que sólo modifican, aumentando o disminuyendo, el *quantum* de la responsabilidad criminal y, por tanto, de la pena⁽¹⁴⁾. Se trata de elementos accidentales y no constitutivos de la infracción criminal, los cuales se han de haber constatado, lo que, sin embargo, no implica que su apreciación sea facultativa. Precisamente lo que gradúan es el grado de injusto o de culpabilidad —al margen de las que únicamente se contemplan atendiendo a criterios de estricta utilidad político-criminal— y de ahí que no puedan considerarse simplemente, y así lo entiende también el propio Código, como circunstancias vinculadas a la teoría de la pena, que también, sino, y en primera medida como instituciones propias de la teoría del delito y asociadas a los principios de proporcionalidad y culpabilidad⁽¹⁵⁾.

Teniendo en cuenta el artículo 67, que específicamente niega, atendiendo a la prohibición de *bis in idem*, la posibilidad de considerar para agravar aquellas circunstancias que sean de tal manera inherentes al delito, desde una interpretación en sentido abstracto, que sin su concurrencia no puede come-

13. Entre otros, exhaustivamente, ya MORILLAS CUEVA: *La obediencia debida: aspectos legales y político criminales*, Madrid, 1984, pp. 1 y ss.; y QUERALT JIMÉNEZ: *La obediencia debida en el Código Penal. Análisis de una causa de justificación*, Barcelona, 1986, pp. 1 y ss. Véanse también PAREDES CASTAÑÓN: «Reflexiones críticas sobre el alcance de la exención por obediencia debida en un Derecho penal liberal», en *AP*, 1997, pp. 319 y ss.

14. Con carácter general, ALONSO ÁLAMO: *El sistema de las circunstancias del delito: estudio general*, Valladolid, 1981, pp. 1 y ss.; GONZÁLEZ CUSAC: *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, Valencia, 1988, pp. 1 y ss.; PÉREZ ALONSO: *Teoría general de las circunstancias: especial consideración de las agravantes indeterminadas en los delitos contra la propiedad y el patrimonio*, Madrid, 1995, pp. 1 y ss.; y SALINERO ALONSO: *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y el artículo 66 del Código penal*, Granada, 2000, pp. 1 y ss.

15. Véase DÍEZ RIPOLLÉS: «Naturaleza de las circunstancias modificativas, su referencia a los elementos del delito y el artículo 60 del Código Penal», en *ADPCP*, 1977, pp. 597 y ss.; también SALINERO ALONSO: «Naturaleza jurídica, fundamento y comunicabilidad de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal», en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, Cuenca, 2001, pp. 1297 y ss.

Norberto J. de la Mata Barranco

terse⁽¹⁶⁾, en esta sede interesa hacer referencia a las agravantes 2.^a y 7.^a del artículo 22, párrafo 1, ambas explicadas por el mayor desvalor de injusto que conllevan⁽¹⁷⁾. En cuanto a la primera por la posibilidad de que el funcionario actúe —sin llegar a incurrir en la agravante del artículo 22, párrafo 1, 7.^a— con un abuso de superioridad —explicado desde una perspectiva no sólo física— determinado por su condición profesional, que podrá facilitar la comisión del hecho típico. Más específicamente, en cuanto al prevalimiento del artículo 22, párrafo 1, 7.^a, inherente a delitos característicos de funcionarios, ya se trate de delitos especiales propios o impropios, encuentra un marco restringido de aplicación en delitos comunes que puedan ser cometidos beneficiándose del carácter público que tenga un sujeto, siempre que no se contemplen agravaciones específicas —insisto— para dicha actuación, lo que como se verá a continuación cada vez es más frecuente; téngase en cuenta, en todo caso, que no siempre que concurra la condición de funcionario en el sujeto activo del hecho típico habrá que aplicar automáticamente esta agravación⁽¹⁸⁾.

1.7. PENAS ESPECÍFICAS PARA FUNCIONARIOS PÚBLICOS

En cuanto a la imposición de la pena por el hecho cometido, son características para el caso de su comisión por funcionario público —o autoridad o agente de la misma— las penas privativas de derechos⁽¹⁹⁾.

Entre ellas, la inhabilitación absoluta del artículo 41, concebida como pena principal grave o como pena accesoria —de obligada aplicación en supuestos de pri-

16. Todavía respecto al viejo, por todos, BORJA JIMÉNEZ: «El principio de inherencia del artículo 59 del Código Penal», en *ADPCP*, 1992, pp. 165 y ss.

17. Con carácter general, MUÑOZ CUESTA y otros: *Las circunstancias agravantes en el Código Penal de 1995*, Pamplona, 1997, pp. 1 y ss.; y PUENTE SEGURA, *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal*, Madrid, 1997, pp. 1 y ss.

18. Sobre esta circunstancia, GONZÁLEZ CUSSAC: «Prevalimiento de cargo público», en *NEJ*, t. XX, pp. 452 y ss.; DE LA MATA BARRANCO: «Comentario al artículo 22.7», en *Comentarios al Código Penal*, t. II, Madrid, 1999, pp. 1055 y ss.; TERRADILLOS BASOCO: «Incidencia de la posición o situación personal, pública y privada, en la responsabilidad criminal», en *CPM*, 1995, pp. 69 y ss.; y, ampliamente, VÁZQUEZ PORTOMENESEIJAS: *La circunstancia agravante de prevalimiento de carácter público*, Valencia, 2001, pp. 1 y ss.

19. Con carácter general, por todos, BERNAL VALLS, «Las penas privativas de derechos en el nuevo Código Penal», en *RGD*, 1999, pp. 13 y ss.; y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA: «Las penas privativas de derechos», *PJ*, 1999, pp. 127 y ss.

sión igual o superior a diez años— implica la privación de todos los honores, empleos y cargos públicos que tenga el penado, aunque sean electivos, así como la incapacidad para su obtención —de ellos o de cualesquiera otros— durante el tiempo de condena, así como la imposibilidad de ser elegido para cargo público durante el mismo tiempo, habiendo reiterado la Jurisprudencia la exigencia de concretar puntualmente los honores, empleos y cargos afectados, quedando preservados únicamente títulos no honoríficos que acrediten conocimientos técnicos o profesionales, como pueden ser los títulos académicos.

La inhabilitación especial del artículo 42, definida como pena principal grave si su duración es de entre cinco y veinte años y como pena menos grave si superando los tres meses no llega a los citados cinco años, puede imponerse también como pena accesoria, como indica el artículo 56, siempre que los empleos, cargos o derechos objeto de la inhabilitación tengan relación con el delito cometido, debiendo el Tribunal determinar expresamente esta vinculación. Pena de contenido muy diverso, según el delito de que se trate, permite inhabilitar para el ejercicio de empleo o cargo público, incluyéndose los honores que les sean anejos —así como incapacitar para su obtención, o la de otros análogos, durante la condena— o para el de otros derechos propios de cualquier particular.

Frente a la inhabilitación, la suspensión de empleo o cargo público del artículo 43 sólo impide su ejercicio, recuperándose el puesto tras el cumplimiento de una condena que, como pena principal, puede durar entre tres meses y seis años, en tanto como pena accesoria podrá acompañar facultativamente, como el resto, a penas de prisión de hasta diez años.

Penas, téngase en cuenta, a poner en relación con la problemática de la doble sanción, penal y disciplinaria, que en este ámbito obliga a considerar la relación de especial sujeción en que nos encontramos, la aceptación en sede administrativa de los hechos que se entiendan probados en Derecho penal, la obligación de paralizar el expediente disciplinario constatados indicios de delito y la especial previsión como falta administrativa (normalmente grave, en ocasiones muy grave) de la comisión de un delito.

1.8. EL FUNCIONARIO COMO DESTINATARIO DE LA CONDUCTA TÍPICA

Pero el funcionario público no sólo puede ser autor de un delito; también puede ser sujeto pasivo de él, como un particular más, lo que no revestirá parti-

Norberto J. de la Mata Barranco

cular trascendencia; y también podrá ser sobre quien recaiga la conducta delictiva (que no es lo mismo que el sujeto pasivo de ésta ni que su objeto material); y no ya en cuanto mero particular, que también, sino en cuanto funcionario, algo que se prevé en diversos lugares del Código.

Así, por ejemplo, entre los delitos de daños, en el artículo 264.1.1.º, o en el supuesto más específico de los delitos de sedición, atentado, resistencia y desobediencia de los artículos 544 y siguientes del Código, en que el funcionario no será sujeto pasivo del delito —estamos ante conductas contra bienes jurídicos colectivos—, pero será el hecho de que el delito se ejecute contra él, y por lo que representa, lo que conlleve la lesión del bien jurídico a tutelar. Lo mismo ocurrirá en los casos de los artículos 572.2 y 578, en el ámbito de los delitos de terrorismo. Y, ya en el Libro III sobre las Faltas, en el de la desobediencia también leve y falta de respeto y consideración a la autoridad o sus agentes del artículo 634, figura residual cuestionable y próxima al antiguo desacato que sólo adquiere fundamento de perjudicarse la función pública o, en todo caso, el orden público como tal, pero no la dignidad o el prestigio de determinada institución.

1.9. CUESTIONES PROCESALES

Para finalizar este Primer apartado relativo a Cuestiones generales, hay que tener en cuenta que, al margen de las particularidades procesales competenciales que puedan requerir el enjuiciamiento por el Tribunal Supremo o los Tribunales Superiores de Justicia de cada Comunidad Autónoma de los delitos cometidos por determinados funcionarios, en caso de aforamiento, varias de las infracciones delictivas características de éstos (infidelidad en la custodia de documentos, cohecho, tráfico de influencias, malversación, fraudes y exacciones ilegales, negociaciones prohibidas a funcionarios e infidelidad en la custodia de presos) deben ser objeto de conocimiento por el Tribunal del Jurado conforme al artículo 1 de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, con sus modificaciones por leyes 8/1995 y 38/2002, y que, en ocasiones, la particularidad estará en el propio ejercicio de la acción penal, como en el caso de la actuación de oficio cuando un delito contra el honor se dirija contra funcionario público, autoridad o agente de la misma sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos, según especifica el artículo 215.

2. DELITOS COMETIDOS POR LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS CONTRA EL CORRECTO FUNCIONAMIENTO DE LAS INSTITUCIONES PÚBLICAS Y LAS GARANTÍAS VINCULADAS A ELLAS

Haciendo referencia a delitos cuya comisión requiere explícitamente ser funcionario público (o autoridad o agente de ésta) —bien entendido, como antes señalaba, que el funcionario puede cometer cualquier delito común, sin que ello revista mayor particularidad—, en este primer bloque temático de delitos a analizar haré alusión a aquéllos, quizás los más característicos en esta sede, que el Código Penal agrupa en sus Títulos XIX a XXIV: delitos contra la Administración Pública, delitos contra la Administración de Justicia, delitos contra la Constitución, contra el Orden Público, de Traición y contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la Defensa Nacional y, por último, delitos contra la Comunidad Internacional.

La amplísima variedad de figuras delictivas contenidas en estos Títulos hace inviable su estudio exhaustivo; trataré de destacar por ello tan sólo sus aspectos más esenciales, remitiendo al lector que quiera profundizar en su contenido a las obras que aparecen citadas en las notas a pie de página.

Debe quedar claro en todo caso, ya de entrada, que aunque yo mismo utilizaré en ocasiones la expresión «delitos de funcionarios», no se trata de penalizar conductas desde transnochados esquemas de obediencia impropios de un Estado democrático, sino desde la perspectiva, en clave prestacional para el ciudadano, del interés general en el buen funcionamiento del servicio público que presta la Administración conforme a parámetros de eficacia, imparcialidad, legalidad o transparencia.

2.1. LOS CLÁSICOS «DELITOS DE FUNCIONARIOS»: DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMETIDOS POR FUNCIONARIOS EN EJERCICIO DE SU CARGO

Lo primero que hay que destacar es la rúbrica del Título XIX, que permite asumir ahora ya no sólo doctrinalmente, sino también legalmente, una concepción del conjunto de infracciones que niega su consideración, desde el mismo

Norberto J. de la Mata Barranco

enunciado general, como delitos de deslealtad del funcionario público, consagrándose el referente de la Administración como objeto de tutela⁽²⁰⁾. Desechada, sin embargo, desde exigencias constitucionales, la protección de la institución en sí misma considerada, de su dignidad o de su prestigio, el punto de vista para entender el desvalor de los diferentes delitos ha de cifrarse en la atención a su correcto funcionamiento conforme a los parámetros constitucionales antes referidos de eficacia, imparcialidad, legalidad, transparencia y, en general, servicio a los intereses generales⁽²¹⁾.

2.1.1. Delito de prevaricación

El primer delito al que hay que hacer referencia es el de prevaricación, tipificado en el Capítulo I de forma autónoma frente a la prevaricación judicial y la de abogado o procurador, ubicados en el Título XX. El objeto de su tutela, definido en el respeto al principio de legalidad en el ejercicio de las distintas funciones públicas, si bien desde la necesaria exigencia de una intervención mínima que obliga a una selección fragmentaria de las conductas incriminadas —sólo las de carácter doloso de especial trascendencia—, tiene como referente el principio de igualdad de oportunidades del ciudadano. Delito especial propio, que plantea interesantes cuestiones en el ámbito de la autoría mediata y la inducción, presenta un tipo básico cuyos elementos define el artículo 404.

20. Sobre la nueva perspectiva del Título, desde claves constitucionales, véanse las reflexiones de ASÚA BATARRITA: «La tutela del correcto funcionamiento de la Administración. Cuestiones político criminales, criterios de interpretación y delimitación respecto a la potestad disciplinaria», en *Delitos contra la Administración pública*, cit., pp. 13 y ss.; MÉNDEZ RODRÍGUEZ: «Sobre la naturaleza de los delitos de funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos», en *Estudios Jurídicos en Memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó*, Valencia, 1997, pp. 349 y ss.; QUINTERO OLIVARES: «Delitos contra la Administración pública en el nuevo Código penal. Una aproximación desde la nueva regulación de la prevaricación administrativa», en *Estudio y aplicación práctica del Código Penal de 1995*, Madrid, 1997, cit.; y REBOLLO VARGAS: «Notas y consecuencias de una lectura constitucional del bien jurídico protegido en el Título XIX», en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, Cuenca, 2001, pp. 551 y ss. Aunque centrada específicamente en el análisis del delito de prevaricación, véase también la fundamental obra de OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO: *La prevaricación del funcionario público*, Madrid, 1980, pp. 1 y ss.

21. Para una visión general del conjunto de delitos, ALONSO PÉREZ: *Delitos cometidos por los funcionarios públicos en el nuevo Código Penal*, Madrid, 2000, pp. 1 y ss.; CATALÁN SENDER: *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo CP 1995*, Barcelona, 1999, pp. 1 y ss.; y MIR PUIG: *Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal*, Barcelona, 2000, pp. 1 y ss.

La conducta típica requiere en su aspecto objetivo el dictado de una resolución, en cuanto acción positiva de emisión de un acto con eficacia jurídica, salvo en aquellos casos en que el silencio administrativo, previsto expresamente, genere un acto presunto con idéntica validez y eficacia que los expresos, supuesto en el que la omisión debiera ser relevante típicamente; téngase en cuenta que la Jurisprudencia en la actualidad acepta sin muchas reticencias, y a pesar del tenor del precepto, la sanción de comportamientos meramente omisivos. El dictado lo ha de ser de una resolución, entendiendo por tal cualquier acto administrativo que implique una declaración de voluntad de contenido decisorio, expresa o tácita, escrita u oral. Ésta ha de recaer sobre asunto administrativo, mereciendo tal condición la que, emitida por funcionarios públicos, se someta al Derecho administrativo y afecte a derechos de los ciudadanos o de la colectividad en general. Por último, la resolución ha de ser arbitraria, lo que como tradicionalmente viene señalándose no significa únicamente ilegal, sino reveladora por sí de una burda injusticia, plus de antijuricidad en base a una contradicción con el ordenamiento patente, notoria e incuestionable. En su aspecto subjetivo, la tipificación exige actuación dolosa a sabiendas de la injusticia. Junto a la interpretación típica es sin duda el ámbito de la participación el que mayor juego ha dado a análisis doctrinales y pronunciamientos jurisprudenciales sobre diversas cuestiones, de entre las que destacan la discusión sobre la posibilidad de autoría sucesiva y sobre la responsabilidad de quienes forman parte de un órgano colegiado —de conformidad con el artículo 27.4 de la Ley de Régimen jurídico de las Administraciones públicas sólo de quienes voten a favor del acuerdo, dentro de su competencia orgánica, criterio que, sin embargo, prescinde de consideraciones doctrinales sobre la situación de garantía del resto de funcionarios—, llamando la atención por último el carácter de la pena, únicamente de inhabilitación, lo que otorga a la figura un carácter residual que, sin embargo, no acostumbra —de forma ilógica— a entenderse de esta manera en la interpretación que a menudo se hace de su vinculación concursal a otros delitos⁽²²⁾.

22. Sobre los diferentes aspectos del delito, por todos, GONZÁLEZ CUSSAC: *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, Valencia, 1997, pp. 1 y ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ: «Lo objetivo y lo subjetivo en el delito de prevaricación de funcionarios», en *ADPCP*, 1991, pp. 363 y ss.; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO: «El delito de prevaricación de los funcionarios públicos en el Código Penal», en *La Ley*, 1996-5, pp. 1483 y ss.; VIRTO LARRUSCAIN: «El delito de prevaricación del funcionario público», en *Delitos contra la Administración Pública*, cit., pp. 121 y ss. Véase también DE LA MATA BARRANCO: «Relación concursal entre los delitos de cohecho y prevaricación», en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, Cuenca, 2001, pp. 313 y ss.

Norberto J. de la Mata Barranco

Además de la prevaricación en sentido estricto, este primer Capítulo del Título XIX contempla en el artículo 405 el delito de nombramientos ilegales, modalidad específica de prevaricación cuya tipificación expresa quizás obedece tan sólo a la diversa trascendencia de la resolución adoptada por la afección al principio de igualdad en el acceso a la función pública que conlleva. Modalidad menos grave de prevaricación, sin embargo, al exigirse una mera ilegalidad en el nombramiento —ausencia de requisitos legales fundamentales que posibilitan éste, de carácter formal o material—, ello obliga a aplicar el tipo básico cuando tenga carácter injusto. La conducta típica se formula de modo alternativo sancionándose tanto el nombramiento como su proposición o entrega en posesión, y ya para el ejercicio de un cargo público como funcionario de carrera, ya como interino o personal laboral⁽²³⁾.

2.1.2. Abandono de destino y omisión del deber de perseguir delitos

La atención al Capítulo II obliga a distinguir las tres figuras a que se refieren los artículos 407, 408 y 409.

En primer lugar, en cuanto al delito de abandono de destino, su objeto de tutela ha de vincularse a la perturbación del correcto desempeño de la función pública cuando los servicios públicos quedan desatendidos. El abandono —entendido desde una prolongación en el tiempo y una manifestación clara del mismo—, en base a la idea de mínima intervención, sólo se sanciona, sin embargo, cuando se persiguen determinadas finalidades, que no es necesario se produzcan al configurarse el tipo como mutilado de dos actos y que hacen referencia al no impedimento o no persecución de alguno de los delitos de los Títulos XXI a XXIV del Código, a la no ejecución de sus penas, al no impedir o perseguir cualquier otro delito y, por último, al no ejecutar las penas de éstos, sancionándose estos dos últimos supuestos, lógicamente, con pena menor.

En el artículo 408 se incrimina la omisión del deber de promover la persecución de un delito o de su responsable, que también perjudica, por la dejación del servicio, el correcto funcionamiento de la Administración. El carácter de

23. Detenidamente sobre esta figura, MIR PUIG: «Nombramientos ilegales, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función», en *CDJ*, 1996, pp. 337 y ss.

delito especial de estas figuras todavía se restringe más en este supuesto, ya que sólo podrá ser sujeto activo de éste quien tenga competencia para promover la persecución de delitos. La conducta típica, de omisión pura, puede plasmarse de diversas formas, diferenciándose de las descritas en el tipo previo, en primer lugar, por la concreta función pública que se omite —no la de impedir o la de perseguir un delito, sino la de promover la persecución—, y, en segundo lugar, porque en este caso no hace falta que se abandone físicamente el destino que tiene el funcionario, lo que la hace relativamente próxima, y así se entendía en el viejo Código, al ámbito de la prevaricación⁽²⁴⁾.

Por último, el delito de convergencia del artículo 409 requiere un sujeto activo plural, en cuanto se tipifica el abandono colectivo de un servicio público, generalizado, mayoritario y manifiestamente ilegal —ya que no se trata de penalizar la huelga de funcionarios públicos—, consumándose el delito con el abandono efectivo del puesto. A la hora de concretar las diferentes responsabilidades el Código diferencia entre quien promueve, dirige u organiza el abandono y quien toma parte en él, al que sanciona sólo cuando el servicio público sea esencial y se le produzca grave perjuicio.

2.1.3. *Desobediencia y denegación de auxilio*

El análisis de los delitos contenidos en el Capítulo III del Título permite de entrada observar su diferente perspectiva respecto a los anteriores, ya que excepto en la última de las figuras descritas —la del artículo 412.3— la relación de servicio que se quebranta no se plantea con el ciudadano sino dentro del funcionamiento interno de la propia Administración.

Así, se describe en primer lugar el delito de desobediencia del artículo 410, cuyo bien jurídico acostumbra a cifrarse en el principio de jerarquía, pero únicamente en cuanto requisito de un funcionamiento administrativo correcto. La conducta que se tipifica es la de negarse abiertamente a dar cumplimiento a una resolución judicial o a una decisión u orden de la autoridad superior. Es fundamental que exista una relación de subordinación jerárquica, capacidad

24. Véase recientemente sobre esta figura TORRES FERNÁNDEZ: «La omisión de perseguir delitos de funcionario obligado a ello por razón de su cargo», en *La Ley*, 2001, pp. 1770 y ss.

Norberto J. de la Mata Barranco

competencial de quien proviene la orden desobedecida, tanto por razón de la materia como por razón del órgano o del territorio jurisdiccional y, además, cuantas formalidades legales sean necesarias. En este sentido, el propio número 2 del artículo considera causa de atipicidad la ilegalidad manifiesta, clara y terminantemente del mandato desobedecido, poniendo término a una clásica discusión doctrinal en relación con la interpretación del alcance de la obediencia debida como causa —incluida en la de cumplimiento de un deber— de justificación. Importa constatar, en todo caso, que la negativa al cumplimiento del mandato recibido debe ser abierta y voluntaria ⁽²⁵⁾.

El delito de desobediencia reiterada del artículo 411 añade el «plus» de la especial contumacia que revela en este caso el sujeto activo en cuanto se incumple una orden confirmada por el superior tras un incumplimiento previo, bien en el marco de la remonstración bien por cualquier otra razón, siempre que no se trate de un incumplimiento por negativa abierta del subordinado, en cuyo caso habrá que aplicar el tipo básico del artículo 410.

También en relación con el funcionamiento interno de la Administración, el artículo 412, en sus números 1 y 2, sanciona la denegación de auxilio a la autoridad para evitar el menoscabo de la necesaria coordinación entre los diferentes sectores de la Administración y entre ésta y el resto de poderes públicos. La conducta, también de omisión pura, consiste simplemente en no atender, pudiendo hacerlo sin traba legal ni jerárquica, una demanda de colaboración jurídicamente fundada y emitida por funcionario competente. Ello con independencia de los motivos a que obedezca la negativa al auxilio, siempre, por supuesto, que se haya constatado la procedencia de lo solicitado y de quien lo solicita —legalidad del requerimiento—, así como la capacidad para atender la colaboración —exigibilidad del requerimiento—.

Por último, ya desde otra perspectiva, en el número 3 del artículo 412 se contempla expresamente la denegación de auxilio a particulares, fundamentándose aquí la incriminación específicamente en el deber de servicio de la Administra-

25. Ampliamente sobre los diferentes aspectos que definen el delito, véase el trabajo de ÁLVAREZ GARCÍA: *El delito de desobediencia de los funcionarios públicos*, Madrid, 1987, pp. 1 y ss. También la contribución de QUINTERO OLIVARES: «El delito de desobediencia y la desobediencia justificada», en *CPC*, 1985, pp. 59 y ss. Más recientemente, JUANATEY DORADO: *El delito de desobediencia a la autoridad*, Valencia, 1997, pp. 1 y ss.; MAQUEDA ABREU: *La desobediencia de los funcionarios públicos*, Sevilla, 1998, pp. 1 y ss.; y ROLDÁN BARBERO: «El delito de desobediencia funcional», en *La Ley*, 1006-1, pp. 1799 y ss.

ción para con los ciudadanos. El presupuesto típico se restringe a la existencia de una petición de ayuda por parte de un particular para que se evite la comisión de un delito o de cualquier otro mal, lo que denota la especial importancia del auxilio solicitado. Basta con que se desatienda la solicitud de ayuda —siempre que sea creíble la necesidad de intervención y esté el funcionario obligado y capacitado funcional y profesionalmente— para que se consuma el delito, con independencia de que el mal llegue a producirse o no finalmente o incluso de que se evite por otros medios. La presencia de los delitos de omisión de socorro y, más específicamente, del delito de omisión del deber de impedir la comisión de determinados delitos, dota a este precepto en principio de carácter residual⁽²⁶⁾.

2.1.4. *Infidelidad en la custodia de documentos y violación de secretos*

En el Capítulo IV se penaliza, genéricamente, la infidelidad en la custodia de documentos y la violación de secretos. Y en los diferentes tipos se tutela la preservación y correcta utilización de medios o instrumentos esenciales para el cumplimiento de los fines propios de la Administración. Para concretar la responsabilidad por cada uno de los tipos es necesario esclarecer las atribuciones del funcionario respecto a la información objeto de ataque: así, custodia material o física, posibilidad o no de conocimiento de la información, deber adicional de discreción o sigilo, etc. Hay que destacar, por otra parte, la presencia de puntuales lagunas de punición para conductas que quizás deberían ser típicas, y, en otro sentido, la vinculación de todo el Capítulo con los artículos 197 a 201 y 535 y 536, en el ámbito de tutela de la intimidad —preceptos especiales—, así como con el artículo 442 de este mismo Título XIX o los artículos 598 y siguientes en relación a informaciones relativas a la defensa nacional, cada uno de ellos con una específica razón de ser que permite centrar el objeto de tutela en un aspecto concreto.

El primer delito del Capítulo, descrito en el artículo 413, es el de infidelidad material en la custodia de documentos, delito especial propio del que sólo puede ser sujeto activo el funcionario —con la salvedad de la cláusula extensiva del

26. Sobre esta figura, por todos, RUBIO LARA: *Denegación de auxilio por funcionario público*, Madrid, 2006, pp. 1 y ss.

Norberto J. de la Mata Barranco

artículo 416, prevista, también en relación a los dos artículos siguientes, para particulares encargados de una custodia accidental— que, específicamente, tenga encomendada por razón del cargo la custodia de determinados documentos, concepto a definir atendiendo al dictado del nuevo artículo 26 del Código. La conducta incriminada, mixta alternativa, puede consistir en sustraer el documento —siempre que se prive a la Administración del documento o se excluya su eficacia, lo que podrá no ocurrir de existir copias de aquél—, destruirlo, inutilizarlo u ocultarlo, ya sea escondiéndolo, ya simplemente no entregándolo o dilatando la entrega. La discusión sobre la posibilidad de incriminar conductas omisivas debe solventarse decidiendo si es viable encuadrar el no hacer que se pueda plantear en alguna de las modalidades descritas.

En el artículo 414 se contempla el quebrantamiento de barreras de protección expresamente previstas para restringir el acceso a los documentos custodiados, conducta que adquiere relevancia por la idoneidad para facilitar el acceso ilícito al documento en cuestión, sancionándose tanto la destrucción o inutilización de los medios puestos para impedir el acceso como el consentimiento a ello, sin que se necesite que efectivamente se llegue al documento.

El artículo 415, cerrando este primer grupo de infracciones, prevé la sanción del acceso ilícito —descubrimiento, con otra terminología— aquí ya a lo que es el contenido del documento en sí, cuando éste es secreto. La posibilidad de autoría se restringe a la del funcionario que no esté comprendido en el tipo anterior bajo cuya custodia se encuentre el documento, lo que genera una laguna penal para aquellos supuestos, como en los casos precedentes, en que el acceso se produzca respecto de documentos no custodiados, soslayable recurriendo a otros preceptos fuera de esta sede. La conducta aparece descrita tanto por el acceso ilícito directo como por el permitirlo a un tercero, pero sólo respecto a documentos sin específicas barreras de protección o, con ellas, pero sin que se haya producido su destrucción o inutilización. Sin posibilidad de detenimiento en este momento, sí interesa destacar la ingente casuística que en el ámbito concursal se puede plantear, tanto de normas como de infracciones, incluso entre estos tres mismos tipos descritos⁽²⁷⁾.

27. Véase para un análisis de las diferentes conductas, REBOLLO VARGAS: *La revelación de secretos e informaciones por funcionario público*, Barcelona, 1996, pp. 1 y ss.; y ROLDÁN BARBERO: «La infidelidad en la custodia de documentos en el nuevo código penal», en *La Ley*, 1996-3, pp. 1412 y ss.

En el artículo 417, de relativamente reciente incorporación al ordenamiento penal español por Ley orgánica 9/1991, de 22 de marzo, se contempla la revelación de secretos —violación, según la terminología de la rúbrica del Capítulo—, para tutelar específicamente la confidencialidad de determinados secretos o informaciones. Como delito especial, sujeto activo podrá serlo sólo el funcionario que tenga una custodia —ahora ideal o intelectual— de la información que genere un específico deber de discreción. Pero al sancionarse de nuevo únicamente a quien tiene acceso a ella por razón del cargo surge similar laguna de penalidad a la reseñada anteriormente, a colmar recurriendo a los artículos 197 y siguientes del Código, o el artículo 415, en su caso, en otro ámbito. La conducta que se incrimina es la de revelar, esto es, la de comunicar a un tercero lo que no debe divulgarse, quedando fuera del precepto hechos confidenciales de menor entidad. Al estar ante un tipo de participación necesaria la consumación exige el conocimiento de la información por parte de un tercero no autorizado. La concreción de la pena, dependiente de la causación o no de grave daño para la causa pública o para un tercero, así como de la afección a secretos de un particular en relación con informaciones sensibles o relevantes, la polémica del posible conflicto de deberes que pueda surgir cuando se le exija legalmente al funcionario aportar la información que conoce, la cuestión de la duración del deber de sigilo tras el abandono del cargo o la propia definición de lo que es un secreto o una información de carácter reservado, son algunas de las principales cuestiones que plantea la interpretación del delito ⁽²⁸⁾.

2.1.5. Delito de cohecho

Con el delito de cohecho se inicia en el Código la atención a un segundo bloque de infracciones dentro del Título XIX vinculadas a la corrupción, entendida como instrumentalización del cargo con fines ajenos a los públicos,

28. Sobre aspectos concretos del delito, además de los anteriores, MORALES GARCÍA: «Fondos reservados, revelación de secretos y denegación de auxilio», en *AP*, 1996, pp. 259 y ss.; MORALES PRATS: «Garantías penales y secreto sumarial», en *La Ley*, 1985-2, pp. 1260 y ss.; OTERO GONZÁLEZ: *Protección penal del secreto sumarial y juicios paralelos*, Madrid, 1999, pp. 1 y ss.; de ella misma: *La revelación del secreto de Estado en los procedimientos penales: (violación de secretos por funcionarios)*, Valencia, 2000, pp. 1 y ss.; y ORTS BERENGUER: «Revelación y uso de secretos e informaciones», en *CDJ*, 1994, pp. 211 y ss.

Norberto J. de la Mata Barranco

a la que, no obstante, también cabría asociar alguno de los delitos anteriormente considerados. El bien jurídico común a todo el Capítulo V acostumbra a cifrarse en el respeto a los principios de imparcialidad y objetividad en el desempeño de la actividad pública, pero en realidad en muchas de las figuras lo que realmente se penaliza es, directamente, esa instrumentalización del cargo con fines espurios (lucrativos). Un principio de imparcialidad —y, en su caso, de legalidad— que se puede menoscabar o poner en peligro cuando se interfiere en la adopción de decisiones públicas que únicamente deben estar guiadas por los fines que legalmente justifican su desempeño ⁽²⁹⁾.

Las principales cuestiones relevantes se plantean al analizar ya el artículo 419, primero y más grave de los tipos del Capítulo. En él se incrimina lo que se conoce como cohecho pasivo propio vinculado a la comisión de un delito. Su carácter pluriofensivo, al menos desde la perspectiva del peligro que genera para un bien jurídico adicional —según la interpretación tradicional—, es lo que suele entenderse justifica la especial gravedad de la pena a imponer. Se cuestiona no obstante la diferente penalidad entre las diferentes modalidades por algún autor entendiéndose, lo que es correcto, que el núcleo del injusto se agota en la adopción del acuerdo delictivo o en su intento, con independencia de lo que acontezca posteriormente. La conducta que se penaliza es la del funcionario —u otra persona, conforme a la cláusula extensiva del artículo 422, también aplicable a los supuestos de los artículos 420 y 421, aunque innecesaria por otra parte, a tenor de lo dispuesto en el artículo 24— que solicita, recibe o acepta el ofrecimiento o promesa de dádivas o presentes para la realización, en ejercicio de su cargo, de una acción u omisión constitutivas de delito, conductas mixtas alternativas dirigidas a la obtención de una prestación que se exige, criticablemente, tenga carácter económico, con la

29. Sobre el delito, en general, DE LA MATA BARRANCO: *La respuesta penal a la corrupción pública*, Granada, 2004, pp. 1 y ss.; OLAIZOLA NOGALES: *El delito de cohecho*, Pamplona, 1989, pp. 1 y ss.; RODRÍGUEZ PUERTA: *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, Pamplona, 1999, pp. 1 y ss.; VALEIJE ÁLVAREZ: *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, Madrid, 1996, pp. 1 y ss.; y VIZUETA FERNÁNDEZ: *Delitos contra la Administración Pública: estudio crítico del delito de cohecho*, Granada, 2004, pp. 1 y ss. Contribuciones específicas también en CARDENAL MONTRAVETA: «Concepto, modalidades y límites del delito de cohecho», en *RDPC*, 2002, pp. 295 y ss.; DE LA MATA BARRANCO: «El bien jurídico protegido en el delito de cohecho», en *RDPC*, 2006, pp. 81 y ss.; y OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO: «Derecho penal, poderes públicos y negocios», en *El Nuevo Código Penal*, Granada, 1999, pp. 861 y ss.

que se beneficie el propio funcionario o un tercero. El tipo, mutilado de dos actos, se perfecciona sin necesidad de que se llegue a llevar a cabo acto de ejecución delictiva alguno, bien entendido que el delito objeto de acuerdo ha de tener alguna relación con el cargo que desempeña el funcionario para que sea viable la quiebra de la imparcialidad a la que se alude como objeto del delito, lo que plantea problemas, aparentemente resueltos —a mi juicio insuficientemente— con la previsión concursal que el propio precepto establece, en relación con la posibilidad de imponer, adicionalmente, la pena que corresponde al delito en cuestión.

La única diferencia con la anterior de la figura tipificada en el artículo 420 reside en la naturaleza del acuerdo, que en este caso ha de referirse a la comisión no de un delito sino de cualquier otro acto injusto. Además de conculcarse el principio de imparcialidad, se entiende que aquí se pone también en peligro el principio de legalidad, que trata de individualizarse en cuanto la futura decisión del funcionario no va a estar guiada por los intereses que justifican legalmente su adopción, sino por motivos ajenos a los públicos. También similar es el delito del artículo 421, gratificándose en este caso la abstención de un acto que se debe practicar, lo que equivale también a diferir o demorar.

En cuanto a los artículos 425 y 426, su análisis ha de partir del cuestionamiento de su propia necesidad o, incluso, legitimidad. Se tipifica lo que se conoce como modalidades de cohecho pasivo impropio, refiriéndose ambos a recepción de dádivas para ejecución de actos del cargo que no son injustos. El legislador distingue entre la ejecución de actos propios del cargo, en el artículo 425, y la de actos no prohibidos legalmente, en el artículo 426. Ciertamente, y aun cuando el principio de imparcialidad no pueda peligrar en relación a los actos reglados a que parece referirse este precepto, sí puede ser objeto de afección cuando el acto es discrecional, con independencia de que éste se ajuste o no finalmente a la legalidad. De ahí la distinción entre las conductas de uno y otro precepto que, sin embargo, obliga a buscar en los supuestos del artículo 426 un objeto de tutela distinto al del resto de figuras que quizás remita, como antes señalaba, a la mera instrumentalización del cargo para la obtención de un beneficio económico ⁽³⁰⁾.

30. Véase, específicamente, CASTRO MORENO: «La nueva modalidad de cohecho por actos propios del cargo del artículo 425.1 del Código Penal», en *AP*, 2002, pp. 19 y ss.

Norberto J. de la Mata Barranco

Junto a ambas modalidades, en el artículo 425 se ubica también el denominado cohecho subsiguiente con el que se sanciona al funcionario que tras adoptar una decisión propia del cargo —justa o injusta— es recompensado por ello, previsión con la que en realidad se trata de evitar la impunidad en los supuestos de cohecho antecedente en que no se ha logrado probar la conclusión de acuerdo alguno, por lo que debiera limitarse su aplicación a supuestos especialmente graves.

Por último, el artículo 426 incrimina también la aceptación de dádivas por parte del funcionario, ofrecidas en consideración a su función. Más cercana a consideraciones de carácter ético, la explicación de su previsión acostumbra a relacionarse con la transparencia en el ejercicio de la función pública o el peligro de contaminaciones que desencadenen progresivamente en la adopción de acuerdos parciales. De ahí la necesidad de limitar también aquí su aplicación, en primer lugar, a aquellos supuestos en que el funcionario tenga competencia para influir en el ámbito de actividad de quien entrega la dádiva o para favorecer una determinada actuación; en segundo lugar, cuando —además— la dádiva tenga capacidad, al margen de los habituales usos sociales de cortesía, para influir en la voluntad del funcionario y, en tercer lugar, aunque con menos consenso, siempre que existan pendientes de resolución determinados asuntos del particular. Y quizás estemos simplemente, como en el supuesto anterior, ante la presunción de que efectivamente ha tenido lugar un comportamiento incorrecto, respecto al que se puede probar la entrega de la dádiva pero no la adopción de acuerdo alguno.

2.1.6. Tráfico de influencias

El delito de tráfico de influencias contemplado en el Capítulo VI del Título, afín al delito de cohecho, parece preverse, como éste, para la tutela de los principios de imparcialidad y objetividad en el ejercicio de funciones públicas. Sin embargo, al sancionarse a quien persigue situar al funcionario en una posición parcial respecto a una toma de decisión se tutela sólo la vertiente del principio de imparcialidad que en el cohecho pone en peligro el particular, lo que dificulta el entendimiento del delito. Por otra parte, propiamente, lo que es en sí tráfico de influencias, en cuanto utilización o pretensión de utilización de la influencia que se afirma tener sobre un funcionario con el fin de

obtener una ventaja, únicamente se sanciona en el artículo 430, puesto que en los artículos 428 y 429 (artículo éste que, referido a particulares, no comentaré) no se «*tráfica con*» sino que «*se utiliza la influencia*» que se tiene⁽³¹⁾.

En el primero de ellos se tipifica como delito especial de funcionario —impropio, en una modalidad, propio en las otras dos— la conducta de influir sobre otro funcionario o autoridad, prevaleciéndose del ejercicio de las facultades propias del cargo o de las relaciones jerárquicas o personales que les unan, con el fin en los tres casos de conseguir una resolución de carácter decisivo —elemento subjetivo del injusto—, que le pueda generar, directa o indirectamente, un beneficio económico, cuya consecución agrava la pena a imponer.

Y, como se señalaba, la figura descrita en el artículo 430 es la característica del tráfico de influencias, sin que, por una parte, tenga mucha relación con las anteriores, ni, por otra, se acierte a ver la necesidad de su tipificación, al no implicar lesión alguna del principio de imparcialidad; ni siquiera del peligro que para él conlleva el ejercicio de una influencia y sí únicamente una posibilidad de que éste, el peligro, pueda producirse. Los sujetos de las conductas alternativas que se tipifican pueden serlo tanto el particular como el funcionario que soliciten dádivas, presentes u otras remuneraciones, o acepten su ofrecimiento o promesa, con la finalidad de realizar las conductas de influencia descritas en los artículos anteriores —de nuevo, elemento subjetivo del injusto—, exigiéndose, en cuanto tipo de participación necesaria —aunque no pluripersonal—, un sujeto que ofrezca o prometa la dádiva o acepte la solicitud de entregarla, cuya sanción solo podría proponerse, por cooperación o inducción de los artículos 428 o 429, si la influencia se llega a ejercer.

31. Ampliamente sobre este delito, CUGAT MAURI: *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, Barcelona, 1997, pp. 1 y ss. Véanse también, sobre aspectos puntuales, CABELLO MOHEDANO: «Razón, bien jurídico y conducta típica en el delito de tráfico de influencias», en *Estudios jurídico-penales. Homenaje al Profesor Enrique Casas Barquero*, Córdoba, 1996, pp. 83 y ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/OLAIZOLA NOGALES: «La evolución legislativa del delito de tráfico de influencias», en *AJA*, 1995, 223, pp. 1 y ss.; GARCÍA ARÁN, *Los delitos de tráfico de influencias en el CP 1995*, Sevilla, 1997, pp. 1 y ss.; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO: «Los delitos relativos al tráfico de influencias», en *La Ley*, 1998-5, pp. 1514 y ss.; y SUÁREZ MONTES: «Consideraciones político-criminales sobre el delito de tráfico de influencias», en *Política Criminal y Reforma Penal*, Madrid, 1993, pp. 1087 y ss.

Norberto J. de la Mata Barranco

2.1.7. *Delitos de malversación*

Particular atención merecen los diversos tipos de malversación recogidos en el Capítulo VII, que definitivamente —y tras los sugerentes debates doctrinales que han enriquecido recientemente el estudio de esta figura— se configuran atendiendo a su naturaleza eminentemente patrimonial, desde la perspectiva instrumental y funcional que define el patrimonio público atendiendo a la satisfacción de intereses generales o, en otros términos, como soporte básico de políticas de intervención enderezadas a la satisfacción constitucional —y, en consecuencia, eficaz— de los intereses generales ⁽³²⁾.

De las tres conductas típicas incriminadas de lo que se conoce como malversación propia, particular atención, en base al desvalor de su resultado, ha merecido la apropiación definitiva de caudales públicos —o el consentimiento para que otro los sustraiga con ánimo de lucro— del artículo 432, precepto que admite, por tanto, una comisión activa u omisiva, en especie de incriminación expresa de la participación omisiva en un delito de resultado o, si se prefiere, de tipificación también expresa de una comisión por omisión. En cualquiera de las alternativas, sujeto activo ha de serlo el funcionario a cuyo cargo estén los caudales por razón de sus funciones, sin que sea necesaria la posesión física; bastará la posibilidad de disposición jurídica. Las clásicas discusiones sobre el modo de concretar lo que puede ser objeto material del delito, en relación a los supuestos conflictivos de gastos reservados, mano de obra, bienes sin valor económico o pequeñas sustracciones de material fungibles —posibilidad a rechazar en los tres últimos casos y, parcialmente, también en el primero— han sido tradicionales en el acercamiento a este delito, que en todo caso exige la condición de público de lo apropiado, que surge desde el momento de la existencia de un derecho expectante a su recepción. La pena, similar a la del homicidio en otras épocas, se suaviza en la actuali-

32. Detenidamente sobre esta construcción del bien jurídico, DE LA MATA BARRANCO/ETXEBARRIA ZARRABEITIA: *Malversación y lesión del patrimonio público: apropiación, distracción y desviación por funcionarios de caudales públicos*, Barcelona, 1995, pp. 1 y ss. Otras propuestas en MORALES GARCÍA: *Los delitos de malversación, apropiación, utilización temporal y administración desleal de caudales públicos*, Pamplona, 1999, pp. 1 y ss.; y ROCA AGAPITO: *El delito de malversación de caudales públicos*, Barcelona, 1999, pp. 1 y ss.

dad, proponiéndose diferentes agravaciones de las que sigue destacando la referida a la cantidad apropiada⁽³³⁾.

Junto a la apropiación definitiva, la distracción del artículo 433 ha sido la segunda figura tradicional del Capítulo, en incriminación del destino de los caudales a usos distintos a los del ejercicio de la función pública sin voluntad de apropiación definitiva. Sigue siendo la interpretación de la cláusula de su párrafo 2, que remite al artículo 432 cuando no se reintegre la cantidad distraída dentro de los diez días siguientes al de la incoación del proceso, así como la irrelevancia de dicho reintegro constatada la voluntad de un uso que no sea meramente temporal, el aspecto principal a tener en cuenta en este delito.

El Código penal de 1995 obliga a un nuevo esfuerzo en la comprensión de la malversación al tipificarse en el artículo 434, de modo novedoso, sorprendente y por influencia de los conocidos procesos judiciales que se desarrollaban en la época, una «*aplicación privada de bienes*», difícil de distinguir de lo que es mera utilización o uso. Los criterios que debieran permitir una interpretación razonable de este precepto, atendiendo a la laguna que con su previsión pretende colmarse, han de observar que es el único precepto en que cabe una malversación sobre bienes inmuebles —su mera utilización integraría el tipo—, que cuando recaiga sobre bienes muebles no debe existir desplazamiento alguno, que no cabe por supuesto ánimo apropiatorio y sí únicamente voluntad de obtención de ventajas económicas derivadas directamente de la utilización temporal —prolongada en el tiempo— realizada y, por último, que en todo caso la sanción se producirá sólo cuando se produzca grave perjuicio para la causa pública⁽³⁴⁾.

33. Sobre los requisitos típicos de ésta y del resto de modalidades, además de los anteriores, CASTRO MORENO, *La malversación de caudales públicos en el Código Penal de 1995*, Valencia, 2001, pp. 1 y ss.; DE LA MATA, «Los delitos de malversación», en *RAAP*, 1997, pp. 431 y ss.; y ENTRENA FABRE: *El delito de malversación*, Valencia, 1999, pp. 1 y ss.

34. Específicamente sobre este supuesto, recientemente, CASTRO MORENO: «La distinción entre las dos modalidades de malversación de uso: análisis crítico de los distintos criterios», *AP*, 2001, pp. 23 y ss.; y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO: «La malversación por aplicación privada de bienes muebles o inmuebles de organismos públicos», en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, Cuenca, 2001, pp. 79 y ss.

Norberto J. de la Mata Barranco

2.1.8. *Fraudes y exacciones ilegales*

Con un componente asimismo de corrupción, el Capítulo VIII se inicia con la descripción del delito de fraude del artículo 436, cuyo objeto de tutela también se cifra en el acervo imprescindible para el correcto desempeño de funciones públicas. Se trata de evitar que el funcionario cause un perjuicio económico a la Administración —aunque no se exija su causación efectiva— y para ello se sanciona al funcionario competente para intervenir de forma directa o indirecta en cualquier clase de contratación pública o en la liquidación de haberes públicos —derechos de contenido patrimonial de una persona pública— que se concierte con los interesados o use cualquier otro artificio —momento que determinará la consumación delictiva— para defraudar a un ente público⁽³⁵⁾.

En el artículo 437, precepto que pretende unificar todas las conductas que consisten en obtener una ventaja patrimonial bajo la apariencia de desempeñar funciones públicas, próximas a lo que se conoce como supuestos de concusión, se contemplan las exacciones ilegales. Se incrimina la exigencia directa o indirecta de derechos, tarifas, aranceles o minutas no debidos o superiores a los debidos, engañando sobre la cuantía de lo debido o sobre la propia existencia de la deuda —requisito el del engaño que impide la total identificación con la clásica concusión de carácter intimidatorio o violento—, sin que sea necesaria la efectiva recepción de las cantidades exigidas y relegándose en todo caso al precepto siguiente —donde se contempla una agravación específica cuando el delito de apropiación indebida o estafa se cometa por un funcionario público que se aprovecha de su cargo— las conductas en que el funcionario para obtener la ventaja económica hace creer al particular que el ejercicio de sus funciones está condicionado a la obtención de una cantidad de dinero, siendo falsa tal circunstancia⁽³⁶⁾.

35. Por todos, CATALÁN SENDER: «Nuevos perfiles del delito de fraude funcional en el Código Penal de 1995», en *AP*, 2002, pp. 71 y ss.

36. Véase sobre la vinculación de este delito a la figura de la concusión, ALONSO ÁLAMO: «Problemas político-legislativos del delito de concusión», en *Estudios Penales en Memoria del Profesor A. Fernández Albor*, Santiago, 1989, pp. 7 y ss.; y VALEIJE ÁLVAREZ: «Aspectos problemáticos del delito de concusión (diferencias con el cohecho)», en *RGD*, 1994, pp. 6517 y ss.

2.1.9. *Negociaciones y actividades prohibidas y abusos en el ejercicio de la función*

Los delitos del Capítulo IX —vinculados a negociaciones y actividades prohibidas a funcionarios y a abusos en el ejercicio de la función pública— surgen como tipos de recogida, más que como residuales —como a veces se califican—, en cuanto se agrupan en un conjunto heterogéneo delitos cuyo denominador común únicamente puede cifrarse en el aprovechamiento del cargo para la obtención de un beneficio —al igual que el resto de supuestos de corrupción— y, según algunos, en el adelantamiento de las barreras de intervención penal que implica su caracterización como tipos de peligro, lo que no será correcto si se entiende que el desvalor surge simplemente del aprovechamiento de la función.

El delito de negociaciones prohibidas se describe en los artículos 439 y 440, preceptos que incriminan —de forma perturbadora— un mero incumplimiento de determinados deberes de abstención del funcionario. La conducta típica requiere, en primer lugar, que un funcionario deba intervenir por su cargo, directa o indirectamente, en la adopción de un contrato, operación o actividad de naturaleza económica y, en segundo lugar, que aprovechando tal circunstancia intervenga en ellos en aras a la obtención de un interés personal que no hace falta que consiga. Al no exigirse tampoco perjuicio para la Administración, el injusto parece hacerse residir, como se señalaba, en el incumplimiento de la incompatibilidad de determinadas operaciones que se derivan del desempeño de la función pública —tanto para el funcionario como para el resto de sujetos a quienes el artículo 440 extiende la responsabilidad penal— o, todo lo más, en el peligro abstracto que para el correcto funcionamiento de la Administración puedan implicar comportamientos de esta índole ⁽³⁷⁾.

En cuanto al artículo 441, acostumbra a señalarse el principio de imparcialidad en el ejercicio de funciones públicas como objeto de su tutela, si bien destacándose que lo que se incrimina es ya su puesta en peligro; por ello, se dirá,

37. Véanse las consideraciones de CATALÁN SENDER: «El delito de negociaciones prohibidas a funcionarios en el nuevo Código Penal», en *AP*, 1998, pp. 525 y ss.; LUZÓN PEÑA: «Actuación en interés propio en los fraudes de funcionarios del artículo 401 del Código Penal», en *La Ley*, 1989-4, pp. 417 y ss.; y MIR PUIG: «Nombramientos ilegales, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función», en *CDJ*, 1996, pp. 305 y ss.

Norberto J. de la Mata Barranco

se tipifica lo que no es sino una posible confluencia en el funcionario de intereses públicos y privados que pueda, directa o indirectamente, incidir en el ejercicio de sus funciones. La conducta descrita, realizar una actividad profesional o de asesoramiento permanente o accidental por sí o persona interpuesta, bajo la dependencia o el servicio de entidades privadas o de particulares y fuera de los casos admitidos en leyes o reglamentos, cuando, además, la actividad profesional tenga relación con un asunto en el que el funcionario debe intervenir o haya ya intervenido por razón de su cargo, o bien con una decisión que haya de adoptarse en la oficina o centro público al que se encuentre adscrito, en realidad de nuevo implica la sanción de un incumplimiento administrativo sobre la normativa de incompatibilidades en la Administración pública. Más cuando no se exige ni la incidencia efectiva de la actividad privada en la resolución de los asuntos públicos ni el uso de los conocimientos obtenidos en el desempeño de funciones públicas al ejercer aquella actividad.

En el artículo 442 incorporado al ordenamiento español con la Ley orgánica 9/1991, de 22 de marzo, en cambio, el núcleo del injusto del delito de uso de información privilegiada sí reside en la instrumentalización del cargo para fines ajenos a los públicos, lo que de alguna manera afecta también a la idea de igualdad. Vinculado a los delitos del Capítulo IV —los problemas concursales con los artículos 198, 285, 417, 428, etc., son de compleja solución—, lo que se sanciona aquí no es el quebrantamiento de los deberes de custodia o sigilo, sino el abuso del cargo; por ello la tipicidad refiere la conducta de usar —no sólo revelar— el conocimiento que se tenga de determinados secretos o informaciones privilegiadas para obtener un beneficio económico⁽³⁸⁾.

Para finalizar el Capítulo, el artículo 443 contempla igualmente una instrumentalización del cargo para obtener una ventaja que, sin embargo, aquí no tiene carácter económico. Se trata de tipos de solicitud sexual a un particular —de cualquier modo y requiriendo cualquier tipo de conducta— por parte de quien haya de resolver determinadas pretensiones de aquél o de determinados parientes, salvo cuando la petición se realice como contrapartida por la adopción de un acto injusto, ya se trate de un funcionario cualquiera, ya de uno

38. Por todos, CASTRO MORENO/OTERO GONZÁLEZ: *El abuso de información privilegiada en la función pública*, Valencia, 2006, pp. 1 y ss.

perteneciente a instituciones penitenciarias o centros de menores, en un artículo 443 que en ningún caso abarca el desvalor derivado de la conducta sexual en sí misma considerada; de ahí la previsión concursal, de delitos, del artículo 444.

2.2. DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Los delitos contra la Administración de Justicia, contenidos en los Capítulos I a IX del Título XX —aunque, al ser varios los delitos comunes, no a todos se hará referencia aquí—, se dirigen a tutelar el respeto a las misiones exclusivas y el buen funcionamiento de la Administración de Justicia, ámbito de protección que, sin embargo, también aparece en otras sedes, aun cuando no, como aquí, con carácter preferente; con todo, pero es ya una constante en el campo de tutela de bienes de carácter colectivo, no dejarán de surgir cuestiones concursales que deben ser resueltas con los criterios generales que se deducen de la atención a la prohibición del *bis in idem* y a la correcta precisión del desvalor que abarca cada figura típica. Por otra parte, también en esta sede hay que destacar que la alusión a la Administración de Justicia como objeto de tutela no lo es a la institución en sí, sino a su funcionamiento, al instituto que surge como soporte de desarrollo de la actividad encomendada constitucionalmente al Poder judicial, tutelada de manera relativa y, por supuesto, sin pretender aspirar a garantizar la idea de justicia, sino únicamente la de que ésta tenga cauces de desarrollo a partir de la buena gestión de su impartición, para lo cual lo que directamente se tutela es que el ejercicio de la actividad judicial en sí pueda realizarse del modo exigido en el Estado de derecho. El análisis de estos delitos tiene lugar en cuanto los sujetos a que se refiere cada uno de los preceptos analizados tienen la condición de funcionario público; es cierto, sin embargo, que su especificidad conllevará que no todos los funcionarios puedan ser autores de éstos.

2.2.1. *Delitos de prevaricación judicial*

El artículo 446 contempla la prevaricación dolosa, delito necesariamente presente en el Código a partir del reconocimiento al Poder Judicial, como se ha señalado reiteradamente, de la facultad exclusiva de aplicar las leyes en los

Norberto J. de la Mata Barranco

procesos que se dilucidan ante él. La diferencia de posiciones entre el ciudadano que pretende la prestación de un servicio público en general y el que pretende recibir justicia, las distintas funciones que se atribuyen a la Administración Pública y a la de Justicia, la diferencias de garantía en su proceder, etc., son las que justifican la separación sistemática entre la prevaricación administrativa y la prevaricación judicial. Ello explica también la mayor severidad de la reacción penal frente a esta última. La conducta típica, común en los diferentes supuestos de este artículo, consiste en dictar a sabiendas sentencia o resolución —lo que incluye autos, providencias, etc., siempre que tengan relación con la impartición en sí de justicia— injustas. De nuevo aquí aparece un concepto de injusticia que excede la mera ilegalidad y que en esta sede puede venir referido a la absoluta falta de motivación, al proceder en base a razones ajenas a la función judicial o al absoluto desprecio por la normativa legal, bien entendido que ni la confirmación por instancia superior de la resolución niega necesariamente —aunque sí probablemente— la injusticia de lo recurrido ni su revocación neutraliza el desvalor del injusto típico ya consumado y necesitado de respuesta sancionatoria. La problemática que se deriva de actuaciones colegiadas obliga a individualizar la responsabilidad, sin perjuicio de exigir el cumplimiento de sus deberes a todos cuantos deben intervenir en la decisión adoptada, sin que, como se señala, quepa excluir ni afirmar la misma precipitadamente por el hecho de que la resolución provenga de varios firmantes. En cuanto a la pena ha de llamarse la atención sobre la distinción lógica, por la diferente aflicción —que incluso puede implicar lesión adicional de otros bienes—, según se trate de sentencias contra reo en causa criminal que se ejecuten —en cuyo caso podría exigirse responsabilidad a otras instancias— o no, sentencias en procesos de faltas o cualquier otra clase de sentencia —esto es, a favor o en procedimiento no penal— o resolución⁽³⁹⁾.

Junto a la prevaricación dolosa, en este ámbito de la actuación judicial sí se sanciona la actuación negligente —lo que no ocurre para el resto de funcionarios en la prevaricación administrativa—, cuando ésta sea grave o, como dice el Código, por ignorancia inexcusable, en el nivel que cualquier juez o magistrado debería tener, ya sea en cuanto al desconocimiento mínimo de

39. Véanse sobre este delito, exhaustivamente, GARCÍA ARÁN: *La prevaricación judicial*, Madrid, 1990, pp. 1 y ss.; GÚIDI CLAS: *La prevaricación judicial en España y en el Derecho comparado*, Barcelona, 2006, pp. 1 y ss.; y RAMOS TAPIA: *El delito de prevaricación judicial*, Valencia, 2000, pp. 1 y ss.

normas legales, ya, por ejemplo, en cuanto a la desidia en la práctica de la prueba, la averiguación de los hechos o en cualquier otra circunstancia. Sin diferenciar la respuesta penal como en el caso anterior en función del carácter del proceso o de la resolución dictada; lo que sí se exige en todo caso es que ésta sea manifiestamente injusta.

Formas diferentes de prevaricación que también sanciona el Código en el artículo 448 —en parte relacionado con el artículo 408— son la que refiere la negativa a juzgar sin que se alegue causa legal para ello y la que implica negativa a juzgar so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la ley. En ambos casos el precepto cumple una función de tutela sobre el derecho, reconocido incluso constitucionalmente, a recibir una tutela judicial efectiva, injustificadamente denegada tanto en uno como en otro caso. Por último, también como forma de prevaricación se contempla en el artículo 449 con la misma pena el retardo malicioso en la administración de justicia —esto es, no sólo al margen de los plazos legales, sino en base a una actuación dolosa que pretende una finalidad ilegítima adicional al retraso en sí como puede ser, por ejemplo, la alteración del objeto de la acción procesal—, que aquí puede cometer no sólo el juez o magistrado, sino cualquier funcionario judicial con capacidad para poderlo generar. La tipificación pretende reforzar el específico derecho constitucional a un proceso sin dilaciones.

2.2.2. Delito específico de encubrimiento

El encubrimiento del Capítulo III surge como novedad legal atendiendo las propuestas doctrinales que criticaban su consideración como forma o tipo de participación en el delito, difícil de aceptar dada la imposibilidad de tomar parte en algo que ya se ha consumado, salvo en supuestos de colaboración pactada, únicos en los que el encubridor puede contribuir a la causación del injusto que implica la comisión del delito encubierto. El presupuesto de lo que ahora es el delito del artículo 451 sigue siendo la presencia de otro delito previo en el que no se ha intervenido como autor ni como partícipe. La conciencia de su comisión aun con dolo eventual —ni se necesita conocer su naturaleza jurídica ni que se haya declarado judicialmente su existencia— y la realización de alguna de las conductas típicas que describe el precepto completan una tipicidad que permite diferenciar el favorecimiento real de los

Norberto J. de la Mata Barranco

números 1.º y 2.º y el favorecimiento personal del número 3.º En cuanto a éste, que es el que aquí interesa considerar, y que consiste en ayudar directamente a eludir la acción de la justicia, la conducta sólo será punible en relación a determinados delitos graves o «*cuando se haya obrado con abuso de funciones públicas*». Concebido como delito de referencia, la pena que se prevé por su comisión, respetando el principio de proporcionalidad, tiene como límite la del delito encubierto, con independencia no obstante, conforme recoge ahora el artículo 453, de que el autor del hecho encubierto sea irresponsable o esté exento personalmente de pena, principio de accesoriidad media que únicamente exige la realización de un injusto previo. La atención a criterios de no exigibilidad de conducta distinta permite, por otra parte, la exención de responsabilidad por el encubrimiento de los parientes a que se refiere el artículo 454, aplicable también al supuesto de favorecimiento personal por parte de funcionario público ⁽⁴⁰⁾.

2.2.3. *Delitos de falso testimonio*

De entre los delitos de falso testimonio, el artículo 461 sanciona la presentación de testigos falsos o de peritos o intérpretes mendaces del número 1, conducta que obviamente sólo pueden realizar quienes tienen posibilidad procesal de proposición de prueba. Al margen de la previsión de agravación para cuando quien así actúe sea abogado, procurador, graduado social o representante del Ministerio Fiscal, que es por lo que aquí interesa su consideración, lo que completa la descripción típica es la conciencia —a sabiendas, dirá el Código—, en el caso de la presentación de testigos, peritos o intérpretes, de que la declaración que se va a prestar es falsa, momento de consumación del delito que como condición de punibilidad exigirá, sin embargo, que ésta se produzca.

40. En los últimos años vienen apareciendo varios trabajos sobre esta figura, tras la consideración independiente que propone ahora el Código, de entre los que pueden destacarse los de BLANCO CORDERO: «El encubrimiento personal: contribución a la delimitación del tipo del artículo 451.3 del Código Penal», en *RDPC*, 1998, pp. 11 y ss.; DE VICENTE MARTÍNEZ: «La nueva regulación del encubrimiento en el Código penal de 1995», en *AP*, 1996, pp. 467 y ss.; y GÓMEZ PAVÓN: «El bien jurídico protegido en la receptación, blanqueo de dinero y encubrimiento», en *CPC*, 1994, pp. 459 y ss. Más ampliamente, GILI PASCUAL: *El encubrimiento en el CP 1995*, Valencia, 1999, pp. 1 y ss.; ROVIRA TORRES: *El encubrimiento*, Barcelona, 2006, pp. 1 y ss.; RUIZ RODRÍGUEZ: *El delito de encubrimiento*, Barcelona, 2001, pp. 1 y ss.; y SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ: *El encubrimiento como delito*, Valencia, 2008, pp. 1 y ss.

2.2.4. *Delitos de obstrucción a la justicia y deslealtad profesional*

En cuanto al Capítulo VII del Título, contempla varios delitos vinculados con la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional ⁽⁴¹⁾.

El primero de ellos es el de incomparecencia procesal regulado en el artículo 463, forma elemental de obstrucción, aunque no la más grave. El delito, referido al juicio oral de un procedimiento penal, distingue un primer tipo básico de incomparecencia injustificada, en el que se diferencia la pena según se afecte o no a un proceso con reo en prisión provisional, se produzca o no por segunda vez y haya habido o no suspensión del procedimiento, de los tipos agravados de los números 2 y 3 del precepto, previstos para cuando el responsable del delito sea abogado, procurador o fiscal, juez o secretario judicial, razón por la que se trae aquí a colación.

En cuanto al artículo 466, vinculado a los artículos 197, 199, 417, etc., pero con un contenido específico, se sanciona la revelación de las actuaciones procesales declaradas secretas por la autoridad judicial, esto es, las de aquéllas que específicamente lo sean al margen del secreto genérico que ha de presidir toda la fase de instrucción de cualquier procedimiento, que en el caso de realizarse por funcionario de los descritos en el número 2 del precepto implicará una pena específica, mayor en el mínimo, pero menor en el máximo, en relación a la que correspondería imponer a un particular.

2.2.5. *Delito de favorecimiento al quebrantamiento de condena*

El Capítulo VIII se dedica al quebrantamiento de condena, figura muy consolidada por entenderse que es la que más claramente afecta al correcto ejercicio de la administración de justicia, pero que, sin embargo, es acertadamente cuestionada desde consideraciones vinculadas a perspectivas que insisten en negar antijuricidad material a la conducta descrita por entender que lo que se

41. Sobre los diferentes delitos del Capítulo, detenidamente BENÍTEZ ORTUZAR: *De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional*, Madrid, 1999, pp. 1 y ss. Véanse también, CANTARERO BANDRÉS: *La administración de justicia y el obstruccionismo judicial*, Madrid, 1995, pp. 1 y ss.; GARCÍA ARÁN: «Obstrucción a la justicia y deslealtad profesional en el Código Penal de 1995», en *CDJ*, 1997, pp. 279 y ss.; y SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ: «La obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional», en *ADPCP*, 1996, pp. 405 y ss.

Norberto J. de la Mata Barranco

produce es la mera quiebra del incumplimiento de una sanción que puede, en su caso, variar el modo de su cumplimiento, sin entenderse suficiente para explicar lo injusto del delito ni consideraciones centradas en la frustración de los fines de la pena ni aquéllas que aluden a la puesta en marcha del mecanismo administrativo-judicial cuando se produce el quebrantamiento tipificado. Tal como aparece redactado en la actualidad el tipo básico del artículo 468, se sanciona el quebrantamiento de una pena —ya sea de prisión o de privación de un derecho— o medida de seguridad, de medidas cautelares, de conducción o de custodia, pero no de la detención policial. Y la única exigencia típica, al margen de la cualificación que lleva a la imposición de una pena agravada por utilización de violencia, intimidación, fuerza o participación en un motín, es la voluntad definitiva de incumplimiento. En cuanto a la técnica de tipificación del tratamiento de la participación —y por esta razón se comenta en estas líneas—, se distingue lo que es el autoquebrantamiento en sí de lo que implica una participación en él favoreciendo la evasión, en la que se distingue en los artículos 470 y 471 según el auxiliador sea o no funcionario público⁽⁴²⁾.

2.2.6. *Delitos contra la Administración de Justicia de la Corte Penal Internacional*

Finalmente, en el nuevo Capítulo IX incorporado al Código por Ley 15/2003, de 25 de noviembre, su único artículo 471 bis contempla en su número 7 lo que no es sino un cohecho pasivo impropio en el ámbito específico de una actuación oficial en la Corte Internacional.

2.3. DELITOS CONTRA LA CONSTITUCIÓN

Dentro de los delitos contra la Constitución a que se refiere el Título XXI del Código deben ser objeto de especial atención los relativos al ejercicio de los

42. Véanse, entre otros, CORCOY BIDASOLO: «El quebrantamiento de condena. Una propuesta legislativa a la frustración de la pena», en *ADPCP*, 1992, pp. 133 y ss.; LORENZO SALGADO: «El quebrantamiento de determinadas decisiones judiciales», en *EPC*, 1981, pp. 311 y ss.; MAPELLI CAFFARENA: «Quebrantamiento de condena y evasión de presos», en *ADP*, 1991, pp. 11 y ss.; y, ampliamente, SUÁREZ LÓPEZ: *El delito de autoquebrantamiento de condena en el CP español*, Granada, 2000, pp. 1 y ss.

derechos fundamentales y libertades públicas, aunque son varios los que refieren conductas de funcionarios públicos.

2.3.1. *Delitos de rebelión*

El Capítulo I del Título dedica los artículos 472 a 484 a describir el alzamiento violento y público que implica el delito de rebelión. De la prolija y compleja regulación —con numerosos supuestos agravados y atenuados— interesa aludir en este lugar al concepto de actos de favorecimiento —incluso de carácter omisivo, por no contener o denunciar el hecho— que se ofrece entre otros, en el artículo 476, vinculado específicamente a la actuación de militares, la agravación de pena del artículo 478 para cuando los delitos del Capítulo los cometa cualquier tipo de autoridad y los artículos 482 y 483 en que se sanciona la no resistencia a la rebelión, el desempeño del cargo bajo el mando rebelde o el abandono del empleo ante el peligro de rebelión por parte de autoridades, en el primer caso, o funcionarios públicos, en los dos siguientes.

2.3.2. *Delitos contra las instituciones del Estado y la división de poderes*

En el Capítulo III, también de forma detallada, los artículos 492 y siguientes del Código tutelan en dos Secciones diferenciadas las Instituciones del Estado, por una parte y, específicamente, la División de Poderes, por otra. En la primera de ellas se enumeran una serie de delitos contra el Poder legislativo, los miembros del Poder legislativo y otras numerosas Instituciones, incluidos Órganos de gobierno, que contemplan invasiones de las Cámaras, manifestaciones o reuniones para alterar su funcionamiento, injurias, perturbaciones de las sesiones, impedimento de asistencia a éstas, expresión de opiniones lesivas y quebrantamientos de inmunidades o inviolabilidades, entre otras. De entre ellos, hay que referir aquí los artículos 499 y 500, relativos a conductas de autoridades o funcionarios que quebranten la inviolabilidad de las Cortes u otras Asambleas legislativas o que detengan a miembros de dichas Cortes o Asambleas sin los requisitos legales para ello, respectivamente. También el artículo 501, referido a la autoridad judicial que sin los requisitos legales inculpare o procesare a miembros de estas Instituciones, el artículo 502.1 inciso

Norberto J. de la Mata Barranco

segundo, relativo a incomparecencias ante Comisiones de investigación y el artículo 502.2, sobre obstaculización a la investigación de determinadas instituciones públicas.

En la Sección segunda del Capítulo se contemplan los delitos contra la división de poderes denominados de usurpación de atribuciones, vinculados al ejercicio indebido de competencias invadiendo las que son propias de otros Poderes del Estado, legislativo, judicial o administrativo ⁽⁴³⁾. En ella, todos sus artículos, del artículo 506 al artículo 509, contemplan conductas de autoridades o funcionarios públicos de los diferentes Poderes.

2.3.3. *Delitos contra los derechos fundamentales y las libertades públicas*

El fundamental Capítulo IV contempla en dos Secciones los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución ⁽⁴⁴⁾, abarcando, en primer lugar, los delitos de discriminación, en tipificación vinculada a la de la precursora Ley 4/1995, sobre racismo, así como a los numerosos Textos internacionales sobre esta materia, y, en concreto, la provocación a la discriminación —pero también provocación simplemente al odio o a la violencia, con los problemas de concreción del desvalor material que en tales supuestos cabe plantear—, las injurias discriminatorias, la discriminación en la prestación de servicios públicos, así como la más controvertida discriminación en el ámbito profesional o empresarial por la dificultad de determinar cuándo se tiene el derecho a la prestación que se solicita ⁽⁴⁵⁾. De entre ellos, el artículo 511.3, en relación con los artículos 511.1 y 2, es el único que en esta mate-

43. Sobre los delitos de esta Sección, específicamente, véanse las consideraciones de MANZANARES SAMANIEGO: «Los delitos contra la división de poderes», en *AP*, 1997-2, pp. 1055 y ss.; y de ROIG TORRES, «Algunas consideraciones sobre los artículos 508 y 509 del CP 1995», en *Estudios en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, Valencia, 1997, pp. 713 y ss.

44. Para una visión general del Capítulo IV, MUÑOZ CONDE: «Protección de los derechos fundamentales en el Código Penal», en *EDJ*, 1996, pp. 435 y ss.

45. Sobre diversos aspectos de lo que en general es la tipificación de la discriminación, específicamente, GARCÍA ÁLVAREZ: *El Derecho Penal y la discriminación*, Valencia, 2003, pp. 1 y ss.; y MACHADO RUIZ: *La discriminación en el ámbito de los servicios públicos: análisis del artículo 511 del Código Penal*, Valencia, 2002, pp. 1 y ss.

ria contempla conductas específicas de funcionarios públicos en relación a la prestación de servicios públicos.

También se contempla en esta Sección el delito de asociación ilícita, a partir del concepto de ésta que ofrece el artículo 515, con la diferenciación de penas que se prevé para los miembros de asociaciones de carácter terrorista, para los de otras asociaciones ilícitas, para los colaboradores de asociaciones ilícitas y para la provocación, proposición y conspiración en el delito. La delimitación del carácter duradero de la asociación, la confirmación de su estructura organizada y la concreción de sus fines son las cuestiones que definirán el marco de aplicación del precepto⁽⁴⁶⁾. Aquí es en el artículo 521 donde se establece una previsión específica para el supuesto de comisión por funcionario público de todos los tipos de los artículos 515 a 520.

2.3.4. *Delitos contra las garantías constitucionales*

En el igualmente importante Capítulo V se contemplan, en tres Secciones, los delitos de los artículos 529 a 542 cometidos por los funcionarios públicos —exclusivamente— contra los derechos constitucionalmente reconocidos, con los que se pretende garantizar el ejercicio de éstos frente a la actuación abusiva o arbitraria del poder estatal⁽⁴⁷⁾. De ahí que lo que se tipifica no sea la actuación contra los derechos individuales en sí prevaleándose de un cargo público, que deberá llevar a la aplicación del correspondiente tipo en sede de tutela del concreto derecho individual afectado, sino el abuso en el ejercicio de una función amparada —de ejercerse debidamente— por la legalidad, o, si se quiere, desviaciones en el ejercicio del poder público.

En la Sección primera, prevista para ataques a la libertad individual, lo que se sanciona es, en este sentido, su privación al margen del procedimiento que le-

46. Fundamental para entender el delito es el trabajo de GARCÍA-PABLOS DE MOLINA: *Asociaciones ilícitas en el Código Penal*, Barcelona, 1977, pp. 1 y ss. Véanse, asimismo, las contribuciones de GONZÁLEZ RUS: «Asociación para delinquir y criminalidad organizada», en *AP*, 2000, pp. 561 y ss.; y QUINTERO OLIVARES: «La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita», en *Delincuencia organizada*, Huelva, 1999.

47. Una sintética panorámica del Capítulo en SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ: «Delitos contra la Constitución: delitos cometidos por los funcionarios contra las garantías constitucionales», en *Eguzkilore*, 2000.

Norberto J. de la Mata Barranco

galmente permite la restricción de su ejercicio: se describen en ella el delito de entrega indebida de causa criminal o de detenido por ella, la detención ilegal por violación de plazos o de cualquier otra garantía legal —de importancia en la interpretación de toda la Sección y específicamente de este precepto, además de la clásica discusión sobre lo que es detención o sólo retención, será la normativa extrapenal que delimita los requisitos de la privación de libertad, ya sea para la averiguación de un delito, ya de carácter preventivo, etc.; en particular la que se contiene en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pero también, por ejemplo, en la Ley 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad ciudadana—⁽⁴⁸⁾, el delito de incomunicación ilegal, la detención o incomunicación ilegales por imprudencia grave y la aplicación por funcionario penitenciario de rigor indebido o innecesario —debiéndose tener en cuenta en este caso de forma específica las previsiones sobre legalidad, taxatividad, etc., de la Ley general penitenciaria⁽⁴⁹⁾—.

La Sección segunda se dedica a los delitos cometidos por los funcionarios contra la inviolabilidad domiciliaria y demás garantías de la intimidad, como en todo el Capítulo más dirigidos a lo que es el quebrantamiento de garantías constitucionales que al menoscabo del derecho individual en sí y en los que de nuevo hay que atender la normativa de remisión que permite definir la ilegalidad de la actuación: entre las figuras descritas aparecen el delito de entrada ilegal en domicilio⁽⁵⁰⁾, el de registro ilegal, vejación injusta o daño innecesario con ocasión de registro lícito, la interceptación ilegal de correspondencia, la interceptación ilegal de comunicaciones y las escuchas ilegales, así como el delito de revelación de la información obtenida⁽⁵¹⁾.

48. Sobre el delito de detención ilegal, ALONSO PÉREZ: *Detenciones ilegales cometidas por funcionarios públicos en el nuevo Código penal*, 2.ª ed., Madrid, 1997, pp. 1 y ss.; CLIMENT DURÁN: *Detenciones ilegales cometidas por autoridad o funcionario público*, Valencia, 1999, pp. 1 y ss.; MUÑOZ SÁNCHEZ: *El delito de detención*, Madrid, 1992, pp. 1 y ss., y PORTILLA CONTRERAS: *El delito de práctica ilegal de detención por funcionario público*, Madrid, 1990, pp. 1 y ss.

49. En relación con estas privaciones indebidas de libertad, BOIX REIG/ORTS BERENGUER: «El delito de imposición de sanciones o privaciones indebidas y uso de un rigor innecesario», en *El Nuevo Código Penal*, Granada, 1999, pp. 651 y ss.

50. Véanse, por todos, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO: «Revisión de algunos aspectos de los delitos contra la inviolabilidad del domicilio», en *ADPCP*, 1987, pp. 319 y ss.; y, recientemente, SÁNCHEZ DOMINGO: *Análisis del delito contra la inviolabilidad del domicilio del artículo 534 CP*, Granada, 1998, pp. 1 y ss.

51. Sobre concretos supuestos de menoscabo a las garantías contra la intimidad, entre otros, ALONSO PÉREZ: «Requisitos de las intervenciones telefónicas», en *La Ley*, 2001, pp. 2137 y ss.; GONZÁLEZ GUITIÁN:

Por último, la Sección tercera se dedica a los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra otros derechos individuales, incluyendo el impedimento u obstaculización de asistencia letrada⁽⁵²⁾, la censura contra la libertad de expresión⁽⁵³⁾, la disolución o suspensión ilegal de asociación y reunión lícitas, la prohibición o disolución ilegal de reuniones pacíficas, la expropiación ilegal y el impedimento de otros derechos cívicos, figura de carácter residual que obliga a complejas tomas de postura sobre su relación concursal con el resto de delitos de la Sección o incluso de otros Títulos del Código, como con la prevaricación, lo que es frecuente también en otros tipos del Capítulo⁽⁵⁴⁾.

2.3.5. Delitos electorales

Finalmente, hay que considerar en este apartado la Ley orgánica 5/1985, de 19 de junio, y el Capítulo VIII de su Título I dedicado a delitos en materia electoral, donde se recogen delitos propios de los funcionarios referidos a falsedades, incumplimientos de obligaciones en la elaboración del censo, redacción de actas, adopción de medidas para garantizar el proceso electoral o, tras la Ley 1/2003, de 10 de marzo, certificación de gastos en materia de subvenciones. Aspectos a tener en cuenta en la consideración de las diferentes infracciones son los conceptos de funcionario y documento oficial del artículo 135, la previsión de alternatividad penal del artículo 136 y la remisión al Código penal del artículo 138.

2.4. DELITOS CONTRA EL ORDEN PÚBLICO

En estos delitos interesa únicamente referir la previsión que establece el artículo 562 de inhabilitación absoluta para la autoridad que cometa cualquier

«Protección penal de la intimidad y escuchas clandestinas», en *Comentarios a la Legislación Penal*, t. VII, Madrid, 1986, pp. 49 y ss.; y MORALES PRATS: «Servicios de información y espionaje del Estado y secreto de las comunicaciones telefónicas», en *AJA*, 1996, 253, pp. 1 y ss.

52. Detenidamente, QUERALT JIMÉNEZ: *Asistencia letrada al detenido*, 3.ª ed., Barcelona, 1999, pp. 1 y ss.

53. A este respecto, ÁLVAREZ GARCÍA: *El derecho al honor y las libertades de información y expresión*, Valencia, 2000, pp. 1 y ss.

54. Por todos, ROLDÁN BARBERO: «El delito de impedir el ejercicio de los derechos cívicos», en *La Ley*, 1996-2, pp. 1599 y ss. También GARCÍA VEGA: «El alcalde como sujeto activo del delito de limitación de los derechos cívicos», en *AP*, 2001, pp. 863 y ss.

Norberto J. de la Mata Barranco

ra de los delitos de los tres Capítulos previos del Título XXII relativos a los delitos de sedición, atentados, resistencia, desobediencia y desórdenes públicos.

A este respecto, en el Capítulo I se tipifica el delito de sedición, de estructura similar a la del delito de rebelión, configurándose igualmente, tal y como aparece descrito en el artículo 544, como delito pluripersonal de convergencia y de consumación anticipada. También como en la rebelión, de la que se señala no es sino una modalidad privilegiada por no afectarse directamente el orden constitucional —el carácter público y tumultuario del alzamiento tiene una finalidad política o social diferente—, la pena a imponer se hace depender de la clase de comportamiento, de dirección —también presunta, como indica el artículo 546—, favorecimiento o simplemente participación intentada, así como de diferentes cláusulas de carácter atenuatorio, siendo constante la remisión a la regulación de los artículos 472 y siguientes del Título anterior.

Los delitos de atentado, resistencia y desobediencia, de frecuente aplicación en los tribunales, se contemplan en el Capítulo II del Título. La primera de las figuras, definida como acometimiento con empleo de fuerza, intimidación grave o resistencia también grave se describe en el artículo 550, distinguiéndose la pena a imponer según la agresión se realice contra autoridad, agente de la autoridad o funcionario público. La regulación de la infracción la completan las previsiones agravatorias por utilización de armas o prevalimiento del cargo, la punición expresa de las formas de ejecución intentada y la previsión de tipos específicos para los supuestos de maltrato de obra o resistencia activa grave a fuerza armada y de acometimiento o intimidación del particular que auxilie al funcionario objeto de atentado. El bien jurídico, en postura ya prácticamente compartida de forma unánime, se insiste en concretar atendiendo al funcionario no como individuo sino en cuanto a lo que representa —de ahí que se exija que la agresión tenga lugar frente a quien actúa en ejercicio de la función—, que en ningún caso se hace ya coincidir, por otra parte, con la superada idea de la encarnación del principio de autoridad. El artículo 556, subsidiario del anterior, tipifica la resistencia no grave y la desobediencia grave, pero ya sólo a la autoridad o sus agentes. Los problemas clásicos de la distinción entre lo que es intimidación, resistencia y desobediencia graves y lo que no lo es, así como de la justificación frente a actuaciones incorrectas o extralimita-

ciones en el ejercicio de la función pública, siguen siendo los de principal comentario por los autores ⁽⁵⁵⁾.

Y, en cuanto a los delitos de desórdenes públicos del Capítulo III, modificados con la LO 15/2003, se definen por la alteración grave del orden público mediante una actuación en grupo que causa lesiones a las personas, daños a la propiedad, obstaculización peligrosa de vías públicas o invasión de instalaciones o edificios; y asimismo, en modalidades atenuadas, por la perturbación grave del orden en lugares oficiales o públicos, la perturbación grave del orden público al objeto de impedir el ejercicio de derechos cívicos, la causación de daños en telecomunicaciones o correspondencia, vías férreas o conducciones de agua, gas o electricidad y, por último, por el aviso falso de existencia de explosivos en un determinado lugar. La cuestión de cómo interpretar el término grave de los artículos 557 a 559, la exigencia de convergencia en varios de los tipos, pero no en todos, y la posibilidad concursal con los delitos de daños son algunas de las cuestiones comúnmente comentadas. También a la legislación antiterrorista se extiende el análisis de este Capítulo por la necesidad de ponerlo ahora en relación con el nuevo artículo 505 surgido con la Ley orgánica 7/2000, así como con el artículo 266, que deja bastante vacío de contenido del artículo 560, ya sólo aplicable si no hay incendio, explosivo o empleo de otro medio de potencia destructiva ni puesta en peligro de la vida o integridad de las personas. En realidad en este precepto estamos más ante lo que pretende ser no un delito de daños ni de puesta en peligro de otros bienes, sino uno de estricto desorden público. Cuestiones puntuales como el particular elemento subjetivo del artículo 559, la irrelevancia de la finalidad en el artículo 561 o el carácter de tipos consumados anticipadamente de varias de las figuras también son destacables, siendo característica general del grupo la voluntad de atentar contra la paz pública como tendencia interna trascendente, al menos claramente en los artículos 557, 559 y 561 ⁽⁵⁶⁾.

55. Para una distinción de las diferentes modalidades, véanse CUERDA ARNAU: *Los delitos de atentado y resistencia*, Valencia, 2001, pp. 1 y ss.; JAVATO MARTÍN: *El delito de atentado: modelos legislativos*, Granada, 2005, pp. 1 y ss.; y ROIG TORRES: *El delito de atentado*, Navarra, 2004. En particular sobre el delito de desobediencia, JUANATEY DORADO: *El delito de desobediencia a la autoridad (artículo 556 del Código Penal)*, Valencia, 1997, pp. 1 y ss.; y MESTRE LÓPEZ: *El delito de desobediencia a la autoridad o sus agentes*, Barcelona, 1986, pp. 1 y ss.

56. Detenidamente, TORRES FERNÁNDEZ: *Los delitos de desórdenes públicos en el Código penal español*, Madrid, 2001, pp. 1 y ss.

Norberto J. de la Mata Barranco

2.5. DELITOS CONTRA LA PAZ, LA INDEPENDENCIA DEL ESTADO Y LA DEFENSA NACIONAL Y DELITOS CONTRA LA COMUNIDAD INTERNACIONAL

Hay que hacer una breve referencia, finalmente, a los delitos relativos a la paz, la independencia y la defensa del Título XXIII y a los delitos contra la Comunidad internacional del Título XXIV.

En primer lugar, por la previsión específica del artículo 588 en el delito de traición, y por la del artículo 615 bis en los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado. Pero, además, porque el artículo 616 establece una previsión general agravatoria para cuando los delitos de los artículos 581 a 615 bis se cometan por funcionario público.

Por hacer una breve referencia a lo que implican estos delitos, señalar que, entre los delitos del Título XXIII, el delito de traición engloba las diversas figuras de inducción y concierto para la guerra, favorecimiento del enemigo, actos de espionaje, declaración de guerra y firma de paz inconstitucionales, tanto en relación a España como a potencias aliadas, y ya sea el sujeto activo español, ya extranjero residente en España.

Entre los delitos que comprometen la paz del Capítulo II se incluyen el de provocar o dar motivo a declaración de guerra contra España, exponer a los españoles a experimentar vejaciones o represalias, ejecutar actos que comprometan la neutralidad del Estado, violar una tregua o armisticio, levantar ilegalmente tropas para servir a potencia extranjera, mantener correspondencia con país enemigo —especie de delito de sospecha— y huir a país enemigo. En el mismo Capítulo se consideran como delitos que comprometen la independencia del Estado la publicación o ejecución de disposiciones de gobiernos extranjeros, la inteligencia con éstos —siempre que se comprometan intereses vitales para España— y los actos de derrotismo. Tanto en uno como en otro caso, y aunque puedan encontrarse objetos de tutela específicos que la doctrina acostumbra a cifrar en las ideas de soberanía, dignidad o incluso prestigio del Estado, el referente genérico, como reza la rúbrica de la Sección, es el mantenimiento de la paz y, para ello, también de la independencia del Estado.

Más específicos son los delitos del Capítulo III relativos a la defensa nacional, reducidos al de descubrimiento y revelación de informaciones relativas a la

defensa nacional, en sus diferentes formas de procurarse, revelar, falsear o inutilizar información reservada o secreta, reproducir ilegalmente planos o documentos sobre lugares protegidos, poseer ilícitamente objetos o información reservada o secreta, actuar de forma gravemente imprudente dando lugar a la divulgación de objetos o información secreta, descubrir, violar, revelar, sustraer o utilizar información secreta relativa a la energía nuclear y, por último, destruir, inutilizar, falsear o abrir ilegalmente correspondencia o documentación secreta⁽⁵⁷⁾. En el análisis de muchos de ellos será necesaria su integración con lo dispuesto en la normativa sectorial correspondiente y los conceptos que en ella se proponen de los términos secreto, materia clasificada, información reservada, etc., así como su complementación con el Código penal militar.

En cuanto al Título XXIV, de actualidad y recientemente reformado en todo su Capítulo II bis para su adecuación a los compromisos adquiridos con la ratificación por España el 19 de octubre de 2000 del Estatuto de Roma de 17 de julio de 1998 sobre la creación de la Corte penal internacional, plantea el siempre complicado debate del alcance de la competencia espacial para juzgar determinados delitos, los complejos procesos de aceptación de acuerdos para ceder lo que muchos entienden parcelas de soberanía estatal y, por supuesto, el modo de superar el clásico conflicto vencedores-vencidos que haga de la aplicación de la normativa prevista la mera ratificación de la legalidad internacional⁽⁵⁸⁾. Muy relacionados con los diversos Convenios de carácter internacional que se han ido ratificando por España, distingue el Capítulo I los delitos contra el derecho de gentes, que incluyen delitos contra la vida o salud de personas internacionalmente protegidas o de violación de su inmunidad, así como otros delitos en relación a ellas, su residencia o transporte. La atención del Capítulo II a los delitos de genocidio físico, biológico o cultural, así como a su apología, plantea la discusión, por supuesto, sobre la concreción del bien jurídico, que se busca en la propia existencia del ser humano o de concretos grupos humanos, sobre el concepto de genocidio político, así como la crítica a la propia inclusión de la apología del

57. Sobre las figuras más relevantes en la práctica del Capítulo, OTERO GONZÁLEZ: *La revelación del secreto de Estado en procedimientos penales*, Valencia, 1999, pp. 1 y ss.; REBOLLO VARGAS: «Los límites del secreto de Estado», en *CJ*, 1996; y SEGRELLES DE ARENAZA: *Protección penal del secreto de estado*, Madrid, 1994, pp. 1 y ss.

58. En general, AMBOS y otros: *La nueva justicia penal supranacional*, Valencia, 2000, pp. 1 y ss.; CUERDA RIEZU/RUIZ COLOMÉ: *Observaciones sobre el Estatuto del Tribunal Penal Internacional*, Madrid, 1999, pp. 1 y ss.; y GARCÍA ARÁN/LÓPEZ GARRIDO: *Crimen internacional y Jurisdicción universal*, Valencia, 2000, pp. 1 y ss.

Norberto J. de la Mata Barranco

genocidio y la aceptación de su limitación a la incitación directa a la comisión de delitos⁽⁵⁹⁾. El nuevo Capítulo II bis contempla los también nuevos delitos de lesa humanidad. Y por último, a partir del concepto de persona protegida que da el artículo 608 se tipifican entre los delitos en caso de conflicto armado, en el Capítulo III, las infracciones contra la vida, salud, integridad física, psíquica o moral, la utilización de medios de combate prohibidos o graves, duradera y extensamente dañosos para el medio, la realización de ataques de terror contra la población civil, la destrucción o daño ilícito de buque o aeronave no militar, la obligación a tomar parte en la fuerza armada adversa o la privación de juicio imparcial, los traslados forzosos y las detenciones ilegales, los asentamientos en territorios ocupados, los ultrajes contra la dignidad personal, la demora de liberación o repatriación, la violación de lugares protegidos, la violencia sobre misiones de socorro, los tratos inhumanos y degradantes a personas protegidas, el uso indebido de signos protectores o distintivos reconocidos internacionalmente, el despojo de efectos personales, las represalias y otros actos de hostilidad, así como otras infracciones contra Tratados internacionales, en cláusula genérica que abre el grupo de delitos. La mayoría, delitos de peligro que aspiran a tutelar directamente la propia normativa internacional de carácter humanitario en aras a garantizar la indemnidad de bienes personales y colectivos; pero su aplicación, obviamente, seguirá proponiéndose por el vencedor respecto de las conductas que él entienda ha cometido el vencido y nunca a la inversa.

3. DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS CONTRA LA TUTELA DE INTERESES COLECTIVOS

Entre los delitos contra bienes jurídicos individuales o colectivos de los Títulos I a XVIII del Código, menos vinculados, en su comprensión global, al ejercicio de la función pública, hay varios preceptos, sin embargo, que, dispersos

59. Específicamente sobre este delito, el de mayor atención doctrinal, CUERDA ARNAU: «El denominado delito de apología del genocidio», en *PJ*, 1999, pp. 63 y ss.; FEIJÓO SÁNCHEZ: «Reflexiones sobre los delitos de genocidio. Artículo 607 del Código Penal», en *La Ley*, 1998, pp. 2267 y ss.; GÓMEZ BENÍTEZ: «El exterminio de grupos políticos en el Derecho penal internacional. Genocidio y crímenes contra la humanidad», en *RDPP*, 2000, pp. 147 y ss.; LANDA GOROSTIZA: «La llamada mentira de Auschwitz (artículo 607.2) y el delito de provocación (artículo 510 CP) a la luz del caso Varela», en *AP*, 1999, pp. 689 y ss.; y NÚÑEZ PAZ: «Genocidio y crímenes contra la humanidad», en *Derecho Penal: implicaciones internacionales*, Madrid, 1999, pp. 141 y ss. De modo exhaustivo, GIL GIL: *El genocidio y otros crímenes internacionales*, Valencia, 1999, pp. 1 y ss.

a lo largo de estos Títulos, ya como delitos especiales propios, ya como delitos especiales impropios, sí contemplan conductas referidas específicamente a actuaciones funcionariales. Distinguiendo ambas clases de bienes, en este apartado aludiré a las conductas de esta naturaleza de los Títulos, contra bienes colectivos, XVI a XVIII.

3.1. DELITOS CONTRA EL AMBIENTE

En primer lugar, en el Capítulo I del Título XVI, el excesivamente criticado artículo 320 contempla en sus números 1 y 2 lo que se viene en denominar prevaricaciones en materia urbanística, sancionando al funcionario que informa favorablemente o autoriza proyectos de edificación o licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes, conductas que se vinculan al artículo 404 del Código, ampliándose, no obstante, su ámbito de aplicación y agravando, además, la responsabilidad penal. Cuestiones controvertidas en los Tribunales, que no es posible comentar aquí, y de no rechazarse ya de entrada su necesidad para salvar lagunas de penalidad, son, entre otras, las que hacen referencia al tratamiento de actuaciones colegiadas, el momento de consumación del delito, la exigencia o no de lesividad derivada de la ejecución de la construcción, la propia exigencia de ésta o la relación con el artículo 319 cuando la conducta del funcionario pueda ser subsumida en ambos preceptos⁽⁶⁰⁾.

En el Capítulo II del mismo Título se contempla la prevaricación específica del artículo 322, muy similar a la anterior, en relación a informes favorables o autorizaciones a derribos o alteración de los edificios singularmente protegidos a que se alude en el artículo 321⁽⁶¹⁾.

60. Específicamente sobre este artículo, ACALE SÁNCHEZ: «El artículo 319.2: edificación no autorizable en suelo no urbanizable», en *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio*, Oñati, 1998, pp. 49 y ss.; DE LA MATA BARRANCO: «La construcción de tipos específicos a partir de la participación en un hecho ajeno: el ejemplo de las denominadas prevaricaciones específicas», en *Estudios Penales en Homenaje a José Manuel Valle*, Pamplona, 2001, pp. 1217 y ss.; GÓMEZ RIVERO: El régimen de autorizaciones en los delitos relativos a la protección del medio ambiente y ordenación del territorio, Valencia, 2000, pp. 1 y ss.; GÓMEZ TOMILLO: *Urbanismo, función pública y Derecho Penal*, Granada, 2000, pp. 1 y ss.; GORRIZ ROYO: *Los delitos de prevaricación urbanística*, Valencia, 2004, pp. 1 y ss.; NARVÁEZ RODRÍGUEZ: «Los delitos sobre la ordenación del territorio: la responsabilidad penal de la Administración urbanística», en *AP*, 1997, pp. 353 y ss.; y RODRÍGUEZ PUERTA/VILLACAMPA ESTIARTE: «La responsabilidad penal del funcionario público en materia urbanística», en *Estudios Penales en Homenaje a José Manuel Valle*, Pamplona, 2001, pp. 1737 y ss.

61. En general, GUIASOLA LERMA: *Delitos contra el patrimonio cultural*, Valencia, 2001, pp. 1 y ss.

Norberto J. de la Mata Barranco

Y en el Capítulo III, el artículo 329 contempla prevaricaciones en materia ambiental en sentido estricto que, en este ámbito y a diferencia de los de anteriores Capítulos, además de sancionar el informe favorable y la concesión de licencias manifiestamente ilegales que autoricen el funcionamiento de las industrias o actividades contaminantes a que se refieren los artículos 325 a 328, se extiende a la sanción de conductas omisivas cuando el funcionario con motivo de sus inspecciones silencie la infracción de leyes o disposiciones normativas que regulan esta materia ⁽⁶²⁾.

3.2. DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA

En el Título XVII, el tipo básico de tráfico de drogas del artículo 368 se complementa en los artículos 369 y 370 con las cualificaciones que se denominan de primer y segundo grado. Entre las primeras, la de ser autoridad o funcionario, entre otros supuestos.

Ello además de la inhabilitación especial o absoluta que se prevé en el artículo 372 para cuando los hechos de los artículos 359 a 379, todos los del Capítulo III del Título, sean cometidos por funcionario público, por una parte, o autoridad o agente de la autoridad, con mayor pena, por otra.

3.3. DELITOS DE FALSEDADES

Finalmente, en el Título XVIII se contemplan los clásicos delitos de falsedades, de tipología variada, no tan multiforme como suele señalarse, caracterizados demasiado genéricamente, eso sí, como delitos contra la fe pública. El Código utiliza por ello acertadamente la denominación genérica de delitos de fal-

62. En este ámbito, entre otros, ALASTUEY BODÓN: «El ámbito de aplicación del artículo 329 del Código Penal», en *RDPC*, 2001, pp. 11 y ss.; DE VICENTE MARTÍNEZ: *Responsabilidad penal del funcionario público por delitos contra el medio ambiente*, Madrid, 1993, pp. 1 y ss.; GÓMEZ RIVERO: «Algunos aspectos de la responsabilidad de los funcionarios en materia ambiental», en *La Ley*, 1996-4, pp. 1239 y ss.; MATELLANES RODRÍGUEZ: *Medio ambiente y funcionarios públicos: análisis del tipo objetivo del artículo 329 del Código Penal*, Barcelona, 2000, pp. 1 y ss.; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO: «Un ejemplo de norma jeroglífica, el artículo 329 del Código Penal», en *RDPP*, 2000, pp. 13 y ss.; y TERRADILLOS BASOCO: «Responsabilidad del funcionario público en delitos relativos a la ordenación del territorio y a la protección penal del patrimonio histórico y del medio ambiente», en *Estudios de Política Criminal*, 1997, pp. 311 y ss.

sedad, fijando la atención más en la conducta que en el objeto de tutela y remitiendo a cada concreto delito la delimitación del bien jurídico específicamente tutelado, lo que no impide aceptar como punto de partida que se trata de garantizar, al menos en los tres primeros capítulos, la apariencia de verdad que generan determinados elementos o signos necesarios para el tráfico jurídico y la convivencia que ello facilita. Por eso, de entrada, habrá que llamar la atención sobre la necesidad de que la falsedad, para ser tal, implique una acción falsaria destinada a menoscabar la seguridad del tráfico jurídico fiduciario formando parte de él.

Entre las falsedades documentales del Capítulo II ⁽⁶³⁾ se encuentran las cometidas por funcionario público. El Capítulo parece acoger el modelo germánico basado en la afección a elementos fundamentales recogidos en el documento para probar determinados hechos que no son verdad en el tráfico jurídico. De ahí las propuestas de definición del bien jurídico protegido atendiendo no tanto a la verdad en sí como a la función que el documento está llamado a desempeñar en la vida jurídica perpetuando y constatando su contenido, garantizando su autoría y acreditando lo que en él se afirma con carácter probatorio ⁽⁶⁴⁾.

Aunque el Código no propone una definición de falsedad o falsificación, términos que indistintamente acoge en el enunciado del Capítulo y en el de las tres Secciones que lo componen, la regulación que ofrece permite afirmar que estamos ante la alteración de un documento auténtico o ante la confección de uno no veraz, tanto en uno como en otro caso de modo creíble y con idoneidad para afectar a las relaciones jurídicas entre particulares o con el Estado. Con todo, no sería baladí la plasmación de un concepto legal de tales términos, como se hace por ejemplo en el artículo 26 para definir lo que es el documento sobre el que éstas han de recaer. La distinción que del mismo ofrece el propio Código entre públicos, oficiales y mercantiles no es todo lo precisa que debie-

63. En relación al contenido de éste en su conjunto, entre otros, BACIGALUPO ZAPATER: *Delito de falsedad documental*, Madrid, 1999, pp. 1 y ss.; CALLE RODRÍGUEZ: *Falsedades documentales no punibles*, Madrid, 1998, pp. 1 y ss.; FERNÁNDEZ PANTOJA: *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, Madrid, 1996, pp. 1 y ss.; GARCÍA CANTIZANO: *Falsedades documentales (en el Código Penal de 1995)*, Valencia, 1994, pp. 1 y ss.; y VILLACAMPA ESTIARTE: *La falsedad documental: análisis jurídico-penal*, Barcelona, 1999, pp. 1 y ss.

64. Sobre el bien tutelado en el Capítulo, BOLDOVA PASAMAR: *Estudio del bien jurídico protegido en las falsedades documentales*, Granada, 2000, pp. 1 y ss.

Norberto J. de la Mata Barranco

ra en los dos primeros supuestos, ya que aun cuando a los públicos se refieren los artículos 317 y 596 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 1216 del Código civil, los oficiales también son públicos, a tenor de lo que dispone el propio artículo 596.3, expedidos por funcionarios en ejercicio de sus cargos ⁽⁶⁵⁾.

El Capítulo contempla en primer lugar la falsificación de documentos por funcionario público del artículo 390.1 —con la extensión que establece el 390.2 para los responsables de confesiones religiosas en relación a concretos documentos— en ejercicio de sus funciones en sus cuatro modalidades de alteración de un documento en elementos o requisitos de carácter esencial, simulación del mismo induciendo a error sobre su autenticidad —esto es, fingiendo como verdadero lo que no lo es—, suposición de la intervención de determinadas personas o atribución a ellas de declaraciones o manifestaciones diferentes de las realmente realizadas y, la cuarta, de faltar a la verdad en la narración de los hechos, clásica falsedad ideológica, juntamente con la del número tres, al afectarse la veracidad, pero no la legitimidad del documento, frente a las dos anteriores —con matices la segunda— que afectan a su genuinidad, legitimidad o autenticidad. Contempla también el Código la imprudencia grave en el artículo 391 que, sin embargo, es difícil de imaginar en relación a los dos primeros supuestos del artículo 390, así como el dar lugar de forma imprudente a que otro cometa la falsedad, especie de participación imprudente en delito doloso de otro contemplada expresamente ⁽⁶⁶⁾. Y la presentación en juicio, a sabiendas de su falsedad, o el uso, para perjudicar a otro, de un documento falso en el artículo 393.

Dentro de la misma Sección hay que mencionar el delito especial de falsificación de despachos telegráficos u otros propios del servicio de telecomunicaciones contemplado en el artículo 394.1, cuya comisión también exige ser autoridad o funcionario.

65. Véanse, entre otros, ECHANO BASALDUA: «Aproximación histórica al concepto de documento oficial», en *AP*, 1994-2, pp. 743 y ss.; ELÍAS BATURONES, «Algunas consideraciones en torno al concepto de documento en el Código Penal de 1995», en *AP*, 1998, pp. 939 y ss.; LLORIA GARCÍA: «El documento como objeto material de los delitos de falsedad. Su concepto y naturaleza», en *Estudios Jurídicos en Memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó*, Valencia, 1996, pp. 191 y ss.; y RODRÍGUEZ RAMOS: «El documento mercantil como objeto material del delito de falsedad», en *La Ley*, 1998-3, pp. 1523 y ss.

66. Acerca de la discusión sobre la procedencia de este último precepto, véase, actualmente, CABELLO MOHEDANO: «Fe de conocimiento y responsabilidad penal del notario por falsedad imprudente del artículo 391 del Código Penal», en *La Ley*, 2000, pp. 1530 y ss.; y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO: «¿Son punibles las falsedades imprudentes en documento público u oficial?», en *PJ*, 1986, pp. 85 y ss.

Y, por último, ya en la Sección tercera del Código, en relación con el artículo 397, la falsificación de certificados del artículo 398 —documento no público ni oficial que hace constar datos en relación con determinadas capacidades—, sancionando tanto su libramiento como su uso, en este artículo con mayor pena que en los restantes de la Sección, por parte de autoridad o funcionario.

4. DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS CONTRA LA TUTELA DE INTERESES INDIVIDUALES

Entre los Títulos I a XIII que el Código, con matices y excepciones (así, en los últimos Capítulos del Título XIII) dedica a la tutela de bienes jurídicos individuales también, en ocasiones, aparece la previsión de que quien realice la conducta típica sea funcionario público, ya para constituir un auténtico delito especial propio o impropio, ya para prever una pena específica, normalmente de inhabilitación, o para agravar en su conjunto la pena prevista para cuando el delito se comete por un particular.

4.1. DELITOS CONTRA LA VIDA O LA SALUD COMETIDOS POR IMPRUDENCIA PROFESIONAL

Aunque no existe una previsión expresa en esta sede de la condición de funcionario público, interesa en este apartado simplemente llamar la atención sobre la posibilidad de que en los delitos de homicidio del artículo 142.3, de aborto del artículo 146, párrafo 2, de lesiones del artículo 152.3 y de lesiones al feto del artículo 158, párrafo 2, la imprudencia «profesional» sea cometida por funcionario en ejercicio de su actividad pública (en el ámbito de actuación de los agentes de la autoridad, de los facultativos al servicio de la sanidad pública, etc.).

4.2. DELITO DE DETENCIONES COMETIDO POR FUNCIONARIO PÚBLICO

Mucho más específico es el delito del artículo 167, clásico tipo especial impropio, que contempla la detención efectuada por funcionario público —que

Norberto J. de la Mata Barranco

actúa como un particular, pero prevaleciendo de su condición—, al margen del contexto de aplicación del artículo 530, también de privación de libertad por un funcionario, pero actuando como tal en ejercicio de sus funciones —tal y como se describen, por ejemplo, en los artículos 282, 283 y 493 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal u 11 y 12 de la Ley orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de seguridad—, aunque extralimitándose en ellas, con toda la compleja problemática que aquí plantea el tratamiento del error y del conflicto de intereses entre la libertad de circulación y el cumplimiento de deberes de seguridad, la investigación policial, etc., siempre a resolver desde criterios de proporcionalidad⁽⁶⁷⁾.

4.3. DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL

Tras los delitos contra la libertad, aparece en el Código actual un nuevo Título VII dedicado a los delitos contra la integridad moral, que no sólo complementa la tutela de los tradicionales delitos de lesiones desde la perspectiva de la incolumidad personal, sino que mediante la previsión específica de comportamientos muchas veces vinculados a la actuación de funcionarios públicos refuerza la necesaria firmeza del Estado democrático, como refleja la propia Constitución en su artículo 15 frente a las clásicas conductas de tortura.

El tipo básico del artículo 173.1 tipifica el menoscabo grave a la integridad moral —al infligirse un trato degradante, que obviamente no puede entenderse en el sentido que a este concepto viene dando la normativa y jurisprudencia internacional como base de la pirámide que por encima ocupan el trato inhumano y la tortura, pues limitaría el alcance de la tutela a las conductas de menor relevancia—, que causa a otra persona un particular. Y junto a él, como tipos cualificados, el artículo 175 incrimina específicamente la actuación del funcionario público que abusando de su cargo realiza estos comportamien-

67. En relación con ambos preceptos, ALONSO PÉREZ: *Detenciones ilegales cometidas por funcionarios públicos en el nuevo Código penal*, Madrid, 1997, pp. 1 y ss.; CLIMENT DURÁN: *Detenciones ilegales cometidas por autoridad o funcionario público*, Valencia, 1999, pp. 1 y ss.; PORTILLA CONTRERAS: *El delito de práctica de detención por funcionario público*, Madrid, 1990, pp. 1 y ss.; y ZÚÑIGA RODRÍGUEZ: *Libertad personal y seguridad ciudadana: estudio del tipo de injusto del delito de detenciones ilegales practicadas por funcionarios públicos*, Barcelona, 1993, pp. 1 y ss.

tos, diferenciando la pena a imponer en función de la gravedad del menoscabo, y el artículo 174 idéntica conducta del funcionario cuando se dirija, sin embargo, a la obtención de una confesión o información o se lleve a cabo con el fin de infligir un castigo por cualquier hecho cometido o que se sospeche ha cometido o por cualquier razón basada en algún tipo de discriminación, esto es, cuando aquélla tenga una concreta finalidad. La cláusula del artículo 176 extiende la sanción a la conducta omisiva de quien, faltando a los deberes de su cargo y quebrando con ello su posición de garante, permite tales comportamientos⁽⁶⁸⁾.

En todos los supuestos se protege la integridad moral de forma exclusiva, como expresamente se señala en los diferentes artículos y pone además de manifiesto la cláusula concursal del artículo 177, que obliga a castigar separadamente los hechos cuando se produzca daño a la vida, salud, libertad sexual o bienes de la víctima; lo que, por otra parte, en modo alguno impide el concurso con otras figuras, que será sin embargo de leyes y no de delitos en la mayoría de supuestos relacionados con la tutela de la libertad o el honor, si se quiere evitar el *bis in idem*.

La dificultad de definición de lo que ha de entenderse por integridad moral —vinculada a la integridad física según se desprende del citado artículo 15 de la Constitución—, se facilita atendiendo a la normativa internacional y la labor de interpretación que de los conceptos de trato degradante, trato cruel o inhumano y tortura, así como del propio concepto de integridad moral —diferenciado del de integridad física, pero también del de integridad psíquica, y gráficamente descrito por la cosificación de quien sufre el maltrato—, viene realizando fundamentalmente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁽⁶⁹⁾.

68. Sobre las diferentes infracciones, BARQUÍN SANZ: *Los delitos contra la integridad moral*, Barcelona, 2001, pp. 1 y ss.; DE LA CUESTA ARZAMENDI: «Torturas y otros atentados contra la integridad moral», en *EPC*, t. XXI, Santiago, 1998, pp. 39 y ss.; GONZÁLEZ CUSSAC: «Delitos de tortura y otros tratos degradantes (delitos contra la integridad moral)», en *Estudios de Derecho Judicial*, t. 2/II, 1996, pp. 61 y ss.; MUÑOZ SÁNCHEZ: *Los delitos contra la integridad moral*, Valencia, 1999, pp. 1 y ss.; PÉREZ MACHÍO: El delito contra la integridad moral del artículo 173.1 del vigente Código Penal, Bilbao, 2005, pp. 1 y ss.; y RODRÍGUEZ MESA: *Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos*, Granada, 2000, pp. 1 y ss. Específicamente, GRIMA LIZANDRA: *Los delitos de tortura y de tratos degradantes por funcionarios públicos*, Granada, 1998, pp. 1 y ss.

69. Por todos, DE LA MATA BARRANCO/PÉREZ MACHÍO: «El concepto de trato degradante en el artículo 173.1 del Código Penal», en *RP*, 2005, pp. 8 y ss.

4.4. DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL

Entre los delitos del Título XIII, en el ámbito de las agresiones sexuales del Capítulo I, el tipo cualificado del artículo 180.1.4.º describe la agresión cometida con prevalimiento de una relación de superioridad (que podría surgir, como ya se explicó, por la condición funcional del sujeto activo). Similar es el artículo 181.3, ya en el ámbito de los abusos sexuales del Capítulo II, que describe el abuso por prevalimiento que surge al obtenerse un consentimiento viciado por una relación de superioridad. En cuanto al artículo 181.4 contempla un tipo cualificado respecto del anterior para cuando, entre otras circunstancias, exista prevalimiento de una relación de superioridad, agravación sin sentido al ya ser tomada en cuenta esta circunstancia en el propio artículo 181.3. Sí tiene sentido en cambio la cualificación del artículo 182.2 en relación con la agravación prevista de nuevo para situaciones de prevalimiento cuando el abuso consista en el acceso carnal o la introducción de objetos a que se refiere el delito de violación.

En el Capítulo III se describe el novedoso delito de acoso sexual, introducido por primera vez con el Código de 1995 y reformulado en 1999, cuyo tipo básico del artículo 184.1 describe como conducta inculpada el solicitar favores de naturaleza sexual —aun un acto aislado— en el ámbito de una relación habitual profesional o docente que provoque en la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante. El tipo cualificado del artículo 184.2 prevé idéntica situación agravada por el prevalimiento de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica (de nuevo susceptible de surgir en el ámbito de ejercicio de funciones públicas) o el anuncio de causar un mal relacionado con las expectativas legítimas que pueda tener en este ámbito la víctima. La figura se extiende en 1999 a supuestos de acoso denominado ambiental y horizontal y, junto a los aspectos de concreción a que obliga todo análisis típico —aquí para determinar el concepto de favor sexual o el de situación intimidatoria, hostil o humillante—, particularmente en torno a esta figura se han planteado ya numerosos problemas en relación con casos aparentemente típicos pero de los que se duda la necesidad de su punición, que tratan de abordarse exigiendo que se cree una situación objetivamente grave pero recurriendo a sendos términos —objetivo y grave— que indican la finalidad del legislador aunque no el modo de concretarla⁽⁷⁰⁾.

70. Sobre esta figura, entre otros, GÓMEZ RIVERO: «El delito de acoso sexual: entre los límites de la necesidad y el desconcierto», en *AJA*, 2001, 482, pp. 1 y ss.; MATALLÍN EVANGELIO: *El nuevo delito de acoso*

Y en el Capítulo V, en cuanto a la prostitución de quien es mayor de edad, por supuesto irrelevante en sí penalmente, incriminando el básico artículo 188.1 la exigencia de su ejercicio —o el mantenimiento en ella— de modo violento, intimidatorio, fraudulento o abusando de una situación de superioridad, necesidad o vulnerabilidad, así como el lucro con ella, el artículo 188.2 agrava la pena prevista en el número anterior cuando el sujeto activo se prevalga de su condición de autoridad, agente de la autoridad o funcionario. Similar previsión, ya en el ámbito de la prostitución de menores de edad, inducida, promovida, favorecida o facilitada, a la del artículo 187.2.

4.5. DELITOS DE OMISIÓN DE ASISTENCIA SANITARIA

De nuevo a una actuación profesional, que también puede producirse en el ámbito de ejercicio de la función pública —muy específica en este caso— se refiere el artículo 196, ya en el Título IX del Código, para sancionar la omisión del deber de asistencia sanitaria, delito especial del que únicamente los profesionales sanitarios en el desempeño de sus funciones pueden ser sujetos activos.

Como conducta típica alternativa se describe, en primer lugar, la denegación de asistencia sanitaria —incluyendo en ella la asistencia insuficiente— de la que se derive una situación de riesgo grave para la salud de las personas, siempre que ésta se haya solicitado, expresa o tácitamente, y entendiendo por tal la necesaria para cualquier clase de diagnóstico y tratamiento que permita abortar el resultado lesivo a que el riesgo aludido puede conducir; en segundo lugar, el abandono de los servicios sanitarios. Téngase en cuenta que tanto en uno como en otro caso el riesgo a que se alude surge como resultado de la omisión descrita, al margen de cuál sea la situación en que ésta se produjo, siempre que hubiera obligación de atención. Los problemas de delimitación con los supuestos que pretende abarcar el artículo 11, derivados en este caso no de situaciones de injerencia o control de fuentes de peligro, sino de la asunción, profesional o voluntaria, de la función de protección de bienes jurídicos, las posibilidades de excluir la responsabilidad penal por determina-

sexual, Valencia, 2000, pp. 1 y ss.; y SÁNCHEZ TORRES/LARRAURI PIJOÁN: *El nuevo delito de acoso sexual y su sanción administrativa en el ámbito laboral*, Valencia, 2000, pp. 1 y ss.

Norberto J. de la Mata Barranco

dos comportamientos en casos de conflicto de deberes, consentimiento del necesitado o ausencia expresa de obligación de actuación y, por supuesto, el tratamiento de la concreción de responsabilidad en el complejo entramado de las organizaciones sanitarias, son algunas de las cuestiones que han de merecer atención específica doctrinal y jurisprudencial⁽⁷¹⁾.

4.6. DELITOS DE DESCUBRIMIENTO Y REVELACIÓN DE SECRETOS

Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos a que dedica el Título X del Código su Capítulo I contemplan en su artículo 198 la sanción con penalidad agravada de la autoridad o funcionario público que, con prevalimiento del cargo, realice cualquiera de las conductas del artículo 197, siempre que actúen fuera de los casos permitidos por la Ley, así como sin que medie causa legal por delito, en cuyo caso habría que acudir a los artículos 535 y 536 del Código⁽⁷²⁾.

Estamos ante delitos, los de este Capítulo I, con un contenido relativamente homogéneo —en una regulación coherente, aunque compleja de estructurar— y contruidos teniendo presente como interés a tutelar la esfera de la intimidad en dos de sus vertientes, el derecho a la intimidad en sentido estricto y el derecho a la propia imagen; ambos vinculados a un completo desarrollo de la personalidad como aspectos significativos del propio concepto de libertad individual —a los que también se refieren otros preceptos del Código, incluso de forma específica, en diversos contextos— y objeto particular de tutela, entre otras, en la Ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia desleal y la Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de carácter personal.

El análisis de las cuestiones comunes a las diversas modalidades típicas obliga a comentar el concepto de secreto, que ha de entenderse como aquello cu-

71. Véanse, entre otros, FARALDO CABANA: «El delito de denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios», en *PJ*, 1999, pp. 49 y ss.; y GÓMEZ TOMILLO: *Responsabilidad penal de los profesionales sanitarios: artículo 196 del Código Penal*, Valladolid, 1999, pp. 1 y ss.

72. Sobre este concreto supuesto, OTERO GONZÁLEZ: *La revelación de secreto por funcionario público*, Valencia, 1999, pp. 1 y ss.; y REBOLLO VARGAS: *La revelación de secretos e informaciones por funcionario público*, Barcelona, 1996, pp. 1 y ss.

yo conocimiento se reserva a un número limitado de personas ocultándose a otras, así como el de dato reservado —téngase en cuenta la libertad informática o *habeas data* y los datos registrados a través de mecanismos informáticos—, entendido como cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables cuyo conocimiento está limitado a los usuarios del archivo, registro o fichero automatizado o convencional, de acceso restringido, exigiéndose que el titular la haya confiado a quien gestiona o administra el fichero, público o privado, siempre que haya expresado su voluntad de reserva y el dato pueda lesionar alguna parcela de su esfera íntima. También habrá de explicarse el alcance de la tutela de la intimidad en el caso de las personas jurídicas a que se refiere el artículo 200, que extiende la sanción por los delitos descritos en el Capítulo cuando se afecten datos reservados de ellas sin el consentimiento de sus representantes. La atención a este elemento del consentimiento obligará asimismo a pronunciarse sobre su relevancia en el conjunto de delitos, que no puede negarse, atendiendo a la disponibilidad del objeto de tutela. Cuestiones que habrá que considerar igualmente serán —de nuevo, pero aquí específicamente— la del cumplimiento de deberes como causa de justificación del delito, la exigencia o no de un elemento subjetivo especial asociado a la finalidad de vulnerar la intimidad de otro, la necesidad de denuncia como condición de procedibilidad en estos delitos y la relevancia del perdón conforme a los requisitos del artículo 130 del Código⁽⁷³⁾.

Entre los delitos de descubrimiento, los tipos básicos describen, por un lado, el apoderamiento de correspondencia y cualesquiera otros documentos o efectos personales a que se refiere el inciso primero del artículo 197.1 con la finalidad de descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, así como, en el inciso segundo, la interceptación de telecomunicaciones o la utilización de artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción de sonido, imagen o cualquier otra señal de comunicación, con idéntica finalidad, consumándose la infracción en ambos casos con independencia de que se llegue o no a conocer el secreto que pretende descubrirse; por otro lado, en el artículo 197.2 se incrimina el apoderamiento, utilización o modificación de datos reservados de carácter personal o familiar que se hallen registrados en cualquier tipo de archi-

73. Para un análisis global general, DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO: «Los delitos contra la intimidad, la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio», en *La Ley*, 1996-4, pp. 1190 y ss.

Norberto J. de la Mata Barranco

vo o registro, informatizado —también electrónico o telemático— o convencional, público o privado, exigiéndose aquí que se actúe en perjuicio de tercero ⁽⁷⁴⁾.

Los tipos cualificados se contemplan en el artículo 197.4, inciso 1, cuando las conductas anteriores sean cometidas por los encargados de los ficheros, archivos o registros referidos y en los artículos 197.5 y 197.6 en supuestos vinculados, respectivamente, a la particularidad del objeto o del sujeto pasivo —datos sensibles o víctimas especialmente vulnerables— y a la finalidad lucrativa de la actuación.

Por su parte, los delitos de revelación de secretos contemplan, en su tipo básico del artículo 197.3, párrafo 2, la difusión, revelación o cesión de los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los tipos básicos de los artículos 197.1 y 197.2, sin haber participado en su descubrimiento y siempre que se conozca su origen ilícito. La pena se agrava en los tipos cualificados del artículo 197.3, párrafo 1, cuando se haya tomado parte en el descubrimiento; del artículo 197.4, inciso 2.º, cuando la revelación la realice quien descubra los secretos como encargado o responsable de los ficheros o registros en cuestión, y de los artículos 197.1 y 197.6, en relación con los supuestos referidos a la particularidad del objeto o del sujeto pasivo o de la especial finalidad con que se actúa, a que se aludía anteriormente.

En cuanto al artículo 199.1, en él se contempla la revelación de secretos conocidos por razón de oficio o relación laboral, especialidad que atiende a la particularidad de las relaciones entre sujeto activo y pasivo en el ámbito de lo que se conoce como el deber de sigilo o discreción; y, en el artículo 199.2, la revelación vinculada a actuaciones profesionales en el ámbito jurídico, sanitario, informático, bancario, religioso o periodístico, que, frente a lo que parece en ocasiones, se incrimina en aras a tutelar la intimidad ajena, no para garantizar el derecho al silencio en la tutela de intereses corporativos ⁽⁷⁵⁾. En ambos ca-

74. Especialmente sobre el ámbito informático, DOVAL PAÍS/JAREÑO LEAL: «Revelación de datos personales, intimidad e informática», en *La Ley*, 1999, pp. 1672 y ss.; MORALES PRATS: *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*, Barcelona, 1984, pp. 1 y ss.; del mismo, «La protección penal de la intimidad frente al uso ilícito de la informática en el Código Penal de 1995», en *CDJ*, 1996-3, pp. 150 y ss.; y MORÓN LERMA: *Internet y derecho penal: hacking y otras conductas ilícitas en la red*, Pamplona, 1999, pp. 1 y ss.

75. En relación con la revelación de secretos profesionales, entre otros, JORGE BARREIRO: «El delito de revelación de secretos (profesionales y laborales)», en *La Ley*, 1996-3, pp. 1295 y ss.; LUZÓN PEÑA: «Tratamiento del secreto profesional en el Derecho español», en *PJ*, 1990, XIII, pp. 133 y ss.; y PRATS CANUT:

sos, aunque no se mencione expresamente, la condición de funcionario público podrá dar lugar a la aplicación del precepto en numerosos supuestos.

4.7. DELITOS CONTRA LA INVIOLABILIDAD DEL DOMICILIO

En el mismo Título, ahora en el Capítulo II, que se ocupa del delito de allanamiento de morada y domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público, el artículo 204 también prevé una agravación específica cuando la conducta de los dos artículos anteriores la cometa un funcionario público, siempre que no nos encontremos en el ámbito de aplicación del artículo 534.1.1.º, limitado a actuaciones en casos por delito, que lo que pretende tutelar son las garantías constitucionales en el desarrollo de la función pública. Interpretando de forma sistemática los tres preceptos del Capítulo con el resto del Título, aquí lo que habrá de proponerse como objeto de tutela es la intimidad, desde la perspectiva del artículo 18 de la Constitución y en consonancia con la Ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección civil del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen⁽⁷⁶⁾.

El artículo 202 describe el allanamiento de morada, agravado de utilizarse violencia o intimidación por la quiebra adicional que se produce a la libertad del sujeto pasivo —que de tener especial relevancia habría de remitir no al delito de coacciones, pero sí al de amenazas, al margen de ulteriores resultados lesivos—, que lo es quien habita como morador, con independencia del título por el que lo haga. De ahí que la conducta se describe como entrar o mantenerse en la morada contra la voluntad de éste, coincida o no con la de quien ostenta derechos de propiedad sobre ella, cuyo menoscabo habrá que considerar en el ámbito de aplicación de los delitos de usurpación. La morada —concepto más amplio que el de domicilio— se define como todo espacio cerrado destinado a desarrollar una vida privada con posibilidad de exclusión de otras personas para el desarrollo de la propia intimidad, concepto, por tanto, eminentemente fáctico. Es precisamente la atención al objeto de tutela la

«Descubrimiento y revelación de secretos en el nuevo Código Penal», en *CDJ*, 1996-3, pp. 243 y ss. Véase, más específicamente, OTERO GONZÁLEZ: *Justicia y secreto profesional*, Madrid, 2001, pp. 1 y ss.

76. Detenidamente, BORJA JIMÉNEZ: «El bien jurídico protegido en el delito de allanamiento de morada», en *Estudios Jurídicos en Memoria del Prof. Dr. D. José Ramón Casabó*, Valencia, 1996, pp. 225 y ss.

Norberto J. de la Mata Barranco

que permitirá decidir en los casos conflictivos de discrepancia de voluntades, relaciones jerarquizadas, lugares comunes, etc.⁽⁷⁷⁾.

En cuanto al artículo 203, en él se sanciona conducta similar referida, sin embargo, al domicilio de persona jurídica o privada o a despacho profesional u oficina o establecimiento mercantil o local abierto al público, fuera de las horas de apertura, en el caso del número 1 del artículo, y con independencia de ello, siempre que exista violencia o intimidación, en el caso del número 2. Al margen de la dificultad de entender la diferente redacción de ambos preceptos, que en el número 1 no alude a mantenerse sino únicamente a entrar —remitiendo el mantenimiento a la falta del artículo 635—, la relación de esta figura con el delito de coacciones y el alcance que se dé en este ámbito al denominado derecho de admisión en locales abiertos al público, una de las cuestiones que más atención ha merecido en los primeros comentarios a este precepto ha sido la del modo en que debe definirse el concepto de intimidación cuando se refiere no a quien físicamente mora en un lugar, sino a quien tiene interés en que se respete un espacio profesional por la información —privacidad, etc.— que puede existir en él⁽⁷⁸⁾.

4.8. DELITOS CONTRA LAS RELACIONES FAMILIARES

En el Capítulo I del Título XII del Código, el artículo 219 sanciona como delito especial propio la autorización de un matrimonio ilegal —que lo sea por causa de nulidad del artículo 73 del Código Civil—, penado más o menos gravemente en función de su posibilidad de dispensa, delito que sólo podrá cometer quien, funcionario, tenga facultad para conceder la autorización legal⁽⁷⁹⁾.

En el Capítulo II del Título, el artículo 222 prevé expresamente la responsabilidad —con pena adicional de inhabilitación especial— del funcionario público

77. Véanse, entre otros, FIGUEROA NAVARRO: *Aspectos de la protección del domicilio en el Derecho español*, Madrid, 1998, pp. 1 y ss.; JORGE BARREIRO: *El allanamiento de morada*, Madrid, 1987, pp. 1 y ss.; y SANZ MORÁN: «Algunas observaciones sobre el delito de allanamiento de morada», en *Estudios de Derecho Penal y Criminología II*, Madrid, 1989, pp. 313 y ss.

78. Véanse, por ejemplo, CERVELLÓ DONDERIS/CHAVES PEDRÓN: «Límites jurídico-penales del derecho de admisión en los establecimientos abiertos al público», en *AP*, 2000, pp. 419 y ss.

79. Por todos, MUÑOZ SÁNCHEZ: «Los delitos relativos a los matrimonios ilegales», en *AP*, 2001, pp. 1139 y ss.

—entre otros— que cometa los delitos de los artículos 220 y 221. En relación con estos delitos, el delito de suposición de parto del artículo 220.1 exige simular haber dado a luz un niño y que éste exista y esté vivo, sujeto pasivo cuyo estado civil se altera. En el artículo 220.2 se contempla el delito de ocultación o entrega de un hijo, de nuevo sujeto pasivo del delito, para alterar su filiación, desvinculándolo de la propia familia, aunque no sea necesaria la pérdida efectiva de dicha filiación. En la modalidad del número 3 del mismo artículo se incrimina la sustitución de un niño por otro, ambos perjudicados en su estado civil y en los derechos, acciones y facultades que derivan del mismo, conducta que de producirse de forma imprudente en un centro sanitario remite al apartado 5 del artículo. Junto a él, el nuevo tipo agravado del artículo 221, en sus números 1 y 2, previsto para los supuestos denominados de venta de niños, de difícil tratamiento político-criminal, sanciona a todo el que participe en la entrega y recepción de un menor, eludiendo los procedimientos legales de guarda, acogimiento o adopción, supuesto agravado en los supuestos del número 3 del mismo artículo y en los del artículo 222 —aplicable éste también a las conductas del artículo 220—, relacionados con actuaciones llevadas a cabo en lugares que debieran garantizar especialmente la tutela del menor o, respectivamente, facilitadas por el ejercicio de determinadas profesiones o cargos. La concreción del bien tutelado frente a las diferentes conductas no plantea mayor controversia; ahora bien, que éste —vinculado a un estado civil del que en ocasiones se derivan pocas ventajas— sea de preferente tutela frente a otros intereses del menor, aun meramente económicos, es quizás cuestionable⁽⁸⁰⁾.

Y en el Capítulo III también el artículo 233.2 prevé la pena específica de inhabilitación para cuando los delitos de los artículos 229 a 232 los cometa un funcionario público. En estos delitos, tal y como han quedado configurados tras la nueva redacción dada al Capítulo por la Ley orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, sobre sustracción de menores, se contempla el abandono de familia, menores o incapaces, en tutela directa —se dirá— de la institución familiar, aunque paradójicamente se trate en los dos primeros supuestos de delitos perseguibles a instancia de parte, con lo que la protección más pare-

80. Véase, entre otros, CORTÉS BECHIARELLI: *Aspectos de los delitos contra la filiación y la nueva regulación del delito de sustracción de menores*, Madrid, 1996, pp. 1 y ss.

Norberto J. de la Mata Barranco

ce dirigida a garantizar derechos de corte individual —el derecho de ser asistido, básicamente, económicamente—, aun derivados de la protección de dicha institución ⁽⁸¹⁾.

Específicamente, en los artículos 229, 230 y 231 se quiebra la seguridad del menor por el encargado de su guarda, en una tipificación que diferencia las diferentes modalidades según exista peligro o no para la vida, la salud o la libertad sexual del menor, según el abandono sea temporal o definitivo y en función de quién realice la conducta típica, debiendo interpretarse en todo caso el término abandono como privación de los cuidados necesarios que garanticen esa seguridad, en los supuestos de abandono propio de los dos primeros artículos, y como incumplimiento de los deberes de vigilancia en el abandono impropio del último de ellos ⁽⁸²⁾. Y, con ellos, también tratando de tutelar la seguridad, entendida aquí como certeza de que los derechos más elementales del menor que permitan el correcto desarrollo de su personalidad van a respetarse, se contempla en el artículo 232 el delito de utilización de menores o incapaces para la mendicidad, cada vez más real frente a lo que debiera imponer la lógica, con sus diversas cualificaciones por tráfico, violencia o intimidación.

4.9. DELITO DE ESTAFA AGRAVADA POR ABUSO DE CREDIBILIDAD PROFESIONAL

Aunque no se contemple en el Código expresamente, también entre las infracciones patrimoniales el hecho de ser funcionario público el sujeto activo del delito puede tener cierta relevancia. Así, por ejemplo, cuando en el artículo 250.1.7.^a se contempla el supuesto de estafa agravada por aprovechamiento de credibilidad profesional, aunque no se limite a eso, ni sea éste su principal

81. Véanse GARCÍA ARÁN: «Problemas interpretativos en los tipos relativos al menor», en *CDJ*, 1998, XII, pp. 63 y ss.; y LAURENZO COPELLO: «La nueva configuración típica del delito de abandono de familia», en *Homenaje al Dr. Marino Barbero*, Cuenca, 2001, pp. 283 y ss.

82. Específicamente, Díez Ripollés: «Las figuras de delito de abandono y entrega indebida de menores e incapaces», en *Estudios Penales en Homenaje al Profesor José Manuel Valle*, Pamplona, 2001, pp. 1271 y ss.; y Vaello Esquerdo: «Contenido sustancial del abandono de niños», en *RFDUC*, 1986, 11, pp. 693 y ss. Con mayor detalle, Díez Ripollés: *Los delitos contra la seguridad de menores e incapaces*, Valencia, 1999, pp. 1 y ss.

campo de aplicación, la agravación permitirá acoger conductas de engaño favorecidas por ser funcionario público quien las realiza.

4.10. DELITOS DE BLANQUEO DE BIENES

Y, más explícitamente (en un ámbito, no obstante, más socioeconómico que patrimonial), en el artículo 303 se contempla la previsión específica de imposición de una pena de inhabilitación, especial en caso de ser funcionario público, y absoluta, en caso de ser autoridad o agente de ésta, cuando estos sujetos realicen las conductas de los artículos 301 y 302.

Estamos en el ámbito de lo que se conoce como blanqueo de bienes o de capitales, en el que prevalece la dimensión económica de la tipificación legal, en cuanto y aunque sigan configurándose las diferentes figuras como delitos de referencia, el ilícito a partir del que surgen no necesita tener la dimensión patrimonial que exige la receptación⁽⁸³⁾.

El tipo básico del artículo 301.1 sanciona la adquisición, conversión, transmisión o cualquier otra actuación de ocultación o encubrimiento de bienes procedentes de un delito grave. Ello, con el fin de ocultar su origen ilícito o con el de ayudar a quienes han participado en él a eludir las consecuencias legales. Ni se requiere ánimo de lucro, ni que se haya impuesto una pena al responsable del delito previo, ni que los actos penados o el delito previo se realicen en territorio español. Sí, obviamente, conocimiento de la procedencia ilícita de los bienes. La proximidad de la figura tanto al delito de receptación como al de encubrimiento y las previsiones penológicas, independientes de la del hecho principal, motivan una compleja discusión en numerosos supuestos que debe discurrir por la vía del concurso de leyes, también, claro es-

83. Sobre los diferentes tipos, en general, y limitándome únicamente a las monografías, han de reseñarse los trabajos de ARÁNGUEZ SÁNCHEZ: *El delito de blanqueo de capitales*, Madrid, 2000, pp. 1 y ss.; BLANCO CORDERO: *El delito de blanqueo de capitales*, Pamplona, 1997, pp. 1 y ss.; DEL CARPIO DELGADO: *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal*, Valencia, 1997, pp. 1 y ss.; DÍAZ-MAROTO VILLAREJO: *El blanqueo de capitales en el Derecho español*, Madrid, 1999, pp. 1 y ss.; FABIÁN CAPARRÓS: *El delito de blanqueo de capitales*, Madrid, 1998, pp. 1 y ss.; GÓMEZ INIESTA: *El delito de blanqueo de capitales en el Derecho español*, Barcelona, 1997, pp. 1 y ss.; PALMA HERRERA: *Los delitos de blanqueo de capitales*, Madrid, 2000, pp. 1 y ss.; y VIDALES RODRÍGUEZ: *Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código Penal de 1995*, Valencia, 1997, pp. 1 y ss.

Norberto J. de la Mata Barranco

tá, en los supuestos autoencubridores de blanqueo por parte del autor del hecho previo.

El tipo agravado del párrafo segundo del artículo, referido a delitos relacionados con el tráfico de drogas, obedece a la especial intensidad punitiva en este campo. Como modalidad específica, en el artículo 301.2 se contempla lo que se conoce como segunda operación de blanqueo en relación a conductas vinculadas a la ocultación de bienes que ya han sufrido una operación de blanqueo previa o que se han adquirido con el producto de ella. En definitiva, se incrimina cualquier conducta que permita romper la cadena con el origen ilícito de los bienes, siempre por supuesto que no se haya participado ni en el delito originario ni en la primera conducta de blanqueo. El tipo imprudente del artículo 301.3 contempla idénticos requisitos que el tipo doloso, aunque exigiendo únicamente negligencia grave, surgiendo la duda sobre su aplicación a las segundas operaciones de blanqueo, respondida mayoritariamente de forma afirmativa. Y las disposiciones del artículo 302 hacen referencia a la previsión de agravaciones en supuestos de delincuencia organizada.