

LA PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA Y OTROS COMPORTAMIENTOS INJUSTOS EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995

MERCEDES GARCÍA ARÁN

La exposición que sigue tiene por objeto el análisis de la nueva regulación del delito de prevaricación administrativa y los otros comportamientos que la acompañan en el Capítulo I del Título XIX del Libro II del Código Penal (CP) de 1995 (arts. 404 a 406). Como es habitual en este tipo de análisis, resulta aconsejable iniciarlo con algunas consideraciones sobre el bien jurídico que aquí se protege, partiendo de los elementos comunes a todos los delitos agrupados en el mismo Título.

Los tradicionales «delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos» que el CP de 1944 agrupaba en su Título VII del Libro II, sufren, en el recién aprobado Código Penal de 1995 una primera modificación que afecta ya a la rúbrica que los acoge: «*Delitos contra la Administración Pública*».

La nueva denominación recoge claramente la evolución doctrinal sobre el contenido de estos delitos. Supone, en primer lugar, reconocer la existencia de un bien jurídico común a todos ellos, no siempre admitido doctrinalmente dada la única referencia a los sujetos activos (los funcionarios) que se recogía en la rúbrica anterior y que, de todas formas, dejaba planteada la cuestión de que «algo» debían tener en común dichos sujetos como para justificar la ordenación de varios delitos cometidos por ellos en un Título del CP.

En segundo lugar, la referencia a la Administración Pública como bien jurídico genérico, permite huir de aquella concepción de estos delitos que los reduce a meras infracciones de los deberes de los funcionarios respecto de la Administración. En la teorización doctrinal que ha inspirado este cambio, la Administración Pública como objeto de protección no se corresponde ni con el conjunto orgánico ni con su dignidad o prestigio, sino con la *función pública como actividad de prestación a los administrados*, que es algo mucho más acorde con lo que en un Estado Social y Democrático de Derecho debe recibir la protección penal. Esta concepción explica satisfactoriamente la agrupación sistemática de estos delitos, en alguno de los cuales no concurre la condición

de funcionario en el sujeto activo (por ejemplo, en el cohecho activo), pero se afecta a la prestación de funciones públicas objetivamente consideradas.

Por otra parte, el bien jurídico no se circunscribe a las relaciones internas de la Administración en sentido orgánico (entre el funcionario y su cargo), sino que, orientándose a la actividad de prestación, posibilita un criterio de delimitación respecto de las infracciones disciplinarias propias de las relaciones administrativas internas. En todo caso, la mención a la función pública genérica, requiere de la concreción en cada uno de los tipos acerca de los aspectos que resultan específicamente afectados, sobre la base de los principios que inspiran cada sector de la función administrativa.

Al igual que en el CP de 1944, cuestión previa y común a todos los delitos de este Título es la necesidad de acudir a los conceptos de funcionario y autoridad que, a efectos penales, se recogen en el art. 24, destacando en el primero, precisamente, el concepto material de participación en el ejercicio de la función sobre la vinculación orgánica propia del Derecho Administrativo. En ocasiones, sigue siendo posible la confluencia de la sanción penal con la establecida en las normas disciplinarias de los funcionarios, cuestión en la que el legislador no suele mostrarse especialmente cuidadoso; el TC la ha abordado admitiendo la acumulación de sanciones en base a la relación de sujeción especial del funcionario respecto de la Administración (STC 2/1981 de 30 de enero), aunque posteriormente ha entendido que a tal requisito debe agregarse la diversidad de bienes jurídicos protegidos (STC 234/1991 de 10 de diciembre).

Encabezan el catálogo de delitos aquellos que con mayor propiedad suponen un torcimiento de la función desempeñada, agrupados bajo la rúbrica «*De la prevaricación de los funcionarios públicos y de otros comportamientos injustos*» (Capítulo I), en el que, además, debe hacerse notar la exclusión de la prevaricación de jueces, abogados y procuradores que, respondiendo también a una demanda doctrinal histórica, pasan a regularse como delitos contra la Administración de Justicia.

Como veremos a continuación, el denominador común a los tipos de este Capítulo, como concreción del bien jurídico genéricamente protegido en el Título que nos ocupa, es la infracción abierta del principio de legalidad que, junto al de interdicción de arbitrariedad garantiza la Constitución y vincula a todos los poderes públicos (art.9.3 CE)

El tradicional elemento central de la «injusticia» de la resolución en el delito de prevaricación administrativa (art. 404 CP) y la interpretación que deba dársele, se incluye ahora en la rúbrica de manera que afecta también, a los «otros» comportamientos injustos consistentes, bá-

sicamente en los nombramientos «ilegales» de los arts. 405 y 406. Además, a la convivencia de los conceptos de injusticia e ilegalidad, hay que añadir la introducción del concepto de «arbitrariedad» que, vinculado al de injusticia aparece en la prevaricación administrativa (art.404: «La autoridad o funcionario que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en asunto administrativo...»).

La adecuada interpretación de un trío tan complejo de conceptos (la ilegalidad, la injusticia, la arbitrariedad), así como el establecimiento de las relaciones entre ellos, requiere partir de los principios que informan la actuación de la Administración, en tanto ésta ha sido identificada como bien jurídico protegido en esta materia. Dichos principios vienen encabezados, lógicamente, por el principio de legalidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE), lo que obliga a adoptar un punto de partida ius positivista respecto del concepto de injusticia: no cabe resolución injusta sin apartamiento de la legalidad, o bien, la ilegalidad de la resolución es el primer elemento de su injusticia.

A partir de aquí, mientras que la Administración de Justicia actúa constitucionalmente sometida «únicamente al imperio de la ley» (art.117.1 CE), la actuación de la Administración Pública en general se encuentra delimitada más prolijamente en la CE: sirve a los *intereses generales, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho*, debe garantizarse la *imparcialidad* en el ejercicio de las funciones y actúa sometida a los *finés* que justifican la actuación administrativa (arts. 103 y 106 CE). Todas estas circunstancias no se especifican cuando la CE se refiere a la Administración de Justicia, cuya única finalidad es la aplicación de la ley, a la que se supone expresiva del interés general e igual para todos sus destinatarios, lo que explica que la independencia y la responsabilidad de jueces y magistrados constituya suficiente garantía de imparcialidad y objetividad.

En cambio, la función administrativa —desempeñada, además, por órganos que no son «esencialmente» independientes— se asienta en una persecución del interés general mucho más imprecisa que la mera aplicación de la legalidad por los Tribunales, lo que explica su sometimiento constitucional no sólo a la ley, sino también al «Derecho» (art. 103 CE). Por otra parte, a la imprecisión del concepto de «interés general» se unen como problema los amplios márgenes de discrecionalidad de que goza la Administración, en cuya actividad constituyen la regla, no la excepción.

Todo lo anterior conduce a entender que el concepto de «injusticia» en la prevaricación administrativa, aun partiendo de la ilegalidad, tiene con ésta una relación menos estrecha que la apreciable en la pre-

varicación judicial. Así, en la prevaricación administrativa, la injusticia presenta un plus respecto de la mera ilegalidad, que, vinculado a los conceptos de imparcialidad, objetividad, búsqueda del interés general y sometimiento a fines, tiende a configurarla como ilegalidad burda, evidente y expresiva del desprecio por los principios que rigen la actuación administrativa, de los que se desvía abiertamente.

Esta interpretación se dificultaba en la regulación anterior por la presencia de un tipo imprudente de prevaricación administrativa referido a la injusticia «manifiesta»; pero, suprimido éste, la relación entre injusticia y arbitrariedad que aparece en el art. 404 («a sabiendas de su injusticia... dictare una resolución *arbitraria*»), puede entenderse como resolución claramente opuesta a la legalidad (injusta) que se castiga cuando es, además, arbitraria, es decir, dictada con absoluto apartamiento de las normas no sólo sustantivas, sino también procedimentales esenciales y sobre todo, de los principios constitucionales que, junto al de legalidad, dominan la actuación de la Administración.

Entiendo, por otra parte, que esta interpretación de la «arbitrariedad», aun dependiendo de los principios que específicamente rigen la actuación de la Administración, no debe limitarse al estricto concepto de arbitrariedad en sentido administrativo, como desviación de poder en decisiones discrecionales, puesto que —desde el punto de vista de la aplicación del tipo penal y su relación con el bien jurídico— resulta operativo tanto en los casos de discrecionalidad (especialmente cuando se infringe el deber de imparcialidad) como en los restantes.

La interpretación del término «resolución» como resultado del delito de prevaricación parte de cuestiones ya establecidas respecto a la regulación anterior. Se trata, por tanto, de equipararlo a los actos de la administración con contenido decisorio; junto a ello, el nuevo Código Penal proporciona alguna clave para revisar una cuestión ya planteada antes de su promulgación como es la posibilidad de incluir en el concepto de «resolución» a estos efectos, determinados informes que, sin tener estrictamente carácter decisorio desde el punto de vista formal-administrativo, poseen por su carácter *vinculante* la misma eficacia que una resolución.

Lo cierto es que, con arreglo al Código anterior, sólo argumentos de carácter material permitían equiparar a los informes vinculantes con las resoluciones, acudiendo, además a la necesidad de interpretar elementos normativos como la «resolución», adecuándolos a las necesidades de la interpretación penal y sin importarlos mecánicamente del sector del ordenamiento del que proceden. En cambio, en el CP vigente, aparece algún argumento más, de carácter sistemático que apoya tal interpretación; en efecto, el art. 320.1 remite expresamente a las penas de

la prevaricación en el supuesto de realización de informes contraviniendo normas urbanísticas, cuando ello se llevare a cabo a sabiendas de la «injusticia»; con ello, no sólo se sitúa al informe en el nivel de gravedad de las resoluciones, sino que, además, se predica del mismo la «injusticia» como oposición a la legalidad que tradicionalmente había sido referida exclusivamente a las resoluciones en sentido estricto.

El carácter «administrativo» del acto en el que se emite la resolución arbitraria, sigue siendo un concepto residual en que se encuadran los actos que no son ni judiciales, ni políticos ni de Gobierno, encontrándose sometidos al derecho administrativo. Esta es la razón por la que pueden incluirse aquí actos de autoridades judiciales que no forman parte del ejercicio de la potestad jurisdiccional.

El término con el que se concreta la actuación típica («dictare») ha planteado tradicionalmente la cuestión de si cabe la realización por omisión. En estos momentos, la discutida regulación general de la comisión por omisión en el art. 11 CP, al incluir la infracción de un especial deber jurídico del autor, permite descartar aquellas situaciones en las que la Administración no tiene el deber de resolver expresamente; sin embargo y pese a lo estricto del término «dictare», pueden incluirse en él los denominados «actos presuntos» con eficacia idéntica a las resoluciones que se basan en la regulación del silencio administrativo.

Por último, el tipo subjetivo en este delito exige el dolo directo respecto de la injusticia de la resolución y también de su arbitrariedad —como especialidad de la injusticia—, pese a que los términos «a sabiendas» parezcan referirse sólo al concepto de injusticia. Otra interpretación no cabe, en directa aplicación del principio de culpabilidad por el que el dolo debe abarcar todos los elementos de la definición objetiva de la conducta.

Con ello llegamos a las cuestiones planteadas por los delitos de *nombramientos ilegales* recogidos en los arts. 405 y 406 CP.

De entrada se plantea el alcance del término «ilegal» dentro del triángulo de conceptos que preside esta materia: en efecto, el nombramiento «ilegal» es equiparado a «injusto» por la propia rúbrica del Capítulo («de la prevaricación ...y otros comportamientos *injustos*»); por otra parte, si estos nombramientos (ilegales) se equiparan conceptualmente a la prevaricación (en su injusticia), cabe plantearse si les es aplicable también la equiparación entre injusticia y arbitrariedad que hemos mantenido para el delito de prevaricación.

Lo cierto es que la utilización del término «ilegalidad» para estos nombramientos no plantea la necesidad de distinguirse respecto de la arbitrariedad utilizada en la prevaricación. Se trata, efectivamente, de

casos especiales de prevaricación, en los que resulta suficiente la utilización del término «ilegalidad», puesto que ésta consiste en la absoluta inobservancia de las normas reguladoras de nombramientos en lo que constituye su aspecto esencial, esto es, los requisitos para acceder a los cargos, por los que puede considerarse también como comportamiento arbitrario.

En concreto, las conductas típicas consisten en *proponer, nombrar o dar posesión* para el ejercicio de un determinado cargo público a personas que no reúnan los requisitos legalmente establecidos, sin que el enunciado de estas tres posibilidades alternativas permita estimar más de un delito allí donde el mismo sujeto realice más de una.

En todo caso, recuérdese que el bien jurídico genéricamente protegido en este Título del CP es la actividad de la Administración, cuyo desempeño se basa, entre otras cosas, en el acceso del personal administrativo a la función pública conforme a los principios constitucionales de mérito y capacidad (art. 103.3 CE). Por tanto, el acceso a la función pública por parte de sujetos que no reúnen los requisitos establecidos afecta, de modo concreto, a este principio informador de la prestación de funciones públicas. Ello permite concluir que lo decisivo para la comisión de este delito es que el nombrado o propuesto quede colocado en disposición para *ejercer* un cargo público, aunque el título de acceso esté viciado de nulidad; desde este punto de vista es posible incluir aquí no sólo a los funcionarios sino también al personal interino, mientras que difícilmente resultará aplicable al personal laboral.

Por último, el art. 406 recoge el reverso al tipo anterior: la aceptación de la propuesta, nombramiento o toma de posesión por el interesado, conociendo la carencia de requisitos para ello. De esta forma, se proporciona respuesta al problema planteado en el CP anterior sobre la intervención del sujeto nombrado o propuesto ilegalmente que ahora resulta claramente punible, no ya como partícipe en el nombramiento ilegal —lo que remitía a los habituales problemas de participación de *extraneus* en delitos de funcionarios—, sino, directamente, como autor de su propio comportamiento de aceptación.

Los *abandonos de función* contenidos en los arts. 407 y 408 del *Capítulo II* tienen su frontera respecto de las infracciones administrativas, por un lado en la referencia a la función de perseguir delitos (que, por tanto, limita los sujetos activos posibles a quienes están obligados a ello), y por otro, en los elementos subjetivos consistentes en actuar «con el propósito» de no impedir o perseguir delitos (art.407) o dejar «intencionadamente» de promover la persecución (art. 408).

Por último, el art. 409 en el que se tipifica la promoción del abandono colectivo del servicio público, contiene una importante restricción

en la exigencia de que el abandono sea «manifiestamente» ilegal, circunstancia que deberá ser valorada por el juez penal, sin bastar para la responsabilidad penal la mera calificación administrativa sobre la ilegalidad del abandono de la función. Con ello se ha pretendido evitar problemas de delimitación respecto del ejercicio legítimo del derecho de huelga.

La concreción del bien jurídico afectado en el delito de desobediencia (art.410) (*Capítulo III*), requiere nuevamente superar el nivel de la infracción administrativa para alcanzar la justificación de la intervención penal: así, no se protegen aquí exclusivamente a las relaciones jerárquicas internas de la Administración, sino el cumplimiento de las órdenes en tanto en cuanto ello afecta al buen funcionamiento administrativo. Por ello en el tipo del art. 410 se exige la negativa «abierta» al cumplimiento (lo que supone un plus respecto de la mera pasividad) y en el del art. 411, la reiteración en la desobediencia frente a la reiteración en la orden tras la denominada *remonstratio* o suspensión del cumplimiento de la orden por el subordinado.

La exclusión de responsabilidad en la desobediencia frente a órdenes manifiestamente antijurídicas se asienta en la inexistencia del deber de obedecerlas. Ello permite concluir que, frente a órdenes con apariencia de legalidad (aunque en su contenido sean antijurídicas, sin serlo «manifiestamente»), existe deber de obedecer. La aparente contradicción interna del ordenamiento que expresa el deber de obedecer órdenes antijurídicas, no lo es tanto si se recuerda que tal deber ha sido, precisamente, el fundamento de la hoy desaparecida circunstancia de obediencia debida, por la que se justificaba el cumplimiento de órdenes cuya realización había supuesto la realización de un hecho típico; con arreglo al nuevo Código Penal, la problemática de la obediencia debida puede tratarse como un supuesto de error sobre el contenido antijurídico de la orden. Por otro lado, las órdenes con apariencia de legalidad, dictadas por superior jerárquico dentro de sus competencias y con las formalidades legales (vid. art. 410.1) gozan de la presunción de legitimidad necesaria para no paralizar la actividad de la Administración, lo que explica que generen deber de obedecer aun siendo antijurídicas, siempre que no lo sean «manifiestamente».

Las conductas de denegación de auxilio del art. 412 son claros incumplimientos de funciones públicas diferenciados de los abandonos del art. 407 en la existencia de requerimiento por parte del acreedor de la prestación. En los dos primeros números, no sólo se exige la obligación propia del cargo, sino además, la dependencia funcional respecto del que solicita el auxilio (la autoridad «competente»).

Junto a distintas infidelidades en la custodia de documentos, el *Capítulo IV* recoge la revelación de secretos o informaciones que no deban ser divulgadas por funcionario que los conociere por razón de su oficio o cargo (art.417), basado en el deber de sigilo que acompaña al ejercicio de la función. El concepto de secreto pierde parte de su relevancia desde el momento en que se equipara a cualquier otra información que no deba ser divulgada (pese a no reunir el carácter formal de secreto); así, con independencia de que algunas materias reúnan la condición de secreto porque se lo atribuya alguna norma (por ejemplo, el secreto del sumario), lo decisivo es que la revelación de la información sea apta para afectar al correcto desempeño de la función, elemento que determina la prohibición de su revelación («que no deba ser divulgada»). Del ámbito de este delito debe extraerse la revelación de secretos e informaciones relativas a la defensa nacional reguladas en los arts. 598 y ss.

Tampoco puede ignorarse que el art. 7.1 j) del RD 33/86 sobre régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración civil del Estado, recoge como infracción disciplinaria la revelación de informaciones con perjuicio para la Administración, cuyo ámbito coincide prácticamente con el del delito aquí analizado. Con independencia de los problemas relativos al *non bis in idem* (vid. supra, introducción a este Título), resulta difícil encontrar un criterio de delimitación entre el delito y la infracción disciplinaria distinto de la diferenciación cuantitativa basada en la mayor gravedad de los supuestos que deben reconducirse al Código Penal, así como la posibilidad de dejar para el derecho disciplinario la pura responsabilidad objetiva y la revelación imprudente, puesto que el CP no recoge una conducta de tal naturaleza.

El aprovechamiento del secreto o la «información privilegiada» por un particular que la obtiene de un funcionario (art.418) es un delito de enriquecimiento que exige la obtención de beneficio económico como condición objetiva de punibilidad. Este contenido contribuye a fijar el concepto de información privilegiada, para el que en principio, debería acudir al art. 442 (abuso de información privilegiada por parte del funcionario), aunque allí se establece tal concepto sólo a los efectos de dicho artículo. Pese a ello, sirven todos sus elementos, excepto el de conocimiento de la información por el funcionario en razón de su cargo, es decir, para este art. 418, la información privilegiada es aquella cuyo conocimiento anticipado por un círculo reducido de personas permite el enriquecimiento, aunque no pertenezca a las competencias del funcionario que la revela al particular. Asimismo, tratándose de una información no perteneciente al ámbito de competencias de quien la revela, el funcionario actúa como cómplice necesario de este delito. El uso de informaciones conocidas en función del cargo, en beneficio propio o

de tercero, se incluye más adelante (art. 442), como abuso en el ejercicio de la función.

Los tipos de *cohecho* (*Capítulo V*) siguen siendo clasificables como de cohecho pasivo y cohecho activo según se trate de la conducta del funcionario que solicita o acepta sobornos, o bien del particular que los ofrece o entrega; asimismo, mantienen una estructura unilateral en tanto en cuanto no requieren del acuerdo entre los dos sujetos intervinientes. En apoyo de esta tesis tradicional sigue jugando el adelantamiento de la consumación (por ejemplo, en el art. 419) a hechos que, como la solicitud de contraprestación, estructuralmente constituirían una tentativa si la consumación requiriera la aceptación. La penalidad del cohecho pasivo depende de si el acto propio de la función por el que se solicita o recibe contraprestación es un acto delictivo (activo u omisivo), (art. 419), injusto pero no constitutivo de delito (art. 420) o consistente en abstenerse de realizar un acto debido (art. 421), abstención que no deberá ser delictiva, en cuyo caso se reconduce a la omisión del art. 419.

El llamado cohecho impropio, consistente básicamente en la contraprestación por actos lícitos y propios de la función que no deben ser retribuidos, se regula en los arts. 425 y 426, con un cierto solapamiento de supuestos y ampliación de los mismos respecto a la regulación anterior; en el art. 425 predomina la nota de intercambio entre funcionario y particular :solicitar o admitir...para acto propio del cargo ...o como recompensa por acto ya realizado, aunque en este último caso se prevé que el *acto recompensado sea delictivo* (art. 425.2); este supuesto sólo puede distinguirse del cohecho pasivo propio del art. 419, en que allí la recompensa esté previamente pactada. En realidad, en este art. 425.2 se recoge el llamado cohecho pasivo «subsiguiente», cometido por el funcionario que acepta una recompensa por delinquir aunque no le hubiera sido ofrecida antes ni él la hubiera solicitado.

Por otro lado, el art. 426, incluye junto a los regalos en consideración a la función (luego, no por la realización de actos concretos), el admitir regalos «para» la realización de acto no prohibido legalmente, expresión que, indicando el carácter justo del acto recompensado, se superpone con la contraprestación «para» realizar un acto propio del cargo, del art. 425.1. Aun admitiendo las zonas de confluencia y buscando su diferenciación, puede proponerse como criterio la ausencia de actividad de intercambio en los supuestos del art. 426.

El cohecho activo (art. 423) de definición mucho más simple, se comete por el particular que corrompe o intenta corromper al funcionario. Mayoritariamente se ha entendido que el cohecho activo no se comete como reverso del cohecho pasivo impropio, siendo impune el par-

particular que ofrece o entrega regalos por la realización de actos lícitos. La colocación del art. 423 *antes* del cohecho pasivo impropio parece abonar esta interpretación. De todas formas, si el cohecho pasivo impropio se incrimina por la aptitud corruptora de las contraprestaciones a actos no retribuíbles, no debería cerrarse absolutamente la posibilidad de que el particular «corrompa» también en estos casos, en los que no pueden equipararse regalos admisibles por los usos sociales con contraprestaciones de considerable monto económico.

La disposición del art. 427 contiene una excusa absolutoria para favorecer la persecución del cohecho pasivo, que opera en beneficio del particular denunciante del funcionario. Con ello, además, se tiende a aceptar que, en ocasiones, el particular que ha cometido cohecho activo a solicitud del funcionario, ha podido actuar con una cierta limitación de su capacidad de decisión.

El tráfico de influencias (*Capítulo VI*) cometido por funcionario (art. 428) o por particular (art. 429) tiene una estructura muy próxima a la inducción: la influencia sobre funcionario, prevaleciendo de cualquier situación que permita determinar una resolución del influido, beneficiosa económicamente. Con ello se afecta a la imparcialidad de la Administración condicionando sus decisiones en beneficio de quien posee la influencia. Por otra parte en la medida en que influir es algo más amplio que inducir, permite abarcar supuestos en los que no se reúnen los requisitos de la inducción *stricto sensu*, como el carácter «directo» (art. 28 a) y eficaz. En otras palabras, al autonomizarse en la Parte Especial del Código una forma específica de inducción, pasa a regirse por los criterios de interpretación propios de su estructura típica, sin necesidad de someterse a la reglas impuestas en la inducción como forma de participación regulada en la Parte General. De esta modo, puede admitirse en este delito la inducción a la inducción o «tráfico de influencias en cadena», en el que el sujeto activo influye en otro que, a su vez, es quien tiene influencia sobre el funcionario, para que lo presione.

La resolución dictada —o pretendida— bajo influencia puede ser, en principio, justa o injusta, aunque no parece que tenga sentido incriminar la influencia sobre un funcionario para que resuelva justamente, por lo que el bien jurídico aquí protegido aconseja limitar la aplicación de estos preceptos a la influencia para dictar resoluciones desviadas aunque no alcancen la categoría de «injustas» en el sentido del delito de prevaricación; cuando se trate de una inducción a la prevaricación, la identidad de bienes jurídicos aconseja resolver la situación como concurso de leyes en favor del tráfico de influencias.

En todo caso, el debate parlamentario ha permitido dotar a estos preceptos de mayor operatividad al dejar claro que no es requisito de la

punibilidad la obtención de beneficio económico: siendo necesario el ánimo de obtener beneficio, su realización determina una agravación de la pena, respecto del tipo básico constituido por el ejercicio de influencia con el fin de obtener una resolución que pueda resultar beneficiosa económicamente.

Efectivamente, el texto del PCP recogía una redacción prácticamente idéntica a la del CP anterior, en la que se exige la obtención de beneficio económico. La discusión se produjo en torno a que, de entenderse dicho beneficio como condición objetiva de punibilidad, la tentativa (de influir en el funcionario para enriquecerse) resultaría impune, opción ésta que los legisladores declararon no pretender. El resultado fué la redacción final (introducida en el Senado), en la que no sólo se evitan las posibles restricciones a la aplicación del texto del Proyecto, sino que éste resultó ampliado en sus consecuencias.

En efecto, si se observa la redacción de los vigentes arts. 428 y 429, basta con influir sobre un funcionario o autoridad prevaleciendo de superioridad, *con la finalidad* de obtener una resolución *que pueda* generar beneficios económicos, de modo que si antes era dudoso si debía exigirse la realización del beneficio, ahora ni siquiera se requiere para la consumación que llegue a pronunciarse la resolución requerida, con lo que se configura un tipo de simple actividad presidido por el elemento subjetivo de la finalidad dirigida a la resolución administrativa.

El delito del art. 430 recoge el auténtico «tráfico» de influencias, si se entiende por tal la actividad de intercambio de influencias y contraprestaciones por su utilización. En todo caso, se trata de un considerable adelantamiento de la intervención penal a conductas que pueden llegar a afectar a la función pública, pero que se encuentran en estadios propios de la preparación del delito: se trata del ofrecimiento de cometer los delitos anteriores, esto es, de influir —como particular o como funcionario— sobre otros funcionarios o autoridades. Si con los tipos de los arts. 428 y 429 ya se establecía una consumación muy adelantada al bastar con el ejercicio de influencia sin necesidad de que se alcanzara la resolución pretendida ni el beneficio económico, el art. 430 adelanta aún más la protección penal, al incriminar el mero ofrecimiento de ejercicio de influencia.

De este modo, se configura un delito de peligro abstracto que, como todos los de su naturaleza, debe ser interpretado de manera que la conducta aparezca como peligrosa en el momento de su realización aunque no llegue a provocar un concreto peligro. Por ello, es exigible aquí que la influencia que se ofrece ejercer sea realmente poseída por el autor del delito, puesto que de ser falsa, además, resultaría incriminable como tentativa de estafa.

La simplificada casuística de los delitos de *malversación de caudales públicos* (Capítulo VII) se asienta sobre: a) las conductas de apropiación (art. 432) consistentes en la sustracción de caudales con ánimo de lucro propio o ajeno y b) las conductas de distracción, sin ánimo de apropiación, destinando los caudales a usos ajenos a la función pública (art.433).

Los caudales y efectos públicos deben estar a disposición del sujeto activo en función del cargo que ocupa, aunque no hayan ingresado todavía en el patrimonio público (los denominados caudales expectantes) y son conceptos de los que se excluyen los bienes inmuebles, mencionados en cambio, de forma expresa en el art. 434, que también recoge conductas de distracción por aplicación a fines privados de los bienes de la Administración. El problema es que junto a los bienes inmuebles se recogen los muebles (que pertenecen también al concepto de caudales y efectos), de manera que la única forma de distinguir la distracción de caudales del art. 433 y la distracción de caudales (en cuanto a los bienes muebles) del art. 434, es la exigencia de ánimo de lucro propio o ajeno en este último delito.

De los *fraudes y exacciones ilegales* del Capítulo VIII es destacable la estructura defraudatoria (cuya víctima es el Estado) del delito del art. 436 cometido por el funcionario en connivencia con particulares interesados en las operaciones que se señalan y que serán cómplices necesarios de este delito; la estructura de la defraudación con perjuicio patrimonial para la Administración diferencia a este delito del cohecho. Por otra parte, el art. 438 recoge fraudes cometidos por funcionario abusando de su función, debiendo entenderse que la estafa o la apropiación indebida tienen como sujeto pasivo a particulares.

El denominador común de las *negociaciones prohibidas y los abusos de la función* recogidos en el Capítulo IX es el aprovechamiento de la función pública ejercida por el sujeto activo en beneficio propio, realizada en formas no previstas en otros tipos penales que, como el cohecho y la malversación, poseen también esta característica.

Excepto los tipos de los arts. 443 y 444, que constituyen en realidad formas de acoso sexual al sometido o destinatario de la función pública con prevalimiento de la misma, los delitos aquí contenidos suponen una utilización de la función pública en beneficio propio con enriquecimiento personal, es decir, la afectación al bien jurídico «función pública» genéricamente protegido en este Título se produce por la desviación del interés general en favor del interés personal del funcionario; tal desviación, en tanto que lesiva de uno de los principios informadores de la actuación de la Administración, es suficiente para la configuración de los injustos aquí descritos, aunque no se produzca

realmente daño —en sentido material— a la causa pública, circunstancia que sólo se menciona en el art. 442.

La nota de aprovechamiento de la función en beneficio propio es evidente en los delitos de los arts. 439 y 440, que tienen su límite superior en los delitos de cohecho puesto que aquí no se exige la realización de actos por parte del funcionario como contrapartida a su enriquecimiento, sino sólo la utilización de su posición respecto de los administrados para obtener beneficios que, en todo caso no necesitan haberse realizado efectivamente para considerar consumado el delito (basta procurarse participación en los negocios intervenidos por el funcionario).

El delito del art. 441 consiste, en realidad, en una infracción de las normas sobre incompatibilidades en el ejercicio de la función pública que se establecen, precisamente, para proteger la integridad y la imparcialidad de la Administración. El desempeño de actividades privadas relacionadas con el ámbito público en el que se ejercen competencias es campo abonado a las prácticas corruptas y a desviaciones efectivas de la función, que aquí no se exigen para la perfección del injusto, por lo que en cierta forma, este tipo supone un adelantamiento de la protección penal de la función pública respecto de otros delitos de enriquecimiento como el cohecho o el propio tráfico de influencias.

Por último, el delito de utilización de información privilegiada en beneficio propio o de tercero (art.442) se independiza de la revelación de secretos (puesto que el carácter «privilegiado» de la información aconseja, precisamente, su no revelación) para incluirse, como se ve, entre los delitos de enriquecimiento en abuso de la función pública. Aquí no se infringe el deber de sigilo del funcionario porque lo protegido no es la información que conoce en función de su cargo, sino la integridad de la función y la persecución del interés general. Ello explica la definición legal de información privilegiada a los efectos de este artículo: además de su carácter concreto y su relación con el cargo, es «privilegiada» en función de un dato temporal, esto es, que todavía no es conocida aunque pueda llegar a serlo (por ejemplo, una futura recalificación de terrenos). Esa anticipación en el conocimiento de la información es lo que coloca al funcionario en posición de beneficiarse económicamente en perjuicio de la libre competencia que, pese a ser imperfecta, requiere como garantía que quienes ocupan posiciones de predominio como servidores del Estado, no obstaculicen la entrada de competidores en el mercado ni eliminen absolutamente la competencia.

Por último, también en este delito el debate parlamentario ha mejorado su operatividad al entenderse suficiente el ánimo de beneficiarse económicamente y no exigible para la punición la real producción de

beneficio económico, con lo que basta la actividad especulativa (el «hacer uso») con la información para consumarse el delito, aunque el beneficio no llegue a obtenerse. Por tanto, valen para este delito las consideraciones recogidas sobre el debate parlamentario en torno al tráfico de influencias, puesto que, presentando ambos delitos en el PCP una problemática similar, sufrieron la misma evolución parlamentaria.

LOS DELITOS DE ABANDONO DE DESTINO, OMISIÓN DEL DEBER DE PERSEGUIR DELITOS, DESOBEDIENCIA Y DENEGACIÓN DE AUXILIO

JOSÉ LUIS HEDO IDOIBE

SUMARIO: — I. CONCEPTO DE FUNCIONARIO. — II. BIEN JURÍDICO. — III. DEL ABANDONO DE DESTINO Y DE LA OMISIÓN DEL DEBER DE PERSEGUIR DELITOS: 1. Ideas generales y regulación; 2. Sujeto activo y pasivo; 3. La acción; 4. Culpabilidad; 5. Penas; 6. Abandono colectivo. 6.1. Sujeto activo y pasivo. 6.2. Culpabilidad. 6.3. La acción. — IV. DE LA DESOBEDIENCIA Y DENEGACION DE AUXILIO: 1. Ideas generales y regulación; 2. Sujeto activo y pasivo; 3. La acción; 4. Culpabilidad; 5. Causa de justificación; 6. Desobediencia al Defensor del Pueblo. — V. DENEGACION DE AUXILIO: 1. Sujeto activo y pasivo; 2. La acción; 3. Culpabilidad; 4. Penas.

I.- CONCEPTO DE FUNCIONARIO

El concepto de funcionario público se recoge en todos nuestros Códigos Penales desde 1848, si bien no siempre ubicado en el mismo Libro del Texto. El Código Penal vigente en el artículo 24.1 (Libro I) define qué es Autoridad a efectos penales, aunque lo hace de forma descriptiva enumerando aquellos órganos cuyos miembros se considerarán como tales: Tribunal u órgano colegiado, Congreso de Diputados, Senado, Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Y en el n.º 2 de este artículo 24 se dice: *Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas.* Este artículo no contrapone el concepto de funcionario al de autoridad, pues habrá que considerar funcionarios, a todos, al genero y a la especie.

La Jurisprudencia ha tenido que aclarar que el Código Penal da «un concepto de funcionario público propio y privativo de este campo jurídico» y «que no se trata de una norma penal en blanco que pueda remitir la definición a otras disposiciones, del Derecho Administrativo o Laboral, con las que puede no concordar» (sentencia de 11 de octubre de 1993, Repertorio Aranzadi 2208).