

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA (I)

FERNANDO MANZANEDO GONZALEZ

Abogado del Estado.

RUBRICA Y POSICION SISTEMATICA

El Título XIX del nuevo Código Penal (Ley Orgánica 10/95, de 23 de noviembre), que lleva por rúbrica "Delitos contra la Administración Pública", se compone de IX Capítulos en el que, sin perjuicio de las modificaciones que se verán más adelante al comentar cada uno de los tipos, se recogen los delitos que estaban previstos en el Código Penal que se deroga (Decreto 3096/73, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, Texto Refundido conforme a la Ley 44/71, de 15 de noviembre) en su Título VII bajo la rúbrica "De los Delitos de los Funcionarios Públicos en el ejercicio de sus cargos".

Desde este momento debe hacerse constar que ha cambiado la rúbrica del Título ("Delitos de los Funcionarios Públicos en el ejercicio de sus cargos" por "Delitos contra la Administración Pública") y ello respondiendo a una crítica que unánimemente había realizado la doctrina: en efecto, el criterio para la denominación ha sido normalmente el del bien jurídico protegido (así delitos contra las personas, la libertad, etc.). Sin embargo, el Título VII del Código Penal de 1973 no seguía ese criterio sino que hablaba de las personas que cometían estos delitos (los funcionarios públicos).

Como se dice, el nuevo Código Penal cambia la rúbrica del Título XIX de su Libro II hablando de delitos contra la Administración Pública. Se recoge así el bien jurídico protegido que no es sino la Administración Pública. A nuestro juicio no puede entenderse la

Administración Pública desde un punto de vista instrumental u organizativo, como conjunto de personas jurídicas públicas (vid. art. 2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 26 de noviembre de 1992), sino desde un punto de vista material recogido en el art. 103 de la Constitución, según el cual: "la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho". Por tanto, se trataría de proteger a la Administración Pública en cuanto garante de los derechos y libertades de los ciudadanos y prestadora de servicios a éstos, sometida al imperio de la Ley, sancionando una serie de conductas que pesan sobre quienes son servidores públicos, cuando violenten la confianza depositada sobre ellos. Así el art. 5.1.a de la Ley 2/86, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad establece como principio básico de actuación de los miembros de estas Fuerzas y Cuerpos el de "adecuación al ordenamiento jurídico", ejerciendo "su función con respeto a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico". Por su parte, el art. 31.1.a) y d) de la Ley 30/84, de 2 de agosto, considera como infracciones muy graves de los funcionarios públicos "el incumplimiento del deber de fidelidad a la Constitución en el ejercicio de la función pública" y la "adopción de acuerdos manifiestamente ilegales que causen perjuicio grave a la Administración y a los ciudadanos".

Sin embargo, no han faltado autores, así Martín Canivell, (1) que han señalado que la mayoría de las figuras penales de comisión por autoridades y funcionarios públicos, cuando también se pueden cometer por particulares, ya están definidas en términos generales, son innecesarias y hubiera bastado con que en caso de su comisión por autoridades o funcionarios públicos, se aplicara la agravante genérica de prevalimiento del carácter público del culpable recogida en el artículo 22.7 del nuevo Código, sin necesidad de dar esta entidad a los tipos que nos ocupan mediante su reconocimiento en Título aparte. No obstante,

ello no responde a nuestra tradición jurídica.

En definitiva, tal como señala Roldán Barbero (2) el bien jurídico protegido en estos delitos es el deber de objetividad, enunciado, como ya hemos dicho, en el artículo 103 de la Constitución, con engarce en el artículo 106, donde se vincula la actuación administrativa a los fines que la justifican: se trata de exigir a la Administración Pública una actuación objetiva frente al desequilibrio que puede producirse por la influencia de los poderes fácticos. Otros autores, citados por Roldán Barbero, han venido señalando como bien jurídico protegido "la recta y justa Administración Pública" (Orts Berenguer) o el "ejercicio correcto de la función administrativa, que resulta indispensable para el funcionamiento del sistema" (Octavio de Toledo), etc., teniendo en cuenta que resultan perjudicados por estos delitos tanto la Administración como el conjunto social.

Por otra parte, la sistemática del Código de 1973, en ocasiones, no resultaba coherente puesto que se refería a conductas delictivas realizadas por quienes no son funcionarios (vid. por ej. los arts. 360, 361, 372 y 373), existiendo, por otro lado, delitos que solo pueden ser cometidos por los funcionarios en otras partes del Código Penal (por ej. la Sección Segunda del Cap. II del Tít. II del Libro II: "Delitos cometidos por los funcionarios públicos con ocasión del ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes"). Estos problemas de sistemática han quedado superados en el en el nuevo Código en razón de la nueva rúbrica ("Delitos contra la Administración Pública"). Sin embargo, teniendo presente que estos delitos se cometen normalmente por funcionarios, existen dentro del Tít. XIX delitos que son cometidos por particulares (véanse arts. 414.2, 416, 418, 423, 429,...) que deben admitirse por un tratamiento unitario de la materia. Además, como señala Martín Canivell (op. cit.), se han ubicado en el nuevo Código una serie de delitos de funcionarios en otros lugares, fuera del Tít. XIX. Así, las torturas y atentados contra la integridad moral personal cometidos por ellos, que se ubican en los artículos 174 y 175, y la permisión de que otras personas ejecuten

tales hechos, sancionada en el artículo 176; la comisión por autoridad o funcionario de allanamiento de morada ajena y la entrada en domicilio de personas jurídicas o en establecimientos abiertos al público contra la voluntad de sus titulares (art. 204, que está situado en el Tít. X); los delitos encuadrados en el Capítulo V del Tít. XXI (delitos contra la Constitución), que recoge los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales, además de toda una serie de preceptos situados dentro de este Tít. XXI que se refieren a la no oposición a la rebelión, la continuación del desempeño de cargos de los rebeldes (arts. 476, 482 y 483), el quebrantamiento por autoridad o funcionario público de la inviolabilidad de las Cortes Generales o las Asambleas Legislativas de Comunidades Autónomas, detenciones de miembros de las mismas y la inculpación o procesamiento de los mismos por Autoridad judicial sin los requisitos legales (arts. 499, 500 y 501), así como las usurpaciones de atribuciones por obra de autoridades o funcionarios públicos o por jueces o magistrados (Sección 2ª del Cap. III del Tít. XXI).

EL CONCEPTO DE FUNCIONARIO PUBLICO

En efecto, los delitos recogidos en el Tít. XIX del Libro II del nuevo Código Penal son cometidos por autoridades o funcionarios públicos, por lo que se impone conocer cual sea el concepto de funcionario público y autoridad. El artículo 24.1 CP establece que "a los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal", disponiendo por su parte el apartado 2 de este artículo que "se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o nombramiento de

autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas" (3). Pues bien, este artículo 24 amplía el concepto de autoridad en relación con el que el Código de 1973 establecía en su artículo 119, extendiéndolo a los miembros de las Cortes de las Asambleas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo, manteniendo en todo lo demás la misma redacción. De cualquier forma, debe tenerse en cuenta que el concepto de funcionario a efectos penales no coincide con el concepto a efectos del Derecho Administrativo (4), siendo mucho más amplio, y ello es lógico, según recoge la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1993, Ar. 7.705, si se tiene en cuenta que aquí lo que importa es proteger plenamente el ejercicio de la función pública en orden a sus fines, garantizando a un tiempo los intereses de la Administración y su prestigio y los de los administrados. Nada importan en este campo ni los requisitos de selección para el ingreso, ni la categoría por modesta que fuere, ni el sistema de retribución, ni el estatuto legal ni reglamentario, ni el sistema de previsión, ni aun la estabilidad o temporalidad.

Según pone de manifiesto Muñoz Conde (5) el concepto de funcionario se caracteriza, a efectos penales, por las notas siguientes: 1.ª incorporación a la actividad. La incorporación se tiene que llevar a cabo por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de la autoridad competente, pudiendo reducirse las dos últimas fuentes a la primera, por cuanto la elección o nombramiento tienen que basarse en una Ley que las determine. Todo el que realice funciones públicas, careciendo de este requisito, no es funcionario a efectos penales (el particular que auxilia a un funcionario agredido o que ejerce arbitrariamente funciones públicas no es funcionario). Distinto es el funcionario de hecho, pudiendo entenderse por tal quien, habiendo sido nombrado o elegido legítimamente no reúne las condiciones necesarias para ello (por ej. el Juez que no es licenciado en Derecho). En este caso, el así nombrado es funcionario público. 2.ª participación en la función pública entendiendo por tal la proyec-

tada al interés colectivo o social, al bien común y realizada por órganos públicos (actividades educativas, sanitarias, judiciales, etc.). Sin embargo, no es suficiente con que se participe en la función pública sino que es preciso que se haga por alguno de los títulos expresados en el apartado 1.º.

LA RESPONSABILIDAD PENAL Y EL PRINCIPIO DEL "NON BIS IN IDEM"

Por otro lado, junto a la responsabilidad penal del funcionario existe una responsabilidad disciplinaria (6), que, en determinadas ocasiones, puede ser más grave que aquella. Pues bien, la conjugación de ambas responsabilidades nos lleva a hablar del principio del "non bis in idem". Dicho principio no aparece constitucionalmente consagrado de manera expresa —declara la STCo 94/1986, de 8 de junio— pero esa omisión no impide reconocer su vigencia en nuestro ordenamiento, porque, como ha declarado este Tribunal desde su Sentencia 2/1981, de 30 de enero, este principio está íntimamente unido a los de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos en el artículo 25 de la CE.

Dicho principio, tal como lo ha venido interpretando el Tribunal Constitucional —Sentencias 2/1981, de 30 de enero, la citada; la 159/1985, de 27 de noviembre y la 23/1986, de 14 de febrero—, impone por una parte la prohibición de que, por autoridades de un mismo orden y a través de procedimientos distintos, se sancione repetidamente una misma conducta, por entrañar esta posibilidad una inadmisibles reiteración en el ejercicio del "ius puniendi" del Estado; y, por otra, una prohibición de duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos, a excepción de aquellos supuestos en los que, derivado de una relación de supremacía especial de la Administración, esté justificado el ejercicio del "ius puniendi" por los Tribunales y, a su vez, la potestad sancionadora por la Administración.

Las STCo de 30-1-81; 4-3-83; 3-10-83 y del TS de 4-3-81; 15-6-84; 7-11-84 y 8-10-86, precisan la doctrina apuntada de que no se vulnera el citado principio cuando existe una

relación de supremacía especial del funcionario con la Administración justificándose únicamente en tales supuestos la aplicación del "ius puniendi" por los Tribunales como salvaguarda del orden general y, a su vez, la potestad sancionadora de la Administración en el ejercicio de su poder de autotutela dentro de esa relación especial que genera a virtud de un acuerdo voluntario entre los particulares y la Administración. Efectivamente, el principio que nos ocupa, en los casos en que se aprecia identidad de sujeto, hechos y fundamento, no resulta quebrantado si existe una relación de supremacía o relevancia especial de la Administración o —como reza la Sentencia 50/83 de 14 de junio—, permanece vinculado a ella a través de relaciones que pertenecen a lo que cierta doctrina denomina el círculo interior del Estado.

Pero como señala la STCo de 10 de diciembre de 1991 no basta para justificar la dualidad de sanciones la existencia de esa relación de sujeción especial: la dualidad de sanciones se justifica en que contempla los mismos hechos desde la perspectiva de un interés jurídicamente protegido distinto en cada una de las sanciones que intentan salvaguardarlo. Para que sea jurídicamente admisible la sanción disciplinaria impuesta en razón de una conducta que ya fue objeto de condena penal es indispensable, además, que el interés jurídicamente protegido sea distinto y que la sanción sea proporcionada a esa protección.

Así, si la actuación delictiva sólo es comisible por funcionario público el interés protegido por ambas normas sancionadoras debe ser el mismo: salvaguardar el interés general mediante el correcto funcionamiento del servicio público que procura dicho interés general.

En efecto, el atentado al prestigio y dignidad funcional y la exigencia de actuación ética de todo funcionario se contempla y se subsume en el tipo que exige como sujeto activo del delito la presencia de un funcionario: de no darse la condición de funcionario en su autor, el hecho en sí no tendría la consideración de tal delito siendo dicho precepto de exclusiva imputación al funcionario. La potestad sancionadora penal ampara y sirve en

este supuesto no sólo al orden social vulnerado sino al prestigio del funcionario y tutela de la Administración: la pena impuesta se aplica a un hecho de naturaleza delictiva merecedor por igual de reproche social y corporativo.

No es posible aislar el fundamento sancionador en uno u otro supuesto: la conducta que se sanciona es típica del funcionario y subsume por ello la especial vinculación del infractor con la Administración. El reproche administrativo no se distingue conceptualmente del penal (vid. STS. 13-9-89; 16-1-91 y 20-VII-1992).

Sin embargo, si la sanción penal y la administrativa tienen distinto fundamento jurídico, de suerte que aún partiendo de un mismo hecho, se incoen dos procedimientos, adoptando dos medidas distintas, una penal y otra administrativa o disciplinaria, una por el delito cometido y otra a consecuencia de su "status" como funcionario público, no cabe hablar de vulneración del "bis in idem", pues mientras la condena penal se le impone, como reproche, por el delito cometido, al igual que se le impondría a cualquier ciudadano, por el contrario, la sanción disciplinaria se le impone en atención a su condición o "status" de funcionario público, y ello porque quien está facultado para ejercer poderes públicos en su calidad de funcionario, autoridad o agente de la autoridad, debe exigírsele un proceder o conducta adecuado a su especial condición. Lo que verdaderamente impide la duplicidad de sanción es que los mismos hechos sean tratados por los Tribunales y por la Administración desde la condición de funcionario del sujeto responsable.

En consecuencia, cuando se trate de delitos que exijan como elemento integrante del tipo la presencia del funcionario o autoridad, (por ej. prevaricación, cohecho...) no parece posible que por estos hechos pueda imponerse sanción disciplinaria alguna, no así cuando se traten de delitos que no requieren tal exigencia, donde serían posible las dos sanciones, dado que son dos los bienes jurídicos protegidos.

Finalmente, y al margen de la responsabilidad disciplinaria, debe tenerse en cuenta que estos delitos contra la Administración Pública

llevan aparejadas penas de inhabilitación absoluta o especial, cuyos efectos son la privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos que tenga el penado, o la privación del empleo o cargo sobre el que recayere, respectivamente (art. 41 C.P.), y que según el art. 65.1.d) de la Ley 17/89, de 19-III del Regimen del Personal Militar Profesional, aplicable al personal de la Guardia Civil (vid. art. 1.1, 4.1 y 4.3) la condición de militar de carrera se perderá, entre otras causas, por la "pena principal o accesoria de pérdida de empleo, de inhabilitación absoluta o inhabilitación especial". En estos casos, la separación del servicio no sería una sanción administrativa, sino una consecuencia de la ejecución de la sentencia penal [vid. en el mismo sentido el art. 37.1.d) de la LFCE].

PREVARICACION DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS Y OTROS COMPORTAMIENTOS INJUSTOS

Art. 404. Concordancias.

Art. 138 CPM; art. 6.d) RDFA; art. 8.2 y 8.4 1ORDGC; art. 7.12 RDCNP.

Con carácter general señalar que antes del nuevo Código coexistían en el mismo Tít. la prevaricación judicial y la prevaricación de Abogados y Procuradores, que se llevan ahora al Tít. XX "Delitos contra la Administración de Justicia", del Libro II, Caps. I y VII, respectivamente.

Además, en relación con el antiguo Texto desaparece la comisión culpable del artículo 358, párrafo 2.º que castigaba al funcionario que dictare por negligencia o ignorancia inexcusable resolución manifiestamente injusta en asunto administrativo, de manera que el tipo del art. 404 del nuevo Código queda configurado como doloso, algo que ya aparecía en el Proyecto de 1992.

Otra novedad es que el tipo del art. 404 del nuevo Código se refiere a que la resolución

ha de ser arbitraria, sustituyéndose así la expresión injusta (referida a la resolución) del art. 358 del Código de 1.973.

Sujeto activo de este delito serán los funcionarios públicos que por su cargo puedan dictar resoluciones (STS de 30-5-73), es decir, los órganos decisorios (STS de 3-5-86 Ar. 4666; 7-11-86 Ar. 6813; ...). Tal y como señala Roldán Barbero (op. cit.), también pueden ser sujetos activos los funcionarios que elaboran la resolución por delegación, la firman o no, dado que en Derecho Penal no rige lo establecido en el art. 13.4 de la LRJAP y PAC (7). En cuanto a los funcionarios que intervienen en el procedimiento en materia de informes, propuestas o aprobaciones iniciales no pueden ser autores de este delito dado que no dictan resolución alguna. No obstante, caben los actos preparatorios y, las formas imperfectas de ejecución. Si el informe es vinculante podrían responder como provocadores. Si el informe es facultativo, lo que es principio general según el art. 83 de la LRJAP y PAC, no cabrá más responsabilidad que la disciplinaria (art. 7.h del RDFAE). También pueden prevaricar los miembros de un órgano colegiado: siguiendo a Roldán Barbero (op. cit) la circunstancia de que el Presidente del órgano tenga la función de asegurar el cumplimiento de las leyes (art. 23 de la LRJAP y PAC) no produce una exoneración de responsabilidad en aquellos otros miembros que intervienen en la toma de la decisión, y así se deduce del artículo 27.4 del citado Texto Legal.

En cuanto a la acción y dada la propia literalidad del precepto, el delito sólo puede ser cometido mediante una actuación positiva, no siendo posible la comisión por omisión (en contra, Octavio de Toledo) (8). Por tanto, en los casos de silencio administrativo (arts. 43 y 44 LRJAP y PAC, que presupone un acto administrativo si el silencio es negativo a efectos de poder ser recurrido y si es positivo a efectos de hacerlo valer ante la Administración como ante cualquier otra persona), no estaríamos ante una resolución constitutiva de prevaricación.

La acción consiste en dictar una resolución arbitraria en asunto administrativo a sabien-

das de su injusticia, de modo que la interpretación de este tipo exige su integración con conceptos del Derecho Administrativo. La resolución es un acto administrativo, aunque no todo acto administrativo puede dar lugar a una resolución a efectos penales (9). Sólo será resolución del art. 404 los actos administrativos consistentes en declaraciones de voluntad realizadas por la Administración (por eso no integran este delito los informes o dictámenes, sin perjuicio de que el funcionario pueda ser cooperador necesario o cómplice del mismo). Las resoluciones pueden ser verbales, pues esta forma no está impedida por el art. 55 de la LRJAP y PAC. Pueden ser firmes o definitivas (10), existiendo dudas acerca de si los actos de trámite integrarían este delito: para Roldán Barbero (op.cit.) deben ser consideradas resoluciones a efectos penales las que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión (art. 107 de la LRJAP y PAC que las iguala a efectos del recurso ordinario a las resoluciones definitivas) y las resoluciones que resuelven cuestiones incidentales importantes, como pueden ser las que deciden sobre una recusación que puede tener efectos suspensivos (art. 77 del mismo Texto Legal).

En cuanto a las disposiciones administrativas de carácter general (contrapuestas a los actos administrativos), Octavio de Toledo (op. cit.) entiende que están también comprendidas en el término o resolución del art. 404 puesto que a través de estas disposiciones generales se puede atacar el mismo bien jurídico protegido. Ello sería aplicable de los reglamentos autónomos, pues si dichas disposiciones recaen sobre una materia reservada a Ley el delito que entra en funcionamiento es el de la usurpación de funciones del art. 506. Respecto de estos reglamentos autónomos hay que decidir que tienen un campo relativamente reducido en el Ordenamiento Jurídico Español en el que no existe una reserva reglamentaria en favor de la Administración, de manera que quedan reducidos al ámbito puramente organizativo, de modo que la prevaricación mediante una disposición de carácter general carecería de base jurídica.

Por otra parte, la resolución que se dicte ha de ser arbitraria. El Código de 1973 se refería en su artículo 358 a una resolución injusta. Martín Canivell (op. cit.) entiende que ambos términos son idénticos ya que si la significación que hubiera de darse fuera distinta, habría de desecharse toda doctrina jurisprudencial consagrada y lo justifica por la propia rúbrica del Capítulo ("De la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos") con lo que ya está calificando de injusta esa forma arbitraria de decidir en que consiste la prevaricación funcional. Además, está la propia definición de arbitrariedad en el Diccionario de la Lengua que afirma que es un acto contrario a la justicia la razón o las leyes, dictado por mero capricho, con lo cual ya hay elementos de similitud entre ambos calificativos. En consecuencia, la resolución arbitraria ha de consistir no en una mera ilegalidad de posible corrección en el propio proceso administrativo o por vía de recurso, sino en una injusticia clara y manifiesta, verdadero y patente torcimiento del Derecho, grosera, e incluso esperpéntica, con el Ordenamiento Jurídico (11).

La resolución arbitraria ha de dictarse en asunto administrativo, que es aquel del que se ocupan los órganos que producen actos administrativos, es decir, las distintas Administraciones Públicas (12). Frente al asunto administrativo existe el "asunto político", acto político que queda excluido de la penalidad. Y es que si bien la Administración sirve con objetividad los intereses generales (art. 103 de CE), el Gobierno, en cuanto dirige la política interior y exterior, la Administración Civil y Militar y la Defensa del Estado (art. 97 CE), actúa con parcialidad, como no podía ser de otra forma, por su propio carácter político: por tanto, si por su propia naturaleza ha de ser parcial, no podrá alcanzarle un delito que se basa en la infracción del deber de imparcialidad. La cuestión se complica por la naturaleza bifronte del Gobierno (tanto político como administrativo), debiendo quedar claro que cuando actúe sometido al Derecho administrativo podrá prevaricar. La cuestión estriba entonces en determinar cuándo estamos ante un acto político. El artículo 2.b) de la LJCA

entiende que son actos políticos del Gobierno los que afecten a la defensa del territorio nacional, relaciones internacionales, seguridad interior del Estado, mando y organización militar. Se ha venido exigiendo para un acto político que fuese dictado por el Consejo de Ministros, no por uno de sus Ministros, y que tuviese verdadera naturaleza política, constituyendo el listado del art. 2 de la LJCA una mera referencia. Por lo demás, la jurisprudencia ha ido examinado caso por caso si se daban las circunstancias necesarias para tal calificación, habiendo venido señalado junto con la doctrina que no puede admitirse la existencia de zonas exentas de control jurisdiccional, por ser contrario a los arts. 24 y 106 de la CE, de manera que se repudian los actos políticos con el significado que les otorga el artículo 2 de la LJCA (13).

Finalmente, la resolución arbitraria en asunto administrativo ha de dictarse a sabiendas de su injusticia, lo que supone que este delito sólo puede cometerse de forma dolosa, y ello se justifica, tal como señala la Sentencia de 25-4-88 Ar. 2864, porque las personas sujetas a este área delictual han de tener (o ello se presupone) unos conocimientos más amplios que el resto de los ciudadanos en las materias sometidas a su competencia o quizás también, y sobre todo, que esas decisiones afectan o pueden afectar a toda colectividad de una manera indiscriminada. En definitiva, no es posible la comisión culposa: el funcionario ha de saber que está dictando una resolución y que tal resolución es injusta.

Art. 406. Concordancias.

Art. 30 LFCE; RD 364/95 de 10 de marzo (BOE 10-4), por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al Servicio de la Administración General del Estado y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado; Ley 17/89, de 19 de julio (BOE 20-7), del Régimen del Personal Militar Profesional; RD 1951/1995, de 1 de diciembre (BOE 19-12), por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso y Promoción en las Fuerzas Armadas y en la Guardia Civil;

RD 614/1995, de 21 de abril (BOE 18-5), por el que se aprueba el Reglamento de los Procesos Selectivos y de Formación en el Cuerpo Nacional de Policía.

Se trata de los denominados "nombramientos ilegales" y constituyen los otros "comportamientos injustos que pueden cometer los funcionarios públicos" a que se refiere la rúbrica del Cap. I del Tít. XIX que estamos comentando. Se trataría de garantizar el derecho fundamental recogido en el art. 23.2 de la CE, según el cual "asimismo tienen derecho (los ciudadanos) a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos que señalen las leyes", conectado con el art. 103.3 que prevé el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad. Es decir, mediante la tipificación de este delito se tratará de garantizar la selección objetiva del personal que desempeñe cargos públicos.

El delito previsto en el art. 405 ya estaba recogido en el art. 382 del Código de 1973, aunque ahora se mejora su redacción y se explicita, siendo el artículo 406 de nueva creación, respondiendo su existencia a las críticas doctrinales sobre la ausencia del mismo en el anterior Código (14).

Sujeto activo de este delito son los funcionarios públicos competentes (así debe entenderse la expresión "en el ejercicio de su competencia") para proponer, nombrar o dar posesión para el ejercicio de un determinado cargo público. Por tanto, habrá que estar a las normas administrativas de organización (vid. concordancias) que regulan el tema de la selección de personal. Señaladamente, proponen quienes forman parte de los Tribunales de oposiciones y órganos de selección. Aquí la violación del deber de objetividad puede encubrirse bajo el manto de la discrecionalidad técnica de los órganos especializados existiendo una consolidada doctrina jurisprudencial (15) que ha venido señalando que los actos de Tribunales y comisiones de selección para el acceso a la función pública, cuando emiten un juicio técnico sobre conocimientos de los aspirantes en los ejercicios o pruebas desarrolladas por éstos, no pueden ser revisados por los Tribunales jurisdiccionales,

salvo que vulneren las bases de la convocatoria o normas específicamente aplicables, o incurran en desviación de poder o notoria arbitrariedad, y en tales casos carecen de competencia para sustituir a los órganos de selección en la correcta calificación de los ejercicios o pruebas afectados por la irregularidad.

En cuanto al nombramiento y la toma de posesión habrá que estar a la normativa sectorial específica: p.ej. para los funcionarios civiles el art. 25 del RD 364/95 prevé que el nombramiento se verifique por el Secretario de Estado para la Administración Pública; para los militares de carrera, el art. 63 de la Ley 17/89 prevé que la condición de militar se adquiere al obtener el primer empleo que será conferido por el Rey y refrendado por el Ministro de Defensa. La toma de posesión corresponde en el ámbito de la Administración Civil del Estado al Subsecretario del Departamento o al Gobernador Civil, según se trate de la central o la periférica.

Lógicamente, la conducta delictiva se extiende también a los supuestos, una vez ingresados los empleados públicos, de cambios de categoría, destinos, escalas, etc., y aunque el Legislador no ha distinguido parece lógico restringir el tipo al nombramiento definitivo.

En cuanto a la expresión "cargo público" entendemos debe comprender tanto al personal funcionario como al personal laboral, pues no cabe duda que en ambos casos se puede violentar el bien jurídico protegido.

Se completa la descripción de la acción con el hecho de que en la persona propuesta nombrada o a quien se da posesión no concurren los requisitos legalmente establecidos para acceder al cargo de que se trate, debiendo interpretarse la expresión legalmente como sinónimo de bloque de legalidad, de manera que no es necesario que estos requisitos aparezcan en normas con rango de Ley, identificándose estos requisitos en la normativa aplicable correspondiente, y no pudiendo confundirse con las causas de incompatibilidad (vid. STS de 28-12-1926): el incompatible tiene todos los requisitos legales, pero por concurrir en él una serie de causas objetivas

legalmente previstas no puede desempeñar el cargo.

Finalmente, la expresión "a sabiendas" excluye la forma culposa, debiendo tener en cuenta que basta la simple proposición, aunque no llegue a nombrarse a la persona, para consumarse el delito. Es, pues, un delito de simple actividad.

ABANDONO DE DESTINO Y OMISION DEL DEBER DE PERSEGUIR DELITOS

Art. 407. Concordancias.

Arts. 144 y 145 CPM; arts. 8.8 y 7.5 LORDGC; arts. 6.6, RDCNP; art.6.c) RDFAE. No obstante, todas estas normas sancionadoras reglamentarias se refieren al abandono del servicio, lo cual exige como cuestión previa que el mismo se haya iniciado y que posteriormente deje de prestarse sin que haya alguna causa que pueda justificarlo. En el ámbito penal se trata del abandono del destino (concepto más amplio), y además exige un elemento subjetivo del injusto.

El Código de 1973 exigía que el abandono causara daño a la cosa pública (art. 376, párrafo 1.^º), tratándose de una calificación por el resultado. Ello, con buen criterio, ha desaparecido en el nuevo Código que se refiere únicamente, pero con mejor terminología, a lo que en el Código de 1973 era el artículo 376 párrafo 2.^º: el abandono del destino para no impedir, no perseguir o no castigar delitos.

Por otra parte, se mantiene igual que el Código antiguo, un tipo básico que se refiere a no impedir, no perseguir o no castigar cualquier tipo de delitos y un tipo de cualificado cuando se trata de los delitos comprendidos en los Tít. XXII, XXIII, XXIV y XXV, (delitos contra la Constitución, contra el orden público, delitos de traición y contra la paz e independencia del Estado y relativos a la Defensa Nacional y delitos contra la Comunidad Internacional, respectivamente), por la mayor relevancia del bien jurídico protegido.

En materia de penalidad se incluye ahora la pena de inhabilitación para castigar estos delitos y se rebaja la pena privativa de libertad: si en el Código que se deroga el tipo cua-

lificado podía castigarse con pena de prisión menor (hasta 6 años), ahora la máxima pena que puede imponerse es la de 4 años.

Sujeto activo de este delito es el funcionario público que abandonare su destino con el propósito de no impedir, no perseguir o no ejecutar las penas impuestas por la autoridad judicial competente, lo cual afecta especialmente a los funcionarios públicos que tienen entre sus cometidos los de impedir la comisión de delitos, es decir, miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (tanto los del Gobierno de la Nación como los de las Comunidades Autónomas y Policías Locales, vid. art. 1.4 LOF y CS), debiendo extenderse también a Jueces, Magistrados y Fiscales competentes en el orden penal (vid. arts. 282 y 283 LECrim), así como aquellos otros que por disposiciones legales les incumba. Desde luego a los funcionarios de Instituciones Penitenciarias en cuanto a la no ejecución de las penas impuestas. No cometen estos delitos los vigilantes jurados, guardas de seguridad, detectives, etc., regidos por la Ley de Seguridad Privada de 30 de julio de 1992, pues no son funcionarios públicos.

En cuanto a la conducta delictiva hay que decir que el abandono de destino es el elemento objetivo de la infracción. No será tal abandono la mera falta de asistencia, que podrá dar lugar a la correspondiente infracción disciplinaria. El abandono supone la dejación del cargo con todos los derechos y obligaciones inherentes al mismo y vendrá determinado por una ausencia física en el destino. Asimismo, el hecho de su duración puede ser indicativo de la voluntad de abandonar, habiendo señalado la STS de 6-5-1985 que el abandono debe ser intencional con conciencia de la dejación del destino y del deber de continuar desempeñándolo.

Junto al abandono hay un elemento subjetivo del injusto que es el propósito de no impedir, no perseguir los delitos o no ejecutar las penas correspondientes a los mismos, lo cual excluye la comisión culposa.

Finalmente, hay que tener en cuenta el art. 483, dentro del delito de rebelión, por ser de aplicación preferente y que no pueden concurrir con el delito que pasamos a comentar a

continuación por que la dejación del cargo significa, como ya hemos visto, el abandono de todos los derechos a él inherentes.

Art. 408. Concordancias.

Art. 181 CPM; arts. 262 y 282 LECrim; arts. 443 a 446 LOPJ; arts. 1.3, 4 y 63.4 EOMF; arts. 42, 5, 11 y 29 LOF y CS; art. 5 LOPSC; arts 7.2, 7.4, 7.5 LORDGF; art. 7.5 RDCNP.

Este tipo delictivo es prácticamente idéntico en su redacción al previsto en el art. 359 del Código de 1973. Sin embargo, se ha sustituido la expresión "dejare manifiestamente" por la de "dejare intencionadamente de perseguir", que con una mayor precisión nos sitúa ante un elemento subjetivo del injusto que excluirá la comisión culposa. Además, el tipo se refiere exclusivamente a dejar de promover la persecución de los delitos, refiriéndose el Código anterior a dejar de promover la persecución y castigo; sin embargo, no deben existir problemas interpretativos con el nuevo art. 408 dado que la persecución de los delitos tiene por finalidad el castigo de los mismos.

Por lo demás, debe tenerse en cuenta que frente al delito comentado en el art. anterior aquí no se abandona o se hace dejación del destino, sino que se incumple con las obligaciones del mismo, no siendo constitutivo de este delito un escaso celo en el desempeño del cargo o un mero retardo que dará lugar, en su caso, a la infracción disciplinaria correspondiente.

En cuanto al sujeto activo, vease lo dicho para el art. anterior. Según la jurisprudencia también están obligados a promover la persecución y castigo de los hechos punibles los Secretarios Judiciales (STS 14-6-1951 artículo 1733), o incluso los funcionarios del juzgado que con sus correspondientes cometidos auxiliaban al Juez por ministerio de la ley (STS 9-10-1969).

Por otra parte, se requiere que el funcionario dejare de promover la persecución de los delitos "faltando a la obligación de su cargo". López Barja de Quiroga (16) entiende que será necesario examinar si en el caso concreto las obligaciones del cargo imponían necesariamente la persecución de los delincuen-

tes, señalando que la norma permite la aplicación del principio de oportunidad, siempre que su ejercicio se encuentre dentro de los márgenes permitidos.

La conducta típica es palmariamente omisiva —no promover la persecución— pudiendo surgir problemas a la hora de determinar su consumación. López Barja de Quiroga (op. cit.) señala que, citando a Ferrer Sama, la consumación aparecerá "cuando, no habiendo actuado conforme a su deber el funcionario, haya transcurrido tiempo suficiente para poder, de forma racional, estimar que la pasividad resulte atribuible al designio de no hacerlo". Esto es, será aceptable la posibilidad de que el sujeto actúe hasta el momento en que su acción pueda ser eficaz para el cumplimiento de su deber.

Finalmente, tal como señala Orts Berenguer (17) es preciso que la persona cuya persecución y castigo deja de promoverse merezca la calificación de delincuente (sobre este extremo vid. la STS 28-5-1966 Ar. 2733).

Art. 409. Concordancias.

Art. 28.2 CE; art. 315 CP; art. 3.8 LOF y CS; arts. 14 y ss. LOPSC; vid. RDL de 4 de marzo de 1977, sobre Relaciones de Trabajo; art. 9.6 LORDGC; art. 6.9, 7.22 y 7.23 RDCNP.

El Código de 1973 (art. 222) consideraba como reos de sedición a los encargados de la prestación de todo género de servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad que, suspendiendo su actividad, ocasionasen trastornos a los mismos o, de cualquier forma, alteren su regularidad y a los obreros y patronos que con el fin de atentar contra la seguridad del Estado, perjudicar su autoridad o perturbar su normal actividad, suspendieren o alteraren la regularidad del trabajo. La doctrina (18) había manifestado que las figuras mencionadas representaban un cuerpo extraño en la regulación de los delitos de rebelión y sedición, con los que, a lo sumo, podrían guardar un parentesco remoto, señalando igualmente que el tipo debía ser interpretado a la luz del art. 28.2 CE que reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses (19).

Teniendo en cuenta que estas conductas ya no se tipifican como sedición, y dejando al margen lo relativo a los trabajadores (no incriminándose en el nuevo Código la conducta descrita y sí los vulgarmente llamados "piquetes", vid. art. 315, párrafo 3.º) hay que referirse al delito que pueden cometer los funcionarios públicos.

El nuevo Código Penal, igual que el de 1973, distingue dos tipos: a) los funcionarios que promovieren, dirigieren u organizaren el abandono colectivo y manifiestamente ilegal de un servicio público y b) los funcionarios que meramente tomaran parte en el abandono colectivo o manifiestamente ilegal de un servicio público esencial y con grave perjuicio de éste o de la comunidad.

Pues bien, sólo pueden cometer este delito los funcionarios públicos o autoridades y por tanto no quienes, aunque trabajen en servicios públicos, no tengan aquel carácter (piénsese, p.ej., en Renfe -Sociedad Estatal del artículo 6.1.b) de la Ley General Presupuestaria-, a quien corresponde explotar los ferrocarriles de la Red Nacional Integrada vid. artículos 150, 155 y 176 de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres).

Los verbos del tipo promover, dirigir u organizar no plantean especiales problemas interpretativos, teniendo en cuenta que para la comisión del delito no es necesario que quienes promovieran, dirigieran u organizaran el abandono tomaran parte en el mismo (20), ni que el abandono, como tal, se produzca (se trata, pues, de un delito de simple actividad).

El abandono ha de entenderse como suspensión de la actividad, por lo que estamos ante un delito de comisión por omisión, de manera que no integrarán este delito las llamadas huelgas de celo. Ha de ser colectivo (21), entendiéndose que ello deberá interpretarse en función del número de funcionarios que normalmente prestan el servicio. Ha de ser manifiestamente ilegal, es decir, claro, palmario, que no deja lugar a dudas, de apreciación directa, etc., y será ilegal cuando sea contrario a lo dispuesto en el Ordenamiento Jurídico (22). A este respecto debe tenerse en cuenta que el art. 6.8 de la LOF y CS establece que los miembros de tales Fuerzas y Cuerpos de

Seguridad "no podrán ejercer en ningún caso el derecho de huelga, ni acciones sustitutivas del mismo o concertadas con el fin de alterar el normal funcionamiento de los servicios", y que el art. 127 de la CE excluye a Jueces, Magistrados y Fiscales del derecho de libertad sindical. En cuanto a los funcionarios civiles, y al margen de lo dispuesto en la D.A. 12ª y en el art. 31 de la Ley para la Reforma de la Función Pública de 2 de agosto de 1984, la jurisprudencia (STS de 16-5-89) declara aplicable a éstos el RD Ley de Relaciones de Trabajo 17/77 de 4 de marzo, según la interpretación dada por STCo 11/81 de 8 de abril.

Por otra parte, el abandono debe recaer sobre un servicio público. A efectos penales, y según la jurisprudencia (STS 4-7-88, Ar. 6.471) por servicio público hay que entender toda actividad organizada, de carácter técnico que se presta de un modo regular y constante, bien "uti singuli" (es decir, de forma personalizada y mensurable, como ocurre con el transporte, la sanidad, la enseñanza, etc.), bien "uti universi" (de un modo generalizado y no mensurable, como la policía, la defensa, etc.), sin fin lucrativo y que satisface necesidades públicas, colectivas o generales, o intereses de la misma índole, que tiene un régimen jurídico especial y, cuya gestión, es asumida por la Administración, bien directamente, bien por una persona física o por una entidad, por encargo de la Administración dicha o con su colaboración.

Finalmente, si para el tipo del artículo 409, párrafo 1.º no se exige daño o perjuicio grave para la comunidad, sí que se exige parar el tipo previsto en su párrafo 2.º, si bien será difícil encontrar un abandono colectivo y manifiestamente ilegal de un servicio público que no cause un grave perjuicio a la comunidad.

DESOBEDIENCIA Y DENEGACION DE AUXILIO

Art. 410. Concordancias.

Art. 18. CE; art. 19.7 CP; arts. 63 y 102 GPM; arts. 983 y ss. LECrim; art. 17.2 LOPJ; arts. 79 y 81.3 LFCE; artículo 5.1.d) LOF y

CS; artículo 8.13 LORDGC; artículo 7.3 RDCNP; artículo 7.1.a) RDFAE; artículo 24.2 de la Ley Orgánica 3/81, del Defensor del Pueblo.

En relación con el Código de 1973 se ha sustituido la expresión "sentencias" del tipo del artículo 369 por la de "resoluciones judiciales", concepto mucho más amplio que según la LOPJ comprende providencias, autos y sentencias (vid. art. 245 del citado Texto Legal). Se mejora también la técnica de las causas de exclusión de tipicidad del artículo 369 párrafos 2.º y 3.º, recogidas ahora en el artículo 410 párrafo 2.º, sin distinguir entre funcionarios, quienes podían dar no cumplimiento a un mandato que constituyese una infracción manifiesta y clara de la ley, y autoridades, quienes podían no dar cumplimiento a un mandato que infringiese clara y manifiestamente cualquier otra disposición legal. En cuanto a la penalidad, además de introducirse el sistema característico de días-multa, se rebaja la duración de la inhabilitación especial.

Pues bien, estamos en presencia de un delito de omisión sin perjuicio de que en ocasiones la voluntad de omitir se ponga de manifiesto por medio de una acción, según manifiesta López Barja de Quiroga (op. cit. p. 280). No deben confundirse los casos de mero retraso en el cumplimiento de la orden, sin intención de desobedecerla. Por eso el artículo 410 exige una negativa abierta que según el Tribunal Supremo (STS 5-12-90 y 17-2-92) ha de ser clara y terminante, señalando que esta negativa abierta puede estar patente en actitudes menos comprometidas como son el silencio o la pasividad prolongada no obstante la reiteración del superior, o incluso bajo la apariencia de un acatamiento, pero acompañado de tales dificultades y obstrucciones, que evidenciaría en el fondo una voluntad rebelde y obstinada al cumplimiento.

Por otra parte, lo que se ha de negar a cumplir son resoluciones judiciales (novedad como ya hemos dicho del nuevo Código) que resultan obligatorias para todos (art. 118 CE) y decisiones u ordenes, respecto de las cuales habrá que examinar en cada caso quien es el destinatario obligado por el mandato y la

relación jerárquica existente entre el que manda y el que debe obedecer. Igualmente habrá de examinarse casuísticamente si el superior actúa dentro de su competencia y revestido de las formalidades legales.

Por su parte, el artículo 410.2 constituye una causa de justificación de manera que no cometen delito de desobediencia las autoridades o funcionarios que no den cumplimiento a un mandato que constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de la Ley o de cualquier otra disposición general.

El problema fundamental que plantea este artículo 410.2 es si la causa de justificación se extiende también a los casos en que la infracción no sea manifiesta, clara o terminante. Dicho de otro modo si cuando el funcionario público o autoridad se niega a obedecer un mandato que constituye una infracción de la Ley o de una disposición general, aunque no sea clara y manifiesta, está cometiendo el delito del artículo 410.1. Tal como pone de manifiesto Orts Berenguer (op. cit. p. 460) tradicionalmente se ha entendido que si el mandato no contradice de una forma manifiesta, clara y terminante la Ley, el funcionario está obligado a obedecerlo, quedando a cubierto su responsabilidad por mor de la eximente de la obediencia debida. Con esta interpretación se llega ineludiblemente al resultado de afirmar la existencia de mandatos antijurídicos obligatorios, lo cual no puede ser admisible al amparo de lo dispuesto en el artículo 1.1 y 9.1 y 9.3 CE. No admitiendo la existencia de estos mandatos antijurídicos, Vives Antón (23) reclama la posibilidad de desobediencia del funcionario. Para él, la conducta del funcionario que desobedece sería típica: se ha negado a dar cumplimiento a una orden aparentemente legítima y, por tanto, de algún modo ha comprometido el ejercicio legítimo de la autoridad. Pero el que la conducta sea típica no prejuzga en absoluto que haya de resultar antijurídica. El funcionario que desobedece una orden solo aparentemente legítima pero, en el fondo, contraria a Derecho podrá siempre invocar a su favor una causa de justificación: el cumplimiento de un deber (porque el deber de obedecer las leyes pre-

valece sobre el deber de obedecer a la autoridad) o, en última instancia, el estado de necesidad (pues el mal representado por el incumplimiento de una orden ilegal será siempre mayor que el que pudiera producir su cumplimiento). La consecuencia es que no existen mandatos antijurídicos obligatorios.

Sin embargo, para López Barja de Quiroga (op. cit. p. 289) la cuestión no es tanto de juridicidad como de tipicidad: en efecto, no puede encontrarse dentro de las competencias del superior dictar ordenes antijurídicas, por lo que de producirse una orden de este tipo faltaría uno de los requisitos típicos del artículo 410. Para el citado autor la solución al problema sería la siguiente: "no existen mandatos antijurídicos obligatorios, su cumplimiento no estaría amparado por la eximente de obediencia debida y, consiguientemente, el inferior (ejecutor de la orden) incurriría en responsabilidad. Ahora bien, esto supone imponer a todos los funcionarios una gran carga consistente en el deber de examinar la orden y, por ello, en ciertos casos, el ordenamiento permite que el inferior, si ejecutó la orden, no incurra en responsabilidad. De manera que aunque en ningún caso haya obligación de cumplir un mandato antijurídico, sólo en aquellos supuestos del artículo 410.2 del Código, el funcionario incurrirá en responsabilidad por cumplirlos; en los demás supuestos, esto es, cuando la orden no infrinja clara y manifiestamente la ley aunque el funcionario no está obligado a cumplirla, si la ejecuta, no por ello incurre en responsabilidad, sino que puede ampararse en la eximente de obediencia debida. No entenderlo así, a nuestro juicio, implica el poner a los funcionarios un deber de examen de la legalidad que, en numerosas ocasiones, puede resultar sumamente difícil y requerir conocimientos técnicos de los que pueden carecer".

En definitiva, si la orden infringe clara y manifiestamente la ley y la cumple el funcionario incurrirá en la responsabilidad criminal que, en su caso, pueda corresponderle, sin que pueda alegar obediencia debida, y si la desobedece, esa desobediencia estará amparada por el artículo 410.2. Por contra, si la orden infringe la ley, aunque no de forma

manifiesta y clara (mandato antijurídico) no existe obligación de obedecer. Si obedece podría ampararse en la eximente de obediencia debida, y si no obedece no incurrirá en responsabilidad dado que su conducta no sería típica, pues no puede encontrarse entre las competencias del superior el dictar órdenes antijurídicas.

Por otra parte, López Barja de Quiroga (op. cit. p. 290) se refiere a que en la práctica pueden plantearse supuestos que deben ser resueltos por la teoría del error. Así cuando el inferior estima que la orden es manifiestamente ilegal, no siéndolo, habría un error de tipo, que de ser vencible se castigaría, en su caso, como imprudente (art. 14.1). Cuando el inferior estima que la orden es legal no siéndolo y la acata creyendo obrar lícitamente, en cuyo caso estaríamos ante un error de prohibición que si fuere vencible llevaría a aplicar la pena inferior en uno o dos grados (artículo 14.3).

Finalmente, debe tenerse en cuenta que el régimen de excepciones se refiere exclusivamente a "mandatos", por lo que se puede pensar que no afecta a las sentencias y demás resoluciones judiciales, lo que aparece justificado si se tiene en cuenta que son precisamente estos órganos los encargados de declarar el Derecho.

Art. 411. Concordancias.

Vid. art. anterior.

Se establece aquí la llamada "remonstratio", apareciendo redactada en los mismos términos que en el Código de 1973. La única diferencia es la penalidad: en el antiguo Código estaba castigada con prisión menor e inhabilitación especial; ahora desaparece la prisión y se sanciona con multa e inhabilitación.

Según Jodrá Arribas (24) se exige la concurrencia de los siguientes requisitos: 1.^o Una orden dictada por el superior dentro de los límites de su competencia y revestida de las formalidades legales. 2.^o Suspensión de la ejecución por parte del inferior; según el principio de la "remonstratio", el inferior está facul-

tado para suspender la ejecución de la orden si se le ofrecen inconvenientes que se suponen no fueron conocidos de quien la dió, pero, en todo caso, está obligado a poner en conocimiento del superior la suspensión; 3.º Que una vez que se ha aprobado la suspensión por el superior, el funcionario persevere en su desobediencia. Es, pues, necesario que el superior reitera la orden que fue desobedecida.

Según Rodríguez Devesa (op. cit. p. 1.157) la desobediencia surge cuando reiterado el mandato, el inferior lo desobedece, sin que sea necesaria una negativa abierta porque implícita estaba en la suspensión primera. Basta, pues, la mera conducta de desentenderse de la orden como si no hubiese sido reiterada.

Art. 412. Concordancias.

Art. 118 CE; arts. 159 y 450 CP; arts. 149 y ss. CPM; arts. 4 y 5 LOPJ; arts. 4.2 y 5 LOF y CS; arts. 7.2, 8.5, 9.3, 9.4 LORDGC; arts. 6.5, 6.11, 7.20 y 8.11 RDCNP.

El Código nuevo, igual que el de 1993, distingue entre la denegación de auxilio de un funcionario a una autoridad y la denegación de auxilio de un funcionario a un particular. En el primer caso (art. 412.1 y 2), y en relación con el Código de 1973, ha desaparecido el tipo cualificado del art. 371 pfo. 2º en los casos en los que de la omisión resultare grave daño para la cosa pública o para un tercero. En cambio, en el nuevo Código se crea un nuevo tipo cualificado en los casos en el que el funcionario que omite el auxilio sea "autoridad, jefe o responsable de fuerza pública o agente de autoridad".

En cuanto a la denegación de auxilio a un particular, en el nuevo Código, con un esfuerzo en la valoración de las conductas, se establece la penalidad en función del delito concreto para el que se reclamó su auxilio y desaparece la omisión del auxilio para evitar un mal.

En cuanto a la denegación del auxilio para la Administración de Justicia u otro servicio público, el delito se fundamenta en el artículo 103.1 CE que sujeta la actuación administra-

tiva al principio de coordinación (vid. igualmente arts. 3.1 y 3.2 LRJAP y PAC), y ello frente al delito del art. 410 donde lo violado es precisamente el principio de jerarquía: en este delito del artículo 410 no se recaba una cooperación o auxilio sino que se ordena el cumplimiento de un mandato u orden, si bien es cierto que en supuestos prácticos pueden plantearse problemas de calificación entre ambos.

El supuesto básico para la aplicación del tipo del art. 412.1 y 2, es que haya un previo requerimiento por la autoridad competente, que será aquella que tenga atribuidas las competencias por razón de la materia en el ámbito en que se solicite el auxilio y además, esté facultada legalmente para pedir el mismo. El previo requerimiento supone la existencia de solicitud de carácter expresa e individualizada al funcionario cuya ayuda se solicita. Por lo demás, el hecho de que el artículo 412.1 utilice la expresión "auxilio debido" supone que este auxilio debe encontrarse dentro del ámbito competencial del funcionario al que se le solicita, de manera que si la cooperación solicitada supone la realización de actos que no están dentro de su competencia y se negase a ello, no incurriría en responsabilidad.

En cuanto a la denegación de auxilio a un particular, igual que antes es preciso un previo requerimiento a la autoridad que por razón de su cargo debe evitar el delito (señaladamente Cuerpos y Fuerzas de Seguridad), absteniéndose de prestarlo sin que medie causa que justifique su abstención (25).

Por otra parte, hay que examinar la relación de este tipo con los delitos de omisión del deber de socorro (art. 195) y de la omisión del deber de impedir delitos (art. 450), respecto de los cuales, debe entenderse que el artículo 412.3.º será de aplicación preferente por lo específico de su sujeto activo (los delitos anteriores se refieren a particulares). Finalmente, en relación con el delito del art. 407, el delito del 412 no supone abandono en el destino, y en relación con el del artículo 408, en éste ya se ha cometido el delito.

INFIDELIDAD EN LA CUSTODIA DE DOCUMENTOS Y VIOLACION DE SECRETOS

Art. 413. Concordancias.

Art. 535 CP; art. 60 CPM; art. 579 LECrim; arts. 8.12, 8.25, 7.8

LORDGC; art. 7.17.8.4 RDCNP; art. 7.1 f) RDFAE.

En relación con el Código de 1973 se recoge la expresión "a sabiendas", elemento subjetivo del injusto que excluye la forma de comisión culposa (26); se añade como una de las posibles acciones de este delito la de "inutilizar" los documentos, que deberá ser interpretada como acción de frustrar la finalidad que estaban llamados a cumplir. Se recoge que la destrucción puede ser total o parcial (algo sobre lo que el Código de 1973 guardaba silencio, considerando la doctrina que bastaba la destrucción parcial del documento siempre que afectare a algún elemento esencial). Sin perjuicio de lo acabado de señalar, la modificación más sustancial es que deja de ser un delito calificado por el resultado (el artículo 364 del Código de 1973 establecía penalidad diferente según resultase de la sustracción u ocultación daño grave para tercero o para la causa pública o no), consumándose el delito por la mera sustracción, destrucción, inutilización u ocultación.

Finalmente, la penalidad se rebaja sustancialmente: ahora se castiga con penas de prisión de uno a cuatro años, multa de siete a veinticuatro meses, e inhabilitación especial por tiempo de tres a seis años, mientras que en el Código de 1973 (tipo básico) estaba castigado con prisión menor (de seis meses y un día a doce años) y multa de 100.000,- a 200.000,- ptas.

En cuanto al significado de los verbos constitutivos de la acción López Barja de Quiroga (op. cit. p. 254) señala que con el término sustraer quiere indicarse la conducta de apropiación, aunque ha de reconocerse que no es muy afortunado el empleo de este término ya que supone una conducta de desposesión que mal puede darse aquí, al exigir el tipo que los documentos o papeles estuviesen

confiados al funcionario por razón de su cargo, lo que implica una previa posesión legítima de dichos efectos. Destruir el documento es romperlo, quemarlo o, por cualquier otro medio hacerlo desaparecer. Ocultar un documento supone esconderlo en algún lugar donde difícilmente puede ser hallado. La jurisprudencia (STS 26-6-90 y 9-10-91) considera que ocultar, a efectos de este delito, es equivalente a guardar, no entregar o incluso dilatar indefinida y sensiblemente la presencia del documento impidiendo que surta los fines a que corresponda su contenido y destino, de manera que debe entenderse que concurre ocultación "cuando desaparecen los documentos, y la situación de los mismos y su descubrimiento requiere operaciones de búsqueda que por el tiempo y despliegue de esfuerzos que conllevan implicaren por sí mismo una perturbación del servicio público".

Finalmente es esencial para este tipo delictivo el concepto de documento, el cual se encuentra recogido en el artículo 26 del Código que será objeto de comentario en la parte correspondiente de esta obra.

Art. 414. Concordancias.

Arts. 573 y ss. LECrim; vid. concordancias al artículo anterior; vid. igualmente la Ley de Secretos Oficiales de 5 de abril de 1968 (BOE 6-4), modificada por la Ley de 7 de octubre de 1978 (BOE II-10) y el Reglamento de desarrollo de la misma aprobado por Decreto de 20 de febrero de 1989 (BOE 24-2). Vid. igualmente la Ley 11/95, de 11 de mayo (BOE 12-5), reguladora de la utilización y control de créditos destinados a gastos reservados.

El Código de 1973 se refería en su art. 365 "al quebrantamiento de sellos", siendo los sellos uno de los medios característicos para preservar el contenido de un documento frente a quien no podía tener acceso al mismo. Sin embargo, en una dicción más acorde con los nuevos tiempos ya no se habla de sellos sino de "medios para impedir el acceso a los documentos" (piénsese, p. ej. un documento informático que está protegido por una determinada clave numérica).

Pues bien, es necesario que el funcionario, por razón de su cargo, tenga encomendada la

custodia del documento y que la restricción de acceso al mismo se haya verificado por autoridad competente. A este respecto, y en el ámbito de los secretos oficiales, debe tenerse en cuenta que según lo dispuesto en los arts. 4 y 5 de la LSO la calificación de las materias corresponde exclusivamente al Consejo de Ministros y a la Junta de Jefes de Estado Mayor, en su respectiva competencia, sin que esta potestad pueda ser objeto de delegación. Por lo demás, y en cuanto a los medios restrictivos, y continuando en el ámbito de los secretos oficiales, el art. 8.b) de la citada Ley establece que uno de los efectos de las calificaciones de secreto o reservado será "la prohibición de acceso y las limitaciones de circulación a personas no autorizadas en locales, lugares o zonas en que radiquen aquéllas", regulando los artículos 12 y ss. del Reglamento lo relativo a los lugares para la custodia o salvaguardia del material clasificado, la custodia del mismo, el cambio de combinación de cerraduras, marcas en documentos encuadernados, no encuadernados, planos y croquis, transmisión y traslado de este material y todas las medidas de seguridad precisas para garantizar la preservación del secreto en cada una de estas actividades.

Por lo demás, es indiferente para la consumación de este delito que se acceda al propio documento puesto que lo que aquí se castiga es la destrucción o inutilización o el consentimiento en la destrucción o inutilización de los medios puestos para impedir el acceso. Por tanto, junto a una modalidad de acción se preve expresamente la comisión por omisión. En cuanto a la expresión "a sabiendas", ésta no figuraba en el Código de 1973, de manera que habiendo quedado recogida en el derecho positivo deberán quedar superadas las controversias doctrinales y jurisprudenciales acerca de la posible comisión culpable del delito que nos ocupa.

Finalmente, el artículo 414.2 se refiere a la comisión del delito por particulares, rebajándose, como es obvio, la penalidad a imponer.

Art. 415. Concordancias.

Art. 18.3 CE, y en relación con ello la Ordenanza Postal de 19 de mayo de 1960 y el Reglamento de Servicios de Correos de 14 de mayo de 1968; arts. 198 y 535 CP; art. 8.12 LORDGC; art. 6.7 RDCNP; art. 7.1.j) RDFAE. Vid. Concordancias arts. 413 y 414. Téngase en cuenta que por Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de noviembre de 1986 se declaró formalmente el carácter secreto de la estructura, organización, medios y procedimientos operativos de los servicios de información, así como las fuentes e informaciones que pudieran revelar en su actuación.

Frente al art. 414 acabado de comentar, el art. que nos ocupa castiga el acceso o la permisividad de acceso a documentos secretos, estando ambos relacionados por un principio de subsidiariedad: así debe entenderse la expresión "la autoridad o funcionario no comprendido en el art. anterior".

Una vez más y al igual que con los tipos que venimos comentando en los artículos 413 y 414, no cabe la comisión culpable, el funcionario público debe ser encargado de la custodia de los documentos por razón de su cargo y cabe la comisión por omisión. Obviamente el funcionario público debe carecer de autorización, puesto que ostentándola, estaríamos ante el ejercicio de un cargo o de un derecho.

En cuanto al secreto, éste normalmente se configura como un hecho sabido solo en un círculo limitado de personas respecto del cual el afectado no quiere, según su interés, que sea conocido por otros. No señala el Código si los secretos han de ser oficiales o privados, debiendo admitirse ambos. En cuanto a los primeros deberá estarse a la Ley de Secretos Oficiales y a la normativa de desarrollo.

Por último, conviene hacer referencia a las relaciones que se dan entre los delitos de este Cap. IV que venimos comentando (27). En efecto, mientras el art. 413 pretende proteger de forma directa al documento frente a su sustracción, destrucción, inutilización u ocultación, los arts. 414 y 415 pretenden evitar la destrucción de los medios puestos para impedir el acceso a los documentos o el propio acceso a los documentos privados, de mane-

ra que el documento, pese a ello, pueda permanecer. Por tanto, parece existir entre el art. 413 y los arts. 414 y 415 un concurso de leyes que debe ser resuelto por aplicación del principio de consunción. Entre los arts. 414 y 415 la relación es de subsidiariedad. La relación entre éstos y el 198 que también prevé el apoderamiento de papeles, cartas, correo electrónico por un funcionario público se resolverá aplicándose preferentemente el artículo 414 o 415 cuando se trata de la correspondencia confiada a cargo del funcionario. Por otra parte, cuando el acceso al documento secreto tiene finalidad la comisión de otro delito existirá un concurso ideal de delitos que será resuelto según lo dispuesto en el artículo 77.

Art. 416. Concordancias.

Vid. las señaladas para los arts. anteriores.

Se trata de un artículo que ya estaba recogido en el Código de 1973 (art. 366, pfo. 2.^ª) donde se distinguía entre eclesiásticos y particulares. La expresión había quedado superada por el tiempo, de ahí que en la actualidad solamente se hable de particulares.

En cuanto a la acción, estando construido el art. 416 sobre los artículos inmediatamente anteriores, nos remitimos a los comentarios realizados respecto de cada uno de ellos, debiendo significarse que la penalidad se rebaja (se imponen las penas de prisión o multa inmediatamente inferiores) lo cual está justificado porque el sujeto activo no reúne la cualidad de funcionario público, desapareciendo, por ello mismo, la pena de inhabilitación.

Por otro lado, en relación con el artículo 414.2 (que castiga al particular que destruir o inutilizar los medios puestos por la autoridad competente para impedir el acceso a documentos), este artículo 416 supone que el particular comete esa acción o la consiente "estando encargado accidentalmente del despacho o custodia de los documentos" por comisión del Gobierno o de otros funcionarios o autoridades, mientras que en el artículo 414.2 no tiene confiado documento alguno a su cargo.

Art. 417. Concordancias.

Arts. 18.1.3 y 4 y 20.3 y 4 CE; arts. 278 a 280, 466, 583, 590 a 603, 198 y 535 CP; arts. 301 y 417.2 LECrim; arts. 52, 53 y ss y 116 CPM; art. 5.5 LOF y CS; art. 13 LSO; arts. 7.7 y 8.11 LORDGC; art. 6.7 RDCNP; art. 80 LFCE; arts. 6.d y 7.1.j RDAE; art. 37 LRJAP y PAC; vid. LSO y téngase en cuenta que por Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de noviembre de 1986 se declaró formalmente el carácter secreto de la estructura, organización, medios y procedimientos operativos de los servicios de información, así como las fuentes e informaciones que pudieran revelar en su actuación; vid. igualmente LO de 29 de octubre de 1992 de Regulación del Tratamiento de Datos de Carácter Personal y RD de 20 de junio de 1994, por el que se desarrollan determinados aspectos de la misma; vid. igualmente Ley 11/95, de 11 de mayo, reguladora de la utilización y control de los créditos destinados a gastos reservados; vid. también el art. 87 de la Ley de 29 de abril de 1964, de Energía Nuclear.

Este precepto es de idéntica redacción, salvo en lo relativo a la penalidad (que con carácter general se ha incrementado), al artículo 367 del Código de 1973, que fue redactado por la LO 9/91 de 22 de marzo, de manera que los comentarios realizados al tipo que ahora se deroga deben valer para el nuevo.

Según Orts Berenguer (28) cabe reputar secreto lo que es sabido por una o pocas personas que, celosamente, desean guardarlo para sí. Este secreto tanto puede ser particular u oficial. Al secreto particular, al que le es aplicable el concepto que acabamos de señalar, se refiere el artículo 417.2, siendo el bien jurídico protegido en este caso el respeto que se ha de guardar a la vida privada familiar y personal, preservándola de cualquier intromisión ilegítima de los extraños.

El concepto de secreto oficial no puede ser muy distinto del acabado de señalar; sin embargo, precisará de un elemento más: ha de recaer sobre cuestiones importantes o relevantes para el interés público (29) siendo el bien jurídico protegido, tal y como señala Orts (op. cit. p. 222) la objetividad en la pres-

tación de servicios administrativos, pues mal se satisfarán los servicios, desde luego no imparcialmente, si quienes han de materializar su prestación facilitan secretos e informaciones susceptibles de perjudicar la causa pública, que el receptor de la confidencia utilizará, con toda probabilidad, en beneficio propio o de un tercero, en detrimento de aquélla.

Cuestión discutida en la doctrina es si el secreto oficial para ser tal requiere de una ley que así lo establezca o si viene dado por la propia naturaleza de la materia de que se trata. López Barja de Quiroga (op. cit. p. 268-269) ha exigido ley orgánica; Muñoz Conde (op. cit. p. 817) exige una ley o una disposición de carácter general. Tal como pone de manifiesto Orts (op. cit. pp. 218-219) es necesaria la presencia de una norma que declare el secreto, pues, de otro modo, la esfera de lo protegido se ensancharía desmesuradamente, quedando en manos de los servidores públicos la decisión de catalogar algo como secreto y al arbitrio de los tribunales la punición de su descubrimiento indebido, en detrimento de la deseable transparencia en la actuación de aquéllos y del principio de legalidad. A nuestro juicio, no parece que sea necesaria la presencia de una LO, como tampoco se requiere para completar leyes penales en blanco, pero si parece necesario una disposición que así lo establezca, bien de forma concreta (p. ej. la Ley 11 de mayo de 1995, califica como secreto toda la información relativa a los créditos destinados a gastos reservados) o bien de una forma abierta (p. ej. LSO establece en su art. 2.º que "a los efectos de esta Ley podrán ser declaradas materias clasificadas todos los asuntos, actos, documentos, informaciones, datos y objetos cuyo conocimiento por personas no autorizadas pueda dañar o poner en riesgo la seguridad y defensa del Estado").

Frente al secreto, y tal y como señala Queralt (30), la información está constituida por hechos que se conocen en atención al cargo u oficio que, sin haber recibido la calificación formal de secretos, son por su propia naturaleza reservados. La diferencia entre secreto y la información viene determinada por aquél aparece declarado como tal, mien-

tras que la información no, suponiendo ambos conocimiento de hechos, actos o noticias que requieren de reserva.

Intimamente relacionado con el ámbito penal está aquí el administrativo, pues no en vano los arts. 7.7 y 8.11 de la LORDGC consideran como infracción leve "las indiscreciones en materia de obligada reserva, cuando no constituyan infracción más grave" y como infracción grave "quebrantar el secreto profesional o no guardar el debido sigilo en asuntos que conozca por razón o con ocasión del desempeño de sus funciones profesionales cuando no constituya delito" (vid. igualmente art. 6.7 RDCNP, art. 80 LFCE y art. 6.d) y 7.1.j) RDAFE). Se hace necesario, por tanto, determinar cuando la revelación de la información es un delito del artículo 414 o cuando es un ilícito administrativo. Para Orts (op. cit. p. 220) "incurrirá en delito, el funcionario que desvele aquellos asuntos que revistan importancia bastante como para ser equiparados a los merecedores de la calificación de secreto. Y ello por dos razones: porque, por el carácter fragmentario del Derecho Penal, sólo debe ser acreedor de pena el desvelamiento de informaciones relativas a materias importantes; y porque al estar ubicadas en el mismo plano la revelación de secretos y la de informaciones (se castigan igual) estas últimas han de ser portadoras de indicaciones de análogo alcance a las que determina la consideración de secreto para específicos conocimientos ...". Por tanto, deben quedar relegados a ilícitos administrativos los quebrantamientos del sigilo que afecten a cuestiones de entidad y significado menores. Es un criterio que supone dejar a la apreciación del juez la decisión correspondiente.

Por otro lado, tanto la información como el secreto, han de ser conocidos por razón del oficio, y además no deben ser divulgados o pertenecer al ámbito de los que no pueden serlo. En el caso del secreto no se plantea problemas pues éste, por su propia naturaleza, no puede ser divulgado. Pero en el caso de las informaciones, la cuestión se complica, ya que como señala Muñoz Conde (op. cit. p. 826), habría que acudir a normas extrapena-

les para saber cuándo el funcionario o la autoridad han de mantener el sigilo.

Sujeto activo de este delito es el funcionario público o autoridad y pasivo el particular, si estamos ante secretos de particulares, y la comunidad, en otro caso. En cuanto a la acción, y teniendo en cuenta cómo está redactado el tipo, no parece que pueda cometerse por omisión, puesto que permitir el acceso al secreto estaría castigado no por el artículo 417 sino por el artículo 416. Tampoco cabe la comisión culpable, pues no parece que pueda revelarse un secreto por imprudencia.

En cuanto a la agravación del artículo 417, pfo. 2.º, ésta, como señala Orts (op. cit. p. 229), "vendrá en aplicación cuando a resultas de la revelación del secreto o de la información, la utilidad o el servicio público dejen de prestarse, se presten mal o con olvido de los principios reguladores de las actuaciones públicas; o cuando un particular sufra un grave perjuicio a consecuencia de la revelación indebida. En otras palabras, procede la agravación cuando la causa pública o un particular reciban un daño superior al consustancial a la revelación". Esto exigirá en todo caso la apreciación por parte del juzgador.

Finalmente hay que hacer referencia aquí a la causa de justificación del art. 417.2 de la LECrim, según la cual, "no podrán ser obligados a declarar como testigos: 2º. Los funcionarios públicos, tanto civiles como militares, de cualquier clase que sean, cuando no pudieren declarar sin violar el secreto que por razón de sus cargos estuvieren obligados a guardar, o cuando, procediendo en virtud de obediencia debida, no fueren autorizados por su superior jerárquico para prestar la declaración que se les pida". A ello ha de añadirse que el régimen disciplinario de la Guardia Civil, Cuerpo Nacional de Policía y demás funcionarios establece un deber de sigilo respecto de los asuntos que conocieren por razón de su cargo y castigan el quebrantamiento del secreto profesional.

Frente a ello el artículo 412 castiga al funcionario público que "requerido por la autoridad competente, no prestare el auxilio debido para la Administración de Justicia u otro servicio público".

Se plantea pues un conflicto de intereses (31) de muy difícil solución, que llega hasta nuestros días (32), habiendo existido autores que han llegado a defender la necesidad de revisión constitucional del art. 417 de la LECrim (33). No obstante, frente a las opiniones doctrinales contrarias al citado artículo, la doctrina jurisprudencial parece ir por otro camino. En efecto, la sentencia de 14 de diciembre de 1995 del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción ha venido a establecer que "el Juez de Instrucción que considere necesarios a los fines de la investigación sumarial determinados documentos clasificados como materia comprendida en el ámbito de la reserva de secreto oficial, no puede imponer, sin más, al Ministro responsable su entrega y aportación. Puede dirigirse a él, por medio de la exposición razonada -art. 187 LECrim- al objeto de que la traslade al órgano competente -Consejo de Ministros- y éste pueda valorar, dentro de sus funciones directivas de gobierno, los intereses en juego, principalmente, el de la seguridad del Estado, cuya exclusiva interpretación le corresponde en esta materia, y decidir en consecuencia" (34).

Por tanto, mientras esté así la legislación y a efectos puramente prácticos, en tanto se cumplan las previsiones de la LSO y recaiga la clasificación de "materia clasificada" el funcionario vendrá obligado a acatarla y su negativa a declarar estará a cubierto de responsabilidad criminal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 20.7 del Código (que excluye de responsabilidad criminal al que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo), incurriendo en el delito del art. 417 si declara. Es más, por la vía de contar para declarar con la autorización del superior jerárquico se podría llegar ante el Ministro respectivo, y en última instancia ante el Consejo de Ministros, órgano competente en materia de secretos oficiales, al objeto de que por éste, y en el ejercicio de sus competencias, decida desclasificar la materia de que se trata, si así lo considera.

Art. 418. Concordancias.

Vid. las del artículo anterior.

El Código de 1973, en su artículo 368, castigaba al "funcionario público o autoridad que, haciendo uso de un secreto de que tenga conocimiento por razón de su cargo u oficio, o de una información privilegiada, obtuviera un beneficio económico....", mientras que ahora ha cambiado el sujeto activo del delito, siendo el particular que se aprovecha para sí o para un tercero del secreto o de la información privilegiada, no incriminándose el uso o aprovechamiento que pueda hacer el propio funcionario (no obstante, el funcionario que se dedica a facilitar a otro la información para que la use y obtenga beneficio, si recibe dinero a cambio responderá como autor de un delito de revelación de secretos del artículo 417 en concurso con un posible delito de cohecho). Tal y como señala Muñoz Conde (op. cit. p. 822), con la redacción del artículo 368 del Código de 1973 se había planteado el problema de cómo podría incriminarse la conducta del particular que hiciera uso de la información recibida: la impugnidad sólo podría ser salvada convirtiendo al particular en partícipe o, lo cual era más aconsejable, tipificando expresamente el uso de la información recibida. A esta segunda idea responde el actual artículo 418.

Por otra parte, y a diferencia del art. 368 del Código de 1973, que era un delito de resultado, en tanto requería que como consecuencia del uso se obtuviera un beneficio económico, el artículo 418, castiga sin más el aprovechamiento de manera que aun no obteniéndose beneficio alguno el delito quedaría consumado. Aunque el problema no está resuelto definitivamente porque la penalidad se establece en función del beneficio derivado del aprovechamiento, pudiendo existir casos en los que no se pueda cuantificar este beneficio, o aparezca oculto.

En cuanto a la "información privilegiada" el artículo 368 definía ésta señalando que era "toda información de carácter concreto que se tenga exclusivamente por razón del oficio o cargo público y que no haya sido notificada, publicada o divulgada"; sin embargo, el nuevo

artículo 418 guarda silencio. El artículo 81 de la Ley de Mercado de Valores fue el que estableció esta definición de información privilegiada, definición que fue recogida posteriormente, con las debidas matizaciones, por la LO 9/91, de 22 de marzo, de modificación del CP. En consecuencia, se estima que el concepto de "información privilegiada" puede ser el apuntado y, tampoco parece que exista una diferenciación entre esta "información privilegiada" y las "informaciones" de que tenga conocimiento el funcionario por razón de su oficio del artículo 417, tal y como señala Orts (op. cit. p. 221).

Tampoco resuelve el Código si el secreto o información que el particular obtiene de un funcionario ha de haber sido conocida por éste por razón de su cargo, aunque el concepto de información privilegiada acabado de apuntar induce a pensar en ese sentido.

Finalmente, la agravación cuando se produce daño para tercero o para la causa pública no plantea especial dificultad, debiendo señalarse que corresponderá al juzgador determinar cuando concurren estas circunstancias (vid. no obstante, el comentario al artículo 417, pfo. 2º acerca de cuando debe entenderse que existe daño para la causa pública o para tercero).

COHECHO**Art. 419. Concordancias.**

Arts. 446, 404, 422, 431 CP; arts. 115 y 185 CPM; arts. 954.3 LECrim; art. 146.1.a).

El bien jurídico protegido en este delito de cohecho es la confianza pública en el ejercicio del poder administrativo o judicial según los principios del Estado de Derecho.

Tradicionalmente se ha distinguido en el ámbito del cohecho entre la conducta del que pretende corromper al funcionario y la del funcionario que acepta el soborno. La primera modalidad recibe el nombre de cohecho activo y ésta, la de cohecho pasivo. Esta distinción aparece también recogida en el nuevo CP, refiriéndose los arts. 419, 420, 421, 425 y 426 al cohecho pasivo y el 423 y 424 al activo. Se trata de una clasificación basada en el

sujeto que realiza la acción: si es el particular el que intenta corromper estamos ante el activo; por el contra, si es el funcionario quien acepta el soborno estamos ante el cohecho pasivo (35). Además, dentro del cohecho pasivo se distingue entre cohecho propio e impropio, según que lo que el funcionario haya de realizar sea contrario al deber del cargo o no lo sea, respectivamente.

Debe tenerse en cuenta, que existe una disposición de carácter general que, situada fuera de este Cap. V referente al cohecho, es aplicable a todos los casos en él previstos. Se trata del artículo 431, incluido dentro del Capítulo VI ("Del tráfico de influencias"), que establece que "en todos los casos previstos en este Capítulo y en el anterior, las dádivas, presentes o regalos caerán en decomiso".

Por otra parte, la expresión "en provecho propio o de un tercero" no estaba recogida en el Código de 1973, debiendo hacerse una crítica favorable a la misma, pues no quedaba incriminado el supuesto en el que el regalo se hiciese a parientes del funcionario, p. ej., o a otra persona o entidad por indicación de aquél. Es un elemento subjetivo que presupone que la lesión del bien jurídico se torna merecedora de pena sólo cuando el autor revela una especial tendencia.

La conducta típica, tal como señala Orts (36), estriba en solicitar o recibir, por sí o por persona interpuesta, dádiva o presente o el aceptar ofrecimiento o promesa. Se trata de acciones de signo opuesto, ya que la primera (solicitar) implica una intervención positiva del funcionario, mientras que las otras dos (recibir y aceptar) suponen una actitud pasiva. Interesa destacar que el acuerdo entre el funcionario y el oferente o solicitado es innecesario, como regla general. Lo habrá fácticamente cuando el funcionario reciba o acepte, pero es indistinto si solicita, pues aunque su petición sea rechazada el delito ha visto la luz. Ello confirma la naturaleza unilateral del delito de cohecho.

En cuanto al instrumento del delito (37), se trata de dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas. Respecto de ellas, algún sector doctrinal (Ferrer Sama, Quintano, Rodríguez Devesa, Muñoz Conde, etc.) ha venido exi-

giendo que tengan contenido económico. Otros, (Cuello Calón, Jaso, Córdoba, etc.) estiman que no es preciso restringir el contenido de la dádiva al económico, pues ni de la letra ni del espíritu de los tipos se deduce ésto, pudiendo ser violentado el bien jurídico protegido, tanto si la dádiva y el presente tienen contenido económico o no lo tienen. En nuestra opinión, y siguiendo a López Barja de Quiroga (op. cit. p. 336) ésta debe ser la posición correcta aunque pueden producirse dificultades a la hora de determinarse la pena pues esta depende del valor de la dádiva. Por lo demás dádiva y presente pueden entenderse como gratificaciones de cualquier clase o naturaleza, y el ofrecimiento y la promesa como la oferta de una gratificación así obtenida. Por otra parte, el Código, igual que ocurría con el del año 1973, no alude a cuantía alguna en relación con la dádiva, por lo que en principio es indiferente cual sea. Ahora bien, no debe olvidarse que la dádiva es la razón de ser que mueve al funcionario a actuar contra el deber y de ahí, como indica Orts, (op. cit. p. 473), mal inducirá a la corrupción un monto insignificante, de manera que deben tenerse en cuenta los usos y costumbres sociales, sin que ciertos obsequios menores puedan considerarse como corrupción del funcionario. Por último, en relación con el momento en que debe concretarse las dádivas, según López Barja de Quiroga (op. cit. p. 337), pueden ser en cualquier momento actual o futuro, pero en cualquier caso motivadoras del acto contrario al deber del funcionario y, por tanto, anteriores a dicho acto, al menos en cuanto a su ofrecimiento, aunque sea entregada con posterioridad; si la dádiva es solicitada con posterioridad a la realización del acto estaríamos ante el delito del art. 425.

Por otro lado, no basta con aceptar, recibir o aceptar la dádiva, sino que el Código exige una finalidad, ya que ésta se entrega o recibe para "realizar en el ejercicio de su cargo una acción u omisión constitutiva de delito". Por tanto, si con la dádiva se pretende que se realice una falta, no estaríamos ante el delito del art. 419, sino ante el del 420. El acto que ha de llevar a cabo el funcionario ha de ser de los encuadrados en la esfera de su competencia,

pues de tener por objeto la realización de un acto delictivo ajeno a su cargo, no sería su conducta constitutiva de delito de cohecho (así STS 6-10-44 Ar. 114; 21-4-50 Ar. 884; 18-2-54 Ar. 485 ...), pudiendo serlo de estafa, tráfico de influencias, etc.

Se admite ahora la comisión por omisión (que no estaba en el Código de 1973) y que se comentará al hacerlo respecto del art. 421. En cuanto a la culpabilidad y teniendo en cuenta el carácter finalístico del delito, no cabe la comisión por imprudencia. El delito se consuma tan pronto como tenga lugar la solicitud, la aceptación o la recepción de la dádiva. Se consuma para el funcionario por el mero hecho de solicitar, aunque el destinatario no acceda a su demanda, y por aceptar el ofrecimiento o la promesa, aunque no lleguen a materializarse; además, no es necesario que el delito que motiva la dádiva, llegue a ejecutarse para que el cohecho se entienda consumado.

La expresión "sin perjuicio de la pena correspondiente al delito cometido en razón de la dádiva o promesa" es una remisión al concurso real de delitos, de manera que deberá responder tanto por el cohecho como por el correspondiente al acto delictivo realizado.

Finalmente, en cuanto a la penalidad, respecto del Código de 1973, ésta se ha incrementado: la prisión menor pasa a prisión de dos a seis años, se mantiene la pena de tanto al triplo del valor de la dádiva, pero se establece como pena principal la inhabilitación especial de siete a doce años.

Art. 420. Concordancias.

Vid. las del art. anterior.

Debido a la gran coincidencia con el art. anterior nos remitimos a lo que en él se ha señalado. Sin embargo, y a diferencia del artículo 419, en el artículo 420, la dádiva, el presente, el ofrecimiento o la promesa se solicitan o aceptan para realizar un acto injusto. Por acto injusto hay que entender todo aquél que aparezca enfrentado al ordenamiento jurídico, y en consecuencia un ilícito civil, administrativo o penal (no delito).

El Código distingue en orden a la penalidad

(que se incrementa respecto del Código anterior) según que el acto injusto se llegue a ejecutar o no, distinción que no aparece cuando lo que se pretende del funcionario es la ejecución de un delito (art. 419). La razón de ello se encuentra en que en el art. 419 entrarán en juego las reglas de los concursos de delitos, mientras que en el artículo 420 como de lo que se trata es de un acto injusto no pueden aplicarse dichas reglas. En previsión de esta circunstancia se establece una penalidad agravada para el caso de que el injusto sea realizado.

Art. 421. Concordancias.

Vid. las del art. anterior.

El precepto supone que la dádiva se solicite, se haya recibido o se haya aceptado y ello aunque en el precepto se lea "prometida", pues como indican López Barja de Quiroga (op. cit. p. 343) y Orts (op. cit. p. 476) es claro que no basta con que alguien prometa entregar una gratificación para que el presupuesto del tipo se cumpla, si no se produce al mismo tiempo la aceptación, porque, de no interpretarlo así se estaría asimilando a conductas de diferente calado.

Lo que se pretende con la dádiva es que el funcionario se abstenga de ejecutar un acto que debiera realizar en el ejercicio de su cargo, y esta abstención plantea el tema de las relaciones entre los artículos 419 y 420 y el artículo 421. Tal como señala López Barja de Quiroga ¿qué tipo debe aplicarse si la abstención es constitutiva de delito o, sin serlo, es injusta? Con relación a la omisión que constituya delito existe un acuerdo generalizado en que debe aplicarse el artículo 419, y así parece haberlo recogido el nuevo Código Penal que se refiere en este artículo a "realizar en el ejercicio de su cargo una acción u omisión constitutiva de delito".

Sin embargo en el caso del artículo 420 guarda silencio, por lo que habrá de acudir a la doctrina y jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto del Código anterior. Se entiende así que en el antiguo art. 386 también deberían comprenderse las omisiones injustas, lo cual es igualmente aplicable al artículo 420 del nuevo Código, de modo que

el artículo 421 quedaría para las omisiones de actos lícitos. Así STS 28-6-62 Ar. 3081; 30-4-85 Ar. 2152; etc.

Art. 422.

Se trata de un precepto de casi idéntica redacción al artículo 388 del Código de 1973, que no plantea especiales problemas interpretativos. En cuanto a los jurados ello es especialmente aplicable como consecuencia de la puesta en funcionamiento en nuestro país del Tribunal del Jurado (vid. LO 5/95 de 22 de mayo del Tribunal del Jurado) que es una institución para la participación de los ciudadanos en la Administración de Justicia y, por ende, en el ejercicio de funciones públicas.

Se amplía, pues, el sujeto activo de estos delitos, extendiéndose a todo el que realice funciones públicas sin necesidad de que exista disposición inmediata de la ley o elección o nombramiento como funcionario público (vid. *ut supra* el concepto de funcionario público). Así, p. ej., la STS 21-3-78, Ar. 1.082, entiende que este delito puede ser cometido por el comisario de la quiebra.

Art. 423. Concordancias.

Arts. 424, 427, 431 CP.

Sujeto activo de este delito puede ser cualquier persona. En cuanto a la acción existen dos modalidades: por una parte, el particular que mediante dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas corrompiere o intentare corromper al funcionario. Por corromper o intentar corromper, ha de entenderse aquella acción tendente a que el funcionario en el ejercicio del cargo infrinja su deber, bien ejecutando un acto delictivo, un acto injusto o absteniéndose de ejecutar un acto que deba practicar, o bien ejecutando un acto lícito que no hubiera realizado sin la dádiva, (respecto de este último caso, se había discutido acerca de los casos en los que el particular acepta las demandas del funcionario, no para obtener una decisión ilícita, sino por miedo a que sus asuntos se vean demorados. Para algunos autores —Muñoz Conde, Rodríguez

Devesa, etc.— la conducta del particular aquí no sería incriminada. Otros se manifestaban en contra, tal es el caso de López Barja de Quiroga —*op. cit.* p. 354—. Nosotros entendemos que no hay razón para excluir del ámbito del art. 423 la conducta del particular que corrompe o intenta corromper al funcionario o que acepta los requerimientos de éste mediante la entrega de una dádiva, en consideración a su función o para la consecución de un acto no prohibido, máxime si se tiene en cuenta que el artículo 425 incrimina la conducta, que en el Código de 1973 no lo estaba, del funcionario público que solicitare dádiva o presente o admitiere ofrecimiento o promesa para realizar un acto propio de su cargo).

La segunda acción se produce cuando ante la solicitud de exigencia de una dádiva por parte del funcionario, el particular acepta la entrega de la misma.

Por la propia configuración del tipo, éste es un delito doloso que no admite la comisión imprudente.

Tal y como indica López Barja de Quiroga (*op. cit.* pp. 354-355) el delito queda consumado desde el momento que el particular propone u ofrece la dádiva, sin que sea preciso que el funcionario acepte la propuesta; igualmente cuando la solicitud de la dádiva procede del funcionario, entonces el delito queda consumado para el particular en el momento en que éste acepte la misma y acceda a la entrega, no siendo tampoco necesario que la dádiva llegue efectivamente a entregarse. Por tanto no se admiten formas imperfectas de ejecución.

En cuanto a la participación, cuando el particular ofrece la dádiva para que el funcionario ejecute un delito, aquél habrá de ser castigado por este segundo delito como inductor. Si es el funcionario el que solicita la dádiva está claro que el particular no es inductor del segundo delito (Muñoz Conde —*op. cit.* p. 842— le considera participe por cooperación, mientras que Orts —*op. cit.* p. 479— entiende que no incurrirá en mas responsabilidad que la del artículo 423, pues la incriminación en concepto de cooperador necesario no parece viable al no colaborar en modo alguno en la ejecución del delito).

Finalmente, en cuanto a la penalidad, el artículo 391 del Código de 1973 castigaba por igual tanto a los particulares que corrompieren o intentaren corromper a los funcionarios como a los particulares que atendieren las solicitudes de aquéllos. En la actualidad, y para este segundo supuesto se rebaja la pena, siendo castigados con pena inferior en grado, y ello ha de merecer una crítica favorable pues su conducta es meramente pasiva.

Art. 424.

Se trata del trasunto del art. 392 del Código de 1973, habiéndose añadido, en consonancia con las nuevas realidades sociales, la expresión "... u otra persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad ...", y admitiéndose expresamente la relación por adopción.

Tal como señala Orts (op. cit. p. 480) razones político-criminales, similares a las que subyacen en otros preceptos, son las que aconsejan al Legislador a mitigar la pena, siempre que el soborno tenga por objeto favorecer a uno de los parientes a que se hace mención en el artículo 424, en causa criminal.

La penalidad ha sido modificada, pues si antes se establecía una multa equivalente al valor de la dádiva, sin que pudiera bajar de 100.000,- ptas., ahora se impone una pena de multa de tres a seis meses, lo cual merece una crítica favorable al evitarse la impunidad de estas conductas cuando la cuantía de la dádiva fuera desconocida.

Art. 425. Concordancias.

Arts. 419, 420, 421, 423 y 426 CP.

Se trata de un artículo de nueva creación por el Código, pues antes la conducta del funcionario que solicitare dádiva o presente o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar un acto propio de su cargo no estaba incriminada, constituyendo delito del artículo 390 del Código de 1973 únicamente la admisión de dádiva o regalo que le fuere ofrecido para la consecución de un acto no prohibido, pero no su solicitud. Por tanto, se amplían las conductas delictivas.

El precepto que estamos comentando está íntimamente relacionado con los artículos 419 (cuando el funcionario solicitare dádiva o regalo para realizar una acción u omisión constitutiva de delito), 420 (para una acción u omisión injusta) y con el artículo 421 (para una omisión justa).

Se castiga, por otra parte, la acción de solicitar dádiva o presente o admitir ofrecimiento o promesa "en recompensa del acto ya realizado", conducta, igualmente, de nueva incriminación, y que completa el conjunto de conductas delictivas pues en los delitos anteriormente mencionados (arts. 419, 420, 421) las dádivas eran motivadoras del acto contrario al deber, y, por tanto, anteriores a dicho acto, al menos en cuanto a su ofrecimiento, aunque fueren entregadas con posterioridad. Aquí, por contra, la dádiva se solicita una vez ya realizado el acto (se pueden plantear dudas, dado que el Código no distingue, en los casos en que el funcionario solicite recompensa por el acto no realizado, una vez consumada la abstención). Además, se distingue, estableciéndose una penalidad diferente, según que el acto sea constitutivo de delito o no (parece que hay que entender, dado que el Código no distingue, que la penalidad cuando el acto realizado es injusto —no constitutivo de delito— es igual a cuando es justo).

Finalmente, si la solicitud va seguida de entrega, la recepción de la dádiva será constitutiva de delito del artículo 426, motivando la aplicación del artículo 73 del Código (concurso real).

Art. 426. Concordancias.

Arts. 419, 420, 421, 423 y 425 CP.

Teniendo en cuenta que el artículo 425 castiga a "la autoridad o funcionario que solicitare dádiva o presente o admitiere ofrecimiento o promesa para realizar un acto propio de su cargo...", y este artículo 426 a "la autoridad o funcionario que admitiere dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su función o para la consecución de un acto no prohibido...", quizá hubiese sido lógico refundir estos dos artículos en uno solo, recogiendo en un solo tipo las conductas consistentes

en solicitar y recibir dádiva, como ocurre en los artículos 419 y 420.

Por lo demás, tener en cuenta que la expresión "en consideración a su función", según López Barja de Quiroga (op.cit. p. 350-351), citando a Córdoba, se refiere a comportamientos o actuaciones realizados por el funcionario en el ejercicio de sus funciones que haya llevado a cabo en el pasado o pueda realizar en el futuro. Abarca, pues, el "pago" por lo que ha realizado el funcionario como por lo que va a realizar.

Art. 427.

Se trata de un precepto de nueva creación que no estaba en el Código de 1973 y que se justifica en razones de política criminal. Para que la exención de responsabilidad sea operativa es preciso: a) que el particular haya accedido ocasionalmente a la solicitud de dádiva o presente, de modo que se excluyen los casos en que el particular haya accedido de una forma reiterada o continuada; b) que el particular denuncie el hecho ante autoridad que tenga el deber de proceder a su averiguación, señaladamente miembros de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, Ministerio Fiscal o incluso ante el Juez de Guardia; c) que la denuncia se efectúe antes de la apertura del procedimiento, entendiéndose abierto con las diligencias policiales o atestados, tal y como ha señalado la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS 9-5; 19-5; 27-9; 7 y 14-10 de 1988, 2-7-88, etc.) y d) que lo verifique antes de que hayan transcurrido más de diez días desde la fecha de los hechos.

NOTAS

(1) MARTIN CANIVELL, Joaquín: "Prevaricación", LA LEY, 9 de febrero de 1996.

(2) ROLDAN BARBERO, Horacio: "De la Prevaricación Administrativa", LA LEY, 1994-1, p. 1.024.

(3) LOF y CS, Art. 7.1, según el cual "en el ejercicio de sus funciones, los miembros de las fuerzas y Cuerpos de Seguridad tendrán a todos los efectos legales el carácter de Agentes de la Autoridad", LOTT, art. 174.2, según el cual "los empleados de las empresas ferroviarias tendrán en el ejercicio de sus funciones a que se refiere el punto anterior la consideración de Agentes de la Autoridad". Resolución de 8 de enero de 1988 de la Dirección General de Recaudación (BOE de 25 de enero) atribuye a determinados funcionarios el carácter de Agentes de la Autoridad. Tal como señala

Gimbernat ["Código Penal". Tecnos, Madrid 1995, p. 78], a efectos penales, tales disposiciones tienen solo carácter orientador pero en ningún caso vinculante, ya que la expresión Agente de la Autoridad o funcionario público es característica típica de varios delitos por lo que iría en contra del principio de legalidad que una norma sin rango de ley -, desde la entrada en vigor de la Constitución, sin rango de la Ley Orgánica- pudiese definir un elemento delictivo cuando no existe una remisión expresa del Código Penal a disposiciones extrapenales para que éstas definan o complementen un hecho punible. Por lo tanto, el concepto de funcionario público es un concepto funcional que debe extraerse de cada tipo delictivo en concreto, teniendo en cuenta para ello la finalidad político-criminal perseguida por el legislador con la creación del precepto.

(4) LFCE, art. 1, según el cual "los funcionarios de la Administración pública son las personas incorporadas a la misma por una relación de servicios profesionales y retribuidos regulada por el Derecho Administrativo".

(5) MUÑOZ CONDE, Francisco: "Derecho Penal. Parte Especial", 10ª edic. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 803-804.

(6) Real Decreto 33/86, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado; Ley Orgánica 11/91, de 17 de junio, del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil; arts. 27 ss. de la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado de 13 de marzo de 1986 y R.D. 884/89, de 29 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía.

(7) El art. 13.4 de la LRJAP y PAC establece que "las resoluciones administrativas que se adopten por delegación indicarán expresamente estas circunstancias y se considerarán dictadas por el órgano delegante".

(8) OCTAVIO DE TOLEDO, Emilio: "La prevaricación del funcionario público", Ed. Civitas, Madrid, 1960, pag. 58 y ss. y 401 y ss.

(9) El acto administrativo según la doctrina tradicional se define como una declaración de voluntad, juicio, conocimiento o deseo realizado por la Administración en el ámbito de una potestad distinta de la reglamentaria.

(10) La jurisprudencia ha venido exigiendo que las resoluciones fueran definitivas. Así las sentencias del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 1929, de 30 de mayo de 1973, de 27 de mayo de 1992. Resolución definitiva es la que agota la vía administrativa, causando estado (vid.art. 109 de la LRJAP y PAC), constituyendo la última palabra de la Administración, contra la que no cabe recurso ordinario administrativo. Resolución firme es aquella contra la que no cabe recurso administrativo ni contencioso administrativo.

(11) Tal como señala Roldán Barbero (op. cit.) la jurisprudencia viene recomendado desde antiguo una interpretación del término injusticia que no deje lugar a dudas. Y así la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 1952 ha exigido que aquella sea tan patente que "no pueda explicarse por una interpretación razonable"; la de 30 de diciembre de 1972 requiere el conculcamiento "de normas elementales de observancia"; la de 17 de septiembre de 1990 la contrariedad a "principios esenciales, mas allá de las propias normas específicas del Derecho administrativo".

(12) El art. 2 de la LRJAP y PAC determina qué debe entenderse por Administraciones Públicas, extendiéndose a la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Entidades que integran la Administración Local y las Entidades de Derecho Público vinculadas a cualquiera de las Administraciones anteriores, las cuales sujetarán su actividad a la presente

Ley cuando ejerzan actividades administrativas, sometiendo en el resto de su actividad a lo que dispongan sus normas de creación.

(13) Roldán Barbero (op.cit.) entiende que los actos políticos solo pueden ser dictados por el Gobierno y no por las Comunidades Autónomas ni por las Entidades Locales. Señala que otra cosa es que esas otras Administraciones tengan la posibilidad de dictar actos discrecionales que no son susceptibles, salvo colosal dislate, de ser apreciados en su injusticia.

(14) RODRIGUEZ DEVESA, José María y SERRANO GÓMEZ, Alfonso: "Derecho Penal Español. Parte Especial", 17 Ed., Dykinson, Madrid, 1994, p.1162.

(15) Sentencias del Tribunal Supremo, entre otras, de 17 de abril, y 27 de junio de 1.986, 9 y 19 de diciembre del mismo año, 17 de diciembre de 1.986, 21 de enero y 3 de febrero de 1987, 5 y 26 de octubre de 1989, 8 de noviembre de 1989, etc.

(16) LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: "Manual de Derecho Penal. Parte Especial III", Akal/Jure, Madrid, 1992, página 234.

(17) ORTS BERENGUER, E: "Derecho Penal. Parte Especial", Tirant Lo Blanch, Valencia, 1993, p. 446.

(18) VIVES ANTON, T.S.: op. cit. nota 17, p.135, al ser conjunta de varios autores. Incluso otros (Muñoz Conde, op. cit. p. 735) habían manifestado la necesidad de suprimir el art. 222 del Código Civil de 1973 ya que con esa configuración era una amenaza constante para el derecho del trabajador.

(19) El Tribunal Constitucional en Sentencia 11/81, de 8 de abril, admitió la constitucionalidad del tipo en cuanto es un delito cuya producción requiere un dolo específico que es la voluntad de subvertir la seguridad del Estado.

(20) Si después de promover, dirigir u organizar el abandono, toman parte en el mismo, podríamos estar ante un concurso real de delitos, o bien pudiera interpretarse que el art. 409, pfo. 2º queda absorbido por el pfo.1º.

(21) Si el abandono es individual estaríamos, en su caso, ante los delitos de los arts.407 o 408, o ante una infracción disciplinaria.

(22) El RD Ley de Relaciones Laborales considera huelgas ilegales las políticas, que son las que se inician o sostengan por motivos políticos o cualquier otra finalidad ajena al interés profesional de los trabajadores, las huelgas de solidaridad o apoyo, siendo la jurisprudencia vacilante en este punto (la STS 8-2-80 Ar. 679, califica de huelga ilegal la que se produce en solidaridad con los trabajadores de otra sección que iban a ser despedidos; en otras ocasiones ha estimado que no es ilegal el mismo supuesto porque afecta al interés profesional; STS 24-10-89 Ar.7.422). También se considera ilegal la huelga novatoria que es aquella que pretende alterar durante su vigencia un convenio colectivo estatutario.

(23) VIVES ANTON, T.S.: "Consideraciones político-criminales en torno a la obediencia debida", Estudios Penales y Criminológicos, V. Santiago de Compostela, 1982.

(24) JODRA ARRIBAS, Félix: "Derecho Penal. Parte Especial", 5.ª Ed., Dirección General de la Policía (División de Formación), Madrid 1991.

(25) La STS de 2-6-69 (Ar. 3060) establece los siguientes requisitos para este delito: 1.º tener la condición de funcionario público; 2.º que un particular lo requiera para prestar algún auxilio; 3.º que el requerido este obligado por razón de su cargo a prestarlo; 4.º que con la prestación del auxilio pueda evitarse un delito u otro mal; y 5.º que se abstuviera de prestarlo sin causa que justifique la abstención.

(26) Como ya hemos dicho el Código de 1973 no recogía tal expresión "a sabiendas", en su tipo del art. 364, habiendo discutido la doctrina si cabía o no la comisión culposa. Para algunos autores (Ferrer Sama, Muñoz Conde,

Orts, etc.) de la redacción legal se deducía que se trataba de un delito que solo podía ser cometido dolosamente. Frente a ellos Rodríguez Devesa, Quintano y la STS de 24-10-90 admitían la imprecisión imprudente.

(27) En cuanto a las relaciones entre los delitos recogidos en el Cap. IV del Título XIX, véase López Barja de Quiroga (op. cit. p. 259), referente al Código de 1973, pero igualmente deben valer para el nuevo Texto Legal.

(28) ORTS BERENGUER, E: "Revelación y uso indebido de secretos e informaciones", Cuadernos de Derecho Judicial, 1994-IV, Consejo General del Poder Judicial.

(29) Orts (op.cit. nota 28, p. 218). Según este autor ha de evitarse a toda costa un concepto extremadamente dilatado de secreto, favorecedor del obscurantismo en la Administración en la que, antes al contrario, debe prevalecer la transparencia, la diaphanidad estando solo indicado el siglo cuando convenga a los intereses generales. Una solución contraria iría en contra del art. 105.b) CE.

(30) QUERALT, J.J.: "Derecho Penal Español. Parte Especial", Barcelona 1992, p. 588-589.

(31) Orts (op. cit. p. 225) quien cita a Muñoz Conde para quien el conflicto ha de resolverse por la vía del estado de necesidad, dándole primacía al fin de la realización de la justicia frente al puramente funcional del mantenimiento del secreto. Queralt ha señalado que las declaraciones de los funcionarios ante comisiones parlamentarias y ante el Juez están justificadas y que la negativa a declarar ante éste que puede esgrimir el funcionario (art. 417.2 ECRIM) carece hoy de asidero bastante por contravenir el derecho a la defensa (art. 24.2 CE), la obligación de acatar las resoluciones judiciales (art. 118 CE) y supondría una pérdida de la exclusividad en la función de juzgar (art. 117.3 CE).

(32) Gran relevancia ha tenido, incluso en la prensa (véase por ej. los artículos de Perfecto Andrés Ibáñez, "Lo que complace al Príncipe" en El País de 23-XII-1995, de Jorge de Esteban, "Meditación Navideña", en El Mundo de 27-XII-95, de Gimbernat Ordeig, "La sinrazón de la Sentencia del Tribunal de Conflictos", en El Mundo de 18-XII-95), el conflicto de jurisdicción que ha enfrentado al Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de Madrid frente al Ministerio de Defensa, como consecuencia de la orden de aquél al Ministro de Defensa para que remitiese determinados documentos clasificados como secretos del Centro Superior de Información de la Defensa (CESID) relativos a la creación, organización, financiación, etc., de los Grupos Antiterroristas de Liberación (GAL). Dicho conflicto fue resuelto por Sentencia de 14-XII-1995 del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción (vid. La Ley de 8-1-96), que dio la razón al Ministerio de Defensa.

(33) DIEZ PICAZO, Luis: "El secreto de Estado en el Procedimiento Penal", La Ley, 15-1-96, con una muy interesante aportación acerca de cual debe ser el estatuto del secreto de Estado en el ámbito jurisdiccional penal.

(34) Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la Sala 2.ª del T.S. mediante Auto de diciembre de 1994 mantuvo que aunque tuvieran carácter secreto, los Tribunales podían investigar los fondos reservados si existían indicios de que habían sido objeto de delitos de malversación.

(35) Algunos autores (Jaso, Grolzard) habían venido criticando la concepción unilateral del cohecho, defendiendo su carácter bilateral y negando la distinción entre cohecho activo y pasivo, y entienden que el delito es único, y supone la participación de dos personas (el particular y el funcionario), confluendo las voluntades de ambos para la realización del mismo y, del cual, ambos son sujetos activos.

No obstante, la doctrina dominante (Rodríguez Devesa, Ferrer Sama, Muñoz Conde) defiende la naturaleza unilateral del delito, considerando (vid. López Barja de Quiroga op. cit. p. 333) que no es preciso llegar al pacto de soborno para que exista el delito de cohecho, sino que existen dos delitos distintos e independientes: el del funcionario y el del

particular. Basta con que el particular ofrezca la dádiva o con que el funcionario la solicite para que en cada caso se haya producido un delito.

[36] ORTS BERENGUER, E.: Derecho Penal Español. Parte Especial. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1993, página 476.

[37] GRANADOS PEREZ, Carlos: "El Instrumento en el delito de cohecho". Cuadernos de Derecho Judicial. 1994-IV, Consejo General del Poder Judicial.

ABREVIATURAS

Ar:	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi.	LOPJ:	Ley Orgánica 6/85 de 1 julio, del Poder Judicial (BOE 2-7), reformada por la Ley Orgánica 16/94 de 8 de noviembre (BOE 9-11).
CE:	Constitución Española de 27 de diciembre de 1978 (BOE 29-12).	LOPSC:	Ley Orgánica 1/92, de 21 de febrero, de Protección de la Seguridad Ciudadana (BOE de 22-2).
CP:	Ley Orgánica 10/95, de 23 de noviembre, del Código Penal.	LORDGF:	Ley Orgánica, 11/91, de 17 de junio, del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil (BOE 16-6).
CPM:	Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, por la que se aprueba el Código Penal Militar (BOE 11-12).	LOREG:	Ley Orgánica de Régimen Electoral General 5/85, de 19 de junio, modificada por Leyes Orgánicas 1/87 de 2 de abril; 8/91, de 13 de marzo; 6/92, de 2 de noviembre; 13/94, de 30 de marzo y 3/95, de 23 de marzo.
EOMF:	Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, aprobado por Ley 51/81, de 30 de diciembre (BOE de 13-1-82), modificado por la Ley 5/88 de 24 de marzo (BOE de 29-3).	LSO:	Ley de 5 de abril de 1968 (BOE 6-4), de Secretos Oficiales, modificada por la Ley de 7 de octubre de 1978 (BOE 11-10).
LECrim:	Ley de Enjuiciamiento Criminal, promulgada por R.D. de 14 de septiembre de 1882.	LOTT:	Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, 16/87, de 30 de julio (BOE de 31-7).
LFCE:	Ley de Funcionarios Civiles del Estado, Texto Articulado aprobado por Decreto 315/64, de 7 de febrero (BOE 15-2).	LRJAE:	Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, Texto Refundido de 26 de julio de 1957 (BOE del 31-7).
LJCA:	Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956 (BOE 28-12).	LRJAP y PAC:	Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de 26 de noviembre de 1992 (BOE del 27-11).
LO:	Ley Orgánica.	RD:	Real Decreto.
LOF y CS:	Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, 2/86, de 13 de marzo (BOE del 14-3).	RDCNP:	Real Decreto 884/89, de 14 de julio (BOE 19-7), por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía.
		RDFAE:	Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado, aprobado por Real Decreto 33/86, de 10 de enero (BOE 17-1).
		STCo:	Sentencia del Tribunal Constitucional.
		STS:	Sentencia del Tribunal Supremo.