

**FERNANDO VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS**

Área de Derecho Penal. Universidad de Santiago de Compostela

**El consentimiento del ofendido en los delitos contra la  
Administración Pública (sobre el bien jurídico protegido  
en los delitos “del cargo”)**

## I

La tipicidad de los delitos de los funcionarios públicos aparece “recortada” por una constelación de elementos conceptuales aportados por el Derecho administrativo, el sector del ordenamiento jurídico que define en primera instancia los criterios de legitimidad de la acción estatal. Entre dichos elementos se cuenta la voluntad aquiescente del administrado, ocasional presupuesto —según enseña la dogmática clásica— de la existencia o eficacia de las decisiones unilaterales imperativas de la Administración<sup>1</sup>. El consentimiento del titular del domicilio, por ejemplo, convierte la ejecución de una diligencia de entrada y registro no respaldada por resolución judicial alguna en un acto plenamente respetuoso con la legalidad vigente, desprovisto de relevancia jurídico-penal, tal y como declaran los artículos 18.2 CE y 545 LECrim. y refrenda el artículo 534. 1 CP. Las posibilidades teóricas de un consentimiento desprovisto de base legal —sustitutivo de una autorización de intervención estatal— en la técnica conceptual de los delitos contra la Administración Pública han recibido, sin embargo, escasa atención por parte de la literatura penal española, que no por parte de la alemana<sup>2</sup>.

1 Vid. E. García de Enterría / T.-R. Fernández, *Curso de Derecho Administrativo I*, 10ª ed., Madrid, 2000, pp. 542 y 543.

2 En nuestro país sí han sido objeto de análisis las repercusiones del consentimiento en el ámbito del delito de detenciones ilegales practicadas por funcionario público, figura incluida en el grupo de los delitos contra las garantías constitucionales (arts. 530 y 531, Sección 1ª, capítulo V, Título XXI

En efecto, ésta ha venido defendiendo pacíficamente su admisibilidad en aquellos supuestos en los que el tipo en cuestión presupone, expresamente o con arreglo a su naturaleza, que el autor actúa *invito laeso*, contra o sin la voluntad del lesionado. Un consentimiento otorgado por compasión con la situación de penuria económica del sujeto activo determinaría, así, la atipicidad de la conducta de exceso en la recaudación de impuestos, honorarios u otras contribuciones para una caja pública (§ 353 *StGB*), al representar la voluntad contraria del particular —según una primera corriente de opinión<sup>3</sup>— una característica típica no escrita vertida en los conceptos expresivos del objeto material del delito, o requerir dichos tipos —en un segundo planteamiento<sup>4</sup>—, la existencia de una suerte de ficción o simulación en la imposición de la carga económica.

La institución del “consentimiento justificante” presenta ya otros perfiles. Tradicionalmente, su recepción y examen en este ámbito han poseído el sentido de completar o matizar una

---

CP), optándose unánimemente por la solución de la ineficacia: vid. J. Bustos Ramírez, “El delito de práctica ilegal de detención por parte del funcionario público (art. 184 CP)”, *CPC*, nº 19, 1983, p. 362; G. Portilla Contreras, *El delito de práctica ilegal de detención por funcionario público*, Madrid, 1990, p. 384; L. Zúñiga Rodríguez, *Libertad personal y seguridad ciudadana: estudio del tipo de injusto del delito de detenciones ilegales practicadas por funcionario público*, Barcelona, 1993, p. 301; C. Climent Durán, *Detenciones ilegales policiales*, Valencia, 1998, p. 480. En la doctrina alemana, además de las opiniones vertidas en comentarios sistemáticos, tratados y estudios sobre el bien jurídico de los delitos de los funcionarios, son de obligada referencia los trabajos de K. Tiedemann, “Die mutmaßliche Einwilligung, insbesondere bei Unterschlagung amtlicher Gelder”, *JuS*, 1970, pp. 108 y ss.; H. Wagner, *Amtsverbrechen*, Berlin, 1975, pp. 347 y ss.; K. Amelung, “Die Zulässigkeit der Einwilligung bei den Amtsdelikten. Zum Verhältnis von Staatschutz und Individualschutz im deutschen Strafrechts”, en E.-W. Hanack / P. Rieß / G. Wendisch (hrsg. von), *Festschrift für Hanns Dünnebieber zum 75. Geburtstag*, Berlin, New York, 1982, pp. 487 y ss.; C. Roxin, “Über die Einwilligung im Strafrecht”, *BFDUC*, Número especial, Estudios en Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, 1984, Tomo III, pp. 420 y ss.

3 Amelung (n. 2), p. 517.

4 Wagner (n. 2), p. 358.

de las más extendidas clasificaciones de que son objeto los grupos delictivos de la Parte Especial, la que atiende a la titularidad —individual o colectiva— de los bienes e intereses que protegen. “Algunos bienes jurídicos —dirá Weigend sobre este punto<sup>5</sup>—suponen intereses inmediatos de la comunidad constituida en Estado, como por ejemplo... una Administración Pública que también en su apariencia externa se conduzca exclusivamente con arreglo a criterios objetivos. Naturalmente a estos bienes también subyacen como beneficiarios en último término las personas individuales, pero resultan tan lejanamente afectadas que con perfecto derecho podrían caracterizarse como bienes de la comunidad, sobre los que un individuo nunca podría disponer eficazmente”. Siguiendo esta línea de pensamiento, en los delitos de los funcionarios dicha voluntad aquiescente permanecería desvinculada del perjuicio esencial provocado por el abuso del cargo, por la desviación del órgano estatal de los fines que tenía legalmente encomendados<sup>6</sup>. Esa es la razón —recuerda Maurach<sup>7</sup>— por la cual también comete prevaricación judicial el juez que, en ausencia con el demandado, dicta una sentencia que ampara jurídicamente una ejecución crediticia “aparente” o “ficticia”.

Ahora bien, no debe perderse de vista que, en tanto construcción dogmática, el consentimiento a los delitos contra la Administración Pública entronca directamente con la vigencia de ciertos principios constitucionales del Estado de Derecho, y que

5 Cfr. T. Weigend, “Über die Begründung der Strafflosigkeit bei Einwilligung des Betroffenen”, *ZstW*, 1986, p. 57.

6 En este sentido, K. Geppert, “Rechtfertigende ‘Einwilligung’ des Verletzten Mitfahrers bei Fahrlässigkeitsstraftaten im Straßenverkehr? (Ein Beitrag zur dogmatischen Struktur der Einwilligung)”, *ZstW*, 1971, p. 985, nota 181; Wagner (n. 2), pp. 363 y 365, para los que denomina delitos de funcionarios “de imputación estatal”, y 372, para los delitos de “no imputación estatal”, en cuyo caso el consentimiento -apunta- podría conducir a una minoración del injusto; Tiedemann (n. 2), p. 112, preconizando la intervención del consentimiento presunto bajo la forma del principio de bagatela; R. Maurach, *Deutsches Strafrecht. Besonderer Teil*, 5. Aufl., Karlsruhe, 1969, p. 741.

7 Maurach (n. 6), p. 741.

en esa medida ofrece una lectura sustancialmente más compleja. Como tempranamente percibieron Hirsch y Wagner, en un sistema jurídico en el que las conductas permitidas o autorizadas a los agentes de la Administración vienen exclusivamente determinadas por el Derecho público no puede haber espacio para un consentimiento justificante. Contra la disponibilidad de los ciudadanos sobre las agresiones a los derechos fundamentales producidas en sus relaciones jurídicas con el Estado hablarían ya, pues, el principio constitucional de adecuación a Derecho de la actividad administrativa (art. 20. 3 GG) y la consiguiente exigencia de apoderamiento legal para las mismas<sup>8</sup>. De forma aislada, Cobo del Rosal / Vives Antón se hacen eco de este argumento en la literatura penal española<sup>9</sup>.

Esa apelación a la máxima de la reserva de ley al fin de exigir un estricto aval legal para el consentimiento conoce, ciertamente, detractores. Amelung, en particular, ha indicado que si la Constitución alemana únicamente pone en relación la obligación de reserva de ley general con las agresiones producidas en la esfera jurídica de los ciudadanos, y de acuerdo con la mejor doctrina iuspublicista el concepto de agresión presenta un momento o componente coactivo, aquélla no podrá no decaer ante la existencia de un consentimiento atribuido de manera realmente voluntaria por el perjudicado<sup>10</sup>. Frente a ello cabe apuntar, no obstante, que en el ordenamiento jurídico español el régimen de previo apoderamiento legal afecta a la totalidad de las actuaciones de la Administración Pública dotadas de eficacia ablatoria, esto es, con virtualidad para incidir con efectos limitativos o extintivos en cualquiera de las situaciones jurídicas que integran la esfera de libertad de los sujetos privados o públicos. Esa es la interpretación que mejor conviene a las previsio-

8 Cfr. H. J. Hirsch, número 14 al § 340, *LK*, Tomo 7, 10. Aufl., Berlín, New York, 1988; Wagner (n. 2), pp. 360 y ss.; H. Wagner, "Die Rechtsprechung zu den Straftaten im Amt seit 1975 - Teil 2", *JZ*, 1987, pp. 662 y 663.

9 M. Cobo del Rosal / T. S. Vives Antón, *Derecho penal. Parte General*, 5ª ed. corregida, aumentada y actualizada, Valencia, 1999, p. 492.

10 Amelung (n. 2), p. 495, con indicaciones bibliográficas.

de las más extendidas clasificaciones de que son objeto los grupos delictivos de la Parte Especial, la que atiende a la titularidad —individual o colectiva— de los bienes e intereses que protegen. “Algunos bienes jurídicos —dirá Weigend sobre este punto<sup>5</sup>—suponen intereses inmediatos de la comunidad constituida en Estado, como por ejemplo... una Administración Pública que también en su apariencia externa se conduzca exclusivamente con arreglo a criterios objetivos. Naturalmente a estos bienes también subyacen como beneficiarios en último término las personas individuales, pero resultan tan lejanamente afectadas que con perfecto derecho podrían caracterizarse como bienes de la comunidad, sobre los que un individuo nunca podría disponer eficazmente”. Siguiendo esta línea de pensamiento, en los delitos de los funcionarios dicha voluntad aquiescente permanecería desvinculada del perjuicio esencial provocado por el abuso del cargo, por la desviación del órgano estatal de los fines que tenía legalmente encomendados<sup>6</sup>. Esa es la razón —recuerda Maurach<sup>7</sup>— por la cual también comete prevaricación judicial el juez que, en anuencia con el demandado, dicta una sentencia que ampara jurídicamente una ejecución crediticia “aparente” o “ficticia”.

Ahora bien, no debe perderse de vista que, en tanto construcción dogmática, el consentimiento a los delitos contra la Administración Pública entronca directamente con la vigencia de ciertos principios constitucionales del Estado de Derecho, y que

5 Cfr. T. Weigend, “Über die Begründung der Strafflosigkeit bei Einwilligung des Betroffenen”, *ZstW*, 1986, p. 57.

6 En este sentido, K. Geppert, “Rechtfertigende ‘Einwilligung’ des Verletzten Mitfahrers bei Fahrlässigkeitsstraftaten im Straßenverkehr? (Ein Beitrag zur dogmatischen Struktur der Einwilligung)”, *ZstW*, 1971, p. 985, nota 181; Wagner (n. 2), pp. 363 y 365, para los que denomina delitos de funcionarios “de imputación estatal”, y 372, para los delitos de “no imputación estatal”, en cuyo caso el consentimiento -apunta- podría conducir a una minoración del injusto; Tiedemann (n. 2), p. 112, preconizando la intervención del consentimiento presunto bajo la forma del principio de bagatela; R. Maurach, *Deutsches Strafrecht. Besonderer Teil*, 5. Aufl., Karlsruhe, 1969, p. 741.

7 Maurach (n. 6), p. 741.

en esa medida ofrece una lectura sustancialmente más compleja. Como tempranamente percibieron Hirsch y Wagner, en un sistema jurídico en el que las conductas permitidas o autorizadas a los agentes de la Administración vienen exclusivamente determinadas por el Derecho público no puede haber espacio para un consentimiento justificante. Contra la disponibilidad de los ciudadanos sobre las agresiones a los derechos fundamentales producidas en sus relaciones jurídicas con el Estado hablarían ya, pues, el principio constitucional de adecuación a Derecho de la actividad administrativa (art. 20. 3 GG) y la consiguiente exigencia de apoderamiento legal para las mismas<sup>8</sup>. De forma aislada, Cobo del Rosal / Vives Antón se hacen eco de este argumento en la literatura penal española<sup>9</sup>.

Esa apelación a la máxima de la reserva de ley al fin de exigir un estricto aval legal para el consentimiento conoce, ciertamente, detractores. Amelung, en particular, ha indicado que si la Constitución alemana únicamente pone en relación la obligación de reserva de ley general con las agresiones producidas en la esfera jurídica de los ciudadanos, y de acuerdo con la mejor doctrina iuspublicista el concepto de agresión presenta un momento o componente coactivo, aquélla no podrá no decaer ante la existencia de un consentimiento atribuido de manera realmente voluntaria por el perjudicado<sup>10</sup>. Frente a ello cabe apuntar, no obstante, que en el ordenamiento jurídico español el régimen de previo apoderamiento legal afecta a la totalidad de las actuaciones de la Administración Pública dotadas de eficacia ablatoria, esto es, con virtualidad para incidir con efectos limitativos o extintivos en cualquiera de las situaciones jurídicas que integran la esfera de libertad de los sujetos privados o públicos. Esa es la interpretación que mejor conviene a las previsio-

8 Cfr. H. J. Hirsch, número 14 al § 340, *LK*, Tomo 7, 10. Aufl., Berlín, New York, 1988; Wagner (n. 2), pp. 360 y ss.; H. Wagner, "Die Rechtsprechung zu den Straftaten im Amt seit 1975 - Teil 2", *JZ*, 1987, pp. 662 y 663.

9 M. Cobo del Rosal / T. S. Vives Antón, *Derecho penal. Parte General*, 5ª ed. corregida, aumentada y actualizada, Valencia, 1999, p. 492.

10 Amelung (n. 2), p. 495, con indicaciones bibliográficas.

nes de nuestro texto constitucional, cuyo artículo 53. 1 dispone —al aludir a los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del T. I—, que “sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de los derechos y libertades”. En este mismo orden de cosas, la exigencia de ley habilitante para legitimar las intromisiones administrativas en los restantes se halla en consonancia con la protección que la propia Constitución dispensa al derecho al “libre desarrollo de la personalidad” (art. 10. 1), según se ha argumentado por Santamaría Pastor<sup>11</sup>.

La controvertida naturaleza jurídica de los delitos contra la Administración Pública está llamada a introducir elementos de “distorsión” en el plan de análisis hasta aquí expuesto. Deducir, sin más, la inapreciabilidad del consentimiento justificante del carácter colectivo, social o estatal del bien jurídico común a tales figuras no puede dejar de suscitar reservas cuando para la concreción del mismo se recurre a conceptos como la “confianza pública en la pureza u objetividad del ejercicio del cargo”, tal y como puede leerse en Maurach o Weigend<sup>12</sup>, o la “pureza del cargo”, que son los términos en los que se expresan Geppert o Tiedemann<sup>13</sup>. Siempre quedará abierta la cuestión de si semejantes intereses —carentes de una precisa referencia normativa— resisten la aplicación de la regla crítica que le es inmanente. De hecho, cabe imaginar supuestos en que un delito de cargo individual y socialmente consentido, tolerado, no sólo no reduce de facto la capacidad prestacional y el rendimiento del trabajo de los órganos estatales, sino que incluso los aumenta de forma manifiesta. Puede recordarse aquí la extendida visión de la corrupción administrativa como un fenómeno “beneficioso” para el mercado, puesto que, al permitir el alzamiento de las tra-

---

11 Cfr. J. A. Santamaría Pastor, *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, Madrid, 1991, p. 202.

12 Maurach (n. 6), p. 740; Weigend (n. 5), p. 57.

13 Geppert (n. 6), p. 985, nota 181; Tiedemann (n. 2), p. 112.

bas establecidas por el intervencionismo estatal, permite a las fuerzas que operan en su seno expresarse libremente<sup>14</sup>.

Pero además, concluir —y argumentar a partir de— la compatibilidad o incompatibilidad del poder de disposición de los particulares eventualmente afectados con la naturaleza (colectiva, institucional, comunitaria) del bien jurídico tutelado presupone una precisa definición de éste. Y, desde luego, puede razonablemente dudarse de la idoneidad de las referencias anteriormente reproducidas para describir un objeto de protección penal apto para reflejar el ingente material legislativo de las figuras que integran el estatuto penal de la Administración Pública. Situados en esta perspectiva, parece claro que esa unánime apreciación sobre la inviabilidad y los insalvables obstáculos que se oponen a un hipotético consentimiento a un delito del cargo no puede ser “incondicionalmente” compartida, ni siquiera con la mirada puesta en aquellas figuras que —con toda seguridad— protegen intereses exclusivamente públicos, como la prevaricación o el cohecho.

También es posible contestar, en segundo lugar, la opinión de que sólo a costa de malinterpretar el sentido del principio de reserva de ley cabría dotar de relevancia al consentimiento del ofendido por delitos del cargo. En ese plano integran éstos, es verdad, una realidad normativa que se resiste a ser abarcada por la idea del consentimiento justificante. En el Estado de Derecho la voluntad de un particular nunca puede reemplazar a la de la mayoría parlamentaria democráticamente legitimada. Salta a la vista, con todo, que si los “límites al consentimiento” sirven para configurar los ámbitos de responsabilidad penal, sistemáticamente constituyen “sólo” un *posterius* a la configuración del injusto mismo. En otros términos, el consentimiento podría excluir la antijuridicidad si el delito en cuestión reclama, junto con la lesión simultánea del bien jurídico comunitario, la

<sup>14</sup> Una exposición crítica de estas teorías en J. L. Rocca, *La corruption*, París, 1993, pp. 36 y ss.; S. Hussein Alatas, *Corruption: Its nature, causes and functions*, Aldershot, Brookfield, Hong Kong, Singapore, Sydney, 1990, pp. 154 y ss.

de otro bien jurídico individual y disponible que, de acuerdo con su *ratio*, debe considerarse prevalente sobre aquél. Esta línea de trabajo, la de verificar su relevancia y viabilidad sobre la base de la combinación de fines de protección individuales y supraindividuales identificable en buena parte de las figuras del grupo, ha sido recientemente reivindicada por autores como Marini o Roxin, quienes combaten la tendencia de la jurisprudencia y doctrina tradicionales a rechazar automáticamente la eficacia del consentimiento en relación con aquellas figuras contra la colectividad cuyas consecuencias afectan igualmente a personas individuales<sup>15</sup>. Y en ella se ubica también la notable aportación de Amelung, a cuyo juicio en la exégesis tradicional de los delitos del cargo “pluriofensivos” se ha procedido a una ponderación difusa, vaga, de los intereses en concurso, que respondería en última instancia a consideraciones autoritarias no justificadas ni justificables a la luz de los presupuestos de la intervención penal en el Estado Social y Democrático de Derecho<sup>16</sup>.

En aplicación lineal de ese modelo, Amelung excluye, por ejemplo, la posibilidad de un consentimiento eficaz en el subgrupo de los delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ámbito de la Administración de Justicia, de los §§ 343, 344 y 345 *StGB*. Se trataría de prescripciones que garantizarían, con prioridad sobre los singulares derechos de las víctimas, la juridicidad de los procedimientos penales, en cuya preservación - enfatiza- el Estado debe insistir para salvaguardar su identidad, su esencia de Estado de Derecho<sup>17</sup>. Las prohibiciones de perseguir a personas no culpables y de ejecutar penas ilegales (§§ 344 y 345 *StGB*) se extenderían también, por ello, al funcionario que, mediante cooperaciones colusivas con un particular, crease una suerte de “farsa” de justicia penal. De acuerdo con su planteamiento, en tales hipótesis deberían simplemente aplicarse las

---

15 Cfr. G. Marini, *Lineamenti del sistema penale*, Torino, 1993, pp. 379 y 380; Roxin (n. 2), pp. 420 y 421.

16 Amelung (n. 2), pp. 510 y 517.

17 Amelung (n. 2), p. 513. En el mismo sentido, Roxin (n. 2), p. 423.

sanciones previstas para la realización en grado de tentativa, ya que el abandono de los intereses individuales por su titular traería como consecuencia, si no la atipicidad, sí un déficit en la ejecución del tipo, impidiendo la producción de su injusto integral<sup>18</sup>. No obstante, y con la mirada puesta en el contenido del § 345 *StGB*, Amelung llega a proponer la exclusión de la punibilidad para las denominadas “intervenciones de crisis”, en las que necesidades de prevención especial aconsejarían valorar positivamente las peticiones de una nueva —ilegal, típica— ejecución de la pena por parte de presos ya excarcelados<sup>19</sup>.

Para Amelung, el consentimiento del ofendido sería viable, de acuerdo con sus fundamentos generales, cuando existiese una relación de “interdependencia fáctico-funcional” entre el bien jurídico de los delitos de los funcionarios en el ejercicio del cargo y los intereses privados de los ciudadanos, esto es, cuando la protección penal especial de aquél se justificase exclusivamente en su trascendencia para la protección de intereses individuales<sup>20</sup>. Ello se verificaría en los delitos que protegen secretos privados, reunidos fundamentalmente en los §§ 354 *StGB*, por lo que atiene al secreto postal y de telecomunicación, y 355 *StGB*, relativo al secreto fiscal<sup>21</sup>; así como en punto a la violación de los secretos del servicio del § 353 b *StGB*, cuando el interés público concurrente radique precisamente en la tutela de un secreto de titularidad exclusivamente privada<sup>22</sup>. En estos supuestos, en la medida en que la existencia del bien jurídico individual dependería íntegramente de la voluntad de los particulares titulares del secreto, éstos podrían consentir en que se prescindiese de las correspondientes medidas de protección penal, independientemente de que con ello se estuviese impidiendo ya la realización de alguna de las características típicas,

---

18 Amelung (n. 2), pp. 514 y 515.

19 Amelung (n. 2), pp. 515 y 516.

20 Amelung (n. 2), pp. 510 y 512.

21 Amelung (n. 2), pp. 511 y 512.

22 Amelung (n. 2), p. 513.

concretamente la del peligro “para importantes intereses públicos” del § 353 b<sup>23</sup>.

En lo tocante a los delitos de abusos sexuales sobre presos, detenidos y partícipes en procedimientos penales y penitenciarios (§§ 174 a 1º y 174 b *StGB*), en cambio, Amelung indica que la eficacia del consentimiento únicamente se compadecería bien con la idea del legislador cuando trajese consigo la exclusión del elemento típico del “abuso”, ya que en ambas figuras los intereses individuales se hallarían en relación de alternatividad con el bien jurídico de la confianza pública en el buen funcionamiento de la Administración de Justicia y de las instituciones que pueden privar legalmente de libertad a los ciudadanos<sup>24</sup>. Ese sería el caso, en el marco del § 174 a *StGB*, de un contacto sexual no basado sobre una situación de dependencia ni sobre la ablación de los derechos de libertad sexual de los presos. El “abuso” típico del § 174 b *StGB* resultaría excluido, por su parte, cuando el consentimiento del perjudicado no viniese motivado por la dependencia del procedimiento<sup>25</sup>.

La tarea de poner de relieve de modo sistemático los límites entre el consentimiento apreciable y no apreciable en el campo de los delitos del cargo se implica, por lo tanto, con una de las cuestiones fundamentales del grupo, la del esclarecimiento de la relación en que se hallan en su seno la protección de la Administración Pública y la de los intereses individuales de los administrados. Los supuestos en que Amelung reconoce al particular la posición de sujeto pasivo y, consecuentemente, la defensa y disponibilidad del bien protegido, coinciden con aquéllos en los que entre el bien jurídico representado por la propia Administración y los intereses de los ciudadanos afectados por el acto realizado por el funcionario se puede fijar una relación funcional, instrumental. De esta forma, lo que le lleva a

---

23 Amelung (n. 2), p. 513.

24 Amelung (n. 2), p. 516.

25 Amelung (n. 2), p. 517.

afirmar la improcedencia de recurrir a las vías de protección penales para sancionar menoscabos o perturbaciones de derechos individuales puestos en práctica con la voluntad del afectado es, en último extremo, la convicción de que no existen diferencias relevantes entre su configuración y la de los clásicos casos de consentimiento, centrados en el plano objetivo en la anuencia con la lesión-destrucción de un bien individual. Y ello porque —en su concepción— la obligación garantista, prestacional, de la Administración Pública decaería si el titular del interés individual renunciase a él y no debiesen entrar en juego, de acuerdo con el ámbito de tutela trazado por el tipo, intereses de otras personas o de la sociedad merecedores de específica consideración. Esa misma combinación de las vertientes de afectación individual y social del delito, por el contrario, nunca permitiría excluir el castigo cuando el bien supraindividual (titularidad de la sociedad o del Estado) no consistiese ya en un mero instrumento para la satisfacción de los bienes individuales, sino en un cauce o medio para componer los conflictos de los ciudadanos y dar cumplimiento a sus exigencias y pretensiones jurídicas.

La clarificación del contenido y de la ubicación dogmática del consentimiento está llamada a operar, así, una suerte de efecto inductivo (y en todo caso, beneficioso, provechoso) sobre la problemática del fundamento y estructura de los delitos del cargo, toda vez que la explicación para una posible ampliación del ámbito de aplicación de dicha institución a estos supuestos legales habrá de buscarse en razones de exclusiva técnica jurídica. La de la eficacia del consentimiento deviene, ante todo, pues, una cuestión de exégesis lógico-deductiva de los tipos, a afrontar con arreglo a dos criterios normativos. En primer lugar, y al tratarse de un acto estrictamente personal a través del que se manifiesta la libertad de decisión individual, deberá identificarse al sujeto del que ha de proceder: el titular del bien jurídico, aquél que sufre la ofensa esencial para la subsistencia del delito. Ello nos obliga, sin embargo, en segundo lugar, a dilucidar la *ratio* última de la intervención del Derecho penal en este ámbi-

to, a precisar si el conjunto de derechos e intereses sobre los que inciden de modo fundamental las conductas delictivas es jurídicamente referible a la comunidad o al individuo. Para ello, el intérprete deberá descubrir los criterios empleados por el legislador a la hora de modular la tutela de los diversos bienes jurídicos en juego, guiándose por las indicaciones que ofrecen los tipos correspondientes. Esta forma de proceder debe mantenerse con independencia de que el tratamiento del problema en este plano (el de la técnica de incriminación elegida, seleccionada) pueda llegar a convertirse en un subterfugio para atribuir relevancia justificante al comportamiento del ofendido más allá de lo que el ordenamiento jurídico extrapenal permite.

La doctrina penal española ha empeñado esfuerzos y complejas elaboraciones para concluir que la nuda lesión de un deber del servicio sin perjuicio alguno para los intereses de los ciudadanos no podría servir para apoyar una sentencia de condena penal por delitos del cargo<sup>26</sup>. Con toda seguridad, el desarrollo del llamado “Estado social”, la creación de una Administración intervencionista, voluminosa y diversificada, plantean nuevas exigencias al Derecho penal. En el epicentro del actual sistema administrativo se sitúan la producción y prestación de servicios, la actividad contractual y concertada de la Admi-

---

26 A título meramente ejemplificativo, vid. E. Octavio de Toledo y Ubieta, *La prevaricación del funcionario público*, Madrid, 1980, pp. 245 y ss.; G. Quintero Olivares, “El delito de desobediencia y la desobediencia justificada”, *CPC*, nº 12, 1980, p. 81; F. J. Álvarez García, *El delito de desobediencia de los funcionarios públicos*, Barcelona, 1987, pp. 211 ss.; M. García Arán, *La prevaricación judicial*, Madrid, 1990, pp. 37 y 38; J. L. González Cussac, “Los delitos de los funcionarios públicos: cuestiones generales. La prevaricación como figura residual”, *CDJ*, 1994, pp. 61 y ss.; mismo autor, “La regulación de los delitos de los funcionarios públicos en el Código penal de 1995: la prevaricación”, *CDJ*, 1996, pp. 16 y 17; I. Valeije Álvarez, “Consideraciones sobre el bien jurídico protegido en el delito de cohecho”, *EPC*, XVII, 1995, pp. 321 y ss.; R. Rebollo Vargas, *La revelación de secretos e informaciones por funcionario público*, Barcelona, 1996, pp. 61 y ss.; M. Cugat Mauri, *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, Barcelona, 1997, pp. 63 y ss.; I. Olaizola Nogales, *El delito de cohecho*, Valencia, 1999, pp. 82 y 83.

nistración Pública, que ha respondido a las reivindicaciones sociales de mayor eficiencia flexibilizando sus formas de actuación, buscando y procurándose espacios de decisión discrecional y, sobre todo, mostrando sus preferencias por el diálogo y la negociación con el administrado antes que por el acto de autoridad<sup>27</sup>. La aparición de fórmulas legales de resolución de conflictos alternativas al recurso judicial y no basadas, al menos exclusivamente, sobre la interpretación y aplicación de las reglas jurídicas, constituye la mejor prueba de todo ello<sup>28</sup>. En suma, y sin temor a equivocarnos, podemos afirmar que una revisión de la categoría conceptual que nos ocupa constituye momento obligado en la construcción dogmática del Derecho penal de la Administración Pública de nuestros días.

## II

Razones técnicas y político-criminales avalan la consideración de la naturaleza jurídica como cuestión prioritaria en cualquier estudio sobre los delitos contra la Administración Pública. Como en punto a cualquier otra clase de infracciones, el bien jurídico se configura, desde luego, como el núcleo central de su injusto típico, constituyendo, en su función hermenéutico-teleológica, el referente básico para la delimitación del alcance y sentido de los tipos y de los elementos objetivos y subjetivos

27 Cfr. M. Sánchez Morón, "La apertura del procedimiento administrativo a la negociación con los ciudadanos", en M. Sánchez Morón / J. M. Tráyer Jiménez / A. Sánchez Blanco, *La apertura del procedimiento administrativo a la negociación con los ciudadanos en la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Oñati, 1995, pp. 11 y 12.

28 Aludimos, básicamente, a las fórmulas recogidas por el art. 88 LRJPAC bajo el título de "terminación convencional" y a los medios sustitutivos del recurso ordinario para la resolución de las controversias administrativas contemplados en el art. 107. 2 LRJPAC.

que los integran. Hay que reconocer, sin embargo, que el hallazgo de un concepto que permita articular un discurso racional en este ámbito, dotado de suficientes elementos de generalidad y contrastabilidad, parece hurtar con las propiedades “especiales” de una materia penetrada, como apuntaba Von Liszt<sup>29</sup>, por las transformaciones sufridas por la organización y composición de las instituciones políticas y administrativas del Estado. La polémica sobre la sujeción de la empresa pública al estatuto penal “ordinario” de la Administración burocrática puede servir para ilustrar su situación de “permanente pendencia” de una decisión legislativa que afronte, de modo global y preciso, los importantes problemas interpretativos que suscita la confluencia en el ámbito complejo de esta disciplina de diversas e incluso contradictorias necesidades de tutela.

En otro sentido, conviene recordar que nos movemos en uno de los sectores de la Parte Especial en los que, por antonomasia, se expresa esa “peligrosa tendencia que posee todo Estado social a hipertrofiar el Derecho penal a través de una *administrativización* de sus contenidos de tutela” de la que habla Mir Puig<sup>30</sup>, puesto que sobre la organización y el control de las actividades públicas inciden también otras ramas del ordenamiento jurídico, muy señaladamente el Derecho administrativo sancionador. El bien jurídico se muestra, también en esta vertiente, como el instrumento idóneo para poner de manifiesto las lagunas y deficiencias existentes en la regulación vigente, esto es, para clarificar los mecanismos definitorios de la criminalidad<sup>31</sup>.

Los conceptos que la literatura penal sugiere para definir ese fundamento “primario” de la represión de los delitos contra

29 Cfr. F. Von Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 23ª Aufl., Besorgt von E. Schmidt, Berlín, Leipzig, 1921, p. 607.

30 Cfr. S. Mir Puig, “Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *Ius puniendi*”, *EPC*, XIV, 1991, p. 213 (cursivas en el original).

31 Sobre ello, H. Hormazábal Malarée, *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho (El objeto protegido por la norma penal)*, Barcelona, 1991, p. 10.

la Administración Pública suelen acompañarse de numerosas objeciones, pero es paradójicamente su imprecisión —el tratarse de valores tan etéreos que resultan inconcretables y, por lo tanto, incapaces de constreñir el alcance de la ley— la que constituye lugar común en la mayoría las exposiciones al uso. Tan es así que Torío López ha podido escribir que las distintas opiniones parecen más bien meras “reorientaciones semánticas o lingüísticas de la materia” que dejan intacta, imprejuizada, la cuestión de si realmente se está aquí en presencia de un bien jurídico único y determinable<sup>32</sup>. Si la hipótesis esencial de una política criminal clara, controlable y orientada a la persona es el respeto de la vocación de *ultima ratio* del Derecho penal, hay que resignarse a aceptar que las propuestas presentadas hasta el presente no han posibilitado proceso de alguno de “refundación” o “desincriminación”. Ninguna se ha mostrado operativa a la hora de aportar un concepto material de bien jurídico lo suficientemente concreto y riguroso como para que pueda establecerse con certeza, por vía de deducción lógica, cuál deba ser el catálogo de delitos a incluir en la categoría.

Frente al parecer de autores como Cramer, Jescheck o Tröndle / Fischer<sup>33</sup>, la mayoría de la doctrina española, e italia-

---

32 Cfr. A. Torío López, “Delitos contra la Administración Pública. Indicaciones críticas generales”, en *Ensayos de Derecho penal y Criminología en honor de Javier Piña y Palacios*, México, 1985, p. 423.

33 P. Cramer identifica el contenido de injusto de los delitos del cargo en el inadecuado ejercicio del cargo público y en el perjuicio del interés que tiene el Estado en mostrar apariencia de juridicidad en los aparatos de su Administración Pública, aspectos que se alternarían sin orden a lo largo de los diversos tipos que integran el grupo (en A. Schönke / H. Schröder, *StGBK*, 25. Aufl., München, 1997, p. 2255). H.-H. Jescheck indica que a lo sumo podría decirse “que en punto a la mayoría de las disposiciones de este Capítulo se trata de la protección de la adecuación a orden del ejercicio del cargo y con ello del interés estatal en la juridicidad de la Administración pública y de la Administración de Justicia, así como de la confianza pública en la integridad de los aparatos estatales” (número 8 antes del §331, *LK*, Tomo 7, 10. Aufl., Berlín, New York, 1988, con ulteriores indicaciones bibliográficas). En H. Tröndle / T. Fischer puede leerse que la naturaleza jurídica de los delitos del cargo es la de “un abuso de la autoridad o poder del Estado a través del que su portador lesiona los derechos de terceros, las

na y un sector muy representativo de la alemana sostiene y fundamenta la existencia de un objeto de tutela común a todos los delitos contra la Administración Pública. De la mano de un nuevo enfoque metodológico, la literatura moderna ha abandonado definitivamente el pensamiento del “Derecho penal de posición”, en un proceso de “dinamización” de la tutela especialmente impulsado por los autores alemanes. El análisis detallado de las descripciones típicas ha hecho posible, en efecto, la transformación —nominal, dogmática y político-criminal— de estas figuras de delitos “cometidos por un funcionario” en delitos realizados “en el ejercicio de un cargo público”, y la reducción a una cierta unidad, con ello, de su contenido de injusto<sup>34</sup>. En ellas, escribe Maurach<sup>35</sup>, puede identificarse fácilmente un interés común, “que no sólo mantiene su valor propio junto al bien jurídico del delito base, sino que en muchas ocasiones asume incluso la dirección dogmática”. Ya más recientemente, la consolidación de estas premisas interpretativas ha permitido afirmar a Dedes que las dificultades para la determinación del bien jurídico del grupo no se derivan de la contraposición entre “delitos de posición” y “delitos del cargo”, sino exclusivamente del hecho de que en el Capítulo 29 del Código penal alemán se contienen conductas no pertenecientes ni a uno ni a otro siste-

---

relaciones de fidelidad hacia el Estado y la confianza de la generalidad en la pureza del ejercicio del cargo” (*StGB*, 49. Neubearbeitete Aufl., München, 1999, p.1811).

34 En esta dirección, reivindican expresamente la naturaleza “funcional” de los delitos del cargo, H. Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, 11 Aufl., Berlín, 1969, pp. 486 y 487; F. Loos, “Zum Rechtsgut der Bestechungsdelikte”, en G. Stratenwerth / A. Kaufmann / G. Geilen / H. J. Hirsch, H.-J. Schreiber / G. Jakobs / F. Loos (hrsg. von), Berlín, New York, 1974, p. 894, nota 57, excepcionando de dicha categoría, no obstante, al cohecho; A. Kaufmann, “Fundamento del deber jurídico y delimitación de la tipicidad”, trad. del alemán de J. Cuello Contreras, *ADPCP*, Tomo XXXVII, enero-abril 1984, pp. 12 y 13; C. Dedes, “Probleme der Amtsdelikte”, en W. Küper (hrsg. von), *Festschrift für K. Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987*, Berlín, New York, 1987, pp. 790 y 791.

35 Maurach (n. 6), p. 740.

ma, en la medida en que reclaman como sujetos activos a particulares, a personas ajenas a la función pública<sup>36</sup>.

La existencia de estos delitos no se justificará ya, pues, ni en el fortalecimiento de principios deontológicos relacionados con la “ética” del cargo, ni en la necesidad de reforzar el prestigio o la dignidad de los órganos administrativos, ni, por supuesto, en la exigencia de deslindar debidamente los ámbitos de actuación de los distintos poderes públicos. Todos estos “valores” se consideran reminiscencias de concepciones ideológicas y políticas desfasadas, incapaces de expresar exigencias “reales” de tutela. El bien jurídico se proyecta, por el contrario, hacia el cargo, hacia la corrección de su ejercicio frente a las irregularidades, extralimitaciones o perturbaciones protagonizadas por sus titulares. El rasgo distintivo —esencial— de su estructura se descubre en un abuso de la autoridad, de la posición privilegiada o de los medios materiales proporcionados por el ejercicio de un cargo público; y en un abuso especialmente grave, además, en la medida en que se trata de “instrumentos” que han sido confiados y puestos a disposición —legalmente, o de acuerdo con la organización interna del servicio— del sujeto<sup>37</sup>. Son, en definitiva, delitos contra la “función pública” realizados por quienes se hallan en disposición de atacarla desde dentro, cuando actúan desde su interior<sup>38</sup>. Ese es su denominador común en el terreno de la ofensividad, la verdadera razón de su punibilidad.

36 Dedes (n. 34), p. 790.

37 Cfr. H. Welzel, “Der Irrtum über die Amtspflicht”, *JZ*, 1952, pp. 208 y 209; Loos (n. 34), p. 894, nota 57; Dedes (n. 34), p. 790; ya K. Binding, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Besonderer Teil*, Band 2, Abteilung 2, Neudruck der 1. Aufl. Leipzig 1905, Aalen 1969, p. 403; “La relación del delito de función con la función consiste en que el cargo confía a su titular determinados derechos o bienes jurídicos o la disposición sobre ellos... Aunque más allá de ellos, puede, al igual que cualquier otro detentador de poder, abusar de su posición de fuerza fáctica para la comisión de acciones antijurídicas fuera de su círculo profesional oficial, falta sin embargo en estos casos la vinculación entre delito y función, únicamente cuya relación con la persona de un funcionario puede permitir al legislador penal tomar especial noticia de este delito”.

38 Cfr. Loos (n. 34), pp. 888 y 889; Dedes (n. 34), p. 791.

Continuando con el trabajo doctrinal desarrollado en Alemania, esa idea del mantenimiento de un aparato funcional con capacidad de actuación, como interés categorial o genérico, ha cristalizado en dos bienes jurídicos específicos, que la bibliografía presenta de modo alternativo o conjunto. Una primera opinión opta por subrayar la idea de la confianza de la ciudadanía en la fiabilidad de los aparatos administrativos como elemento indispensable, desde una perspectiva sociológico-sistemática, para su eficaz funcionamiento<sup>39</sup>. En otras ocasiones, la alusión se hace —más ampliamente— al correcto ejercicio de las facultades concedidas por el Estado al empleado público como garantía de un desarrollo legal del poder público.

La concepción que concreta el perjuicio producido por estos supuestos legales en la pérdida de confianza en la “pureza” o integridad del ejercicio de los cargos públicos apela al papel de aquélla en tanto instrumento de legitimación del Estado de Derecho y presupuesto de su propia capacidad funcional<sup>40</sup>. La aceptación o receptividad de las decisiones administrativas por parte del “público” se ve a todas luces facilitada cuando proceden de sujetos escrupulosamente respetuosos en sus actuaciones con determinados estándar normativos<sup>41</sup>. Más allá de ello, puede afirmarse incluso que la posibilidad de citar ante un tribunal penal a los agentes de la Administración para que acrediten la observancia de la ley y del Derecho en sus actividades materiales y jurídicas es uno de los dispositivos más efectivos para conseguir el fortalecimiento de la “relación fiduciaria” entre los

---

39 Vid. Maurach (n. 6), p. 740; E. Schmidhäuser, *Strafrecht. Besonderer Teil*, Tübingen, 1980, p. 187; C. Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Band I, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre, München, 1992, p. 265. En España acoge de modo aislado esta tesis E. Bacigalupo Zapater, quien definía el bien jurídico de los delitos del Título VII del CP de 1973 como la confianza pública en el ejercicio del poder administrativo o judicial con arreglo a los principios del Estado de Derecho (“Sobre la reforma de los delitos de funcionarios”), *DJ*, Tomo I, 1983, p. 1099.

40 Cfr. Loos (n. 34), pp. 889 y ss.

41 Cfr. Loos (n. 34), p. 890.

gobernados y los gobernantes<sup>42</sup>. No da la impresión, sin embargo, de que el desvalor real de los abusos de los funcionarios públicos pueda captarse simplemente con ayuda de esta idea. De entrada, cabría poner en duda la misma idoneidad del factor “confianza” en orden a alcanzar un “impecable” funcionamiento de la Administración. La confianza “ciega” de un entorno social desconocedor de los niveles de corrupción o convenientemente “adoctrinado” a través de los medios de comunicación social puede servir a la consolidación de un sistema administrativo opaco, opuesto a la transparencia, a la imparcialidad y a la sumisión a la ley que —con arreglo a la Constitución— deben informar todas las actuaciones de la Administración Pública<sup>43</sup>. Y, en cambio, si dicha confianza se concibe como secuela de un “adecuado” (a saber, legal, imparcial, ajustado a Derecho) desenvolvimiento de las acciones administrativas, sólo podría resultar perjudicada cuando la conducta del cargo no se acomoda a los cánones constitucionales, esto es, cuando fuese anti-jurídica por atentar contra “otro” bien jurídico-penal, del que por ello, en palabras de Amelung<sup>44</sup>, siempre aparecería como

---

42 E. García de Enterría, *Democracia, jueces y control de la Administración*, 4ª ed. ampliada, Madrid, 1998, pp. 111 y 112.

43 Cfr. A. Asúa Batarrita, “La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración. Cuestiones político-criminales, criterios de interpretación y delimitación respecto a la potestad disciplinaria”, en A. Asúa Batarrita (ed.), *Delitos contra la Administración Pública*, Bilbao, 1997, p. 22. Vid. también Octavio de Toledo y Ubieto (n. 26), p. 268 y nota 995; y García de Enterría (n. 42), pp. 108 y 109, en las que destaca que no es la fe ciega, “sino la confianza racional, constantemente renovada, fruto del conocimiento personal y de la aceptación cotidiana y permanente de la actuación de los gobernantes” lo único que puede considerarse como la “base eficaz” de la relación fiduciaria entre gobernantes y gobernados. “Ahora bien -continúa-, ese conocimiento de la racionalidad y de la objetividad de la actuación de los gobernantes exige transparencia absoluta en la actuación de éstos y justificación constante de sus motivos en cuanto les sea exigida o puesta en duda”.

44 Amelung (n. 2), p. 510. Por su parte, Cugat Mauri (n. 26), pp. 69 y 70, hace dos objeciones a este tipo de discurso: “si se admite que en un Estado democrático y de derecho, la voluntad general sólo es válida en la medida en que está contenida en la ley y se identifica con ella, entonces es un concepto

accesoria. En otro sentido, la noción de confianza no proporciona una imagen descriptiva, “agotadora”, coherente con la seguridad jurídica, del bien jurídico; su excesiva vaguedad hace de ella un concepto formal, incapaz de justificar diferencias sistemáticas o valorativas entre ésta y cualquier otra clase de delitos.

Concluyendo sobre este punto, qué duda cabe de que la ruptura de la relación fiduciaria entre los aparatos de poder y los administrados pervierte los mismos fundamentos del sistema democrático, y de que la corrupción y la partitocracia contribuyen a minar dicha relación “en nombre de un uso formal y abusivo del argumento electoral”<sup>45</sup>. Pero como ocurre con otros coeficientes (v. gr. la pérdida de incentivos en las actividades de participación social y política, la generación de economías alternativas), el rol técnico que le corresponde a la “desconfianza” del administrado en el ámbito de los delitos de los funcionarios es el de indicio o síntoma de su dañosidad social, esto es, de elemento complementario al bien jurídico que debe desplegar toda su eficacia en el terreno de la argumentación político-criminal, a la hora de evaluar la necesidad de tipificar determinados comportamientos<sup>46</sup>.

Distanciándose expresamente de la tesis de Maurach, Blei vinculó el desvalor de todas las formas de la delincuencia “de la función” a los vicios en que pudieran incurrir los representantes del Estado en sus acciones futuras. A su entender, estos delitos aspiran a garantizar la “pureza del ejercicio del cargo”, entendiendo por tal el interés objetivo en un ordenado desarrollo de los los cargos públicos, el interés en que de los

---

redundante de las definiciones del bien jurídico y por tanto conviene prescindir de él. Lo contrario supondrá mantener abierta una puerta trasera para la introducción arbitraria e incontrolada de objetos de protección por su pretendida vinculación a la voluntad general. En segundo lugar, estas teorías parte de la premisa de *una visión consensual de la sociedad*, que no tiene nada que ver con las premisas antropológicas y políticas de una Constitución pluralista y democrática” (cursivas en el original).

45 Cfr. García de Enterría (n. 42), p. 105.

46 Vid. Asúa Batarrita (n. 43), pp. 25 y 26.

mismos no se derive —por consecuencia de la inserción de un propósito criminal determinado— ninguna clase de hechos lesivos o peligrosos<sup>47</sup>. Tiedemann, entre otros autores, suscribe esta interpretación<sup>48</sup>, cuyos antecedentes se remontan —según indica el propio Blei— a Von Liszt / Schmidt y a su caracterización de los “hechos penales en el cargo” como “amenazas para la buena marcha de la Administración del Estado”<sup>49</sup>.

La doctrina contemporánea, empero, excluye la posibilidad de que la “pureza” de la función encierre un verdadero bien jurídico-penal, indicando que su ofensa es, en realidad, consecuencia de la de bienes de mayor consistencia y precisión. En esta línea, y entre los propios autores alemanes, Wagner ha puesto de manifiesto que la pureza carece de otro sentido que no sea el de la adecuación a Derecho del ejercicio del cargo, el de la vigencia del principio de legalidad de la actividad administrativa<sup>50</sup>. En Italia, Pagliaro ha escrito que para revestir a dicho concepto de una mayor “sinteticidad dogmática” sería necesario someterlo a un proceso de depuración, esto es, realizar “ulteriores especificaciones” del mismo<sup>51</sup>; y Stile que la tutela de la Administración Pública no puede justificarse en un instrumento que, aunque ofendido por “cualquier delito de los funcionarios

---

47 H. Blei, *Strafrecht II. Besonderer Teil*, 10. Aufl., München, Berlín, 1976, p. 371.

48 Tiedemann (n. 2), p. 112. En España S. Mir Puig opone los delitos que afectan al funcionamiento de la Administración Pública a aquéllos otros que comprometen “la pureza de la función pública que compete a la Administración ante los ciudadanos” (“Nombramientos ilegales, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función”, *CDJ*, 1996, p. 309) (cursivas en el original).

49 Blei (n. 47), p. 371.

50 Cfr. Wagner (n. 2), p. 52. Critican también el recurso a la “pureza” H. J. Hirsch, “Literaturbericht”, *ZstW*, 88. Band, 1976, p. 776, aludiendo al carácter etéreo del concepto; Dedes (n. 34), p. 790; y los autores citados por Wagner (n. 2) en las páginas 50 y 51 (M. Mayer, E. Schmidt y Jäger, entre ellos).

51 Cfr. A. Pagliaro, *Principi di Diritto penale. Parte speciale. Delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, Milano, 1995, pp. 228 y 229.

públicos”, carece de virtualidad para delimitar el radio de cada una de las normas del grupo, para clarificar sus recíprocas relaciones o para distinguir los ilícitos penales de las faltas disciplinarias<sup>52</sup>. En España, el debate ha tomado una orientación similar, conviniendo autores como Cugat Mauri y Morales García en destacar la abstracción, la inmaterialidad y el discutible significado axiológico de la idea<sup>53</sup>. En el fondo, todas estas reflexiones revelan que ésta y otras fórmulas parecidas (“corrección”, “ejemplaridad”) vienen a presuponer tácitamente como dado algo que todavía está por demostrarse: que tales referencias proporcionan puntos de apoyo significativos para la formación del concepto material (político-criminal) y dogmático “delito de funcionario”.

La opinión prevalente en España e Italia defiende, por el contrario, que si bien una orientación “objetivo-funcional” permite considerar como interés común a estos tipos el intachable desempeño de la función pública, resulta imprescindible poner en conexión su estudio con el modelo de Estado constitucionalmente definido (el Estado Social y Democrático de Derecho). Con ello, la referencia para la construcción del grupo se sitúa en aquellos valores-fines a los que —de acuerdo con las previsiones constitucionales— debe tender la Administración Pública, y en los valores-medios que —nuevamente en el marco de la Ley Fundamental— deben ser predisuestos a su consecución<sup>54</sup>. En

---

52 A. M. Stile, “Amministrazione Pubblica (Delitti contro la)”, *DDP*, Tomo I, Torino, 1987, p. 132.

53 Cfr. Cugat Mauri (n. 26), pp. 72 y 73; O. Morales García, *Los delitos de malversación. Apropriación, utilización temporal y administración desleal de caudales públicos*, Pamplona, 1999, p. 49, nota 98, en la que subraya que la alusión a la pureza “descubre un universo de normas penales formales desconectadas de su función material” difícilmente compatible con una visión prestacional de la Administración Pública.

54 Vid., en la doctrina española, L. Morillas Cueva / G. Portilla Contreras, “Los delitos de revelación de secretos, uso de información privilegiada, cohecho impropio y tráfico de influencias”, *CLP*, T. XVI, Madrid, 1994, p. 191; I. Valeije Álvarez, *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, Madrid, 1996, p. 29; Rebollo Vargas (n. 26), p.

este planteamiento, sintetiza Asúa Batarrita, la legitimidad de la tutela penal de la Administración se desprende de su carácter de institución esencial para la coexistencia pacífica dentro del dinamismo de la vida social, de sujeto "garante de condiciones de disfrute de derechos, y de ordenación armónica de intereses contrapuestos de acuerdo con la ley"<sup>55</sup>. Pese a las deficiencias técnicas y a los múltiples problemas de aplicación de la regulación vigente, la doctrina mayoritaria reivindica así la pretensión del legislador penal de entender la "corrección" de las funciones actividades desde la perspectiva del contenido de las prestaciones generadas por el Estado social y democrático de derecho, de sus finalidades y, sobre todo, de los beneficios que las mismas deparan a aquél a quien el principio democrático convierte en verdadero titular del "interés público": el administrado<sup>56</sup>. Por

---

51; E. Octavio de Toledo y Ubieto, "El delito de prevaricación de los funcionarios públicos", *LL*, nº 4139, 1996, pp. 1516 y 1517; E. Orts Berenguer, en T. S. Vives Antón, *Comentarios al Código penal de 1995*, Vol. II, Valencia, 1996, pp. 1775 y 1776; J. L. González Cussac, *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, 2ª ed. actualizada conforme al Código penal de 1995, Valencia, 1997, pp. 22 y 23; Cugat Mauri (n. 26), pp. 76 y ss.; Asúa Batarrita (n. 43), pp. 20 y 21; Olaizola Nogales (n. 26), p. 87; Mª. J. Rodríguez Puerta, *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, Pamplona, 1999, pp. 37, 38 y 66; Morales García (n. 53), pp. 67 y ss. En la doctrina italiana, F. Bricola, "Tutela penale della pubblica amministrazione e principi costituzionali", en *Studi in onore di Franco Santoro-Passarelli*, Napoli, 1972, p. 136; F. Tagliarini, *Il concetto di Pubblica Amministrazione nel Codice penale*, Milano, 1973, pp. 141 y ss.; L. Stortoni, *L'abuso di potere nel Diritto penale*, Milano, 1978, pp. 126 y ss.; R. Rampioni, *Bene giuridico e delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, Milano, 1984, pp. 73 y ss.; L. Balsano, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, Cosenza, 1991, pp. 7 y ss.; G. Iadecola, *La riforma dei delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, 2ª ed., Torino, 1992, pp. 7 y ss.; F. Bricola, "La riforma dei reati contro la Pubblica Amministrazione: cenni generali", en F. Coppi (a cura di), *Reati contro la Pubblica Amministrazione*, Torino, 1993, pp. 13 y ss.

55 Cfr. Asúa Batarrita (n. 43), p. 19.

56 Cfr. Octavio de Toledo y Ubieto (n. 54), p. 1516; García Arán (n. 26), p. 37; Olaizola Nogales (n. 26), pp. 84 y 85; González Cussac (n. 54), p. 23; Rebollo Vargas (n. 26), p. 52; Rodríguez Puerta (n. 54), pp. 37 y 38; Orts Berenguer (n. 54), p. 1776.

esta vía, la Administración Pública se afianza como un auténtico bien jurídico material, protegido única y exclusivamente en tanto en cuanto sirve con arreglo a unos determinados parámetros (los “supraprincipios” constitucionales por los que su organización y actividad se encuentran íntegramente penetradas y condicionadas) los intereses generales de toda la ciudadanía. López Garrido / García Arán ven en la propia rúbrica del Título XIX CP la plasmación de esta idea rectora<sup>57</sup>.

Esta aproximación constitucional a los delitos del cargo goza de importantes avales normativos y político-criminales. Se trata, ante todo, de una opción interpretativa refrendada por la Exposición de Motivos de la LRJPAC de 1992. “La Constitución de 1978 —reza— alumbra un nuevo concepto de Administración sometida a la ley y al derecho, acorde con la expresión democrática popular. La Constitución consagra el carácter instrumental de la Administración puesta al servicio de los intereses de los ciudadanos, y la responsabilidad política del Gobierno en cuanto que es responsable de dirigirla”. Por ello —prosigue— la Administración y su régimen jurídico deben sufrir los necesarios ajustes y reformas “para integrarse en la sociedad a la que sirve como el instrumento que promueve las condiciones para que los derechos constitucionales del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivos”. En otro sentido, conviene recordar que los criterios y valores que integran el estatuto constitucional de la Administración vienen afirmados con carácter preceptivo —no meramente programático—, lo que lejos de hacer perder estabilidad al concepto de bien jurídico, hace posible el desenvolvimiento de su función crítica. Junto a esta capacidad para constreñir el alcance de la ley ordinaria, asimismo suele destacarse positivamente que, en la medida en que los principios seleccionados por la Carta Magna constituyen cánones normativos externos a la Administración Pública, representan un criterio altamente utilizable en sede de diferencia-

---

57 Cfr. D. López Garrido / M. García Arán, *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Madrid, 1996, p. 176.

ción entre ilícito penal y disciplinario, al inducir a reservar éste para los incumplimientos o transgresiones de pautas de organización marcadas por la propia Administración o por el legislador ordinario que no lleguen a traducirse en un perjuicio de dimensión externa, esto es, en la lesión o puesta en peligro de bienes de relevancia constitucional distintos de la funcionalidad interna del cargo desempeñado por el sujeto<sup>58</sup>.

El procedimiento de exégesis de ese objeto de tutela (“la Administración Pública”) viene marcado por el empleo de un criterio puramente objetivo —atento a las concretas funciones ejercidas—, en detrimento del de la cualificación abstracta del sujeto de la actividad (criterio subjetivo). Como indica Bricola, si bien la crisis del principio de separación de poderes en su sentido clásico hace lícito dudar de una atribución exclusiva de las funciones legislativa, jurisdiccional o administrativa, parece claro que sobre el plano de la actividad las mismas se evidencian distintas -cualquiera que sea el órgano que las desarrolle-, presentando cauces y modos de exteriorización diferentes, “y a la diversidad de actividad no puede no corresponder una diversidad de fines a alcanzar y, consecuentemente, de valores a tutelar”<sup>59</sup>. Al mismo tiempo que permite sintetizar en la idea de “servicio a los intereses generales” la nota definitoria esencial a la totalidad de la actividad pública del Estado de nuestros días, la perspectiva constitucional impone, así, una reagrupación de los bienes jurídicos en juego con arreglo a las características o cualidades predicables de la Administración Pública, del Poder Judicial y de las actividades política y legislativa<sup>60</sup>. En definitiva, el bien jurídico común a los delitos contra la Administración Pública no sería otro que la realización de sus actividades pres-

58 Vid. Valeije Álvarez (n. 54), p. 28; Olaizola Nogales (n. 26), p. 88; Rodríguez Puerta (n. 54), p. 67; Asúa Batarrita (n. 43), pp. 20 y 25.

59 Cfr. Bricola (n. 54), pp. 128 y 129.

60 Tagliarini (n. 54), pp. 131 y ss.; Octavio de Toledo y Ubieta (n. 26), pp. 200 y ss.; Rampioni (n. 54), pp. 66 y ss.; García Arán (n. 26), pp. 33 y ss.; Rodríguez Puerta (n. 54), pp. 39 y 40; Morales García (n. 53), pp. 70 y ss., entre otros. De otra opinión, Pagliaro (n. 51), pp. 5 y 6.

tacionales según los valores fijados por la Constitución como especiales y exclusivos de la función administrativa *stricto sensu*.

Para la doctrina española, el punto de partida lógico y material del conjunto normativo del Título XIX del CP se halla, en consecuencia, en el estatuto constitucional de la Administración Pública, explicitado en el art. 103.1 del Texto Fundamental (“La Administración sirve con objetividad los intereses generales”, y actúa “con sometimiento pleno a la ley y al derecho”, de acuerdo con los “principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación”). A la luz de este marco normativo, la mayoría de los autores remiten la esencia común a todas estas infracciones a la idea de “servicio”, para proponer acto seguido —juzgando por los esquemas con arreglo a los que se expresan las distintas conductas delictivas— una especificación de aquéllo en lo que consiste y del modo en qué se perturba en cada supuesto<sup>61</sup>. Según otras opiniones, en cambio, el bien categorial vendría integrado: a) por la eficacia, entendida como capacidad de prestación y/o de garantía de los servicios públicos<sup>62</sup>, prevista, además de en el 103. 1, en los arts. 3. 1 y 4. 1 d) LRJAP; b) por la “objetividad” en la sumisión al interés general<sup>63</sup>, directiva derivada del principio básico de “interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos” del art. 9. 3 CE; c) por la imparcialidad como condición personal de cumplimiento de la objetividad<sup>64</sup>, cuya trascendencia viene subrayada por el art. 103. 3 al ordenar que la ley reguladora del

61 Vid. T. S. Vives Antón, “La responsabilidad de los jueces en el Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial”, *EPC*, Tomo IX, 1986, p. 277; Orts Berenguer (n. 54), pp. 1775 y ss.; Olaizola Nogales (n. 26), pp. 87 y ss.; Asúa Batarrita (n. 43), pp. 21 y 22; Morales García (n. 53), pp. 46 y 47; Rodríguez Puerta (n. 54), pp. 40, 41, 78 y ss.

62 J. J. Queralt Jiménez, “Delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código penal. Una aproximación desde la nueva regulación de la prevaricación administrativa”, en V. Gimeno Sendra / J. J. Queralt Jiménez / J. A. Martín Pallín / M. Marchena Gómez, *Estudio y aplicación práctica del Código penal de 1995*, Tomo II, Parte Especial, Madrid, 1997, p. 419..

63 Valeije Álvarez (n. 54), pp. 30 y 31.

64 Cugat Mauri (n.26), p. 99.

estatuto de los funcionarios públicos recoja “las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones”; o, finalmente, d) por los “intereses generales” que la Administración está obligada a cuidar y perseguir en virtud de la cláusula de habilitación contenida en el art. 103. 1<sup>65</sup>.

En Italia, la literatura ha localizado un referente de rango constitucional suficientemente preciso en el art. 97. 1° de la Constitución, a tenor del cual “los órganos públicos se organizan según disposiciones legales de modo que sean asegurados el buen funcionamiento y la imparcialidad de la Administración”. Ambos principios han sido objeto de exhaustivo análisis por Bricola, Tagliarini y Rampioni, quienes coinciden en señalar que ofenderían el buen funcionamiento todas las conductas delictivas que obstaculizasen la eficiencia de la Administración, esto es, que frustrasen la capacidad de perseguir los fines legalmente asignados a la misma, así como aquéllas que se sustanciaban en un ejercicio abusivo de los poderes y de las cualidades conexas al ejercicio de la función o en un abuso de los bienes patrimoniales y recursos de titularidad pública<sup>66</sup>. Si la función pública no se ejecutase en modo tal que permitiese distribuir equitativamente entre los ciudadanos las utilidades y sacrificios derivados de la acción administrativa, lo que se lesionaría sería, en cambio, el bien jurídico de la imparcialidad<sup>67</sup>. Las aportaciones posteriores se han orientado en esta misma dirección. Las propuestas de Angioni<sup>68</sup> —que conceptúa el “buen funcionamiento” como bien jurídico de nivel constitucional pero no tutelable penalmente— y Stortoni<sup>69</sup> —que ve en la garantía de la legalidad la *ratio* de la disciplina penal del grupo— no han alcanzado apenas eco.

65 Rebollo Vargas (n. 26), pp. 52, 54 y 71.

66 Bricola (n. 54), p. 134; Tagliarini (n. 54), p. 161; Rampioni (n. 54), p. 261.

67 Tagliarini (n. 54), pp. 167 y 168; Rampioni (n. 54), p. 261.

68 F. Angioni, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, p. 111.

69 Stortoni (n. 54), pp. 154, 155 y 162.

### III

Llegados a este punto se hace preciso realizar ya algunas observaciones. Comenzamos con la concepción que hace converger estos delitos bajo el reclamo a los principios que, de acuerdo con el orden material del poder público administrativo establecido por la Constitución, pueden aislarse como “propios” o “específicos” de la acción de la Administración Pública, con independencia de las diferentes formas que revista o adopte (actividad de *imperium*, actividad de gestión económico-patrimonial, actividad prestacional). Como se ha visto, sus propios partidarios asumen pacíficamente que la mera alusión a la “función pública” resulta excesivamente genérica como para poder concretar el ámbito de los tipos penales, que dan entrada a conductas muy diferentes entre sí, aptas para poner en peligro -con toda seguridad- diversas facetas o vertientes de aquélla. Situado, entonces, frente a una simple directiva interpretativa, cuya única utilidad y finalidad parece ser la de dejar sentadas las coordenadas en que ha de desarrollarse la investigación sobre el bien jurídico protegido por cada delito o grupo de delitos, al intérprete no le restará sino preguntarse si en punto a estas infracciones es técnicamente posible mantenerse en el respeto a los principios científico-valorativos que informan la Parte Especial del Código penal<sup>70</sup>.

Pero hemos visto también cómo algunas voces en la doctrina española intentan el camino de la reunificación del grupo en torno al parámetro de valoración jurídica de las actividades administrativas que, en cada caso, estiman esencial o prioritario. Esta posición de base parece en disposición de captar con mayor exactitud la esencia de estos delitos, pero las diferenciaciones de tipo cualitativo y cuantitativo de que debe seguirse si se quiere evitar una —insostenible— “infravaloración” de los elementos

---

70 Recordemos que éstas son, exactamente, las ideas que pueden encontrarse en las exposiciones que un minoritario sector de la doctrina alemana ofrece de esta materia. Supra nota 33.

constitutivos de cada uno de ellos terminarán por privarla de consistencia. Sin ánimo de exhaustividad, reflejaremos a continuación aquellos asertos que conforman los planteamientos más extendidos en la doctrina iuspublicista y que, a nuestro juicio, arrojan definitivamente luz sobre la idoneidad de estos principios con vistas a integrar el objeto y la finalidad propios de las figuras del Título XIX.

Detengámonos, en primer lugar, en la condición de la Administración como sujeto vinculado a la satisfacción del interés general y caracterizado su gestión objetivo-jurídica. Si el interés general es una de las pautas que utiliza el constituyente para organizar y revestir de legitimidad a las actuaciones públicas, está claro que toda actuación presidida por los criterios personales y omnímodos de los titulares de los órganos administrativos —por definición, las actuaciones con fin delictivo— deviene radicalmente ilegítima<sup>71</sup>. Lo que, quizá, no ha ponderado suficientemente la literatura penal es que, si se parte de la premisa de que lo que da contenido material propio a los delitos del cargo es la desviación de las funciones públicas de los fines establecidos por el ordenamiento jurídico, en todo proceso penal que verse sobre estas figuras el juez habrá de determinar cuáles son aquéllos, determinación que no resultará precisamente sencilla<sup>72</sup>. Como explica Sáinz Moreno, si el cauce “natural” de expresión de lo que la sociedad entiende por el bien común —y la única admisible en el marco de una democracia representativa— es la legislación, en la mayoría de los casos ésta se limita a encomendar a la Administración la realización de una valoración del mismo, bien directamente (“mediante fórmulas en las que se remite a ‘lo que conviene o perjudica al interés público’”), bien indirectamente (“mediante la atribución de la potestad de decidir discrecionalmente”)<sup>73</sup>. El “interés general” representa, de

71 Cfr. A. Nieto García, “La Administración sirve con objetividad los intereses generales”, en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor E. García de Enterría*, Madrid, 1991, p. 2251.

72 Vid. C. Chinchilla Marín, *La desviación de poder*, 2ª ed., Madrid, 1999, p. 126.

73 Cfr. F. Sáinz Moreno, *Conceptos jurídicos indeterminados, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, 1976, pp. 326 y 327.

esta forma, “un concepto formalizador de un bien jurídico global, abstracto y formal”, a través del que pretende expresarse condensadamente “el bien jurídico —sustantivo y concreto— merecedor de protección en cada caso y en el curso del proceso de desarrollo, integración y aplicación del ordenamiento jurídico” que la Administración Pública lleva a cabo<sup>74</sup>; un fin para cuya definición deberá tomar en consideración tanto los intereses secundarios concurrentes (públicos o privados), como todos aquéllos que se incluyen en el radio de acción de la propia noción de “interés general”: el de cada ámbito de decisión de cada uno de los ordenamientos particulares que resultan de la organización territorial del Estado y el del conjunto de todos los espacios de decisión articulados por y desde la Constitución y el ordenamiento jurídico general<sup>75</sup>.

Volvamos la mirada ahora a los restantes supraprincipios constitucionales de la actividad administrativa. Si para ellos pueden y deben reclamarse espacios científicos propios, independientes, no parece que modelos tan claramente diferenciados de delincuencia como los que muestra el grupo puedan hacerse acreedores de una interpretación unitaria, al menos bajo el perfil de la objetividad jurídica. Otra clase de razonamiento pugnaría con la naturaleza fragmentaria del Derecho penal, teniendo en cuenta que la connotación de todos los abusos de la función pública en términos de parcialidad, de ilegalidad o de ineficacia sólo sería posible a costa de una cierta difuminación o flexibilización de los conceptos de referencia, de un “vaciamiento” de sus contenidos reales de valor<sup>76</sup>. La función crítico-interpretativa del bien jurídico resultaría perjudicada por la genericidad de los criterios manejados, y el intérprete se arriesgaría nuevamente a abrir el campo de las sanciones penales a comportamientos que podrían ser adecuadamente resueltos por otras ramas del ordenamiento jurídico. Veámoslo con algunos ejemplos.

74 Cfr. L. Parejo Alfonso, “La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración Pública”, *DA*, n°s 218-219, abril-septiembre, Tomo II, 1989, p. 36.

75 Parejo Alfonso (n. 74), pp. 36 y 37.

76 Así, Rampioni (n. 54), pp. 73 y 74.

En modo alguno podría considerarse casual y sí sumamente significativo que a lo largo del Título XIX del CP español estuviese presente y aflorase la preocupación del legislador penal por garantizar la eficacia de la acción de los poderes públicos, como exigencia de materialización en la realidad de los hechos de los fines u objetivos a que dicha acción sirve. El Estado actual, marcado por el sello de la “sociabilidad”, tiene el deber de proporcionar a la ciudadanía cauces técnicos para defenderse ante una Administración arbitraria, “pero debe prever también instrumentos para estimular a la Administración a actuar”<sup>77</sup>. En la eficacia se expresa, así, la vigencia del Estado social en el ámbito jurídico-administrativo, condición que implica —escribe Parejo Alfonso— “un hecho capital: la perspectiva propia y única válida es la del ciudadano, la de la colectividad administrada como destinataria de los servicios públicos”<sup>78</sup>. En su esfera de aplicación, de hecho, “ceden todo protagonismo las exigencias propias de la Administración como poder público (sujeto dotado de *imperium*, de privilegios exorbitantes) en favor de la condición radicalmente vicaria y servicial de dicha Administración”, como “instrumento justificado sólo en la (objetiva) eficaz gestión del interés general”<sup>79</sup>. Indudablemente, *lato sensu* entendida, la delincuencia funcional afecta con especial intensidad a la acción estatal de ejecución del ordenamiento y de configuración de las condiciones de la vida social. Pero, como principio jurídico de alcance general, la eficacia juega en nuestra Constitución —como resalta el propio Parejo<sup>80</sup>— en la esfera administrativa puramente externa, la de las relaciones *ad extra* de la Administración, de modo que difícilmente podría ser asumido como objeto de tutela de uno de los delitos más emblemáticos del grupo, el de desobediencia, cuya

77 Cfr. R. Martín Mateo, *Manual de Derecho Administrativo*, 14ª ed., Madrid, 1991, p. 78.

78 L. Parejo Alfonso, *Estado social y Administración Pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Madrid, 1983, pp. 143 y 144.

79 Parejo Alfonso (n. 78), p. 144 (cursivas en el original).

80 Parejo Alfonso (n. 78), p. 143.

formulación normativa en el art. 410. ICP se asienta sobre la lesión de la jerarquía como criterio instrumental e intraorganizativo.

A través de la apelación a la “objetividad o imparcialidad”, por su parte, se tratará de fijar normativamente un bien jurídico consistente —según la mejor doctrina iuspublicista— en la privación a la Administración de toda capacidad para generar una racionalidad independiente de la jurídica, o sea, de la que se traduce en la “realización del Derecho desde y mediante el Derecho”<sup>81</sup>. Así perfilada, la imparcialidad proporciona una ayuda ciertamente modesta sobre el plano de la reconstrucción hermenéutica de los delitos del cargo. De hecho, sólo permitiría orientar la interpretación de aquellas figuras cuyo espacio de punición se explica y define sobre la base de una interferencia claramente personal o privada en la actividad del operador público, de aquéllas cuya tipicidad reclama un empleo de las potestades administrativas idóneo para alterar la *par condicio civium*. Habrá de convenirse, por ejemplo, en que la punibilidad de los delitos de prevaricación (art. 404 CP), abandono colectivo de servicio público (art. 409 CP) o infidelidad en la custodia de documentos (art. 413 CP) no puede recavarse directamente del peligro que representan para el derecho a la igualdad de la ciudadanía frente a la Administración Pública y a sus representantes, puesto que su consumación no requiere —ni como momento finalístico ni como elemento objetivo— la ilegítima realización de intereses privados bajo la forma de ventajas o perjuicios.

Pero por encima de estas consideraciones sobresale todavía otra. Y es que, más allá de las dificultades interpretativas que —sin duda— traen consigo los diversos principios y valores superiores que la fórmula del Estado Social y Democrático de Derecho reserva para la Administración, la labor de ponderación entre aquéllos a los que la misma remite no parece autori-

---

81 Parejo Alfonso (n. 74), p. 42.

zar a ninguna operación de jerarquización<sup>82</sup>. El constituyente ha resuelto que las cláusulas del “Estado social”, del “Estado democrático” y del “Estado de derecho” obliguen de modo simultáneo y sin diferencias de rango o validez<sup>83</sup>; y es deber de cualquier operador jurídico, “ya sea el legislador, el Gobierno, la Administración, los Tribunales y aun los intérpretes privados”, encontrar en cada supuesto concreto “un punto de equilibrio entre todos ellos”<sup>84</sup>. Como precipitado técnico de aquella fórmula compleja, la definición que el artículo 103. 1 proporciona de la Administración Pública da entrada a distintos momentos lógicos, incluidos en la unidad conceptual que entre todos forman y sólo susceptibles de valoración —y empleo, utilización— independiente en tanto en cuanto ello no se oponga a lo que resulta del conjunto<sup>85</sup>. La Administración Pública es, en suma, cada uno de esos rasgos distintivos que invoca la doctrina penal (“imparcial”, “legal”, “eficaz”, “servidora”), pero no es ninguno de ellos si no se la analiza en función de los restantes. Sánchez Morón expresa muy gráficamente esta idea cuando escribe que la noción de Administración Pública válida para el Derecho público de nuestros días, la que resulta del concepto de Estado Social y Democrático de Derecho, no atiende a un criterio orgánico, ni a su relación con la ley, ni mucho menos al dato subjetivo y formal de la personalidad jurídica, sino a su dimensión institucional y finalista: “es, pues, aquella institución pública que se singulariza (y se legitima) por su función de servicio (con objetividad) de los intereses generales”<sup>86</sup>. De esta definición constitucional debe partir hoy en día la construcción dogmática del Derecho penal de la función pública, pues son dichos caracteres los que legitiman la atribución a la Administración

82 Vid. Santamaría Pastor (n. 11), p. 192; Parejo Alfonso (n. 78), pp. 75 y ss.

83 Parejo Alfonso (n. 78), p. 75.

84 Santamaría Pastor (n. 11), p. 192.

85 Vid. A. Garrorena Morales, *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Madrid, 1991, pp. 202 y 203.

86 Cfr. M. Sánchez Morón, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Madrid, 1994, pp. 98 y 99.

del conjunto de poderes, facultades y prerrogativas de Derecho público que están en la base de la ejecución de las conductas delictivas en el cargo.

Las aproximaciones constitucionales que estamos considerando se limitan, en definitiva, a proporcionar una descripción meramente “empírica” —si se permite la expresión— del objeto de tutela: la Administración Pública. Las críticas negativas que aquí les dirigimos no se alimentan, pues, de los presupuestos ideológicos de los que parten, sino de su limitada operatividad a la hora de ofrecer una precisa interpretación de los elementos típicos de cada uno de los delitos<sup>87</sup>. Las definiciones propuestas no van —nuevamente— más allá de proporcionar criterios abstractos, inservibles, tanto para circunscribir correctamente los ámbitos de las singulares normas incriminatorias, como para clarificar las relaciones concursales existentes entre las distintas figuras. Es verdad que un proceso de concreción desarrollado en más fases podría dotar de operatividad dogmática a dichas indicaciones, pero con ello resultarían ya sustancialmente alterados los términos con arreglo a los que se conduce el debate. Dicho de otra forma, una vez reconocidas las “virtudes” del argumento constitucional, lo que habrá que constatar es si con ayuda del mismo es posible identificar un referente político-criminal y dogmático que sirva para generar la agrupación, que permita descubrir la esencia de todos y cada uno de los tipos sin necesidad de recurrir a la formulación de ulteriores bienes jurídicos. Para ello, el intérprete deberá trabajar con conceptos que, además de poseer el necesario coeficiente de certeza, le permitan controlar los fenómenos de “crisis” motivados por la demostrada “potencialidad expansiva” de la disciplina, al ser plenamente abarcables por el dolo del autor y servir de índice para calibrar la “entidad” de la ofensa. Las investigaciones sobre los intereses ofendidos por los delitos del cargo no pueden, por lo tanto, entenderse agotadas.

---

87 En este sentido, Cugat Mauri (n.26), p. 73.

#### IV

En un sistema político que adopta como fundamento “la dignidad de la persona y los derechos individuales que le son inherentes” (art. 10. 1 CE), parece imprescindible conceptualizar todos los bienes jurídicos colectivos, supraindividuales o macrosociales como entidades de naturaleza “instrumental” preordenadas a la realización de bienes o intereses individuales de la máxima relevancia<sup>88</sup>. En el caso de la Administración Pública, la propia Constitución obliga, desde su indiscutible primacía jurídica, a situar el centro de atención del Derecho penal en los procesos o actividades que aquélla debe llevar a la práctica “para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas” (art. 9. 2). Esta es la única interpretación que permite coherente los tradicionales “delitos del cargo” con el esquema de fines de un Estado cuya legitimidad dimana de su capacidad para incidir en la vida social y garantizar en ella —como señala Rudolphi— “una configuración justa e igualitaria de las relaciones humanas”<sup>89</sup>.

88 Vid. I. Berdugo Gómez de la Torre, *El delito de lesiones*, Salamanca, 1982, pp. 66 y 68, en las que se extiende sobre la relación individuo-comunidad correspondiente al Estado social y democrático de derecho, concluyendo que “la disyuntiva individuo-comunidad, como centro del sistema constitucional de valores, debe ser resuelta a favor del primero” (p. 66). En el mismo sentido, sin alusiones al articulado del Texto Fundamental, Hormazábal Malarée (n. 31), pp. 154 y 155; Mir Puig (n. 30), p. 212; J. M<sup>a</sup> Silva Sánchez, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, pp. 291 y 292; M. Corcoy Bidasolo, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos supraindividuales. Nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos*, Valencia, 1999, pp. 204 y 208; E. Octavio de Toledo y Ubieta, “Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos”, *ADPCP*, 1990, p. 18. En la doctrina extranjera, M. Marx, *Zur Definition des Begriffs 'Rechtsgut'*. *Prolegomena einer materialen Verbrechenlehre*, Köln, Berlín, Bonn, München, 1972, p. 81; Angioni (n. 68), pp. 93 y ss.; G. Fiandaca, “Il ‘bene giuridico’ come problema teorico e come criterio di politica criminale”, *RIDPP*, Anno XXV, 1982, p. 72; W. Hassemer, en W. Hassemer / F. Muñoz Conde, *Introducción a la criminología y al Derecho penal*, Valencia, 1989, pp. 108 y ss.

89 Cfr. H. J. Rudolphi, “Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico”, trad. del alemán de E. Bacigalupo, *NPP*, 1975, p. 338. El sometimiento del

Aceptar el carácter dinámico-funcional del bien jurídico “Administración Pública” conlleva diversas consecuencias de orden dogmático y político-criminal. Si su tutela penal es “instrumental” con respecto a la de los bienes jurídicos “finales”, los de la persona humana, deberá ser a todos los ciudadanos —sin distinción— a quienes deba atribuírseles la condición de sujetos pasivos del delito, al verse dañados en sus aspiraciones sobre un desarrollo de la función pública escrupulosamente respetuoso con los criterios y principios constitucionales<sup>90</sup>. No hay que olvidar que el concepto de bien supraindividual bascula en torno a la relación entre las estructuras necesarias para la autorrealización personal de los individuos y todos y cada uno de los miembros de la organización social del Estado<sup>91</sup>.

Pero un concepto “personalista” de bien jurídico obliga también a un entendimiento social-normativo de los bienes supraindividuales. En un Estado Social y Democrático de Derecho los bienes colectivos deben surgir de la propia estructura social y, más concretamente, del sistema de relaciones macrosociales existente en ella<sup>92</sup>; y deben apoyarse sobre categorías empíricas que alcancen a expresar la idea que les sirve de funda-

---

bien jurídico-penal “Administración Pública” a los postulados generales sobre los bienes jurídicos colectivos no impide reconocer su idiosincrasia, tanto frente a aquéllos que deben concebirse como una mera “suma de bienes individuales” (la salud colectiva, por antonomasia), como frente a los que sirven a la composición de los conflictos de los ciudadanos (v.gr. la Administración de Justicia).

90 Identifican en la ciudadanía o comunidad social al titular del bien jurídico del grupo Octavio de Toledo y Ubieta (n. 26), pp. 288 y 289; Valeije Álvarez (n. 54), p. 28; Asúa Batarrita (n. 43), p. 22. Aboga también por este punto de vista el legislador de los cuerpos legales europeos de modificación más reciente en este sector de la Parte Especial (Códigos suizo, español, griego), en los que es bien perceptible su paulatino alejamiento de los delitos contra el Estado.

91 Cfr. Marx (n. 88), pp. 81 y 82.

92 Cfr. J. Bustos Ramírez, “Los bienes jurídicos colectivos (repercusiones de la labor legislativa de Jiménez de Asúa en el Código penal de 1932)”, *RFUDCM*, monográfico n.º 11, 1986, pp. 196 y 197; Hormazábal Malarée (n. 31), pp. 154 y 155.

mento: el tratarse de presupuestos o condiciones para la protección y el desenvolvimiento de los bienes individuales. Lo que “no sólo permite sino que incluso obliga” a dispensar tutela penal a la Administración Pública es —como indica Silva Sánchez siguiendo a Hassemer<sup>93</sup>— el dato de que la persona es un ser esencialmente social, que únicamente puede proteger y hacer efectivos sus intereses en el seno de la sociedad y de sus instituciones. Parafraseando a Rudolphi, diríamos que es valiosa y merecedora de protección jurídico-penal en la medida en que la función que le compete forma parte de la estructura social, y es, al propio tiempo, un presupuesto imprescindible “para la vida en común próspera de individuos libres del Estado”<sup>94</sup>. En esta línea, contrastar las previsiones que el Código penal destina a los delitos que la agreden con las propiedades y características que presenta en tanto “cuerpo social” o ente de intermediación de relaciones sociales aparece como un instrumento fundamental con vistas a controlar la aplicación práctica de aquéllas y, sobre todo, a valorar su idoneidad para lograr los objetivos que deben perseguir. Conducir —siquiera someramente— la investigación por estos derroteros puede ser, por ello, de gran utilidad.

Los sociólogos definen la organización administrativa, en sentido amplio, como aquella parte de la organización social encargada de realizar de un modo constante las funciones restrictivas y directivas necesarias para la consecución de fines públicos<sup>95</sup>. El concepto sociológico de institución la presenta, así, como un sistema organizado de relaciones sociales que incluye valores y procedimientos comunes, y que satisface necesidades básicas de la sociedad<sup>96</sup>. En esta definición básica, esos “valores

93 Silva Sánchez (n. 88), p. 291; Hassemer (n. 88), p. 110.

94 Traemos aquí las consideraciones que Rudolphi hace sobre el bien jurídico “Administración de Justicia” (n. 89), p. 343.

95 Vid. J. Morales Navarro / V. Abad Márquez, *Introducción a la sociología*, Madrid, 1988, pp. 82 y 83; P. B. Horton / C. L. Hunt, *Sociología*, 3ª ed. en español, trad. de R. Moya García de la 6ª ed. inglesa, México, 1988, p. 223.

96 Horton / Hunt (n. 95), p. 223.

comunes” se refieren a ideas y metas compartidas, mientras que los “procedimientos comunes” equivalen a pautas reglamentadas de comportamiento, y el “sistema de relaciones” a la red de roles y status a través de los que las personas llevan a cabo sus comportamientos<sup>97</sup>.

Todos estos factores suministran pautas de conducta a los actores sociales, lo que significa tanto como que ejercen —sin distinción de rango o grado— un verdadero papel socializador<sup>98</sup>. Quienes desde la literatura penal han preconizado una lectura “institucional” de los delitos del cargo han venido mostrándose partidarios, sin embargo, de reservar a la intervención en este ámbito la finalidad específica de eliminar los peligros de desmoronamiento o caída de la institución misma (la Administración Pública), mediante el reforzamiento del conjunto de comportamientos expresados en códigos formales y del cuerpo de tradiciones, expectativas y rutinas que dan contenido al rol institucional (el rol de agente del Estado)<sup>99</sup>.

El que las esferas públicas y privadas deban permanecer escrupulosamente separadas, de forma que los funcionarios no permitan que las relaciones personales influyan en sus acciones, es, en efecto, uno de los valores generales que se institucionalizan en el rol de funcionario público<sup>100</sup>; y va de suyo que dicho rol sólo podrá ser desempeñado con éxito por quienes hayan interiorizado las actitudes y comportamientos correspondientes a ese valor. Pero ni la lógica de la prevención, ni la lógica utilitarista de la reducción de la violencia estatal podrían legitimar el recurso a las conminaciones y sanciones penales ante cualquier fracaso del proceso de socialización en este terreno. Como indica Münch, la ideología de un Estado libre de dominio personal

---

97 Horton / Hunt (n. 95), p. 223.

98 Vid. Morales Navarro / Abad Márquez (n. 95), pp. 82 y ss.; D. Light / S. Keller / C. Calhoun, *Sociología*, trad. de G. Murillo Castaño de la 5ª ed. inglesa, Bogotá, 1991, pp. 72 y 73; Horton / Hunt (n. 95), pp. 223 y ss.

99 Vid. Loos (n. 34), pp. 889 y 891, centrándose en el delito de cohecho.

100 Horton / Hunt (n. 95), pp. 234 y 235.

representa una pauta normativa cuya “supervivencia exitosa” no viene determinada ni única ni siquiera principalmente por su imposición mediante la movilización del poder, sino por el arraigo que tenga en la tradición del universo vital de la burocracia y por su adaptación a experiencias de aprendizaje, intereses y cálculos de utilidad situacionalmente cambiantes<sup>101</sup>. De hecho, y al fin de desarticular la llamada “buropatología”, la ciencia de la Administración ha venido apostando por un abanico de estrategias y técnicas que van desde la justa aplicación del “complemento de productividad” como compensación económica, hasta la creación de grupos de trabajo autodirigidos, pasando por estrategias motivadoras como dar a los trabajadores una mayor participación en la toma de decisiones, delegar responsabilidades en ellos o enriquecer su trabajo<sup>102</sup>.

Si parece evidente que buena parte de los problemas de “motivación” o de estímulo individual en los esquemas de trabajo de la Administración Pública podrían solventarse mejor mediante incentivos —menos molestos, más eficaces— que mediante sanciones<sup>103</sup>, la intervención del Derecho penal carecería de sentido en términos de necesidad. De perseguir dicho objetivo, los delitos de los funcionarios contra la Administración deberían ceder ante la existencia de instancias de control social que provocarían un menor grado de sufrimiento a la sociedad en su conjunto y cuya implantación traería consigo, con toda seguridad, efectos preventivos, ya no sólo comparables, sino claramente superiores a los suyos.

La teoría de los bienes jurídicos supraindividuales anteriormente expuesta refuerza estas conclusiones. Con arreglo a

---

101 Cfr. R. Münch, “Teoría Parsoniana actual: en busca de una nueva síntesis”, en VV.AA., *La teoría social, hoy*, trad. del inglés de J. Alborés, Madrid, 1987, p. 181.

102 Vid. A. Delgado Padial, “Motivación y satisfacción laboral en la Administración Pública”, en A. Rodríguez Fernández (dir.), *Los recursos humanos en las Administraciones Públicas*, Madrid, 1995, pp. 317 y ss.

103 En este sentido, Horton / Hunt (n. 95), p. 238.

ella, de *lege ferenda*, la técnica de tutela seleccionada por el legislador habrá de permitir identificar en los ciudadanos a los receptores del perjuicio esencial para la subsistencia de todos y cada uno de los modelos de delincuencia contra la Administración Pública. Dicha técnica se compadece bien únicamente con aquellas concepciones sociológicas que presentan a la Administración Pública como una entidad “en movimiento”, como una institución “viva” caracterizada, como indica Quermonne<sup>104</sup>, por la idea de obra o empresa que anima su funcionamiento y por la adhesión o el consentimiento implícito que suscita entre los ciudadanos llamados a beneficiarse de sus actividades. Con vistas a justificar la naturaleza del Derecho penal de la función pública como medio de control social orientado al individuo, el intérprete deberá interesarse, por aquel componente del concepto de institución que le permite dar cuenta de su actividad y finalidades y evaluar sus repercusiones sobre el ámbito vital de los ciudadanos. Los delitos del cargo se revelan, así, como medios de aseguramiento de ciertos procedimientos de actuación administrativa: de aquéllos que, hallándose sometidos a un constante peligro de infracción, repercuten directa o indirectamente sobre derechos e intereses individuales.

## V

Sintetizando lo hasta aquí concluido, dos son los criterios “técnicos” que deben presidir la interpretación de los delitos contra la Administración Pública. En primer lugar, su estandarización será únicamente posible en la medida en que la idea que la anime pueda ponerse en una relación positiva con el concepto jurídico-penal de bien jurídico colectivo y con el arsenal de argumentos que pueden extraerse del mismo. Pero además, en

---

104 J.-L. Quermonne, *La organización administrativa del Estado*, Barcelona, 1995, p. 25.

segundo lugar, cualquier discurso sobre su *ratio* debe adoptar como premisa la recepción de los principios y máximas mencionados en el art. 103. 1 CE por todos y cada uno de los tipos del grupo. Ello no significa, naturalmente, que las características y estructura típicas de cada figura no permitan una ulterior selección o particularización de aquéllos para acentuar la tutela de uno u otro aspecto de la función pública; lo concluido hasta este momento autoriza a exigir, sin embargo, que dicha tarea no se abra a soluciones de contraposición, exclusión o alternativa, sino, a lo sumo, de preponderancia o sobrepeso.

Hace ya algunos años Bustos Ramírez apuntó una línea de trabajo que, a pesar de haber pasado relativamente desapercibida a la doctrina española, puede proporcionar, a la luz de las consideraciones desarrolladas, una idea general acerca de la forma en la que el legislador penal protege el estatuto constitucional de la Administración Pública. Subrayando la naturaleza institucional del bien jurídico protegido en los delitos del Título VII del CP de 1973, Bustos señalaba que “no serviría de nada el reconocimiento de la libertad de la persona... si la autoridad pudiese proceder de cualquier manera, en forma injusta o arbitraria o a causa de beneficios o promesas económicas”<sup>105</sup>. En su opinión, lo que realmente pretendía preservar el legislador penal español con ellos era “el ejercicio debido o correcto de la función administrativa, que resulta indispensable para el funcionamiento del sistema, y que consiste en dar vías procedimentales para que todos y cada uno de los miembros de la colectividad puedan resolver sus conflictos sociales o efectivizar sus intereses”<sup>106</sup>.

En apoyo de este punto de vista, Bustos esgrimía argumentos de carácter únicamente teleológico. Interesa notar, sin embargo, que su propuesta viene a converger con la promovida—desde otros ámbitos de la disciplina— por un sector de la doc-

---

105 Cfr. J. Bustos Ramírez, *Manual de Derecho penal. Parte Especial*, Barcelona, 1986, p. 365.

106 Bustos Ramírez (n. 105), p. 437.

tina italiana al tratar de ofrecer un modelo o esquema ideal de tipificación de los delitos dirigidos contra las instituciones u organizaciones sociales. Así, para Mantovani la idoneidad de la Administración Pública para erigirse en objeto de la tutela penal viene condicionada a su capacidad para ser objeto de “ofensa”, para resultar jurídicamente agredida<sup>107</sup>. Consideraciones teleológicas, dogmáticas y garantistas aconsejarían, de esta forma, poner en relación todos los abusos que puedan producirse en este terreno con cada una de las “entidades” que componen dicho “denominador abstracto”, o sea, con los actos procedentes de los órganos administrativos o con sus propios “procedimientos singulares”<sup>108</sup>. Angioni retoma y desarrolla esta idea, reconociéndole viabilidad formal en el Derecho positivo. Como bienes dinámico-funcionales —escribe<sup>109</sup>— las Administraciones Pública y de Justicia adquieren la condición de bienes jurídico-penales sólo cuando las agresiones dirigidas contra sus actividades institucionales y procedimientos administrativos y judiciales comportan conjuntamente (o como consecuencia mediata) la ofensa de bienes individuales finales. Recurriendo a un ejemplo, el test sobre la relevancia jurídico-penal de una simulación de delito debería confirmar así que, debido a la pérdida de tiempo ocasionada a los órganos encargados de la investigación, todos los individuos implicados en los procesos retrasados o entorpecidos han resultado mediata pero efectivamente perjudicados por la ficción<sup>110</sup>. En caso contrario, carecería de las propiedades materiales que distinguen a los injustos penales.

Ésta es la óptica en la que se ubica el presente trabajo. Si de lo que se trata es de apreciar en el análisis de estas normas una dirección de ataque unitaria que exprese la vigencia de los criterios técnicos de los que hemos venido hablando, deberá volverse la mirada hacia los procedimientos por los que discurren

---

107 F. Mantovani, *Diritto penale. Parte Generale*, 2ª ed., Padova, 1988, p. 210, nota 13.

108 Mantovani (n. 107), p. 210, nota 13.

109 Cfr. Angioni (n. 68), p. 103.

110 Angioni (n. 68), p. 104.

los asuntos encomendados a la Administración y a los que incumbe, de forma inmediata, la misión de asegurar que en su funcionamiento cotidiano aquélla responde a las exigencias y requerimientos que el Texto Fundamental le dirige<sup>111</sup>. En un desarrollo de los procedimientos de gestión administrativa ajustado a los cánones constitucionales se cifra, pues, el denominador común de los delitos del cargo, cuya naturaleza “procedimental” se justifica, además, sobre el plano de su propia formulación normativa. Y ello, no tanto porque determinadas figuras pertenecientes al “núcleo duro” del grupo se sustancien en una manipulación o entorpecimiento de actos —definitivos o de trámite— que se inscriben en un procedimiento administrativo determinado<sup>112</sup>, sino, fundamentalmente, porque con arreglo a la técnica de tipificación adoptada por el legislador la competencia legalmente atribuida al funcionario delimita, al propio tiempo, su posición de poder y el ámbito o esfera de la función pública en que se produce o inserta la conducta delictiva. Ese sector de acción o actividad administrativa sobre el que la competencia se proyecta nos sitúa frente a una realidad institucional muy precisa: frente a aquellos procesos o sucesiones ordenadas de acciones en que se segmenta la función pública y que deben proporcionar transparencia, racionalidad y coordinación a toda la actuación de la Administración. Extraerla y aislarla sobre el plano conceptual nos muestra la “matriz” común que hace posible una síntesis de todas estas normas.

El fundamento de la intervención penal se sigue ya, entonces, de la definición típica de los delitos del cargo como delitos cometidos en el ejercicio de la competencia. Las diversas

---

111 Cfr. T.-R. Fernández, “Los principios constitucionales del procedimiento administrativo”, en VV.AA., *Gobierno y Administración en la Constitución*, Madrid, 1988, Vol. I, pp. 104 y 105.

112 Aludimos a los delitos de prevaricación (art. 404), nombramientos ilegales (art. 405), desobediencia (art. 410), denegación de auxilio a otro servicio público (art. 412.1), tráfico de influencias (arts. 428 y 429), fraude (art. 436), negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios (art. 439) y abusos en el ejercicio de la función (art. 443).

tipologías de conductas descritas en los artículos 404 y siguientes vienen en consideración en tanto en cuanto a través de ellas se verifican injerencias ilícitas en los esquemas o modelos abstractos de actuación administrativa a los que se abre la competencia del funcionario. Cada uno de los perfiles de abuso que dibujan los tipos viene a representar un vicio o coeficiente de parcialidad, de ilegalidad, de ineficacia, que justifican las exigencias de tutela jurídico-penal, pero a los que, a nuestro modo de ver, debe otorgárseles relevancia hermenéutica sólo en vía inductiva y mediata, es decir, tomando como referencia la “perversión” que son idóneos para producir en el procedimiento en que, caso por caso, se enmarca la actividad delictiva del funcionario. La prevaricación —que bascula en torno a decisiones cuyos destinatarios son los administrados pero con las que no siempre se definen situaciones jurídicas individualizadas— se pone claramente en línea, en este sentido, con las medidas preordenadas por la LRJPAC en orden a garantizar el contenido y vigencia del principio de legalidad en el procedimiento administrativo y a alejar cualquier pretensión de hacer de él una simple declaración retórica: las previsiones sobre medios de revisión o impugnación de los actos administrativos, sobre recursos y sobre revocación por motivos de legalidad. Todas las conductas delictivas que se concretan en un entorpecimiento u omisión de los actos administrativos necesarios para garantizar un desarrollo expedito del procedimiento hacia el cumplimiento de los fines previstos por el ordenamiento jurídico-estatal, como el abandono de destino o la denegación del auxilio debido a otro servicio público, hacen relación al reconocimiento a los órganos administrativos de poderes de autoorganización y de decisión adecuados para garantizar la puntualidad de la acción administrativa. La infidelidad en la custodia de documentos y la revelación de secretos pueden introducir distorsiones de orden técnico-jurídico en la tarea de ponderar los intereses en juego, impidiendo un ejercicio congruente y razonable de las potestades administrativas y, con ello, mediatamente, su adecuación al fin para el que han sido atribuidas. En fin, los abusos que consisten

o se orientan a la emanación de declaraciones con destinatario concreto o individualizado y que suponen bien una ampliación de su patrimonio jurídico o bien un gravamen sobre el mismo (los nombramientos ilegales, el cohecho, el tráfico de influencias, las exacciones ilegales, los abusos contra la libertad sexual) inciden en el proceso de valoración y ponderación de intereses a través del que la autoridad administrativa debe determinar el interés público, plasmándose en una ilegítima incorporación al procedimiento de “ámbitos intermedios” entre el Estado y la sociedad.

Ahora bien, si el “procedimiento administrativo” es la categoría institucional a la que le reconocemos sustantividad como bien jurídico-penal, es justo reconocer que cualquier intento de delimitar conceptualmente la variada gama de figuras que nos ocupan a partir su concepto clásico o tradicional —esto es, como procedimiento de producción de actos jurídicos— está condenado al fracaso. La solicitud de una dádiva como contrapartida por la financiación de obras de conservación, mantenimiento o rehabilitación de bienes del patrimonio histórico español da vida, sin ningún género de dudas, a un delito de cohecho, cuyo objeto es, sin embargo, una acción económica de fomento. De la misma forma, figuras como la revelación de secretos, la infidelidad en la custodia de documentos o el abandono de destino mantienen plenamente su significado cuando se inscriben en ámbitos de actuación de servicio público, es decir, en el marco de las actividades socio-económicas integradas en la órbita del poder público. Mantener la nomenclatura “técnica” de delitos “procedimentales” para éstos y otros supuestos similares requiere de ulteriores precisiones.

Nuestra construcción reclama, es verdad, una acepción muy amplia del término procedimiento, que permita abarcar tanto a los procedimientos decisorios —aquéllos que desembocan en una resolución administrativa—, como a los de producción de normas con efecto vinculante para terceros —disposiciones administrativas, directivas o planes preparatorios— y a los de prestación efectiva, que desembocan en el otorgamiento

de prestaciones administrativas y sociales. Cabe hacer notar, sin embargo, que dicha acepción no es, ni mucho menos, extraña a la dogmática del Derecho administrativo. Desde hace ya unos años, un sector de la doctrina alemana justifica en la emergencia de un núcleo de problemas jurídicos comunes a todas las formas de acción del Estado Social y Democrático de Derecho (v.gr. la protección de la información y de datos informáticos, la abstención de los funcionarios recusados o la vista y examen del expediente) la necesidad y oportunidad de una “refundación” de la categoría conceptual que nos ocupa<sup>113</sup>. Ese “conjunto de actuaciones que se producen en el seno de la Administración, articuladas conforme a un plan, y que tienen por objeto la obtención y el procesamiento de información” al que estos autores llamarán ahora procedimiento define también el bien jurídico menoscabado por los delitos contra la Administración Pública<sup>114</sup>.

Lejos de mostrarse como inexacta o equívoca, la terminología utilizada (“delitos procedimentales”) expresa, pues, nítidamente la idea “ordinamental” que late en estas figuras. Todas ellas sancionan modelos institucionales de (buen) funcionamiento de la Administración Pública sobre el plano de los procedimientos técnicos, contractuales, de producción de actos jurídicos o de producción de normas con arreglo a los que aquella desarrolla sus funciones. Con su incriminación el Título XIX pretende reforzar los mecanismos de acción de las Administraciones Públicas como instrumentos de protección, efectividad y garantía de los bienes jurídicos individuales de los administrados.

---

113 Cfr. E. Schmidt-Aßmann, “El procedimiento administrativo, entre el principio del Estado de Derecho y el principio democrático. Sobre el objeto del procedimiento administrativo en la dogmática administrativa alemana”, trad. del alemán de J. Barnés, en J. Barnés Vázquez (coord.), *El procedimiento administrativo en el Derecho comparado*, Madrid, 1993, pp. 321 y ss.

114 Schmidt-Aßmann (n. 113), p. 318, con ulteriores indicaciones bibliográficas.

## VI

La reconstrucción técnica —sobre el plano de la tipicidad penal— de delitos de naturaleza procedimental no ha sido objeto de debate con relación a la temática del bien jurídico, ni, por lo tanto, a su función selectiva. Sabemos ya que, so pena de dar al traste con el principio de ultima ratio, el legislador no puede dar entrada a técnicas de tipificación meramente sancionatorias de desviaciones de modelos de comportamiento desarrollados o generados en el seno de la estructuras de la función pública. La dinámica en la que debe moverse es, por el contrario, la de individualizar ciertos abusos que se producen dentro del campo de la acción procedimentalizada de la Administración. Pues bien, en este orden de cosas, si la interpretación aquí propuesta no puede aspirar a configurar una estrategia político-criminal “cerrada” de contención de la intervención penal, sí ofrece pautas de intervención lo suficientemente precisas como para conjurar —con el auxilio de otro u otros elementos teóricos— los peligros de excesiva lejanía en la afección de las conductas al individuo.

Ante todo, y como regla preferente de concreción de los postulados de la fragmentariedad penal, el ya conocido criterio del daño o perjuicio individual habrá de venir referido a los derechos o expectativas de los sujetos —individuales o colectivos— que dilucidan sus relaciones jurídicas externas con la Administración Pública por medio del procedimiento en el que se inserta la actuación delictiva<sup>115</sup>.

Al margen de ello, sin embargo, operar con la imagen técnico-jurídico del procedimiento posibilita la introducción de medidas relativamente coordinadas con vistas a preservar el

---

115 Vid. Asúa Batarrita (n.43), p. 25. La referencia al procedimiento en que se integra la conducta sienta las bases para una justificada, razonable, discriminación entre los diversos grupos de individuos afectados por los abusos de los funcionarios.

carácter preventivo y subsidiariamente represivo del Derecho penal, y, en ese sentido, a posibilitar su trascendencia hacia una eficacia social real.

La más importante de ellas podría consistir en poner en sintonía este sector del ordenamiento jurídico-penal con la sistemática clásica del acto administrativo. La determinación de los supuestos en que la expulsión de un acto del ordenamiento debe realizarse mediante el procedimiento de la revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho (art. 103 LRJPAC) debería jugar un papel relevante a la hora de valorar la gravedad objetiva de los abusos de los funcionarios, es decir, de otorgarles carta de naturaleza como actos jurídico-penalmente prohibidos. Con la mirada puesta en los supuestos legales sometidos a enumeración exhaustiva en el artículo 62 LRJPAC, el sentido último de una disciplina penal de la eficacia procedimental estribará probablemente, por ello, en la represión de aquellas conductas equiparables, por su gravedad y trascendencia, a las omisiones globales y flagrantes de trámites esenciales del procedimiento. Por su parte, en sede de tutela de la imparcialidad convalidaría dispensar la mayor significación a las causas de nulidad de pleno derecho recogidas en el art. 62. 1 c), que alude tanto a los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición, como a los de contenido imposible, que incluyen, según la mejor doctrina, los supuestos en que falta el substrato jurídico o fáctico —personal o material— que presupone el acto. Asimismo, y pensando sobre todo en actuaciones procedimentales no referidas a la producción de actos jurídicos, desbordarán con toda seguridad el ámbito de las infracciones disciplinarias aquellos abusos que sobrepasen el límite genérico impuesto al legislador ordinario por el art. 53. 1 CE en relación con todos los derechos reconocidos en los artículos 14 a 29 y 30. 2 CE y desarrollado en diversas disposiciones que sancionan la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos lesivos de aquéllos (arts. 41

LOTIC y 6 de la Ley 62 / 78 de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona).

Todas estas soluciones integran pautas político-legislativas que favorecen una interpretación restrictiva de los presupuestos básicos de la reacción penal. Si una de las tareas del jurista es superar los nominalismos, la utilización de este punto de vista dotaría de significación práctica a una materia en la que, quizá, se ha acentuado en demasía la perspectiva teórica o académica.

## VII

La determinación de los bienes jurídicos sobre los que puede recaer el consentimiento justificante no representa una cuestión polémica en la dogmática española. La tesis comúnmente aceptada es la de si quien consiente debe tener facultad jurídica de disposición, nunca procederá la aquiescencia respecto de los delitos que tutelan bienes jurídicos macrosociales o supraindividuales<sup>116</sup>. Aunque este axioma vale sólo para prefiar principios generales, no parece que pueda ponerse en duda tratándose del elemento institucional que sirve para aglutinar los delitos del Título XIX CP.

En la concepción que aquí se mantiene, el grupo que forman los delitos contra la Administración Pública queda etiquetado como un mecanismo de refuerzo de la corrección y legalidad.

---

<sup>116</sup> Vid., entre otros muchos autores, J. López Barja de Quiroga, "El consentimiento y la esterilización de los incapaces", *CPC*, n° 4, 1991, p. 319; B. de la Gándara Vallejo, *Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva*, Madrid, 1995, p. 64; E. Casas Barquero, *El consentimiento en el Derecho penal*, Córdoba, 1987, pp. 89 y 92; Cobo del Rosal / Vives Antón (n. 9), pp. 492 y 493; S. Mir Puig, *Derecho penal. Parte General*, 4ª ed., Barcelona, 1996, p. 514; J. Cerezo Mir, *Curso de Derecho penal español. Parte General III. Teoría jurídica del delito/2*, 2ª ed., 1998, p. 90.

dad de los procedimientos administrativos. En él toma cuerpo una selección de comportamientos necesarios para garantizar la subsistencia de la sociedad y de sus miembros y que se presta a una cierta estandarización, como infracciones de naturaleza procedimental. Se trata de un bien jurídico de titularidad “social”, en cuya tutela ostenta interés cualquier ciudadano por el mero hecho de serlo, y, naturalmente, situado fuera de los márgenes de la disponibilidad privada. Una comunidad que decide dotarse a sí misma del sistema político propio de un Estado Social y Democrático de Derecho no puede prescindir del instrumento a través del que la Administración hace efectivos los principios sancionados en el artículo 103 CE. Por eso, escribe Marx, el orden estatal, una “determinada esencia del Estado”, se mantiene como bien jurídico-penal “también cuando un ciudadano aislado deja de considerarlo valioso”<sup>117</sup>.

En la teoría de los delitos contra la Administración Pública, el consentimiento del ofendido únicamente puede jugar, en definitiva, el papel de causa de exclusión de la tipicidad. Ese es el único plano sobre el que podrían hallar respuesta los grupos de casos problemáticos con los que trabaja Amelung; y ello, siempre y cuando los tipos que los contienen requieran, para su existencia, que el funcionario venza de algún modo la voluntad contraria del particular que sufre y a la postre consiente el comportamiento delictivo.

Una comprobación sobre este extremo arroja resultados positivos con relación a la revelación de secretos privados, las exacciones ilegales y los abusos de la función dirigidos contra la libertad sexual. Efectivamente, un examen de sus requisitos y naturaleza lleva a concluir que dichas figuras no pueden conjugarse en el nivel de la tipicidad mediando consentimiento del particular ofendido.

Así, y excepción hecha de los supuestos en que el carácter secreto venga legalmente establecido (p. ej. en relación con

---

117 Vid. Marx (n. 88), p. 82.

el llamado secreto sumarial, arts. 301 y 302 LECrim.), el consentimiento de su titular determina la atipicidad de la revelación del artículo 417. 2 CP. La razón para ello es, como explica Orts Berenguer, que la ausencia de la voluntad de mantener la información oculta y reservada provoca la desaparición del substrato mismo del delito, el secreto<sup>118</sup>.

Los delitos de exacciones ilegales y abusos en el ejercicio de la función responden, por su parte, a los esquemas de la pluriofensividad necesaria en sentido técnico, esto es, aquella que requiere la ofensa cumulativa de varios bienes jurídicos<sup>119</sup>. Un análisis de la conformación de su injusto demuestra que en ambos el bien jurídico supraindividual debe interaccionar con un bien individual y disponible, relativo a la impenetrabilidad de la esfera de libertad de los ciudadanos frente a las presiones indebidas ejercitadas por los funcionarios. El menoscabo de esa libertad de autodeterminación en la esfera sexual —en el caso del art. 443— o en la disponibilidad de los propios bienes —tratándose del art.437— está implícito en el significado de las respectivas conductas de “solicitar” y “exigir”, a través de las cuales —según enseña la doctrina mayoritaria<sup>120</sup>— el legislador tipifica procesos de forzamiento de la voluntad del particular, dotados de eficacia “persuasiva”, “sugestiva” y/o defraudatoria.

---

118 Cfr. E. Orts Berenguer, “Revelación y uso indebido de secretos e informaciones”, *CDJ*, 1994, p. 226. En el mismo sentido, entre otros, Rebollo Vargas (n. 26), p. 181; J. Cremades Morant, “Revelación de secretos e informaciones”, en A. Asúa Batarrita (ed.), *Delitos contra la Administración Pública*, Bilbao, 1997, p. 259.

119 Sobre tal concepto, L. Durigato, *Rilevi sul reato pluriofensivo*, Padova, 1972, p. 31.

120 Vid. M. Alonso Álamo, “Problemas político-legislativos del delito de concusión”, en *Estudios penales en memoria del profesor Agustín Fernández-Albor*, Santiago de Compostela, 1989, pp. 18 y ss.; I. Valeije Álvarez, “Aspectos problemáticos del delito de concusión (Diferencias con el cohecho)”, *RGD*, 1994, pp. 6529 y ss.; F. Morales Prats / M<sup>a</sup> J. Rodríguez Puerta, en G. Quintero Olivares, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, 2<sup>a</sup> ed., Pamplona, 1999, p. 1299; X. Etxebarria Zarrabeitia, “Fraudes y exacciones ilegales”, en A. Asúa Batarrita (ed.), *Delitos contra la Administración Pública*, Bilbao, 1997, pp. 223 y 224; Rodríguez Puerta (n.

Del ámbito de protección de ambas normas se desprende claramente, en este sentido, la clase de relación existente entre la conducta del funcionario, que abusa de la cualidad o de las funciones, y el sujeto sobre el que recae. Esa relación no viene valorada desde el punto de vista de la producción de un resultado de sujeción o engaño. Lo que le importa al legislador es la tendencia con que cursan la exigencia y la solicitud, no el impacto final que producen en la esfera de libertad del particular. Por ello, ninguno de los tipos exigen en orden a su consumación ni una declaración de voluntad de adhesión, ni un resultado de pago efectivo de las cantidades reclamadas o de satisfacción de las prestaciones sexuales requeridas<sup>121</sup>.

Si el engaño y la intimidación no son modalidades accesorias, “heterogéneas”, con respecto a las conductas típicas, sino que representan componentes de desvalor prioritariamente atendidos por el legislador sobre el plano de la tipicidad, el consentimiento del particular requerido de pago o solicitado sexualmente no será —obviamente— compatible con la conducta típica. Dejando a salvo sus eventuales responsabilidades a título de cohecho, si el particular se determinase libremente —más allá de cualquier influencia del funcionario público— a la prestación sexual, o a la entrega de los derechos, tarifas por aranceles o minutas faltaría un extremo esencial del tipo: la conducta misma en su aptitud coercitiva, inductiva o defraudatoria.

---

54), pp. 243 y nota 329, 246, 247, 278 y nota 439; M<sup>a</sup> D. Fernández Rodríguez, “Los abusos contra la honestidad”, *CPC*, n<sup>o</sup> 5, 1978, p. 57 y ss.; M. A. Altés Martí, “Solicitud sexual. Funcionario público y de prisiones”, en V. Latorre Latorre (coord.), *Mujer y Derecho penal*, Valencia, 1995, pp. 108 y 109; Mir Puig (n. 48), p. 335; E. Orts Berenguer, “Limitaciones a la libertad sexual (Arts. 383 y 384)”, *CLP*, Tomo XIV, Vol. 1<sup>o</sup>, pp. 177 y 178.

121 Cfr. E. Cuello Calón, *Derecho penal. Parte Especial*, Tomo II, Vol. I, 1982, p. 467; Alonso Alamo (n. 120), pp. 18 y 19; Orts Berenguer (n. 54.), p. 1864, con referencias jurisprudenciales; Etxebarria Zarrabeitia (n. 120), p. 221; Morales Prats / Rodríguez Puerta (n. 120), p. 1299; Fernández Rodríguez (n. 120), p. 59; Altés Martí (n. 120), p. 100; Orts Berenguer (n. 120), p. 179.