TEMA IV: DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PÚBLICA

I.- PREVARICACIÓN DE FUNCIONARIO PÚBLICO

La ordenación de la prevaricación se contiene en el Capítulo I del Título XIX, en los artículos 404 a 406. El CP de 1995 aleja la prevaricación de los funcionarios de la prevaricación judicial que se encuentra regulada en el Título siguiente. Por otra parte, no todas las prevaricaciones se recogen aquí, pues nos encontramos con otras figuras diseminadas en el Código: artículos 320, 322 Y 329, lo que se ha designado como prevaricaciones especiales.

El tipo base (o tipo básico) está en el **artículo 404 CP:** *«A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años».*

El **bien jurídico** protegido se sitúa, como queda señalado, en *la función pública como actividad de prestación a los administrados*. Se ha abandonado, por lo tanto, la concepción basada en la protección frente a los incumplimientos de los deberes que ligaban al funcionario con la Administración. En esta misma línea se pronuncia la STS de 14-11-2000 al decir que el «bien jurídico protegido es el correcto funcionamiento de la Administración Pública, sujeta al sistema de valores instaurados en la Constitución en sus artículos 103 y 106».

Sujeto activo del delito ha de ser *un funcionario público.* Habrá que entender que el artículo 24 es norma básica en la determinación de quién sea o no funcionario público. Estamos ante delitos especiales por razón del sujeto activo.

La **conducta típica** requiere la presencia de dos elementos: la existencia de una *resolución arbitraria,* y que la misma se produzca *en asunto administrativo.*

Con respecto a la "resolución" por tal debemos entender todo acto de la Administración Pública de carácter decisorio que afecte al ámbito de los derechos e intereses de los administrados y en parecido sentido lo define el Tribunal Supremo.

Consiguientemente, quedan excluidos los actos de trámite, los informes, las consultas o los dictámenes. Por citar otros supuestos específicos: La STS de 14-11-2003 considera que no tienen el carácter de resolución las actas de inspección tributaria, pues les falta el carácter decisorio y son susceptibles de anulación por el superior del funcionario según el art. 60 del Reglamento General de la Inspección de Tributos. Por otra parte, se ha de mantener un concepto estricto de resolución, lo que deja fuera del mismo los actos administrativos legislativos como son los reglamentos. En cambio, sí podrán reputarse incluidos los actos de naturaleza constitutiva y los declarativo s de derechos. También considera la doctrina excluidos del concepto de resolución los *mandamientos de pago* e *informes vinculantes,* los primeros porque no son más que el modo ejecutivo de una resolución previa, que sí podrá, en su caso, ser sometida a enjuiciamiento, y respecto de los informes, aunque sean vinculantes, no son más que actos preparatorios que no sustituyen a la resolución que se dicte.

También ha de analizarse el modo de producción de la resolución, o sea, si estamos ante un verbo activo, que impide la comisión por omisión, o por el contrario se podría entender que existe resolución cuando el silencio administrativo es operativo, pues éste equivale a un acto administrativo susceptible incluso de impugnación judicial. La doctrina y la jurisprudencia se dividen acerca de este tema, si bien se va inclinando por considerar que efectivamente puede cometerse el delito de forma omisiva, por no dictar la resolución debida u obligada.

El concepto de *arbitrariedad* de la resolución implica que la misma no sea reconducible a los parámetros legales, es decir, que queda fuera de la legalidad. Lo decisivo en este delito es que el Derecho ha sido reemplazado por la voluntad del funcionario. *La arbitrariedad debe ser expresión de una injusticia,* es decir, los dos términos tienen que aparecer imbricados. El concepto de injusticia manejado por la jurisprudencia y la doctrina es objetivo, que se reconozca con claridad, para lo cual se enfatiza la ausencia de vinculación entre la resolución y la norma. Si la resolución debe ser la concreción de la norma, su falta de correspondencia hace aparecer la injusticia. Así se expresa la STS de 22-5-2001: «la situación es de apreciar cuando la resolución adoptada -desde el punto de vista objetivo- no resulta cubierta por ninguna interpretación de la ley basada en cánones interpretativos admitidos, puesto que es en ese momento en el que ya no es posible decir que se aplica el Derecho, sino sólo la voluntad del funcionario». Dentro de esa dirección, el TS entiende que

existen *cuatro causas* por las que la resolución puede ser arbitraria:

- porque no contenga ninguna fundamentación
- porque ha sido dictada por un órgano absolutamente incompetente
- porque se han omitido trámites esenciales
- porque se reconozca una ilegalidad sustantiva.

Pero *no basta la mera ilegalidad para hablar de prevaricación. A*demás de la ilegalidad, la prevaricación exige un plus, una «injusticia clara y manifiesta, pues si existiera alguna duda razonable en tal extremo desaparecería el aspecto penal».

Es preciso que la resolución recaiga en asunto administrativo. Sobre este punto subsiste una posición relativamente flexible, pues se demanda que el sujeto sea funcionario y que la materia de su actuación esté regida por el Derecho administrativo. Quedan fuera los actos de naturaleza judicial, los que aun dictados por un funcionario no recaen en el ámbito administrativo (como es el caso del Registro Civil) y los de aquellos otros funcionarios no encuadrables en la esfera administrativa (por ejemplo, es dudoso que el Fiscal pueda ser autor de una prevaricación).

En el aspecto subjetivo, el dolo es el modo necesario para cometer la prevaricación. Las dudas nacen cuando se pregunta la posibilidad de que ese dolo sea eventual. Aunque existen teorías que lo niegan, una parte muy importante de la literatura científica avala que es posible esta forma de dolo, ya que en caso contrario se producirían resultados poco satisfactorios, como en las hipótesis de funcionarios que teniendo serias dudas sobre la legalidad de su actuación, sin embargo la llevan adelante. Por consiguiente, la comisión imprudente no es delito y será objeto de sanción por el derecho administrativo.

PREVARICACIONES ESPECÍFICAS:

Artículo 329 CP: «1. *La autoridad o funcionario público que, a sabiendas, hubiere informado favorablemente la concesión de licencias manifiestamente ilegales que autoricen el funcionamiento de las industrias o actividades contaminantes a que se refieren los artículos anteriores, o que con motivo de sus inspecciones hubieren silenciado la infracción de Leyes o disposiciones normativas de carácter general que las regulen será castigado con la pena establecida en el artículo 404 de este Código y, además, con la de prisión de seis meses a tres años o la de multa de ocho a veinticuatro meses.*

2. Con las mismas penas se castigará a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado hubiese resuelto o votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia.»

Al igual que en las prevaricaciones de los artículos 320 y 322, estamos ante comportamientos realizados por funcionarios que incumplen las obligaciones de garantizar el ajuste de determinadas actividades a la normativa administrativa. La diferencia de este precepto con los anteriores radica en la ampliación de los comportamientos previstos, que incluyen el silenciamiento de las infracciones de que se tuviera conocimiento a raíz de las inspecciones practicadas. La crítica de algún sector doctrinal acerca de que el precepto no contempla la omisión de las inspecciones como forma de prevaricación, calificado de laguna injustificable, aparece desmentida por la praxis jurisprudencial, puesto que la STS de 24-5-2003 sancionó a un alcalde por no inspeccionar ni ordenar que los equipos técnicos del Ayuntamiento inspeccionasen unas instalaciones contaminantes: «como tal delito de infracción de un deber, éste queda consumado en la doble modalidad de acción o comisión por omisión, cuando ignora y desatiende la aplicación de la legalidad, convirtiendo su actuación en expresión de su libre voluntad, y, por tanto, arbitraria, no siempre exige un efectivo daño a la cosa pública o servicio de que se trate en clave de alteración de la realidad, pero siempre existirá un daño no por inmaterial menos efectivo. Dicho daño está constituido por la quiebra que en los ciudadanos va a tener la credibilidad de las instituciones y la confianza que ellas deben merecerle, porque, como custodios de la legalidad, son los primeros obligados, y esta quiebra puede producir efectos devastadores en la ciudadanía, pues nada consolida más el Estado de Derecho que la confianza de los ciudadanos en que sus instituciones actúan de acuerdo con la ley.»

Comentario: Es preciso estudiar estos artículos.

II.- NOMBRAMIENTOS ILEGALES

Artículo 405 CP: *«A la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de su competencia y a sabiendas de su ilegalidad, propusiere, nombrare o diere posesión para el ejercicio de un determinado cargo público a cualquier persona sin que concurran los requisitos legalmente establecidos para ello, se le castigará con las penas de multa de tres a ocho meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años».*

Artículo 406 CP: *«La misma pena de multa se impondrá a la persona que acepte la propuesta, nombramiento o toma de posesión mencionada en el artículo anterior, sabiendo que carece de los requisitos legalmente exigibles».*

Estas figuras castigan comportamientos que lesionan, por un lado, la expectativa de que

los servidores públicos sean personas competentes, capacitadas y hábiles para el desempeño adecuado de los servicios públicos; se está protegiendo el buen funcionamiento de la Administración. Por otro, se tutela el derecho de todo ciudadano a acceder en condiciones de igualdad, y con sometimiento a los principios de mérito y capacidad, a los cargos públicos (art. 23 CE).

Sujeto activo es *el funcionario encargado de dar posesión, o de proponer o nombrar* en el caso del artículo 405, y *el particular que es nombrado, o propuesto,* en el 406.

La conducta punible cubre todas las fases del camino de acceso a la función pública, puesto que la *propuesta* es el trámite previo al nombramiento y se concreta en la evaluación de las condiciones del aspirante, de modo que el proponente recomienda su nombramiento. El *nombramiento* es el título que habilita a la *toma de posesión,* y esta última es la adquisición del cargo o empleo, lo que faculta para su desempeño. Entonces es posible que por progresión unos comportamientos queden consumidos por los posteriores, cuando el *iter* se desarrolla por un solo funcionario, o podrán existir tantos delitos como intervinientes en cada uno de los pasos mencionados. Las conductas han de efectuarse a sabiendas, lo que reclama comportamientos dolosos.

III.- ABANDONO DE DESTINO Y DE LA OMISIÓN DEL DEBER DE PERSEGUIR DELITOS.

A) ABANDONO DE DESTINO

Artículo 407 CP: «1. *A la autoridad o funcionario público que abandonare su destino con el propósito de no impedir o no perseguir cualquiera de los delitos comprendidos en los Títulos XXI, XXII, XXIII Y XXIV se le castigará con la pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación absoluta para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años.* Si *hubiera realizado el abandono para no impedir o no perseguir cualquier otro delito, se le impondrá la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años».*

«2. Las mismas penas se impondrán, respectivamente, cuando el abandono tenga por objeto no ejecutar las penas correspondientes a estos delitos impuestas por la autoridad judicial competente.»

En realidad se están castigando tres conductas similares que son delitos puros de omisión (basta con un no hacer lo exigido) sin que la finalidad que se persigue sea necesario que se alcance.

El **bien jurídico protegido** se identifica con el interés del Estado en que los funcionarios públicos «respalden el orden constitucional [...] y no colaboren con quienes lo ataquen.»

Como **sujetos activos** podemos referirnos a los funcionarios a los que el Estado

encomienda el servicio de garantizar el orden constitucional como los que pueden lesionar el bien jurídico. Serán los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de la seguridad del Estado, los funcionarios del Ministerio Fiscal, también los Jueces de Instrucción (art. 299 LECrim) y todos aquellos que forman parte de la Policía Judicial y son mencionados en el art. 283 LECrim. La doctrina acepta también que otros funcionarios puedan cometer este delito siempre que en su caso tengan la posibilidad, por razón de sus competencias, de impedir la comisión del delito.

La **conducta típica** consiste en abandonar el destino, aunque es necesario que la falta de presencia sea cuando menos de una cierta duración, añadiéndose además la circunstancia de que con la ausencia se vea afectado el servicio de persecución de los delitos.

El abandono ha de estar orientado a tres finalidades: 1) No perseguir, con dos posibilidades: *a)* Alguno de los delitos contra la Constitución (Título XXI), los relativos al Orden Público (Título XXII), de traición y contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la Defensa Nacional (Título XXIII) o delitos contra la Comunidad Internacional (Título XXIV); *b)* Cualquier otro delito; 2) No impedir la comisión de delitos, volviendo a ser relevante, como en el caso anterior, la clase de delito no impedido, según ese mismo criterio, y 3) No ejecutar las penas impuestas por resolución judicial.

Coexiste un *elemento subjetivo del injusto,* ya que el funcionario busca esas finalidades con su comportamiento omisivo.

Es imprescindible el concurso de los dos elementos, objetivo (abandono del servicio) y subjetivo (finalidad de no impedir o no perseguir) para que el hecho merezca la calificación de delito. La consumación ocurre en el momento en que el funcionario se ausenta de su función.

B) OMISIÓN DE PROMOVER LA PERSECUCIÓN DE DELITOS

Artículo 408 CP: *«La autoridad o funcionario que, faltando a la obligación de su cargo, dejare intencionadamente de promover la persecución de los delitos de que tenga noticia o de sus responsables, incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años.»*

Es igualmente un *delito de omisión* a distinguir del precepto anterior por el hecho de que en este caso el incumplimiento no precisa del abandono del destino. Se trata, asimismo, de un

tipo de recogida en el sentido de que las incriminaciones no encuadrables en otros tipos similares pueden tener cabida en éste.

El **bien jurídico protegido** es *el correcto desempeño de la función pública en el marco de la actividad de policía.*

La **conducta típica** requiere el conocimiento de la comisión de algún delito. No está especificado cuál haya de ser el medio de dicho conocimiento, pero parece que es suficiente con la denuncia o con la percepción directa del hecho. Debe advertirse que no basta con la ejecución de una falta, sino que ha de tratarse, al menos, de una infracción calificable como delito «menos grave». Finalmente, es preciso que el delito se haya cometido ya. Las conductas que afecten a la prevención de los delitos, aunque sean omitidas por el funcionario, no darán lugar a la aplicación de este tipo.

C) ABANDONO DE SERVICIO

Artículo 409 CP: *«A las autoridades o funcionarios públicos que promovieren, dirigieren u organizaren el abandono colectivo y manifiestamente ilegal de un servicio público, se les castigará con la pena de multa de ocho a doce meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años.*

Las autoridades o funcionarios públicos que meramente tomaren parte en el abandono colectivo o manifiestamente ilegal de un servicio público esencial y con grave perjuicio de éste o de la comunidad, serán castigados con la pena de multa de ocho a doce meses.»

Estamos ante un *delito de convergencia* en el párrafo segundo, al conminar que el abandono sea plural, no bastando con la acción de un solo funcionario, por muy relevante que resulte su cometido (se requieren varios sujetos activos).

En el tipo conviven dos comportamientos: el primero se centra en la acción de promover, dirigir u organizar el abandono colectivo, no precisándose ningún resultado, mientras que el segundo se trata de un efectivo abandono plural del servicio público.

En ambos casos es clave la noción de *servicio público,* y en el segundo, además, la de *servicio público esencial,* que la jurisprudencia del TC y del TS han ido fijando a raíz de las necesidades derivadas de la protección del derecho de huelga. Así, pueden consultarse las SSTC 26/1981 y 53/ 1986, indicándose en esta última que «para que el servicio sea esencial deben ser esenciales los bienes e intereses satisfechos», debiendo considerarse como tales «los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos».

La doctrina administrativista señala unánimemente la dificultad de definir el concepto de servicio público. No obstante, es preciso considerar dos ideas: desde una perspectiva material son servicios públicos los que concurren a prestar una utilidad necesaria para el normal desenvolvimiento de la vida social; y desde una perspectiva formal, se ha de tratar de servicios en los que el Estado, o alguno de sus entes integrantes, asume el deber y la responsabilidad de garantizar la prestación regular y satisfactoria del mismo.

En el primero de los comportamientos la conducta requiere exclusivamente la realización de actos de promoción al abandono del servicio, de manera que no se precisa ningún resultado, como sería el efectivo incumplimiento del mismo. Los actos de promoción tienen que aparecer cualificados por la exigencia de que se trate de un movimiento global o colectivo de los funcionarios del citado servicio, y que todo ello resulte ser manifiestamente ilegal. Este último elemento es interpretado como una forma de marcar claras fronteras con comportamientos ambiguos, como los actos de huelga de los funcionarios. A fin de concretar, se considera que lo manifiesto es lo evidente, lo indiscutible, aquello que no deja duda de su significado, de forma que habrán de excluirse los actos en que no sea patente la contrariedad de la medida con el ordenamiento jurídico. Es una interpretación que, por otra parte, impone el principio de intervención mínima. Y sirve para ceñir los aspectos subjetivos del comportamiento, de manera que quien actúa manifiestamente contra los criterios legales de prestación de un servicio lo hace dolosamente.

El segundo de los comportamientos, sobre la base del abandono colectivo -que también aparece en la figura anterior-, demanda que se trate de un servicio público esencial, y además la causación de un grave perjuicio para la comunidad. El primero de los elementos -carácter de esencialidad del servicio- se interpretará conforme quedó señalado anteriormente. El segundo, plantea los problemas típicos de todos los conceptos jurídicos indeterminados.

IV.- DESOBEDIENCIA Y DENEGACIÓN DE AUXILIO.

Los tipos presuponen una relación interpersonal entre el funcionario o autoridad superior y el inferior o, como advierte Muñoz Conde, son delitos que tienen algo que ver con los principios de coordinación y jerarquía administrativa, aunque no valga identificar el bien jurídico protegido con esos principios, sino con el del *ejercicio legítimo de la autoridad.* Esta sólo puede reclamar la obediencia del inferior en la medida en que sus disposiciones o resoluciones sean ajustadas al ordenamiento jurídico. Por esta vía, los delitos aquí contemplados están ligados a

los principios del artículo 103 CE.

A) DESOBEDIENCIA.

El **artículo 410 CP** encierra el tipo básico: «1. *Las autoridades o funcionarios públicos que se negaren abiertamente a dar el debido cumplimiento a resoluciones judiciales, decisiones u órdenes de la autoridad superior, dictadas dentro del ámbito de su respectiva competencia y revestidas de las formalidades legales, incurrirán en la pena de multa de tres a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años.*

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, no incurrirán en responsabilidad criminal las autoridades o funcionarios por no dar cumplimiento a un mandato que constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de Ley o de cualquier otra disposición general.»

Como anticipamos, el **bien jurídico protegido** es *el ejercicio legítimo del poder;* no cabe demandar una obediencia si no se actúa en el marco legal y, por consiguiente, sólo será incriminada la conducta de quien incumple una disposición de la autoridad que es reflejo de una voluntad normativa suficiente.

Los elementos de la acción son los siguientes:

1º. La existencia de una **orden, resolución judicial o decisión** de la autoridad; la doctrina entiende por *orden* cualquier manifestación de voluntad del superior dirigida al inferior dentro de los márgenes competenciales propios. En cuanto al término *resolución judicial,* es lógica la remisión a las correspondientes normas procesales de los distintos órdenes jurisdiccionales que determinan su forma y contenido. El vocablo *decisión* se antoja como más imprecisa, ya que cualquiera de los anteriores actos comporta también un contenido decisorio.

2º. La existencia de una **relación de jerarquía** entre el emisor de la orden y el receptor de la misma, en cuya virtud quepa esperar su cumplimiento. No se exige la subordinación directa, pero sí que esté constituida una relación vertical en la cual se manifieste la posición jerárquica.

3º. El **incumplimiento del mandato** que se incorpora en la orden, decisión o resolución. Este incumplimiento ha de ser abierto -como señala el tipo-, lo que no implica que se tenga que producir en forma de enfrentamiento, sino que cabe que el funcionario, sin manifestar su propósito rebelde, actúe de manera distinta a la esperada, como si no se hubiera producido la

orden. Sí es exigible que la negativa sea clara e inequívoca.

El TS adopta esta posición al indicar que la palabra «abiertamente» empleada por el precepto para calificar una negativa a obedecer ha de interpretarse, no en el sentido literal de que la negativa se exprese de manera contundente y explícita empleando frases o realizando actos que no ofrezcan dudas sobre la actitud desobediente, sino que también existirá cuando se adopte una reiterada y evidente pasividad a lo largo del tiempo sin dar cumplimiento al mandato, es decir, cuando sin oponerse o negar el mismo tampoco realice la actividad mínima necesaria para llevarlo a cabo, máxime cuando la orden es reiterada por la autoridad competente para ello, o lo que es igual, cuando la pertinaz postura de pasividad se traduzca necesariamente en una palpable y reiterada negativa a obedecer.

Es un delito de actividad consumado con el comportamiento adverso al contenido de la orden, sin precisar la causación de daño alguno a la función pública, ni que se consiga el propósito buscado por el incumplidor. Normalmente la orden irá dirigida a imponer al subordinado un determinado comportamiento, por lo que se manifestará como un delito de omisión, pero no son descartables órdenes o resoluciones que exijan una conducta omisiva (por ejemplo, no tramitar determinados expedientes, no formular reclamaciones en concreta forma, o no contratar por determinados procedimientos), en cuyo caso la desobediencia se mostrará por medio de un comportamiento activo contrario al sentido de la orden.

El párrafo segundo del artículo 410 contiene lo que para algunos es una causa de atipicidad y para otros una causa de justificación. A su tenor, el funcionario que recibe una orden contraria a un precepto legal, o a cualquier disposición general, puede dejar de atenderla. Para ello se requiere que la orden infrinja el contenido de una ley o reglamento y que, además, la relación de contradicción sea manifiesta, clara y terminante, de suerte que no reste ningún género de duda de que nos hallamos ante una orden ilegal, es decir, ante lo que sólo aparentemente tiene carácter vinculan te.

El precepto comentado ha merecido críticas porque su redacción posibilita la existencia de mandatos ilegales que pudieran ser obligatorios para un funcionario, so pena de incurrir en el delito de desobediencia. Ello se daría en los casos en que no concurra la claridad y evidencia de la ilegalidad. La doctrina se esfuerza por reconducir esa situación anómala a una postura asumible, y ha interpretado que la cláusula de Estado de Derecho incluida en el artículo 1.1 CE conduce a afirmar la imposibilidad de que valga exigir el cumplimiento de órdenes o decisiones contrarias al ordenamiento jurídico, aunque el tema no queda resuelto, dada la existencia de causas de anulabilidad cuya base no es manifiesta. Pero en el caso de que la orden o resolución no sean manifiestamente ilegales, el funcionario no podrá ampararse en

este artículo para quedar al margen de la incriminación, pero podrá obtener amparo en otras causas de exención, tales que el cumplimiento de un deber, el ejercicio de un derecho o el estado de necesidad.

El tipo cualificado es el previsto en el **artículo 411 CP:** *«La autoridad o funcionario público que, habiendo suspendido, por cualquier motivo que no sea el expresado en el apartado segundo del artículo anterior, la ejecución de las órdenes de sus superiores, las desobedeciere después de que aquéllos hubieren desaprobado la suspensión, incurrirá en las penas de multa de doce a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años».*

Esta norma contiene una institución clásica, la *remonstratio,* por cuya razón se acepta que el funcionario que recibe una orden puede examinar su legalidad y suspender provisionalmente la ejecución a la espera de una confirmación por parte del superior que reafirme la misma y disipe las dudas que albergue aquél.

Una vez ratificada la orden, es cuando la nueva suspensión, o su incumplimiento hacen surgir la responsabilidad penal. Algunos autores consideran que este castigo es en nuestro Código desproporcionado dado que la sanción prevista es superior a la del tipo base en casi un tercio, lo que le lleva a pensar que estamos ante un «revanchismo punitivo», o a la pretensión de conseguir un automatismo del funcionario a las órdenes superiores, pero, en todo caso, no cabe olvidar que el funcionario ha dejado de acatar una orden legal en dos ocasiones sin motivo suficiente para ese comportamiento.

B) DENEGACIÓN DE AUXILIO

Los delitos ahora estudiados se explican por la necesidad de que la Administración -o mejor las Administraciones- actúen coordinadamente, de manera que las facultades asignadas a cada uno de los distintos órganos no constituyan trabas a la eficaz prestación de los servicios impidiendo atender adecuadamente los intereses generales a los que ha de servir. El artículo 103 CE sirve de fundamento a esta exigencia cuando habla de que la Administración actuará de acuerdo con el principio de coordinación, entre otros.

El tipo básico se prevé en el **artículo 412.1 CP:** *«El funcionario público que, requerido por autoridad competente, no prestare el auxilio debido para la Administración de justicia u otro servicio público, incurrirá en las penas de multa de tres a doce meses, y suspensión de empleo o cargo público*

por tiempo de seis meses a dos años».

La acción punible se define por dos elementos, el *requerimiento a prestar un auxilio* y la *no atención del citado requerimiento.* Respecto del requerimiento, el tipo efectúa dos concreciones más. La primera supone que el autor de la solicitud de auxilio sea una **autoridad,** lo que excluye a los funcionarios que no ostentan tal condición; la segunda, que la demanda se haga por quien tenga **competencia en el asunto** en el que ha de prestarse la colaboración. La fórmula legal empleada al referirse al tipo de auxilio es criticada por la excesiva imprecisión de los términos utilizados, dado que la mención a la Administración de Justicia es poco clara, ya que no se limita únicamente a los proveídos de Jueces y Tribunales, sino que se extiende a una constelación de órganos que no forman parte del Poder Judicial. Esto tiene trascendencia, puesto que la base justificativa del precepto suele asentarse en el artículo 118 CE, pero éste no comprende el deber de colaboración o auxilio más que a las resoluciones judiciales. Por otra parte, el vocablo «servicio público», como se ha visto, no es un término que permita identificar la materia a proteger.

Aparece un **tipo cualificado en** el **artículo 412.2 CP:** *«Si el requerido fuera autoridad, jefe o responsable de una fuerza pública o un agente de la autoridad, se impondrán las penas de multa de doce a dieciocho meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de dos a tres años.».* La única especialidad en relación al anterior es el carácter de autoridad exigido para ser autor.

El **núm. 3 del artículo 412 CP** contiene un tipo definido por el carácter particular del demandante de auxilio: *«La autoridad o funcionario público que, requerido por un particular a prestar algún auxilio a que venga obligado por razón de su cargo para evitar un delito contra la vida de las personas, se abstuviera de prestarlo, será castigado con la pena de multa de dieciocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años.*

Si se tratase de un delito contra la integridad, libertad sexual, salud o libertad de las personas, será castigado con la pena de multa de doce a dieciocho meses y suspensión de empleo o cargo público de uno a tres años.

En el caso de que tal requerimiento lo fuera para evitar cualquier otro delito u otro mal, se castigará con la pena de multa de tres a doce meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años».

Es un tipo complementario de los anteriores, exige que el demandante del auxilio sea un particular y que la intervención tenga por objeto evitar la comisión de un delito. El propio

precepto distingue, a efectos de la pena, entre delitos contra la vida, algunas de las figuras de delitos contra las personas y cualquier otro delito.

V.- INFIDELIDAD EN LA CUSTODIA DE DOCUMENTOS Y DE LA VIOLACIÓN DE SECRETOS

El Capítulo IV de este Título contempla unas figuras con las que se busca proteger la documentación de la administración pública. Esta tutela presenta dos vertientes: por un lado, la relativa al aspecto *material* del documento (su destrucción, deterioro o inutilización), cuyo funcionamiento y pervivencia se intenta garantizar; por otro, el *intelectual,* en el que se procura que el contenido ideológico del documento no resulte afectado por conductas reveladoras de su contenido susceptibles de afectar a su virtualidad.

1. SUSTRACCIÓN, DESTRUCCIÓN U OCULTACIÓN DE DOCUMENTOS

Artículo 413 CP: *«La autoridad o funcionario público que, a sabiendas, sustrajere, destruyere, inutilizare u ocultare, total o parcialmente, documentos cuya custodia le esté encomendada por razón de su cargo, incurrirá en las penas de prisión de uno a cuatro años, multa de siete a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años.»*

Es un tipo alternativo: basta con la realización de cualquiera de las acciones descritas en él para que se entienda cumplimentado.

Se requiere que el autor tenga la condición de funcionario público, pero no es necesario que la misma se conserve a lo largo de todo el *iter criminis.* Así, la STS de 14-11-2003 condena a un funcionario que ocultó determinados documentos siendo funcionario y los sustrajo para su uso una vez que había sido suspendido en el ejercicio de sus funciones.

El concepto de documento no requiere mayores precisiones, pues el artículo 26 CP atiende a esta necesidad. No reclama el tipo que el documento sea público, por lo que la protección alcanza igualmente a los documentos privados siempre que estén custodiados por los funcionarios en razón de las necesidades de la Administración.

2. INUTILIZACIÓN DE MEDIOS PARA IMPEDIR EL ACCESO A DOCUMENTOS RESTRINGIDOS

Artículo 414 CP: «1. *A la autoridad o funcionario público que, por razón de su cargo, tenga encomendada la custodia de documentos respecto de los que la autoridad competente haya restringido el acceso, y que a sabiendas destruya o inutilice los medios puestos para impedir ese acceso o consienta su destrucción o inutilización, incurrirá en la pena de prisión de seis meses a un año o multa de seis a veinticuatro meses y, en cualquier caso, inhabilitación especial para empleo 0 cargo público por tiempo de uno a tres años.*

2. El particular que destruyere o inutilizare los medios a que se refiere el apartado anteri01~ será castigado con la pena de multa de seis a dieciocho meses.»

El documento es protegido en su materialidad, pero por vías indirectas, anticipando la tutela, ya que no se requiere que aquél se vea afectado ni que llegue a ser conocido su contenido, bastando con la destrucción o inutilización de los medios previstos para la protección del mismo. El delito exige que la naturaleza de los documentos sea restringida, de modo que conste una previa calificación -por parte de la autoridad- de dicho carácter.

El sujeto de la acción ha de ser un funcionario encargado concretamente de la función de custodia de los documentos.

Su realización puede efectuarse por la rotura directa perpetrada por el propio funcionario o por la omisión de cualquier reacción frente a la inutilización efectuada por una tercera persona (particular o funcionario).

3. ACCESO A DOCUMENTOS SECRETOS

Artículo 415 CP: *«La autoridad o funcionario público no comprendido en el artículo anterior que, a sabiendas y sin la debida autorización, accediere o permitiere acceder a documentos secretos cuya custodia le esté confiada por razón de su cargo, incurrirá en la pena de multa de seis a doce meses, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años.»*

En este artículo la protección concierne al contenido del documento. Se trata de documentos calificados como secretos por la autoridad. La base para la configuración como secreto de un documento puede hallarse en varias disposiciones. Así, nos encontramos el caso del artículo 302 LECrim respecto del sumario, o los supuestos de secretos oficiales conforme a lo dispuesto en la *Ley* 9/1968, *de* 5 *de abril, sobre Secretos Oficiales* y en el *Decreto* 242/1969, *de* 20 *de febrero,* que la desarrolla. También tienen el tratamiento de secretos oficiales los gastos reservados, según dispone el artículo 3 de la *Ley* 11/1995, *de* 11 *de mayo,*

reguladora de la utilización y control de los créditos presupuestarios destinados a gastos reservados. La doctrina considera que es incongruente que se castiguen de la misma forma el comportamiento activo (acceso al documento) y el omisivo (permitir que alguien conozca el documento), pues en la última hipótesis se produce la revelación del secreto, y ello comporta un plus de desvalor.

4. DELITOS COMETIDOS POR PARTICULARES ENCARGADOS ACCIDENTALMENTE DEL DESPACHO o CUSTODIA DE DOCUMENTOS

Artículo 416 CP: *«Serán castigados con las penas de prisión o multa inmediatamente inferiores a las respectivamente señaladas en los tres artículos anteriores los particulares encargados accidentalmente del despacho o custodia de documentos, por comisión del Gobierno o de las autoridades o funcionarios públicos a quienes hayan sido confiados por razón de su cargo, que incurran en las conductas descritas en los mismos».*

Este tipo implica la extensión de la responsabilidad penal a los particulares en los casos en que, excepcionalmente, hayan asumido funciones de custodia. La encomienda tiene que haberse realizado de modo expreso, con conocimiento de las obligaciones que se asumen y advertidos de las posibles responsabilidades derivadas.

5. REVELACIÓN DE SECRETOS CONOCIDOS EN EL EJERCICIO DE OFICIO O CARGO

Artículo 417 CP: "1. *La autoridad o funcionario público que revelar e secretos o informaciones de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo y que no deban ser divulgados, incurrirá en la pena de multa de doce a dieciocho meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años.*

Si de la revelación a que se refiere el Párrafo anterior resultara grave daño para la causa pública o para tercero, la pena será de prisión de uno a tres años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a cinco años.

2. Si se tratara de secretos de un particular, las penas serán las de prisión de dos a cuatro años, multa de doce a dieciocho meses, y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años».

La norma se proyecta a la correcta gestión de la información dentro de los aparatos del Estado, dado que la revelación de ciertas informaciones, en concretas circunstancias y a determinadas personas o grupos, puede conllevar la lesión de los intereses generales o procurar graves daños a los concernidos por ellas.

La acción pivota en la difusión de la información o el secreto. La diferencia con supuestos anteriores radica en que aquí el funcionario conoce el secreto que revela y por tanto no vulnera ninguna limitación en relación con su contenido, sino que perjudica el sentido de la confidencialidad que es propio del secreto. En el párrafo primero se protegen los secretos oficiales o administrativos; en el párrafo segundo, los secretos particulares. La STS de 11-6-2004, al tratar de la diferencia entre este artículo y el 197, señala que mientras en el caso del arto 197.2 CP se trata de un acceso indebido a la fuente de los datos, pues la ley dice «sin estar autorizado», en el caso del arto 417.2 CP el autor tiene un conocimiento propio de su cargo y obtenido por una necesidad del procedimiento administrativo. En ambos casos se vulnera un deber funcionarial de secreto, pero en el supuesto del art. 197.2/198 CP, el funcionario, además, infringe otro deber, dado que él se «apodera» ilegalmente, abusando de su posición funcionarial, de datos que no debería conocer por su cargo. Esta doble infracción de deberes explica y justifica la diferencia de las penas previstas para ambos delitos.

Se plantea el asunto de la extensión temporal del deber de secreto, es decir, si cesando la relación funcionarial termina la obligación de secreto. La ruptura del vínculo profesional no libera del secreto, pues ello podría consumar un fraude de ley y perjudicar gravemente los intereses del Estado. No existe acuerdo sobre el límite temporal de esa obligación de reserva.

En relación a los secretos de los particulares, el CP los protege con mayor intensidad ya que castiga con pena más grave su revelación, considerándose que en estos casos la exasperación de la pena es deudora del carácter pluriofensivo de la conducta, que además de lesionar el correcto funcionamiento de la Administración afecta también a los derechos de un particular.

6. APROVECHAMIENTO PARTICULAR DE SECRETO O INFORMACIÓN PRIVILEGIADA

Artículo 418 CP: *«El particular que aprovechare para sí o para un tercero el secreto o la información privilegiada que obtuviere de un funcionario público o autoridad, será castigado con multa del tanto al triplo del beneficio obtenido o facilitado.* Si *resultara grave daño para la causa pública o para tercero, la pena será de prisión de uno a seis años».*

El tipo castiga al particular que obtiene del uso de la información un determinado beneficio, bien para él o para un tercero. El rendimiento habrá de ser valorable económicamente, por cuanto la pena se impone en función de ese concreto beneficio.

El aspecto más cuestionable del precepto remite a los concursos. Así, en relación con el tipo del artículo 442, la distinción entre una y otra figura depende del carácter ilícito de la forma de acceso a la información por parte del funcionario que la transmitió. Si accedió de forma lícita se aplicará el artículo 442; en otro caso entrará en juego el 418. Cuando la información aprovechada afectase a la intimidad de un particular, y con ello se consiguiese el citado beneficio, la norma aplicable sería la del artículo 197.3 CP.