



**LA OMISIÓN DEL DEBER DE PERSEGUIR
DELITOS POR AUTORIDAD O FUNCIONARIO
PÚBLICO (ART. 408 DEL CÓDIGO PENAL)**

Tesis doctoral

Presentada por **Teresa García Fernández**

Dirigida por la **Prof.^a Ángeles Jareño Leal**

Programa de Doctorado en Derecho, Ciencia Política y Criminología

Departamento de Derecho Penal

Valencia,

Septiembre de 2025

La presente tesis doctoral ha sido elaborada gracias a la financiación recibida por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades como beneficiaria de un contrato predoctoral para la Formación del Profesorado Universitario (ref.: FPU 22/01418). A su vez, esta tesis forma parte del Proyecto de I+D+i: «La erosión del principio de legalidad en el sistema de justicia penal contemporáneo: diagnóstico y propuestas de solución» (PID2021-123441NB-100), financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011003/ y por FEDER “Una manera de hacer Europa”, dirigido por las Prof.^a Lucía Martínez Garay y Clara Viana Ballester y del que formo parte como miembro del equipo de trabajo.

Asimismo, la investigación plasmada en esta tesis doctoral constituye uno de los resultados del grupo de investigación «Los límites del “*ius puniendi*” y su aplicación a los delitos y las penas» (IUSPEN) cuya referencia es GIUV2023-576. E, igualmente, se ha desarrollado en el marco del grupo de investigación «Tendencias actuales en el derecho penal y la criminología: prevención y garantías penales», cuya referencia es GIUV2017-382.

Para acabar, es necesario subrayar que en el transcurso de la realización del doctorado se han efectuado dos estancias de investigación en el extranjero, de un total de 5 meses de duración. La primera en la *Università La Sapienza di Roma*, en Italia, bajo la supervisión del Prof. Massimo Donini, durante el período comprendido entre abril y junio de 2024, que contó con la financiación concedida por la Universitat de València, a través de sus ayudas de movilidad internacional para estudiantes de doctorado. La segunda en el Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL) de la *Georg-August-Universität Göttingen*, en Alemania, bajo la dirección del Prof. Kai Ambos, y gracias a la financiación facilitada por el Proyecto de I+D+i: «La erosión del principio de legalidad en el sistema de justicia penal contemporáneo: diagnóstico y propuestas de solución» (PID2021-123441NB-100), antes referenciado.



ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS	10
ABREVIATURAS Y SIGLAS.....	12
RESUMEN	14
ABSTRACT.....	14
SINTESI	15
INTRODUCCIÓN.....	55
CAPÍTULO PRIMERO LA OMISIÓN DEL DEBER DE PERSEGUIR DELITOS EN LA CODIFICACIÓN PENAL ESPAÑOLA	63
I. Introducción	63
II. El Código penal de 1822.....	65
III. Proyectos del código penal previos al Código de 1848	74
IV. El Código penal de 1848 y la Edición Refundida de 1850.....	78
V. El Código penal de 1870	84
VI. Proyectos de código penal posteriores al Código de 1870.....	91
VII. El Código penal de 1928.....	98
VIII. El Código penal de 1932	102
IX. Proyectos de código penal previos al franquista y Código penal de 1944 ...	103
X. Proyectos de código penal nacidos en el periodo de Transición Democrática	
106	
CAPÍTULO SEGUNDO LA OMISIÓN DEL DEBER DE PERSEGUIR DELITOS EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995: BIEN JURÍDICO PROTEGIDO, UBICACIÓN SISTEMÁTICA Y NATURALEZA JURÍDICA	115
I. Introducción	115
II. El objeto de protección de los delitos contra la Administración Pública	118
1. Algunas consideraciones previas sobre el concepto de bien jurídico asumido.	118
2. El Código penal de 1995 y la nueva rúbrica del Título XIX: “Delitos contra la Administración Pública”	121
3. Las diferentes posturas doctrinales en torno al bien jurídico protegido por los delitos contra la Administración Pública	127
3.1. Primera etapa: la infracción de los deberes del cargo como valor protegido	127
3.2. Segunda etapa: el planteamiento de OCTAVIO DE TOLEDO y el surgimiento de algunas voces discordantes con el mismo	132

3.3. Tercera etapa: la asunción doctrinal (prácticamente generalizada) de la tesis de OCTAVIO DE TOLEDO. La función pública como valor común a los delitos contra la Administración Pública	138
4. Problemas específicos planteados por el bien jurídico “correcto funcionamiento de la Administración Pública” asumido por la doctrina dominante	141
4.1. Pertenencia a la categoría de los bienes jurídicos supraindividuales y cuestionamiento doctrinal acerca de la legitimidad de su tutela	141
4.2. Técnicas de tipificación normalmente empleadas en la tutela de los modernos bienes jurídicos supraindividuales y su reflejo en el Título XIX: el recurso a los delitos de peligro abstracto	148
A) Primer sector doctrinal: delitos acumulativos y teoría de los bienes jurídicos intermedios	150
B) Segundo sector doctrinal: el rechazo a la teoría de los bienes jurídicos intermedios	156
5. Valoración crítica y toma de posición	162
5.1. Rechazo a la teoría de los bienes jurídicos intermedios y al bien jurídico categorial “correcto funcionamiento de la Administración Pública”	162
5.2. Proceso de determinación de los bienes jurídicos concretamente protegidos en los tipos penales del Título XIX	165
5.3. Pero ¿qué ocurre con los deberes del cargo? El verdadero significado de estos en los delitos contra la Administración Pública	169
III. El bien jurídico protegido en el art. 408 CP	170
1. Estado de la cuestión en la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia	170
2. Excepciones al proceder doctrinal mayoritario: análisis crítico de las tesis de REBOLLO VARGAS, RUBIO LARA y TORRES FERNÁNDEZ	174
3. Toma de posición	181
3.1. El bien jurídico protegido en el art. 408 CP: el principio de legalidad procesal	181
3.2. ¿Se protege algún bien jurídico-penal individual en el art. 408?	186
A) Exposición del problema: implicaciones de esta hipótesis en materia de consentimiento y consumación	187
B) Valoración final	191
IV. La ubicación sistemática del art. 408 CP	195
1. Introducción: la inadecuación de la actual ubicación del art. 408 CP	195
2. La escasa vinculación del art. 408 CP con los restantes tipos penales recogidos en el Capítulo II, Título XIX, CP	196
3. Algunas precisiones acerca del Título XX	204

4. Propuesta de <i>lege ferenda</i> : sobre el necesario traslado del art. 408 CP al Título XX	209
V. La naturaleza jurídica del art. 408 CP	213
1. Estado de la cuestión en la doctrina y valoración crítica	213
2. Punto de partida del razonamiento aquí efectuado: el carácter lesionable de los bienes jurídicos supraindividuales	217
3. Toma de posición acerca de la naturaleza jurídica del art. 408 CP	220
CAPÍTULO TERCERO EL TIPO OBJETIVO DEL DELITO DE OMISIÓN DEL DEBER DE PERSEGUIR DELITOS (I): LA CONDUCTA TÍPICA	226
I. Introducción	226
II. El verbo típico “dejar de promover” la persecución de los delitos o de sus responsables	227
1. El debate doctrinal y jurisprudencial en torno al verbo típico del art. 408 CP	227
2. La cuestión normológica implicada en el fondo del debate. La tesis de SILVA SÁNCHEZ	232
3. Aplicación de las anteriores consideraciones al tipo penal del art. 408 CP	235
3.1. El carácter indudablemente omisivo del art. 408 CP	235
3.2. Sobre las modalidades activas de “dejar de promover la persecución de los delitos”. A propósito del abandono de destino	239
4. Técnicas de tipificación de las omisiones penalmente relevantes: la omisión pura, la comisión por omisión y otras omisiones de gravedad intermedia	243
5. Modalidad de omisión típica presente en el tipo penal del art. 408 CP	250
5.1. Estado de la cuestión en la doctrina y jurisprudencia	250
5.2. Valoración crítica final y toma de posición	253
A) Estudio de las llamadas “omisiones de garante”: ¿comparte el art. 408 CP la esencia de estas?	253
B) Entonces, ¿qué clase de omisión se refleja en el art. 408? Acerca de las omisiones de gravedad intermedias: las tesis de HUERTA TOCILDO y GIMBERNAT ORDEIG	258
III. La acción esperada: promover la persecución de los delitos de los que se tenga noticia o de sus responsables	263
1. Ámbito típico del delito de omisión del deber de promover la persecución de delitos	264
1.1. Estudio del debate existente en la doctrina española	264
1.2. Análisis de la posición del Tribunal Supremo	268

1.3. Toma de posición: la omisión del deber de perseguir delitos como conducta post-ejecutiva al delito ya consumado por un tercero	277
2. La vinculación entre el deber de promover la persecución delictiva y el procedimiento preliminar (fase pre procesal e instrucción) del proceso penal	284
IV. La situación típica generadora del deber funcional: “de los delitos de que tenga noticia o de sus responsables”	289
1. Promover la persecución de los “delitos”	290
1.1. ¿Deben incluirse los delitos leves en el ámbito objetivo del art. 408 CP? El principio de intervención mínima y su impacto en el tipo penal que nos ocupa	290
A) Presentación de la cuestión objeto de análisis	290
B) Análisis desde el punto de vista del fundamento que subyace a la propuesta de exclusión de los delitos leves del ámbito típico del art. 408 CP: la repercusión de la gravedad del delito en el interés persecutorio del Estado	295
C) Análisis desde el punto de vista del papel que el principio de intervención mínima puede cumplir en la interpretación de los tipos penales: aplicación del principio de insignificancia al art. 408 CP	298
1.2. La persecución de los delitos públicos, cuasipúblicos, semipúblicos, semiprivados y privados	307
2. Omisión del deber de promover la persecución de los “responsables” de los delitos	315
2.1. El sentido del cambio terminológico operado en el art. 408 CP: de los “delincuentes” a los “responsables”	315
2.2. Implicaciones de la cláusula típica “de los responsables” en el tipo penal del art. 408 CP	317
3. Omisión de promover la persecución de los delitos “de los que se tenga noticia”: alcance y sentido de la <i>notitia criminis</i> en el art. 408 CP	322
3.1. Requisitos de la <i>notitia criminis</i>	322
3.2. La toma de conocimiento de la <i>notitia criminis</i> y su relación con la cláusula típica “faltando a la obligación de su cargo”	324
3.3. Valoración crítica de las anteriores posturas y toma de posición: el art. 5.4 LOFCS y su aplicación a la parte especial de nuestro Código penal	328
3.4. Vías de obtención de la <i>notitia criminis</i>	338
A) Primer escenario: funcionario policial que presencia la comisión de un delito y reacciona pasivamente, no haciendo nada para evitarlo ni, a continuación, para perseguirlo.	339

- B) Segundo escenario: funcionario público (distinto del policial) que presencia la comisión de un delito y se abstiene de evitarlo y, posteriormente, de promover su persecución..... 345

CAPÍTULO CUARTO EL TIPO OBJETIVO DE LA OMISIÓN DEL DEBER DE PERSEGUIR DELITOS (II). INTERVINIENTES EN EL ART. 408 CP: SUJETOS ACTIVOS, AUTORES Y

PARTÍCIPIES	347
I. Introducción	347
II. El círculo de sujetos activos del art. 408 cp.....	350
1. El concepto de “funcionario público” a efectos penales	350
1.1. La obligada remisión al art. 24 CP	350
1.2. El elemento de participación en la función pública.....	352
A) Significado de “función pública”	352
B) Significado de “participar” en la función pública.....	357
C) Títulos de incorporación a la función pública	360
2. El concepto de “autoridad” a efectos penales	363
3. Los sujetos activos del art. 408 CP: ¿qué funcionarios públicos son competentes para promover la persecución de los delitos?	366
3.1. Primer grupo de sujetos activos del art. 408 CP de acuerdo con doctrina y jurisprudencia: los funcionarios públicos del art. 282 LECrim (jueces de instrucción, fiscales y agentes de la policía judicial)	369
A) Jueces de instrucción.....	369
B) Miembros del ministerio fiscal	378
C) Miembros de la policía judicial	386
3.2. Segundo grupo de sujetos activos del art. 408 CP: otros funcionarios públicos admitidos por doctrina y jurisprudencia	395
3.3. Toma de posición: el círculo de sujetos activos del art. 408 CP	399
III. Algunos problemas específicos de autoría y participación en el tipo penal de omisión del deber de perseguir delitos	403
1. Consideraciones previas sobre los delitos de infracción de deber	403
2. Cuestiones problemáticas en materia de autoría en el art. 408 CP	410
2.1. Algunas aclaraciones previas acerca del concepto de autor asumido en la presente tesis doctoral.....	411
2.2. Formas de autoría concebibles en relación con el art. 408 CP.....	414
3. Cuestiones problemáticas en materia de participación del art. 408 CP.....	420
3.1. ¿Es punible la participación de los <i>extranei</i> en el tipo penal de omisión del deber de perseguir delitos?	420

3.2. ¿Debe atenuarse la pena impuesta a los partícipes <i>extranei</i> en el art. 408 CP?	424
CAPÍTULO QUINTO EL TIPO SUBJETIVO DEL DELITO DE OMISIÓN DEL DEBER DE PERSEGUIR DELITOS	431
I. Introducción	431
II. Breves aclaraciones en torno al concepto de dolo asumido	432
1. Ubicación del dolo	432
2. Componentes del dolo: ¿conocimiento y voluntad?	435
3. Concepción del dolo aquí seguida	438
III. El significado de la cláusula “intencionadamente”	441
1. Delimitación del problema	441
2. Debate doctrinal en torno al significado de la cláusula “intencionadamente”	443
2.1. En general: sobre la presencia del adverbio “intencionadamente” a lo largo del Código penal	443
2.2. En particular: sobre la presencia del adverbio “intencionadamente” en el art. 408 CP	446
3. El confuso estado de la cuestión en la jurisprudencia	449
4. Toma de posición	452
4.1. Desde un plano de análisis técnico-jurídico y de <i>lege lata</i> : adhesión a la tesis doctrinal mayoritaria	452
4.2. Desde un plano de análisis político-criminal. Propuesta de <i>lege ferenda</i>	455
CAPÍTULO SEXTO <i>ITER CRIMINIS</i> DEL DELITO DE OMISIÓN DEL DEBER DE PERSEGUIR DELITOS	461
I. Introducción	461
II. La consumación en el art. 408 CP	462
1. Consideraciones previas	462
2. ¿Constituye el mero retraso una forma de consumación del art. 408 CP?	465
3. ¿Puede ser calificado el tipo penal del art. 408 CP como “delito permanente”?	469
III. ¿Es concebible la tentativa en el art. 408 CP?	474
1. Sobre la ejecución imperfecta en los delitos de mera actividad	474
2. Sobre la ejecución imperfecta en el art. 408 CP	477
3. El castigo de los actos preparatorios en el art. 408 CP	479
CAPÍTULO SÉPTIMO ¿UN MODELO JURÍDICO SIMILAR AL ESPAÑOL? LA OMISIÓN DEL DEBER DE DENUNCIAR DELITOS EX ART 361 DEL <i>CODICE PENALE ITALIANO</i>	484

I.	Introducción	484
II.	Ubicación sistemática del art. 361 CPI.....	485
III.	Bien jurídico protegido en el art. 361 CPI: la tutela penal del principio de obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal	490
IV.	La naturaleza jurídica del art. 361 CPI.....	497
V.	Tipicidad objetiva del art. 361 CPI.....	502
	1. La noticia de un delito no perseguible por medio de querella, obtenida por el funcionario público en el ejercicio de sus funciones.....	502
	1.1. Requisitos de la notitia criminis	502
	1.2. Toma de conocimiento de la notitia criminis en el ejercicio o a causa de las funciones públicas	504
	1.3. Noticia de un delito no perseguible por medio de querella	507
	2. La omisión o retraso de la denuncia a la autoridad judicial o a otra autoridad que tenga obligación de recibirla.....	509
	2.1. Omisión o retraso en la obligación de transmitir la notitia criminis	509
	2.2. La autoridad destinataria de la denuncia.....	512
	3. Sujetos activos del art. 361 CPI	516
VI.	Tipicidad subjetiva del art. 361 CPI	519
VII.	<i>Iter criminis</i> en el art. 361 CPI.....	521
	CONCLUSIONES	527
	CONCLUSIONI	543
	BIBLIOGRAFÍA	559
	ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA	604

AGRADECIMIENTOS

Quiero dar las gracias a mi directora de tesis Ángeles Jareño Leal. No se me ocurre mejor maestra y guía en el ámbito universitario que tú. Fuiste mi profesora favorita del grado en Derecho por lo apasionada, dedicada y atenta que eres, y gracias a que un día nos cruzamos en un pasillo y me ofreciste ser tu becaria de colaboración, he podido llegar a dar clases a tu lado. Gracias también por ser un referente a nivel investigador, por lo meticulosa y detallista que eres y que me has forzado (menos mal) a ser. Nunca te estaré lo suficientemente agradecida por haber creído en mí y por haber visto mi potencial cuando solo era una alumna de grado.

A mi madre y a mi hermano. A ti, mamá, por ser una mujer fuerte, trabajadora, pero también humilde y dulce, que nunca se rinde y que pelearía a capa y espada por sus hijos. Y a ti, Alberto, por enseñarme a ser asertiva y, cuando resulta necesario, incluso a tener un poco de mala leche. También a Amparo, por estar ahí cada día a mi lado, ganándote el título de segunda mamá a la fuerza. Y a mis tíos y a mis iaíos, los que siguen con nosotros y los que se fueron. Cada uno de vosotros me ha venido a la mente en algún momento de mi tesis, vuestras enseñanzas forman parte de mí y, por tanto, también de ella.

A mi familia extrauniversitaria: Valen, te prometo que sin nuestras citas semanales y nuestras charlas sobre romance no habría sobrevivido a esta tesis; Cris, me has enseñado a ser espontánea y a no tener miedo a los cambios; Nico y Carme, de vosotros dos me ha inspirado vuestra dulzura y ganas de comeros el mundo; Joan, de ti la amabilidad y modestia con que haces todo; Juls, María, Laus, Emma, vuestra independencia, ambición y seguridad son contagiosas.

A mi familia departamental, en especial a Jorge Correcher, Andrea García, Abraham Devis, David Colomer, Virginia Soldino, Verónica Gisbert, Nuria Olmedo, Diana Agudelo, Aitana Torró y Anna Raga. A todos vosotros os considero mis hermanos mayores académicos, que tanto y tan bien me habéis cuidado. En cada paso que doy estáis vosotros presentes de una u otra forma. Sois inspiradores y hacéis que trabajar cada día sea un privilegio y no una obligación.

A todos los miembros del Departamento de Derecho Penal de esta Universidad. En particular a Javier Mira, por su cooperación necesaria en el Capítulo relativo a la omisión, a Lucía Martínez, por sus charlas sobre perseguir vs impedir delitos, y a Marta Fernández, por su inestimable ayuda en el Capítulo del bien jurídico protegido. También, a mis abogados asesores de confianza, Cristian y Nacho, y a Marta González Alcaide, por su ayuda inestimable en el duro proceso de depositar esta tesis.

A mis compañeros de congresos sin los cuales no habría sobrevivido a mis primeras experiencias de *networking*: Carlos Trincado, Adrián Gómez, Nerea Marín, Wendy Pena y Dévika Pérez.

A mis familias de Roma y de Göttingen: mis Chiaras queridas, Fede, Elinor y Francesca. Todos vosotros me disteis un hogar cuando más lo necesitaba. Y a mis directores de estancia, Massimo Donini y Kai Ambos, por dedicarme su tiempo y energías.

Y gracias al que espero que sea mi compañero de vida por mucho tiempo, Stéphane. Ojalá que sigamos descubriendo el mundo juntos y que cumplamos nuestro sueño de tener 20 perritos. Gracias también a tu familia, que me ha acogido como una hija más y me ha ofrecido refugio climático con piscina incluida.

Por último, solo quiero decir que esta tesis la dedico, por encima de todo, a la memoria de mi padre, Amador García Aparicio. Mi referente intelectual y creativo, que me educó en la curiosidad y las ganas insaciables de aprender y de leer todo lo escrito. Ni tú ni yo somos religiosos papá, así que no sé si ahora mismo estás viendo esto. Lo que sí sé es que si supieras que he escrito una tesis doctoral contratarías hasta al bando del pueblo para presumir de hija.

ABREVIATURAS Y SIGLAS

ADPC: Anuario de Derecho penal y ciencias penales

AAP: Auto de la Audiencia Provincial

AP: Audiencia Provincial

ATS: Auto del Tribunal Supremo

ATSJ: Auto del Tribunal Superior de Justicia

CP: Código penal

CPI: *Codice penale italiano* (Código penal italiano)

CC: Código Civil

CE: Constitución Española

EOMF: Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal

LO: Ley Orgánica

LOFCS: Ley Orgánica de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad

LECrim: Ley de Enjuiciamiento Criminal

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial

LOREG: Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

PPU: Promociones y publicaciones universitarias

RD: Real Decreto

StGB: *Strafgesetzbuch* (Código penal alemán)

StPO: *Strafprozeßordnung* (Código Procesal penal alemán)

SAP, SSAP: Sentencia/s de la Audiencia Provincial

STC, SSTC: Sentencia/s del Tribunal Constitucional

STS, SSTS: Sentencia/s del Tribunal Supremo

STSJ, SSTSJ: Sentencia/s del Tribunal Superior de Justicia

TC: Tribunal Constitucional

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TS: Tribunal Supremo

TSJ: Tribunal Superior de Justicia

Vol.: Volumen

V.V.A.A.: Varios autores

RESUMEN

La presente tesis doctoral analiza el tipo de omisión del deber de perseguir delitos *ex art. 408 CP* desde una perspectiva jurídico-penal. En concreto, se ha buscado idear parámetros interpretativos que contribuyan a una lectura más racional y respetuosa con las garantías penales de este ilícito, así como a una aplicación judicial que evite resultados penológicos distorsionadores como los que actualmente se producen. A tal fin, se han estudiado exhaustivamente su bien jurídico protegido y ubicación sistemática, junto a todos sus componentes típicos objetivos y subjetivos, con la novedad metodológica de que tal examen se ha producido paralelamente a una lectura profunda de la normativa procesal penal. Como resultado, se han logrado redactar propuestas de *lege lata* y de *lege ferenda* en relación con el art. 408 CP que esperamos sean de ayuda para la consecución del objetivo exegetico propuesto.

ABSTRACT

This doctoral thesis analyses the type of omission of the duty to prosecute crimes under Article 408 of the Spanish Criminal Code from a criminal law perspective. Specifically, it seeks to devise interpretative parameters that contribute to a more rational and respectful reading of the criminal guarantees of this offence, as well as to a judicial application that avoids distorting penal results such as those currently occurring. To this end, its protected legal right and systematic location have been exhaustively studied, together with all its typical objective and subjective components, with the methodological novelty that this examination has been carried out in parallel with an in-depth reading of criminal procedural law. As a result, it has been possible to draft proposals *de lege lata* and *de lege ferenda* in relation to Article 408 of the Spanish Criminal Code, which we hope will be helpful in achieving the proposed exegetical objective.

SINTESI

La presente tesi di dottorato ha come oggetto lo studio tecnico-giuridico dell'omissione del dovere di perseguire i reati, figura criminale tipizzata nell'art. 408 del Codice Penale spagnolo. La scarsa attenzione dottrinale riservata, in generale, all'analisi delle molteplici problematiche sollevate da questo reato, unita alla sua applicazione giurisprudenziale non infrequente, rendono necessario colmare tale lacuna. A tal fine, si è cercato di trattare tutte le questioni dogmatiche relative al bene giuridico tutelato dall'articolo 408 del Codice Penale, la sua collocazione sistematica, i suoi elementi tipici oggettivi e soggettivi, nonché alcune relazioni concorrenti particolarmente conflittuali con altri tipi di reati. Tuttavia, si avverte il lettore che uno studio più approfondito e dettagliato delle problematiche concorrenti dell'art. 408 CP sarà effettuato in occasione di future ricerche.

Una volta definito l'oggetto della presente ricerca, è opportuno sottolineare che essa è stata strutturata in sette capitoli distinti. Di seguito riportiamo un ampio riassunto che illustra il contenuto analizzato in ciascuno di essi.

Capitolo I. L'omissione del dovere di perseguire i reati nella codificazione penale spagnola

La qualificazione come reato dell'omissione del dovere di perseguire i reati da parte dei funzionari pubblici non costituisce un fatto storico recente, ma, al contrario, una figura di questo tipo fa parte della nostra tradizione giuridico-penale sin dal Codice Penale del 1822. Ciò rende ancora più sorprendente la scarsa attenzione dottrinale prestata all'omissione del dovere di perseguire i reati, se si considera che questo reato esiste nel nostro ordinamento giuridico sin dal primo testo punitivo spagnolo promulgato.

Allo stesso modo, colpisce anche la scarsa variazione che ha subito il testo relativo al tipo di omissione del dovere di perseguire i reati attraverso la codificazione penale. Ad eccezione della versione legislativa contenuta nel Codice Penale del 1822, caratterizzata da una formulazione casistica e particolarmente ampia, a partire dal 1848 gli altri predecessori giuridici dell'attuale art. 408 CP presentavano caratteristiche praticamente identiche. Infatti, fatta eccezione per una serie di modifiche minori, si può affermare che tra l'art. 264 CP 1848 e l'art. 408 CP non esistono grandi differenze per quanto riguarda

la descrizione dell'ambito tipico. Tuttavia, esistono differenze per quanto riguarda la pena assegnata a questo reato.

Nonostante il periodo turbolento in cui fu elaborato, il Codice Penale del 1822 compì uno sforzo lodevole nel sottoporre i funzionari pubblici spagnoli al principio della responsabilità effettiva delle loro azioni. In particolare, lo fece attraverso il Titolo VI “Dei reati e delle colpe dei funzionari pubblici nell'esercizio delle loro funzioni”. Tra i reati tipizzati in questo titolo, ci interessa in particolare l'articolo 451 del Codice Penale del 1822, poiché in esso è stata tipizzata per la prima volta nel nostro sistema penale una condotta equivalente all'attuale tipo di omissione del dovere di perseguire i reati.

Definita allora come una forma specifica di prevaricazione, la formulazione della norma fu criticata dal punto di vista dottrinale per la sua eccessiva ampiezza e casistica. Certamente, il suo ambito tipico non comprendeva solo l'omissione del dovere di perseguire i reati, ma anche quello di punirli, nonché quello di aiutare o cooperare in qualsiasi altro modo con l'Amministrazione della Giustizia. Inoltre, l'art. 451 CP 1822 presentava relazioni concorrenti molto problematiche con altri reati raccolti nel Codice.

Ai molteplici difetti di questo reato si aggiungono altri difetti propri, in generale, della tecnica legislativa seguita in tutto il testo punitivo. In particolare, risultava problematica l'assenza di una definizione autonoma ai fini penali del concetto di “funzionario pubblico”. Infine, in relazione alla pena prevista per il reato in questione, l'articolo 451, sesto comma, del CP 1822 stabiliva che i prevaricatori avrebbero perso il posto di lavoro, lo stipendio e gli onori e non avrebbero potuto ricoprire alcuna carica pubblica.

Prima della promulgazione del Codice Penale del 1848, furono elaborati tre progetti di codice (1830, 1831 e 1834) che, sebbene non approvati, rappresentano una fase di transizione nel diritto penale tra il Codice del 1822 e quello del 1848. Tali progetti offrirono differenti impostazioni in merito all'omissione del dovere di perseguire i reati: il Progetto del 1830 non disciplinava espressamente i reati commessi da pubblici funzionari né qualificava l'omissione dell'obbligo di persecuzione come forma di prevaricazione, limitandosi a prevedere un obbligo meramente processuale in capo ai pubblici ministeri, senza configurare una responsabilità penale; il Progetto del 1831 reintrodusse un titolo specifico dedicato ai reati dei funzionari, ma puniva l'omissione soltanto se accompagnata da azione o promessa indebita, disciplinando altresì, all'art.

513, una figura giuridica assimilabile all'attuale art. 408 c.p., seppur con un ambito soggettivo più ristretto; infine, il Progetto del 1834 non prevedeva in modo chiaro tale omissione come fattispecie incriminatrice, pur contemplando obblighi per i pubblici ministeri e meccanismi procedurali in caso di inattività, senza tuttavia configurare una responsabilità penale diretta.

Con il Codice Penale del 1848, il reato di omissione del dovere di perseguire un reato acquisì sia la struttura che le caratteristiche essenziali che sarebbero state utilizzate e riprodotte da quel momento in poi nelle sue diverse versioni nei successivi codici penali. Sebbene continuasse a essere definito come una modalità specifica di prevaricazione e fosse collocato nel titolo relativo ai “Reati dei dipendenti pubblici nell'esercizio delle loro funzioni”, per il resto la formulazione adottata era molto diversa da quella del precedente articolo 451 del Codice Penale del 1822.

Questa volta, l'omissione del dovere di perseguire i reati era prevista dall'articolo 264 del Codice Penale del 1848. In esso si stabiliva che: “Il funzionario pubblico che, venendo meno ai doveri del proprio ufficio, ometta dolosamente di promuovere il perseguimento e la punizione dei delinquenti, incorrerà nella pena della decadenza perpetua speciale”. Nonostante fosse redatto in modo palesemente più chiaro e semplice rispetto al Codice del 1822, l'articolo 264 del Codice Penale del 1848 continuava a presentare alcuni difetti di tecnica legislativa, tra cui spiccava il riferimento all'omissione del dovere di «punire i delinquenti», che risultava particolarmente problematico ai fini della sovrapposizione di questo reato con altri tipi penali previsti dal Codice. Tuttavia, la giurisprudenza, giunta al decennio 1870, evidenziò la mancanza di contenuto pratico di questa modalità tipica relativa all'abbandono della “punizione dei delinquenti”, mettendo in evidenza che essa non comportava alcuna di queste problematiche teoriche, essendo, in realtà, una clausola priva di significato autonomo.

Inoltre, la maggiore specificità con cui il Codice del 1848 ha dotato l'attuale tipo penale ha raggiunto anche la regolamentazione della cerchia dei soggetti attivi dello stesso. Pertanto, il soggetto attivo della norma poteva essere solo il funzionario pubblico che aveva l'obbligo, imposto dalla sua carica, di perseguire i reati e punire i colpevoli. Come novità rispetto al precedente Codice Penale, il presente testo legale includeva un concetto giuridico-penale specifico di ciò che si intendeva per “dipendente pubblico” nel suo articolo 322. Infine, in relazione alla pena prevista dall'articolo 264 del Codice Penale

del 1848, essa consisteva nella perpetua ineleggibilità speciale del dipendente pubblico condannato.

Il Codice Penale del 1870, nonostante corrispondesse a un periodo storico impegnato nel riconoscimento e nella tutela dei diritti individuali, non introdusse modifiche specifiche in relazione alla figura dell'omissione del dovere di perseguire i reati, sebbene lo fece per quanto riguarda il Titolo in cui era contenuta. Infatti, in linea con i Codici Penali precedenti, il reato di omissione del dovere di perseguire i reati è stato qualificato come “prevaricazione” e inserito nel Capitolo I del Titolo VII del presente testo punitivo. In particolare, questa figura criminale è stata regolamentata dall'art. 370 CP 1870.

Per quanto riguarda gli altri elementi tipici della norma, sono state apportate solo modifiche minori, al punto che, ad eccezione della sostituzione del verbo tipico “fallendo” con “faltando” (eccezione che non ha avuto alcun effetto sul reato, poiché tali verbi sono sinonimi), la formulazione è rimasta invariata. Infatti, sebbene il Codice abbia introdotto per la prima volta i reati di imprudenza commessi dai funzionari pubblici, l'articolo 370 CP 1870 non ha adottato questa riforma, il che è stato contestato dalla dottrina.

Nonostante la mancanza di varietà introdotta nella formulazione del reato, l'elemento soggettivo tipico “maliziosamente” ha iniziato ad essere oggetto di maggiore attenzione dottrinale e giurisprudenziale. Concentrandoci su quest'ultima, vale la pena sottolineare che la Corte Suprema ha cercato di fondare con cura il requisito della “malizia” come elemento essenziale, anche se non sempre in modo coerente. Così, alcune sentenze hanno interpretato la malizia come la volontà consapevole di violare la legge (STS 20/10/1877), mentre altre richiedevano un interesse concreto nell'impunità del reato per apprezzarla (STS 20/04/1871).

Infine, è necessario sottolineare che il Codice del 1870 introdusse una pena variabile (da interdizione temporanea a perpetua), che consentiva una maggiore proporzionalità e adeguatezza al bene giuridico leso. Al contrario, il Codice del 1848 applicava una pena unica di interdizione perpetua, basata più sulla violazione formale del dovere che sulla gravità del danno al bene giuridico.

Il Codice Penale del 1870 rimase in vigore fino al 1928, nonostante i vari cambiamenti politici, sociali e giuridici avvenuti in Spagna. Pochi anni dopo la sua promulgazione, furono presentate diverse proposte legislative che miravano a riformarlo,

ad adeguarlo alla Costituzione o a sostituirlo completamente. Senza voler occupare troppo spazio in questa sintesi riferendoci a tali proposte, sottolineiamo in particolare la proposta avanzata nel Progetto di Alonso Martínez (1882), in cui è stata introdotta una scala penale commisurata alla gravità del reato non perseguito, nonché un tipo residuale (art. 418) per punire le omissioni imprudenti - non dolose - con la pena della decadenza speciale e della multa, rendendo così penale la negligenza.

Da parte sua, il Progetto Silvela (1884) associava all'omissione del dovere di perseguire i reati la pena detentiva insieme alla pena di interdizione speciale, limitandola tuttavia ai casi in cui non fossero stati perseguiti reati gravi. Infine, degno di nota fu anche il Progetto di Codice Penale (Commissione Generale di Codificazione, 1920), che ricollocò questo reato nel Titolo VIII “Reati speciali per l'Amministrazione della Giustizia”, invece che nel Titolo VI sui reati contro la Pubblica Amministrazione, per rendere evidente il danno arrecato all'Amministrazione della Giustizia. Ha inoltre limitato il tipo solo ai reati di azione pubblica, escludendo quelli semipubblici o privati.

Il Codice Penale del 1928, in vigore durante la dittatura di Primo de Rivera, mantenne integralmente la formulazione dell'omissione del dovere di perseguire i reati rispetto al Codice del 1870, ignorando le riforme proposte dai precedenti progetti di legge: non fu adottata la graduazione delle pene, non fu limitato il tipo di reati pubblici, né fu introdotta la pena detentiva, mantenendo un sistema penale di carattere astratto con l'interdizione speciale come unica sanzione. Tuttavia, come particolarità, nell'art. 421 CP 1928, il quadro penale del Codice del 1928 ridusse la pena massima, eliminando l'opzione dell'interdizione perpetua e stabilendo un limite massimo di 30 anni, con un minimo di 8 anni, rispetto alle precedenti gamme che andavano dal massimo temporaneo all'ergastolo. Allo stesso modo, in modo pionieristico, questo testo punitivo ha previsto un tipo specifico di favoreggiamento (art. 513 CP 1928), la cui esistenza ha generato un potenziale conflitto di concorso a causa della sua maggiore concretezza e gravità punitiva.

Anche in questo caso, il Codice Penale del 1932, promulgato dopo l'inizio della Seconda Repubblica, rinnovò il testo del 1928 con le correzioni ritenute necessarie, senza alterare sostanzialmente la regolamentazione del reato di omissione del dovere di perseguimento. L'unica “novità” introdotta dall'art. 384 CP 1932 riguardava la pena prevista per tale reato, poiché questa, consistente in una pena di interdizione speciale (o assoluta) che oscillava tra 6 anni e 1 giorno e 12 anni, rappresentava una nuova riduzione

progressiva rispetto ai quadri precedenti (CP 1870 e 1928), continuando una tendenza verso la graduale attenuazione del trattamento penale del tipo.

Per quanto riguarda il Codice Penale del 1944, nonostante fosse noto per il suo rigore punitivo e il suo orientamento politico manifestamente conservatore, mantenne intatta la formulazione del reato di omissione del dovere di perseguimento esistente nel Codice precedente. Tuttavia, questo reato è stato inserito nell'articolo 359 del Titolo VII ("Reati dei funzionari pubblici nell'esercizio delle loro funzioni"), con testo e pena coincidenti con l'articolo 384 del Codice Penale del 1932. In questo modo, di fatto non vi furono variazioni nel soggetto attivo, nella condotta tipica, né nella natura prevaricatrice del reato; tutto rimase conforme al Codice precedente.

Si è distinto maggiormente, per il suo carattere innovativo, il trattamento giurisprudenziale che la Corte Suprema ha riservato all'art. 359 CP 1944 in materia di soggetti attivi. A tale riguardo, tale giurisprudenza ne ha avallato un ampliamento. In particolare, sebbene inizialmente la sentenza della Corte Suprema del 21 giugno 1909 negasse che i segreti giudiziari (oggi avvocati al servizio dell'Amministrazione della Giustizia) potessero essere soggetti attivi del reato, si è verificato un cambiamento decisivo quando la sentenza della Corte Suprema del 14 giugno 1951 ha espressamente riconosciuto che i cancellieri dovevano rispondere penalmente quando omettevano di denunciare fatti punibili di cui venivano a conoscenza nell'esercizio delle loro funzioni. Successivamente, la dottrina della Corte Suprema ha esteso il reato ad altri funzionari, come gli assistenti della Procura o della Cancelleria (sentenza della Corte Suprema del 26 gennaio 1954; sentenza della Corte Suprema del 9 ottobre 1969), ampliando in modo significativo la cerchia dei soggetti attivi.

Alla fine del XX secolo, la morte del dittatore Francisco Franco e il conseguente avvio di un periodo di restaurazione democratica spinsero l'approvazione di un nuovo Codice penale, al fine di adattarlo alle esigenze della transizione politica da un regime totalitario a uno democratico e all'evoluzione sociale da essa favorita. Tuttavia, prima di giungere alla promulgazione del Codice penale del 1995 - tuttora vigente - furono avanzati diversi Progetti di Codice penale che non avrebbero mai visto la luce. Ciononostante, riteniamo necessario analizzare la formulazione che questi diversi testi penali attribuirono al reato di omissione del dovere di perseguimento penale, considerato che tutti concordarono nell'introdurre alcune modifiche allo stesso che, sorprendentemente, sarebbero state in gran parte ignorate dal Codice Penale del 1995. A

maggior ragione quando alcune di queste variazioni accolsero rilevanti proposte dottrinali di ampio respiro.

In particolare, per quanto riguarda la presente sintesi, menzioneremo soltanto il Progetto di Codice Penale del 1980, che rappresentò una tappa fondamentale nell'evoluzione della disciplina del reato di omissione del dovere di perseguimento penale, proponendo per la prima volta la sua collocazione tra i delitti contro l'Amministrazione della Giustizia. Questa scelta ruppe con la tradizione che lo associava alla prevaricazione amministrativa e ai reati commessi da pubblici ufficiali. L'impostazione adottata influenzò direttamente il Codice Penale del 1995, il quale, pur mantenendolo tra i delitti contro la Pubblica Amministrazione, lo configurò come una fattispecie autonoma, distinta dalla prevaricazione.

Capitolo II. L'omissione del dovere di perseguire i reati nel codice penale del 1995: bene giuridico tutelato e collocazione sistemática

Con l'emanazione del cosiddetto “Codice Penale della Democrazia”, nel 1995, il reato di omissione del dovere di perseguire i reati è stato disciplinato nel Titolo XIX, relativo ai “Reati contro l'amministrazione della giustizia”, in particolare nel Capitolo II (“Abbandono della destinazione e omissione del dovere di perseguire i reati”). Con ciò, per la prima volta nella sua storia, il presente reato è stato esplicitamente separato dalla prevaricazione amministrativa che, come sappiamo, attualmente si trova nel Capitolo I dello stesso Titolo (art. 404 CP). In particolare, il testo letterale recita: “L'autorità o il funzionario che, venendo meno ai doveri del proprio incarico, ometta intenzionalmente di perseguire i reati di cui è a conoscenza o i responsabili degli stessi, incorre nella pena di interdizione speciale dall'esercizio di impieghi o cariche pubbliche per un periodo da sei mesi a due anni”.

Tra tutti i componenti dell'attuale articolo 408 del Codice Penale, non possiamo che iniziare l'analisi dal bene giuridico in esso tutelato. Pertanto, partendo dalla concezione procedurale del bene giuridico coniata da VIVES ANTÓN, abbiamo iniziato a studiare tutti i dati forniti dal legislatore in relazione ad esso, il primo dei quali è l'ubicazione del reato analizzato tra i “Reati contro la Pubblica Amministrazione”, disciplinati nel Titolo XIX del Codice, e dei quali si afferma, sia dottrinalmente che giurisprudenzialmente, che condividono un bene giuridico comune o categoriale che collegherebbe anche il reato in questione.

In questo modo, il Codice Penale del 1995 ha raggruppato i reati commessi da autorità e funzionari sotto la voce “Reati contro la Pubblica Amministrazione” (Titolo XIX), sostituendo il vecchio criterio soggettivo basato sui “funzionari pubblici nell'esercizio delle loro funzioni” del CP del 1944. Questa riforma è stata valutata dalla dottrina come un progresso oggettivo, poiché la nuova denominazione riflette meglio l'oggetto della protezione: non solo chi commette il reato, ma anche ciò che viene danneggiato, ovvero il corretto funzionamento della funzione pubblica.

Infatti, e principalmente a partire dalla celebre opera di OCTAVIO DE TOLEDO, viene definito in modo funzionale il bene giuridico categoriale del Titolo XIX, che viene identificato, secondo la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie, con l'idea di attività pubblica funzionale esercitata in conformità con i principi e i canoni costituzionalmente stabiliti nell'art. 103 CE. Questa concezione del bene giuridico, condivisa da tutti i reati del Titolo XIX, rappresenta un progresso rispetto ad altre formulazioni precedenti, che collocavano l'oggetto di protezione comune a tali reati nella violazione dei doveri inerenti alla carica pubblica. Inoltre, senza dubbio, riflette un modo di concepire la Pubblica Amministrazione orientata al servizio dell'interesse generale e, quindi, ai diritti e agli interessi dei cittadini.

Tuttavia, tutte le qualità di questa proposta di bene giuridico non impediscono che presenti anche alcuni difetti o che risulti problematica per diversi motivi. Innanzitutto, la sua appartenenza alla categoria dei cosiddetti «beni giuridici sovraindividuali» fa sì che gran parte della dottrina metta in discussione (come fa in generale in relazione a questi) la legittimità della sua tutela penale. Su questo punto, tuttavia, riteniamo che CARBONELL MATEU risponda brillantemente a queste critiche, affermando, a ragione, che “solo tutelando gli interessi sociali è possibile garantire il libero sviluppo della personalità degli individui”.

Una questione diversa (e più problematica) è se sia possibile tutelare penalmente i beni giuridici sovraindividuali senza causare attrito con i principi limitativi dello *ius puniendi* che spesso sono ad essi associati. A questo proposito, siamo giunti alla conclusione che, a nostro avviso, la tutela penale dei beni giuridici sovraindividuali non è in contrasto con il mantenimento e il rispetto delle garanzie penali e dei limiti dello *ius puniendi*, ma piuttosto che molti dei problemi sollevati dalla criminalizzazione di nuovi comportamenti derivano dalla tecnica legislativa utilizzata nei loro confronti.

Pertanto, la dottrina maggioritaria sostiene che, data la loro natura ideale e astratta, tali beni non possono essere direttamente lesi da un'azione individuale, ma possono solo essere messi in pericolo. Per questo motivo si ricorre alla tipizzazione dei reati di pericolo astratto, che sanzionano comportamenti che, per loro stessa natura, sono considerati pericolosi per il bene giuridico protetto, senza necessità di dimostrare un pericolo concreto nel caso particolare. Tuttavia, la tecnica di tipizzazione basata sui reati di pericolo astratto è particolarmente problematica dal punto di vista della sua compatibilità con i principi limitativi dello *ius puniendi*, quali il principio di lesività e il principio di colpevolezza.

In risposta a tali preoccupazioni, sono state proposte alternative dottrinali che cercano di conciliare la tutela dei beni giuridici sovraindividuali con il rispetto delle garanzie del potere punitivo. La prima di queste corrisponde ai “reati cumulativi”, una corrente teorica di origine tedesca secondo la quale la lesione dei beni giuridici sovraindividuali non è causata da un'azione individuale isolata. Al contrario, essa consente di imputare alla sfera individuale azioni che di per sé non sono socialmente dannose, la cui lesività non è quindi pubblicamente percepibile, né, per questo motivo, riconoscibile dall'autore, sulla base del fatto che, secondo un giudizio espresso da un osservatore dotato di maggiori informazioni empiriche, la probabilità di una futura realizzazione da parte di un gran numero di persone può comportare un notevole potere distruttivo.

La seconda di queste alternative dottrinali si riferisce alla tesi, molto più rilevante nel nostro Paese, dei “beni giuridici intermedi”. Secondo tale tesi, dato che i beni giuridici istituzionali hanno carattere ideale, immateriale e non sono riconducibili a valori individuali, il che li rende non tutelabili autonomamente, è necessario ricorrere necessariamente ad un altro bene giuridico che possa rappresentarli su un piano meno astratto. Il principale vantaggio offerto da questa posizione teorica, che può contribuire a spiegarne la popolarità, consiste fondamentalmente nel fatto che, grazie ad essa, il comportamento tipico è considerato commesso con la sola lesione del bene giuridico intermedio o rappresentativo, senza che sia necessario accertare nel caso concreto se sia stato messo in pericolo il bene giuridico finale, poiché ciò è presunto. In questo modo, i problematici reati di pericolo diventano, a livello formale, reati di lesione.

Quest'ultima posizione è stata prevalentemente seguita in Spagna per cercare di porre rimedio ai problemi derivanti dal ricorso a tecniche incriminatorie di pericolo nella

tutela penale dei beni sovraindividuali. In particolare, in materia di reati contro la Pubblica Amministrazione, la dottrina dominante, prendendo come punto di partenza la posizione di OCTAVIO DE TOLEDO sopra indicata, che afferma l'esistenza di un bene giuridico comune a tutti i reati riuniti nel Titolo XIX (allora VII) del Codice Penale, corrispondente alla “funzione pubblica che i funzionari devono esercitare conformemente all'interesse generale secondo la legalità esistente”, concettualizza questo valore come un bene giuridico categoriale, astratto, che deve essere concretizzato in seguito in sede di ciascun reato, il che obbliga, in ogni specifico tipo di reato, a svolgere un lavoro di scoperta del bene giuridico particolare protetto.

Contrariamente a quanto sostenuto dalla corrente dottrinale maggioritaria, un autorevole settore dottrinale minoritario ha respinto il ricorso alla tecnica dei beni giuridici intermedi. A tale tecnica viene rimproverato, soprattutto, l'effetto di “volatilizzazione” o, in sintesi, di indebolimento che il concetto di bene giuridico protetto (così come, soprattutto, la sua funzione critica, limitatrice dello *ius puniendi*) subisce come conseguenza del suo utilizzo.

Per questo gruppo sempre più numeroso di autori, in realtà, il cosiddetto «bene giuridico categoriale» non è altro che una mera *ratio legis* dei reati tipizzati nel Titolo XIX, tenuto conto che, rispetto ad esso, non può essere adempiuta nessuna delle funzioni dogmatiche realmente attribuite agli autentici «beni giuridico-penali». Come soluzione, questo settore dottrinale insiste nel delimitare più concretamente i beni giuridici sovraindividuali, rinunciando alle formulazioni ideali e astratte tradizionalmente attribuite loro. Allo stesso modo, essi lottano anche per riformulare il tradizionale concetto di “lesione”, poiché, se la lesione di qualsiasi valore protetto penalmente viene identificata con la sua assoluta distruzione, difficilmente un bene giuridico sovraindividuale potrà mai essere considerato “lesivo”.

Dal nostro punto di vista, questa seconda corrente minoritaria ha ragione, in quanto «il corretto funzionamento della Pubblica Amministrazione» non può essere il bene giuridico comune o categoriale del Titolo XIX, poiché l'assenza di qualsiasi funzione dogmatica riconosciuta allo stesso determina che non possa essere qualificato, in quanto tale, come autentico «bene giuridico-penale». Essendo questo valore una mera *ratio legis*, riteniamo che il vero bene giuridico di ciascun reato tipizzato nel Titolo XIX debba essere dedotto dalla formulazione tipica del reato stesso e che ciascun reato dia luogo al proprio bene giuridico.

A sua volta, per svolgere questo lavoro ermeneutico, concordiamo con la dottrina maggioritaria per quanto riguarda l'individuazione dei beni giuridici di ciascun reato in base ai principi guida specifici dell'attività amministrativa (legalità, obiettività, imparzialità, ecc.), come descritti dall'articolo 103.1 della Costituzione spagnola, che sono direttamente preservati in esso. Da parte sua, sebbene certamente fondamentale ed essenziale nei reati dei funzionari pubblici, l'elemento della violazione dei doveri d'ufficio non è *ratio essendi* di nessuno di tali tipi, sebbene abbia il carattere di mezzo commissivo del corrispondente danno o pericolo dei beni giuridici in essi protetti.

Stabilito quanto sopra, il tema centrale del Capitolo II verte specificatamente sulla delimitazione del bene giuridico tutelato nel reato di omissione del dovere di perseguire i reati. Nonostante faccia parte della nostra tradizione giuridico-penale sin dal Codice Penale del 1822, la dottrina spagnola non ha ancora raggiunto un consenso su quale sia il bene giuridico tutelato nel reato di omissione del dovere di perseguire i reati.

Come già spiegato, la stragrande maggioranza dei penalisti parte dal riconoscimento dell'esistenza di un bene giuridico comune o categoriale a tutti i tipi del Titolo XIX: il corretto funzionamento della Pubblica Amministrazione; e in questo senso, sostengono la cosiddetta “tesi dei beni giuridici intermedi”. In teoria, quindi, tutti i tipi che compongono il Titolo XIX costituiscono forme diverse di sovversione del corretto funzionamento della Pubblica Amministrazione, quadro protettivo che cerca di mantenersi al sicuro in ultima istanza. Tuttavia, l'articolo 408 del codice penale costituisce un caso particolare, poiché, a differenza di quanto accade con gli altri reati contemplati in tale Titolo, nello studio di questo reato la dottrina tende a intrecciare due questioni fondamentali: il valore protetto in esso e la critica alla sua attuale collocazione sistematica tra i reati contro la Pubblica Amministrazione.

Le due problematiche sono talmente legate tra loro che, in genere, i commenti esistenti sull'articolo 408 del codice penale si limitano a metterlo in relazione con la *ratio legis* (o, come la maggior parte della dottrina la definisce, con il “bene giuridico categoriale”) del Titolo XX, ovvero dei reati contro l'amministrazione della giustizia. In altre parole, tali commenti non arrivano ad analizzare realmente l'oggetto protetto in esso, per cui, in tutti questi casi (a cui faremo riferimento di seguito), si potrebbe quasi dire che la questione della delimitazione del bene giuridico protetto nell'art. 408 CP è oscurata dalla critica alla sua collocazione sistematica.

Un piccolo gruppo di autori, tuttavia, ha cercato di approfondire la questione del valore tutelato dall'articolo 408 del codice penale. Alcuni, come RUBIO LARA, propongono di collocare tale bene nella tutela della sicurezza dei cittadini. Sebbene suggestiva, riteniamo tuttavia che tale proposta non faccia alcun progresso in termini di definizione dei limiti penali della protezione propria dell'articolo 408 del codice penale. Ci sembra più corretta la posizione sostenuta da REBOLLO VARGAS, che identifica il bene inerente all'articolo 408 del codice penale con il principio di legalità nel perseguimento dei reati.

A nostro avviso, il reato previsto dall'articolo 408 del codice penale evidenzia immediatamente il carattere fondamentale della funzione pubblica di perseguire i reati e i loro responsabili, essendo indispensabile che tale funzione sia esercitata dai pubblici ufficiali competenti nel pieno rispetto della legalità. In termini pratici, il reato di cui all'articolo 408 del codice penale costituisce un illecito la cui commissione ostacola o impedisce il regolare avvio del procedimento giudiziario che deve essere avviato a seguito della commissione di qualsiasi reato.

Pertanto, è il principio di legalità processuale che, secondo la nostra concezione personale, si erge a bene giuridico tutelato dall'articolo 408 del codice penale, inteso come quello che richiede che l'esistenza di un fatto apparentemente delittuoso richieda l'avvio dell'attività giurisdizionale, poiché è la legalità che deve determinare quando deve essere avviato il processo penale, non essendo ammessi criteri di opportunità. Naturalmente, è necessario ricordare che la consacrazione costituzionale di tale principio negli articoli 117.1 e 124.2 della Costituzione spagnola giustifica l'intervento del diritto penale a tutela di quello che costituisce uno dei pilastri fondamentali del nostro sistema processuale, essendo il processo, come più volte sottolineato, il mezzo attraverso il quale si concretizza il diritto sostanziale.

Il bene giuridico tutelato dall'art. 408 CP è quindi il principio di legalità processuale, senza che, a nostro avviso, tale reato possa essere qualificato come plurioffensivo, per quanto possa anche ledere una vittima concreta, impedendole l'accesso alla giurisdizione (*ius et procedatur*) e compromettendo il suo diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale effettiva (art. 24 CE). L'incidenza sullo *ius et procedatur*, tuttavia, non è altro che una conseguenza indiretta, e non l'oggetto immediato della protezione, del reato di cui all'art. 408 CP.

Tutto ciò ci porta, a sua volta, ad aderire ragionevolmente alla dottrina maggioritaria nella sua critica all'attuale collocazione sistematica dell'articolo 408 del codice penale. I vari autori che propongono, *de lege ferenda*, tale cambiamento di collocazione sistematica non lo fanno per negare categoricamente il legame dell'articolo 408 del codice penale con l'essenza del Titolo XIX, ma piuttosto perché ritengono che tale connessione sia molto più intensa con quella del Titolo XX. Tuttavia, alcuni autori sostengono che la distinzione tra le due amministrazioni sia più radicale di quanto la dottrina abbia tendenzialmente affermato. Naturalmente, nel presente capitolo vengono esposte in dettaglio entrambe le correnti teoriche, indicando espressamente quella che preferiamo. In ogni caso, un aspetto importante per poter analizzare la fondatezza della collocazione sistematica proposta dalla dottrina dominante consiste nello studiare il Titolo XX stesso, nonché il significato del suo riferimento all'«Amministrazione della giustizia». A tal fine, si insiste sia sul suo aspetto funzionale, pacificamente accettato dalla dottrina e dalla giurisprudenza, sia sulla sua dimensione valutativa più controversa.

L'ultimo aspetto studiato nel Capitolo II della presente tesi di dottorato riguarda la questione della natura giuridica del reato di omissione del dovere di perseguire i reati. Si tratta di un argomento poco analizzato nella nostra dottrina (e completamente trascurato a livello giurisprudenziale), che viene approfondito nelle poche proposte dottrinali elaborate al riguardo. A tal fine, si chiarisce che si parte dal presupposto che i beni giuridici sovraindividuali possono essere lesi da azioni individuali, anche se ciò implica assumere un concetto normativo, e non naturalistico, del concetto di “lesione”. Negare la lesione di questi valori implicherebbe, a nostro avviso, rinunciare a tutelarli penalmente, poiché non è possibile ricorrere a tipi di pericolo quando non si dispone di un paradigma di lesione su un determinato bene giuridico.

A questo punto, vengono valutati due possibili approcci rispetto alla natura giuridica dell'art. 408 CP, partendo, ovviamente, dal presupposto che il valore tutelato in esso è il principio di legalità processuale. Tali approcci teorici non sono stati sollevati in relazione all'art. 408 CP, ma in occasione di altri tipi di reati che mantengono punti di collegamento con esso. In sintesi, e trasferendo entrambi al reato in questione, si può affermare la natura di reato di pericolo di quest'ultimo, se si identifica la lesione del bene giuridico con l'ostruzione o l'impedimento dell'avvio del procedimento penale, o come reato di lesione, se si interpreta che la lesione al principio di legalità processuale si verifica dal momento in cui il pubblico ufficiale smette di ottemperare al suo dovere di

promuovere il perseguimento di un reato e ciò provoca conseguenze esterne reali (anche se queste consistono solo nell'aver riservato a un cittadino un trattamento iniquo che gli rende difficile l'accesso alla giustizia).

Ebbene, nel nostro caso abbiamo optato per sottoscrivere la prima delle tesi esposte all'art. 408 CP, ovvero quella che comporta la sua qualificazione come reato di lesione. Di conseguenza, si basa sul fatto che la mancata osservanza da parte del pubblico ufficiale del dovere di promuovere il perseguimento dei reati, dal momento in cui produce conseguenze esterne reali (anche se queste consistono solo nell'aver riservato a un cittadino un trattamento iniquo che gli rende difficile l'accesso alla giustizia), costituisce una violazione del principio di legalità processuale. Questa è, a nostro avviso, la tesi più garantistica e quella che abbiamo scelto. Non ignoriamo, tuttavia, che una tale posizione può sembrare, *a priori*, un po' formalista, oltre a dare l'impressione che ci si avventuri pericolosamente nel terreno scivoloso dei “reati formali”, basati sul semplice mancato adempimento di un dovere.

Da un lato, occorre tenere presente che abbiamo definito come bene giuridico tutelato dall'articolo 408 del codice penale il principio di legalità processuale, che, come abbiamo spiegato in precedenza, è il pilastro fondamentale del nostro diritto processuale penale, poiché il rispetto di tale principio implica il raggiungimento di: fini preventivi generali, poiché se gli operatori giuridici incaricati di perseguire i reati smettono di farlo, lo Stato diventa corrotto, nel senso che i cittadini non hanno fiducia in esso né nel fatto che il mancato rispetto delle norme abbia conseguenze; la tutela giudiziaria effettiva, nella sua dimensione di *ius et procedatur*, tenuto conto che se il funzionario, ad esempio, smette di trattare una denuncia o chiude arbitrariamente e ingiustamente un'indagine penale, ciò può impedire l'accesso alla giurisdizione (in modo che i cittadini si astengano dal denunciare nuovamente i fatti, confidando nelle istituzioni e credendo erroneamente che se non sono stati perseguiti è perché non era necessario farlo), oppure renderlo difficile (ma, anche in questo scenario, si obbliga un privato a mendicare la tutela giudiziaria effettiva, costringendolo a reiterare la sua denuncia dinanzi ad un'altra istanza competente per la sua ricezione); tra un insieme di principi che dipendono da quello di legalità per la loro effettiva applicazione.

D'altra parte, non riteniamo nemmeno opportuno ricorrere a una sorta di “demonizzazione” del ruolo fondamentale che la violazione dei doveri riveste in alcuni tipi di reati. Infatti, sebbene sia comprensibile che ciò evochi la realtà dei reati formali, la

verità è che, nel caso dell'articolo 408 del codice penale, la violazione di tale dovere comporta la violazione del principio stesso che ne è alla base. Ciò, partendo dalla natura essenziale che quest'ultimo riveste per l'ordinamento giuridico, eleva il rispetto di quello, a sua volta, a condizione fondamentale per il funzionamento conforme ai parametri costituzionali della funzione pubblica di perseguire i reati.

Capitolo III. La tipicità oggettiva del reato di omissione del dovere di perseguire i reati (I): la condotta típica

Una volta delimitato il bene giuridico protetto dall'art. 408 CP, il passo logico successivo, dal punto di vista dogmatico, non può che essere l'analisi dettagliata degli elementi che compongono il tipo oggettivo del reato di omissione del dovere di perseguire i reati. Tra questi, il primo ad essere esaminato è quello relativo alla precisa portata e al significato da attribuire alla condotta tipificata nel suddetto tipo penale, che consiste, secondo la sua formulazione, nell'aver cessato di promuovere la persecuzione dei reati di cui il soggetto attivo avesse notizia, o dei loro responsabili, violando così l'obbligo derivante dalla sua carica.

Per cominciare, si affronta l'analisi del verbo tipico utilizzato nell'art. 408 CP, partendo dall'esame, in primo luogo, del suo carattere omissivo. Una delle prime discussioni sollevate in merito riguarda se il "cessare di promuovere la persecuzione dei reati" possa includere o meno modalità di commissione attiva. Sottostante a questo dibattito vi è una questione controversa di dogmatica penale, denominata dottrinalmente come la "questione normologica implicata". In questo punto, e assumendo le argomentazioni svolte da SILVA SÁNCHEZ in materia, si conclude che il concetto di omissione deriva, dunque, legato a un determinato contenuto prescrittivo e non a una forma prescrittiva. O, per dirla in altre parole, che l'elemento decisivo nei tipi di omissione sarà l'ottenimento di prestazioni positive da parte di alcuni individui a favore di altri, al fine di migliorare o potenziare le loro situazioni giuridiche, a differenza di quanto avviene nella commissione, che coinciderà con l'evitamento di intrusioni lesive di alcuni individui nella sfera giuridica di altri.

Quanto precede serve a confermare il carattere omissivo dell'art. 408 CP, sebbene resti ancora da delimitare quale specie di omissione tipica vi sia configurata. A prescindere dalla disamina degli elementi che, secondo dottrina e giurisprudenza, concorrono pacificamente a configurare tanto i reati di omissione pura quanto quelli di

commissione per omissione, ci si sofferma più approfonditamente sulla "terra di nessuno" costituita dalle cosiddette "omissioni di gravità intermedia". In particolare, viene criticata l'identificazione pressoché assoluta che parte della dottrina ha operato tra queste e le "omissioni di garante" coniate dallo stesso SILVA SÁNCHEZ. Queste ultime, a nostro avviso, nacquero con una vocazione specifica che ne segna, al contempo, i limiti funzionali.

Attraverso queste ultime, limitate - nel pensiero originario del loro autore - agli artt. 195.3 e 196 CP, si circoscriverebbe il cosiddetto "pensiero dell'ingerenza", riducendone l'eccessivo rigore punitivo ed evitando che ogni volta si verificassero quei risultati si debba ricorrere all'art. 11 CP, ossia all'attribuzione degli stessi all'omittente in qualità di commissione per omissione. In tal modo, le omissioni di garante consentirebbero di punire il soggetto più severamente che per una mera omissione pura, tenendo conto della posizione di garanzia che detiene in relazione ai valori protetti, senza tuttavia giungere a ritenerlo penalmente responsabile delle lesioni o morti causate.

Tuttavia, non è questo il caso del reato di omissione del dovere di perseguire i reati. Lungi dal corrispondere alle caratteristiche sopra indicate, qui ci troviamo di fronte a un reato di lesione e di mera attività, il cui risultato presenta natura giuridica o formale. L'omissione sanzionata dall'art. 408 CP produce una serie di effetti pregiudizievoli o dannosi per il principio di legalità processuale, e quindi, indirettamente, per l'Amministrazione della Giustizia e lo *ius et procedatur* delle potenziali vittime di un reato. Tali pregiudizi costituiscono il risultato lesivo causato attraverso la condotta tipica di non promuovere la persecuzione dei reati.

Ciononostante, la fattispecie penale in esame rientra effettivamente tra le *omissioni di gravità intermedia*. Sebbene, secondo la nostra impostazione, queste non costituiscano una terza categoria di omissioni tipiche, optiamo per mantenere una concezione bipartita delle omissioni tipiche che consenta di ricondurre l'insieme delle omissioni di gravità intermedia esistenti all'omissione pura e alla commissione per omissione. Nel corso di questa analisi, siamo giunti a concludere il carattere commissivo-omissivo dell'art. 408 CP. Ciò in quanto il funzionario che omette di promuovere la persecuzione di un reato viene punito per il risultato lesivo che tale omissione provoca al principio di legalità processuale. Pertanto, il fatto che ci troviamo di fronte a un reato in cui riveste un ruolo preminente la posizione di garanzia dell'autore (che deve essere un pubblico ufficiale specificamente incaricato della persecuzione dei reati), unitamente alla

sua natura di reato di lesione, impediscono - secondo lo schema sostenuto da entrambi gli autori, a cui ci associamo - di qualificare l'art. 408 CP come un reato di omissione pura.

Appare indubbiamente singolare l'associazione qui proposta tra la figura della commissione per omissione e un reato come quello dell'art. 408 CP, di mera attività e dal risultato puramente formale. In effetti, solo i reati a risultato materiale rientrano nella clausola generale di incriminazione della commissione per omissione prevista dall'art. 11 CP. Peraltro, al di fuori di questa disposizione generale, non manca una tendenza legislativa a concepire fattispecie che sanzionano omissioni di gravità intermedia le quali, analogamente al tipo penale in esame, attribuiscono rilievo evidente alla posizione di garanzia dell'omittente e richiedono un determinato risultato formale di lesione o di pericolo. A sostegno della presente tesi, si propone il nesso tra il reato di omissione del dovere di perseguire i reati e quello di abbandono del posto per sottrarsi alla persecuzione dei reati, previsto dall'art. 407 CP.

Proseguendo, il Capitolo III approfondisce altresì la delimitazione dell'ambito tipico dell'art. 408 CP. Con ciò si intende chiarire in cosa consista «promuovere la persecuzione dei reati e dei loro responsabili», poiché solo definendone l'esercizio corretto secondo i canoni legali è possibile stabilire se tale attività sia stata omessa o meno. La principale difficoltà incontrata da questo sforzo delimitatorio è risieduta nella controversa distinzione tra questa fattispecie e gli altri reati che sanzionano l'omissione del dovere di impedire o evitare determinati reati, ossia gli artt. 412.3 e 450 CP. L'indubbia connessione tra tutte queste disposizioni – volte a reprimere penalmente casi di passività funzionale di fronte al fenomeno criminale – ha spesso generato confusione o sovrapposizione dei loro ambiti tipici, trattandoli come reati legati da rapporti di specialità e sussidiarietà, i cui verbi tipici, nonostante le evidenti differenze, verrebbero considerati sinonimi.

Di conseguenza, nella nostra dottrina si riscontrano attualmente due posizioni alternative riguardo al significato da attribuire alla funzione pubblica di persecuzione dei reati, le cui conclusioni dipendono in modo indissolubile da quelle raggiunte in merito al rapporto tra l'art. 408 CP e le fattispecie di mancata prevenzione dei reati, nonché ai rispettivi ambiti di tutela penale.

In primo luogo, l'orientamento dominante nella nostra dottrina ha interpretato che il dovere di perseguire i reati corrisponde, *stricto sensu*, esclusivamente all'obbligo di agire processualmente contro una persona quando sussistono indizi razionali della sua

partecipazione a un fatto delittuoso. O, in altri termini, al dovere di taluni funzionari di avviare il processo penale per investigare sul presunto reato commesso e già consumato da un terzo, nonché per accertare l'eventuale responsabilità di uno o più soggetti.

Tale interpretazione risulta, ovviamente, più coerente con la definizione che, ancora una volta, il Diccionario de la Real Academia Española fornisce del verbo 'perseguir': «procedere giudizialmente contro qualcuno e, per estensione, contro una mancanza o un reato».

In secondo luogo, in contrapposizione alla tesi poc'anzi esposta, un diverso orientamento dottrinale sostiene che la persecuzione dei reati - ai fini dell'art. 408 CP - debba intendersi in senso lato, comprendendo non solo l'obbligo di agire giuridicamente contro il soggetto che ha commesso il reato, ma anche l'attività di polizia diretta a impedire la consumazione di reati in flagranza.

Quanto alla giurisprudenza, essa sembra oscillare tra l'una e l'altra tesi a seconda del caso concreto, minando il principio di sicurezza giuridica *ex art. 9.3 CE*. In sintesi, dall'analisi di un insieme di sentenze - a cui ci riferiremo tra breve - emerge una marcata irregolarità nell'applicazione giudiziale dell'art. 408 CP, sia riguardo alla delimitazione del suo ambito tipico, sia nella distinzione dagli artt. 412.3 e 450 CP, adottando l'una o l'altra posizione in base alle circostanze specifiche, senza seguire, almeno apparentemente, criteri chiari.

Ciò che si desume dalla maggior parte di tali pronunce è che l'adesione all'una o all'altra teoria spesso persegue - o quantomeno finisce per produrre - un risultato iperprotettivo dei pubblici ufficiali, in particolare degli agenti di polizia, rivelando un autentico 'diritto penale amicale' nella repressione dell'inattività funzionale di fronte al fenomeno criminale, specialmente in relazione ai reati di traffico di stupefacenti e contrabbando.

In sintesi, nella presente tesi dottorale si sostiene che l'ambito tipico dell'art. 408 CP si circoscriva esclusivamente alla funzione statale di perseguire reati già consumati, in corrispondenza con il dettato costituzionale che impone a tutte le autorità e ai pubblici ufficiali il dovere di collaborare con i Giudici e i Tribunali: Nel corso del processo (art. 118 CE), nelle attività di accertamento del reato e identificazione e cattura del delinquente (art. 126 CE), nonché nella missione di promuovere l'azione della giustizia (art. 124.1 CE). Ne consegue che, in realtà, le maggiori problematiche

concorrenziali sollevate dall'art. 408 CP non si pongono rispetto alle fattispecie di mancato impedimento di reati (artt. 412.3 e 450 CP), bensì in relazione al reato di favoreggiamento (art. 451 CP). Infatti, al pari di quest'ultimo, il reato di omissione del dovere di promuovere la persecuzione dei reati costituisce una condotta di adesione post-esecutiva al reato commesso da terzi.

Pertanto, quando l'art. 408 CP utilizza il termine "persecuzione", lo fa in senso tecnico e rigoroso, armonizzandolo con il significato attribuito a tale vocabolo dalla Real Academia de la Lengua Española che lo identifica, in senso ampio, con l'agire giudizialmente contro l'autore di un reato. Allo stesso modo, considerata la normativa processuale vigente, abbiamo concluso che la "persecuzione" dei reati a cui si riferisce la fattispecie penale in esame comprende esclusivamente gli atti mediante i quali si avvia - o, equivalentemente, si inizia - l'azione penale. E l'avvio dell'azione penale si articola, nel nostro Codice di Procedura Penale, attraverso il cosiddetto procedimento preliminare o fase investigativa, che include sia un'eventuale fase pre-processuale, sia la necessaria istruzione giudiziale (istruttoria o atti preliminari a seconda del procedimento applicabile).

Successivamente, il Capitolo III affronta l'analisi della situazione tipica generatrice del dovere di promuovere la persecuzione dei reati. A tal fine, si esamina l'ampiezza da attribuire al termine "reati" ai fini dell'art. 408 CP, valutando in primo luogo se i reati minori debbano essere esclusi da quest'ultimo in considerazione del principio di minima interferenza, nonché di argomentazioni storiche, tenuto conto che prima della riforma del nostro ordinamento penale operata dalla LO 1/2015 del 30 marzo, le contravvenzioni erano escluse dall'ambito applicativo della fattispecie in esame.

A sostegno dell'esclusione dei reati minori dall'art. 408 CP vi è il fatto che, solo per questi ultimi, il legislatore ha previsto l'istituzione del principio di opportunità processuale nella loro persecuzione (art. 963 Cod. proc. pen.). Infatti, in virtù di tale disposizione, la presentazione di un rapporto di polizia o di una denuncia per un reato minore non obbliga sempre il giudice ad avviare il procedimento per indagare e giudicare il fatto, come invece avviene quando si applicano (come di regola avviene nel diritto processuale penale spagnolo) i principi di necessità o ufficialità e di legalità processuale. Al contrario, l'art. 963 Cod. proc. pen. prevede che il Pubblico Ministero possa richiedere l'archiviazione del procedimento quando, valutate le circostanze del caso concreto,

ritenga che il reato minore denunciato sia di scarsissima gravità e che non sussista un interesse pubblico rilevante alla sua persecuzione.

Si affronta, inoltre, la questione se i reati non perseguibili d'ufficio debbano essere esclusi dall'ambito oggettivo dell'art. 408 CP. A tal proposito, l'esperienza offerta dal modello penale italiano di tipizzazione della condotta di omissione del dovere di perseguire i reati (art. 361 CP), che esclude espressamente i reati procedibili solo a querela di parte, ci porta a chiederci: è possibile ritenere che nell'ambito tipico oggettivo dell'art. 408 CP rientrino esclusivamente i reati d'azione pubblica?

Orbene, l'unico argomento che potrebbe essere legittimamente utilizzato per giustificare l'esclusione dei reati quasipubblici, semipubblici, semiprivati o privati (ovvero di tutti quelli non pubblici) dall'art. 408 CP, consisterebbe nell'affermare che è la minore gravità di certi fatti delittuosi a portare a definirli con regimi di perseguibilità caratterizzati dalla deroga parziale ai principi di ufficialità e legalità processuale. Come si vedrà, e dopo un approfondito studio della materia, si conclude che l'interesse pubblico nella persecuzione di un reato non viene meno per il solo fatto di aver concesso alla vittima un potere decisionale sull'avvio o la cessazione del procedimento, così come non scompare l'obbligo di investigazione da parte del pubblico ufficiale. Tuttavia, questa affermazione richiede un'importante precisazione: può darsi che, per alcune categorie di reati, a causa del loro regime di perseguibilità, il dovere di promuovere la persecuzione risulti parzialmente limitato in ragione delle facoltà che l'ordinamento giuridico ha riconosciuto alla vittima e a cui abbiamo fatto riferimento.

Allo stesso modo in cui ci siamo soffermati sull'analisi della clausola tipica relativa ai "reati", ci avviciniamo ora a quella concernente i "responsabili". Quest'ultimo termine risulta piuttosto equivoco o confuso, poiché sembra riflettere una certezza circa l'attribuzione del fatto apparentemente delittuoso al soggetto sospettato di averlo commesso e che dovrebbe essere perseguito.

In realtà, il riferimento ai "responsabili" nell'art. 408 CP è formulato in termini più colloquiali che tecnici, dato che - evidentemente - nelle fasi più preliminari del procedimento (fase pre-processuale e fase istruttoria), che sono quelle contemplate dalla fattispecie penale in esame, non è ancora noto chi abbia partecipato ai fatti investigati. Al massimo potranno sussistere sospetti o indizi circa il coinvolgimento di un individuo, ma

certamente questi non saranno ancora stati provati, né tantomeno potrà essere stata accertata la sua responsabilità.

Per quanto riguarda la funzione svolta dal riferimento tipico ai "responsabili" del reato, essa presenta due aspetti: In primo luogo, occorre considerare che l'attività pubblica di indagine su determinati fatti indiziari delittuosi può essere avviata perfettamente anche in assenza di sospetti sull'autore del reato. In tale ipotesi, l'obbligo del funzionario di perseguire i responsabili del reato corrisponderà al dovere di compiere le opportune indagini al fine di identificare il soggetto passivo del procedimento. In secondo luogo, al di fuori dei casi precedenti - ovvero quando sussistono indizi sulla possibile partecipazione di un individuo al fatto delittuoso denunciato (o dal momento in cui questi emergono) - l'obbligo di promuovere la persecuzione dei responsabili si riferisce principalmente al dovere di procedere al loro arresto.

Infine, il Capitolo III affronta un aspetto relativamente meno controverso dell'art. 408 CP, ovvero i requisiti che la *notitia criminis* deve possedere ai fini della nascita del dovere di promuovere la persecuzione del reato. Tuttavia, il lettore noterà che l'aspetto della *notitia criminis* cui viene dedicata maggiore attenzione riguarda il momento in cui questa deve essere conosciuta affinché sorgano i suddetti obblighi. Sebbene dal testo dell'art. 408 CP si evinca che è necessario che la conoscenza del fatto delittuoso avvenga nell'esercizio delle funzioni proprie della carica pubblica, tale regola generale viene tuttavia derogata - sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza - quando si tratta di agenti di polizia. Per questi ultimi, infatti, si sostiene che, in virtù dell'art. 5.4 LOFCS (che dichiara la continuità del servizio dovuto ai cittadini), si possa concludere che essi siano sempre in servizio e che, di conseguenza, ogni volta che vengano a conoscenza di un reato, abbiano l'obbligo di fare immediatamente tutto il possibile per denunciarlo e investigarlo (perseguirlo). Tuttavia, come si vedrà, tale interpretazione - che sostiene acriticamente il riconoscimento di efficacia penale all'art. 5.4 LOFCS - viene messa in discussione nella presente tesi dottorale.

Capitolo IV. La tipicità oggettiva del reato di omissione del dovere di perseguire i reati (II). Soggetti coinvolti nell'art. 408 CP: soggetti attivi, autori e partecipi.

Una volta delimitato il bene giuridico protetto dall'art. 408 CP e svolte le considerazioni generali sui suoi principali elementi tipici, il passo logico successivo dal punto di vista dogmatico consiste nell'analizzare dettagliatamente i soggetti che possono

intervenire nella presente fattispecie penale. Giunti a questo punto, è necessario iniziare sottolineando come la cerchia dei soggetti attivi dell'art. 408 CP rappresenti un'importante fonte di problemi interpretativi, poiché - secondo il testo della disposizione - la condotta tipizzata può essere realizzata solo da determinate autorità o pubblici ufficiali. In altri termini, l'omissione prevista dall'art. 408 CP non può essere posta in essere da qualsiasi funzionario o autorità pubblica, ma soltanto da alcuni di essi, in particolare da coloro che, tra le funzioni inerenti al proprio incarico, abbiano specificamente attribuito il compito di promuovere la persecuzione dei reati.

Pertanto, come avviene per la maggior parte dei reati previsti nel Titolo XIX del nostro codice penale, la definizione di "pubblico ufficiale" e "autorità pubblica" assume particolare rilevanza, poiché da essa dipende sia la corretta esegesi delle fattispecie che menzionano tali soggetti, sia la possibilità di richiedere responsabilità penali. La fattispecie penale di cui all'art. 408 CP non costituisce un'eccezione a questo fenomeno e rappresenta, per tale ragione, un reato speciale, inquadrabile inoltre nella categoria dei cosiddetti "reati propri del pubblico ufficiale".

Entrambi i termini, "funzionario pubblico" e "autorità pubblica", sono definiti dall'art. 24 CP, che delimita tali concetti a fini strettamente penali. Ciò, in linea di principio, dovrebbe facilitare il compito dell'interprete riguardo a tali nozioni. Tuttavia, la realtà è ben diversa, poiché questi concetti continuano a essere oggetto di vivaci dibattiti dottrinali e giurisprudenziali. Non a caso numerosi penalisti hanno bollato entrambe le nozioni come estremamente vaghe, lamentando come il fatto che siano legalmente definite non abbia apportato miglioramenti significativi in termini di certezza e tassatività delle stesse.

In ogni caso, in questa tesi di dottorato, ci allineiamo alla definizione di "funzione pubblica" fornita dalla concezione teleologico-soggettiva. Nello specifico, risulta più opportuno mantenere un'interpretazione eminentemente soggettiva del concetto di "funzione pubblica", che ponga l'accento in particolare sull'elemento della titolarità della funzione, pur precisando tale criterio attraverso il requisito aggiuntivo che l'attività sia permeata da una finalità pubblica o sia diretta alla prestazione di un servizio pubblico. Una simile concezione consente di assoggettare allo statuto penale della Pubblica Amministrazione il personale di tutti gli enti pubblici che, pur rispondendo a tali requisiti, assumono forma mercantile o la cui attività, in generale, è regolata dal diritto privato, e

che possiedono indubbiamente la capacità di incidere sui beni giuridici tutelati nel Titolo XIX del Codice penale.

Tuttavia, senza dubbio, per quanto riguarda la cerchia dei soggetti attivi dell'art. 408 CP, l'aspetto che riceve maggiore attenzione in questo Capitolo è relativo all'individuazione dei funzionari specificamente obbligati a perseguire i reati o i loro responsabili. Come dettagliato nel capitolo, ai fini della delimitazione dei soggetti attivi dell'art. 408 CP, la norma extrapenale più rilevante è il Codice di Procedura Penale. Dottrina e giurisprudenza concordano unanimemente nel ritenere che il suddetto codice stabilisca, all'art. 282, il catalogo dei soggetti principalmente obbligati a perseguire i reati, riferendosi in particolare: Ai membri della Polizia Giudiziaria e agli organi da cui questa dipende: il Pubblico Ministero e il Giudice o Tribunale competente per l'istruttoria.

Su questo punto, risulta imprescindibile condurre un'analisi esaustiva della normativa processuale, attraverso la quale emergerà come non sia così semplice - contrariamente a quanto afferma parte della dottrina - che giudici e pubblici ministeri possano incorrere nell'art. 408 CP. In particolare per quanto riguarda i giudici, si dimostrerà come siano molteplici i fattori che ostacolano l'accertamento di una responsabilità penale del magistrato per omissione del dovere di perseguire i reati. A tal punto che le ipotesi in cui si possa affermare la responsabilità penale di un giudice istruttore per il reato di omissione del dovere di perseguire i reati risultano estremamente limitate.

In ogni caso, tra tutti i possibili funzionari che possono incorrere nella responsabilità prevista dall'art. 408 c.p., senza dubbio i soggetti protagonisti nella prassi sono i membri delle Forze e dei Corpi di Sicurezza dello Stato. Tale situazione non dipende tanto dal fatto che i soggetti appartenenti a tali corpi commettano reati con maggiore frequenza rispetto ad altre categorie di dipendenti pubblici (quali giudici, pubblici ministeri, ecc.), quanto piuttosto dal fatto che, in virtù della specifica ripartizione delle funzioni loro attribuite, essi dispongono di maggiori occasioni per incorrere nel reato di omissione del dovere di perseguire i reati rispetto agli altri funzionari. Si tratta, ricordiamolo, di un reato finalizzato, a nostro avviso, alla tutela del principio di legalità processuale, in connessione con il procedimento preliminare del processo penale, articolato a sua volta in una fase pre-processuale e in una fase istruttoria. In entrambe le fasi, come si spiegherà in seguito, i membri delle Forze e dei Corpi di Sicurezza rivestono un ruolo essenziale. Infatti, per espressa previsione costituzionale, agli agenti della Polizia

Giudiziaria è attribuito l'esercizio delle funzioni di accertamento del reato e di individuazione e assicurazione dell'autore del reato (art. 126 CE).

Più controverso, tuttavia, è stabilire se i funzionari incaricati di promuovere la persecuzione dei reati e dei loro responsabili si limitino esclusivamente a quelli menzionati nelle suddette disposizioni, o se comprendano anche altri soggetti che - in virtù di norme speciali a loro dirette - sono specificamente obbligati a garantire che determinati reati non rimangano impuniti. Certamente, oltre ai funzionari enumerati nell'art. 282 del Codice di Procedura Penale (giudici, pubblici ministeri e agenti della Polizia Giudiziaria), cioè coloro per i quali sussiste indubbiamente uno speciale obbligo di perseguire i reati, esiste - come già evidenziato - un'intera costellazione di dipendenti pubblici che, secondo la dottrina maggioritaria e la giurisprudenza, sono anch'essi titolari di tale dovere e che possono pertanto costituire soggetti attivi dell'art. 408 CP in virtù di altre norme speciali che impongono loro tale obbligo, includendolo espressamente tra le loro funzioni.

Una concezione tanto ampia del dovere di promuovere la persecuzione dei reati, portata alle sue estreme conseguenze logiche, implicherebbe la possibilità di ritenere penalmente responsabile, ai sensi dell'art. 408 c.p., qualsiasi funzionario o autorità pubblica cui sia legalmente riconosciuto l'obbligo di segnalare all'autorità competente *ex* art. 282 del codice di procedura penale spagnolo (LECrim) fatti aventi apparenza delittuosa, dei quali sia venuto a conoscenza nell'esercizio delle proprie funzioni pubbliche e che, tuttavia, ometta di informare l'Amministrazione della Giustizia, qualora tale omissione ostacoli o impedisca la persecuzione del reato secondo legalità. Di conseguenza, e a titolo esemplificativo, secondo questa tesi ermeneutica si potrebbe sanzionare penalmente, attraverso l'art. 408 c.p., anche quei funzionari impegnati nell'insegnamento presso scuole o istituti che osservino la possibile commissione di reati contro minori all'interno del centro scolastico e non intraprendano alcuna azione al riguardo.

Occorre tuttavia considerare quanto sia semanticamente discutibile affermare che i docenti (così come i sindaci, gli ispettori o qualsiasi altro pubblico funzionario) che omettano di comunicare una *notitia criminis* al Pubblico Ministero abbiano omesso la "persecuzione" di un reato, dal momento che tali funzionari non si occupano della persecuzione dei reati in senso proprio, bensì entrano in contatto con essa in modo occasionale e marginale. Infatti, perseguire i reati è compito proprio del Pubblico

Ministero, dei Giudici istruttori o anche della Polizia Giudiziaria, ed è per questa ragione che l'ordinamento impone di trasmettere loro la *notitia criminis*: perché solo questi soggetti sono (in quanto titolari di competenze specifiche a tal fine) e devono (sotto minaccia di responsabilità penale) perseguire i reati, in virtù della posizione privilegiata che occupano nel procedimento penale. Il contrario implicherebbe equiparare, sotto il profilo della responsabilità penalmente rilevante, la condotta degli agenti di polizia che omettono di trasmettere denunce o dei giudici che dispongono il proscioglimento di una causa in modo doloso e illegittimo (condotte, tutte, potenzialmente sussumibili nell'art. 408 c.p.) a quella di chi si limita a non comunicare fatti eventualmente rilevanti ai soggetti qualificati e legittimati ad avviare il procedimento penale e l'attività investigativa relativa agli stessi.

Il secondo blocco tematico attorno a cui si articola il Capitolo IV della presente tesi dottorale riguarda le problematiche specifiche che il reato di cui all'art. 408 CP solleva in materia di autoria e partecipazione, tra cui spicca la sua discutibile assimilazione ai cosiddetti "reati di violazione di dovere". Dopo aver studiato l'origine di tale categoria e aver dibattuto sulla possibilità di affermarne l'esistenza - spingendosi oltre a valutare l'inclusione dell'art. 408 CP nella stessa - si analizza nello specifico l'autoria in detta fattispecie penale. Ciò richiede, naturalmente, di esplicitare il concetto di 'autore' adottato nella tesi, che nel nostro caso coincide con quello sviluppato a partire dal dominio positivo e oggettivo dello svolgimento del fatto.

Sulla base di tale premessa, si analizza l'autoria diretta o immediata, che costituisce senza dubbio la meno problematica tra le tre forme menzionate nell'art. 28 CP, nonostante ci troviamo di fronte a un reato speciale. Infatti, trattandosi di un reato speciale *ex art. 408 CP*, sarà autore diretto o immediato quel soggetto che rivesta la qualifica di pubblico ufficiale o autorità pubblica con specifico obbligo di promuovere la persecuzione dei reati (*intraneus*) e che ometta tale dovere senza intermediari, in modo autonomo e senza avvalersi di altre persone. In tali circostanze, il soggetto si configura come protagonista esclusivo del fatto illecito.

Allo stesso modo, si ammette la configurabilità della coautoria colposa in relazione al reato di omissione del dovere di perseguire i reati. Infatti, considerata l'ampiezza con cui è definita la condotta tipica dell'art. 408 CP, nonché la possibilità che essa si realizzi tanto attraverso modalità commissive quanto omissive, non può escludersi la coautoria colposa, essendo perfettamente concepibile che il dovere di perseguire i reati

incomba congiuntamente su più soggetti. Naturalmente, ciò implica che, per poter configurare la coautoria colposa ai sensi dell'art. 408 CP, sarà necessario valutare: il sistema di reparto delle competenze vigente tra i funzionari di polizia omissivi, le specifiche attività svolte da ciascuno di essi e il nesso causale tra tali condotte e la lesione del bene giuridico protetto dall'art. 408 CP.

Analogamente, si contempla l'*autoria mediata*, quando un *intraneus* si avvale di un altro soggetto (sia esso *intraneus* o *extraneus*) come strumento - ad esempio mediante inganno - al fine di indurlo all'omissione del proprio dovere. In tale contesto, viene altresì affrontato il problema del cosiddetto 'strumento doloso non qualificato', ipotesi in cui l'esecutore materiale (*extraneus*) agisce con dolo, ma è privo dei requisiti soggettivi richiesti dalla fattispecie penale. Per colmare questa lacuna di punibilità, si ricorre all'applicazione dell'art. 31 CP.

Questa interpretazione, che propone di considerare l'art. 31 CP come una clausola estensiva della paternità del reato nei reati propri speciali all'*extraneus* che dolosamente compie l'azione tipica preclusa all'*intraneus* - il quale si limita a istigare tale comportamento - ci appare la più corretta, oltre che pienamente applicabile al caso previsto dall'art. 408 CP. Pertanto, lo strumento doloso non qualificato che ometta di promuovere la persecuzione di un reato su incarico del pubblico ufficiale effettivamente competente per tale funzione dovrà essere sanzionato, in virtù dell'art. 31 CP, quale autore diretto della fattispecie penale in esame, mentre all'*intraneus* spetterà la qualifica di istigatore.

Per quanto riguarda la partecipazione nell'art. 408 CP, si esamina la possibilità di una partecipazione penalmente rilevante degli *extranei* in tale disposizione. Si parte dalla premessa dottrinale dominante secondo cui gli *extranei*, pur non potendo ovviamente essere autori di questo reato, possono comunque configurarsi come partecipi (istigatori o cooperatori necessari) dello stesso. Sebbene sussista controversia sull'opportunità di sanzionare tale condotta, la tesi adotta l'orientamento prevalente nella dottrina penalistica spagnola, che ne ammette la punibilità. Tale posizione si giustifica considerando che la tutela penale di determinati beni giuridici non si limita ai soggetti qualificati, essendo possibile che la partecipazione di terzi leda ugualmente interessi collettivi. In relazione alla pena applicabile a tali partecipi *extranei*, si discute se sia opportuno attenuarla in base al sempre controverso art. 65.3 CP.

Capitolo V. L'elemento soggettivo del reato di omissione del dovere di perseguire i reati

L'obiettivo del presente Capitolo è analizzare il reato di omissione del dovere di promuovere la persecuzione dei reati sotto il profilo dei suoi elementi soggettivi tipici. Lo studio della tipicità soggettiva dell'art. 408 CP è quantomeno complesso, sebbene facilitato dalla natura eminentemente dolosa di tale reato, che esclude in ogni caso la punibilità della condotta colposa. Tuttavia, la presenza dell'avverbio «intenzionalmente» nella fattispecie in esame rende estremamente problematico l'analisi dell'elemento soggettivo dell'art. 408 CP, poiché si discute la funzione da riconoscere a tale espressione tipica: si tratta forse di una formula superflua, puramente stilistica o ornamentale? Oppure serve effettivamente a limitare le forme di dolo ammesse dall'art. 408 CP, escludendo ad esempio il dolo eventuale?

Evidentemente, la questione appena sollevata non è affatto oziosa, poiché qualora l'avverbio «intenzionalmente» non venga interpretato come equivalente alla richiesta – nel tipo penale che lo contiene – di un dolo diretto di primo grado (o almeno di dolo diretto), il riferimento all'«intenzione» del soggetto attivo sarebbe semplicemente equiparabile al dolo generico e, pertanto, superfluo. Infatti, se «intenzionalmente» equivale a «dolosamente», tale espressione non apporterebbe alcun contributo alla fattispecie penale, e di conseguenza la sua inclusione in un reato non modificherebbe in alcun modo l'ambito tipico dello stesso – circostanza che appare quanto meno dubbia in relazione al principio di validità.

L'analisi della presente clausola tipica viene condotta, in primo luogo, considerando che la stessa ricorre in diverse disposizioni del Codice Penale, per poi esaminare, in secondo luogo, il ruolo che svolge specificamente in relazione all'art. 408 CP. Parallelamente, nell'ambito di questa trattazione, emergerà il quadro caotico che caratterizza l'attuale orientamento giurisprudenziale in materia di elemento soggettivo di questa fattispecie penale.

Una tale varietà di posizioni dottrinali in merito alla questione in esame ci obbliga ad assumere una posizione chiara riguardo a quale di esse appaia più convincente. Il primo punto da risolvere è ovviamente se riteniamo che «intenzionalmente» costituisca effettivamente una clausola superflua o puramente ornamentale, che nulla aggiunge sul piano dell'elemento soggettivo alle fattispecie penali che la contengono.

A tal proposito, dobbiamo precisare di non concordare con tale prospettiva, poiché priverebbe di funzionalità ed efficacia una clausola inserita solo in alcune fattispecie penali - in linea di principio - proprio per distinguerle da altre che non la includono. In questo senso, il principio di validità sembra suggerire un'interpretazione che conferisca un significato reale e pratico a tutti gli elementi utilizzati dal legislatore per definire una determinata fattispecie penale. Tale interpretazione risulta ancor più auspicabile se si considera che il significato tradizionalmente attribuito a livello tecnico-giuridico a tale espressione è quello di richiedere un dolo diretto. Un'interpretazione che, lungi dall'essere arbitraria, trova un fondamento ragionevole nel significato attribuito nel linguaggio comune a «intenzionalmente» e «intenzione».

Quanto precede non impedisce di concordare sul fatto che il mantenimento di una clausola che rafforza il requisito del dolo nell'art. 408 CP produca effetti controproducenti dal punto di vista della politica criminale. Pertanto, *de lege ferenda*, proponiamo effettivamente la sua eliminazione da questa fattispecie penale. Tuttavia, allo stato attuale e in attesa di tale modifica, riteniamo che la dottrina maggioritaria abbia ragione nel riconoscere a tale clausola una funzione restrittiva rispetto alle forme di dolo ammissibili nei tipi penali che incorporano l'espressione «intenzionalmente».

Va inoltre sottolineato che non riteniamo che l'impiego dell'avverbio “*intenzionalmente*” implichi l'aggiunta, all'art. 408 c.p., di un elemento soggettivo speciale del fatto tipico. A nostro avviso, non ci troviamo di fronte a un reato tendenziale, né l'avverbio “*intenzionalmente*” deve essere interpretato come un elemento soggettivo del tipo che esprima una finalità specifica dell'autore di realizzare un secondo atto o di conseguire un determinato risultato. Riteniamo, infatti, che se si è portati a qualificare in tal modo la fattispecie penale in esame, ciò avviene perché si tende ad equiparare quei reati in cui compaiono espressioni come “*con l'intento di*” o “*al fine di*”, seguite dalla descrizione di un particolare stato soggettivo dell'agente, con quei reati in cui compare il termine “*intenzionalmente*”, quando, in realtà, si tratta di concetti distinti.

Capitolo VI. L'iter criminis del reato di omissione del dovere di perseguire i reati

In questo Capitolo si analizzano le diverse fasi che caratterizzano lo sviluppo di un reato dalla preparazione alla consumazione, ovvero si esaminano in profondità le problematiche poste dall'art. 408 CP in materia di *iter criminis*. A tal fine, si parte dalla premessa – condivisa a livello dottrinale e giurisprudenziale – che, per quanto riguarda la

consumazione, il dovere di denunciare e promuovere la persecuzione dei reati sorge per i pubblici ufficiali non appena vengano a conoscenza della loro commissione. Pertanto, il reato si consuma nel momento stesso in cui questi, pur avendone notizia, omettono qualsiasi azione, dando così inizio al dies a quo del termine di prescrizione.

Questa concezione del reato in esame – qualificabile come illecito di mera attività a consumazione istantanea – è quella che adottiamo anche nel presente lavoro, in piena sintonia con l'orientamento dottrinale e giurisprudenziale spagnolo. Tuttavia, rispetto allo studio della consumazione ai sensi dell'art. 408 CP, emergono due questioni problematiche che meritano particolare attenzione: da un lato, il trattamento del mero ritardo nell'adempimento del dovere di perseguire i reati; dall'altro, le analogie tra la presente fattispecie e i cosiddetti 'reati permanenti'.

Per quanto riguarda il mero ritardo nell'adempimento del dovere di perseguire i reati, si esamina se questo costituisca una forma di consumazione ai sensi dell'art. 408 CP. A tal fine, riteniamo essenziale partire dal presupposto che, trattandosi di un reato a consumazione istantanea e poiché ciò che rileva ai fini tipici è l'omissione del soggetto di perseguire il reato secondo quanto prescritto dall'ordinamento processuale, il momento in cui egli si discosti da tale obbligo coinciderà con la configurazione del reato *ex art. 408 CP*.

In altri termini, quando si afferma che tale reato si consuma nell'istante in cui il soggetto viola il proprio dovere di perseguire un reato, si trascura spesso che tale momento è determinato da un preciso quadro normativo. La legislazione processale, in particolare, stabilisce modalità e tempi entro i quali tale dovere deve essere adempiuto dai soggetti obbligati.

Alla luce di tali parametri normativi, la consumazione del reato si verificherà quando:

1. Si sia intenzionalmente violato l'obbligo di perseguire i reati in senso materiale, ossia attraverso comportamenti esternamente riconoscibili (adempimento parziale, alterazione di dati...);
2. Tale obbligo non sia stato adempiuto entro il termine legale previsto (inerzia assoluta, senza alcuna attività intrapresa).

Questa duplicità della condotta tipica prevista dall'art. 408 CP inciderà significativamente sulla determinazione del momento consumativo del reato, poiché se la condotta si realizza attraverso atti positivi, la consumazione coinciderà con l'esecuzione di tali atti conclusivi da parte del pubblico ufficiale. Se invece l'omissione del dovere di

perseguire i reati si concretizza in un'omissione pura, sarà essenziale la precisa delimitazione del termine legale stabilito per l'adempimento di tale obbligo, in quanto solo al suo scadere potrà ritenersi effettivamente integrato l'inadempimento.

D'altro canto, occorre considerare che affinché si verifichi la consumazione di un reato (compresa la fattispecie in esame) non è sufficiente la sussistenza degli elementi oggettivi tipici - in questo caso, che sia stato commesso un fatto indiziario di reato, già consumato, di cui abbia avuto notizia un pubblico ufficiale specificamente obbligato a perseguirlo - ma deve altresì ricorrere l'elemento soggettivo del tipo. Per esplicitare, per quanto il soggetto attivo possa venire a conoscenza di una *notitia criminis* e decida di non perseguirla, ciò non sempre sarà costitutivo del reato in esame.

Quanto alla questione se ci troviamo di fronte a un reato permanente, essa trae origine dalla qualificazione proposta da alcuni penalisti che includono l'art. 408 CP in tale categoria criminosa. Tale approccio si fonda sulla considerazione che gli effetti pregiudizievoli derivanti dalla sua commissione – sia per l'Amministrazione della Giustizia sia, ove applicabile, per la potenziale vittima del reato non perseguito – possano protrarsi nel tempo indefinitamente a partire dalla condotta omissiva e in virtù della volontà del soggetto attivo.

Naturalmente, la risoluzione di tale dibattito dipende dal concetto di "reato permanente" che si intende adottare. Nel nostro caso – e come si avrà modo di verificare – facciamo riferimento alla nozione elaborata da MIR PUIG, il quale distingue tra reati permanenti: caratterizzati dal mantenimento prolungato di una situazione antigiusuridica per volontà dell'agente, con la peculiarità che tale mantenimento continua a realizzare la fattispecie tipica, pertanto il reato si consuma in modo continuato fino all'eliminazione della situazione antigiusuridica; e reati di stato, in cui, sebbene l'agente crei uno stato antigiusuridico durevole (analogamente ai reati permanenti), la consumazione cessa con l'instaurazione di tale stato, poiché la fattispecie descrive esclusivamente la sua produzione e non il suo mantenimento.

È opportuno evidenziare che la scelta di qualificare o meno una fattispecie penale come 'permanente' non è affatto irrilevante, né costituisce una mera questione teorica. Al contrario, essa presenta rilevanti implicazioni pratiche, tra cui spicca l'incidenza sul computo della prescrizione: solo per i reati permanenti, infatti, il termine decorre dalla cessazione dello stato antigiusuridico, ai sensi dell'art. 132 CP (circostanza che non si

verifica per i reati di stato). Non meno importante è il fatto che nei reati permanenti – per loro natura – è configurabile la partecipazione o coautoria colposa anche successivamente alla consumazione, purché permanga la situazione antigiuridica.

Esaminando, in seguito, se la tentativa o esecuzione imperfetta siano concepibili in relazione all'art. 408 CP, sottolineiamo che alla base di tale dubbio ne risiede uno ancora più complesso, relativo alla possibilità generale di configurare la tentativa nei reati di mera attività (poiché, come chiarito nel Capitolo II, la fattispecie di omissione del dovere di perseguire i reati rientra in tale categoria).

La dottrina ha storicamente negato tale possibilità, fondando la propria posizione su una distinzione essenziale: mentre nei reati di risultato – caratterizzati dalla necessità di un evento materiale distinto dall'azione – la tentativa è pacificamente ammissibile (potendosi verificare l'azione tipica senza il verificarsi dell'evento), nei reati di mera attività la consumazione coincide con la stessa realizzazione della condotta, lasciando così nessuno spazio logico per una fase intermedia di tentativo. La struttura stessa di questi ultimi reati, privi com'è di un risultato materiale separabile, esclude infatti la possibilità di delimitare un momento anteriore alla piena realizzazione del fatto tipico.

Tuttavia, recentemente si sono levate voci dissonanti che, mettendo in discussione l'orientamento maggioritario, hanno ammesso la configurabilità della tentativa anche nei reati di mera attività, seppure entro margini più o meno ristretti. Come si avrà modo di verificare, nel corso di questa tesi dottorale analizzeremo tali posizioni minoritarie per aderirvi, in ultima istanza, in modo critico.

Infine, il Capitolo VI prende in esame il peculiare art. 445 CP, da cui si evince la punibilità degli atti preparatori (cospirazione, proposta e provocazione) in relazione all'art. 408 CP e, più in generale, a tutti i reati previsti nel Titolo XIX. Considerazioni di politica criminale, legate al principio di minima interferenza, suggeriscono di non sanzionare penalmente - soprattutto in presenza di una doppia tipicità penale e amministrativa in tali ipotesi - la fase preparatoria del reato di omissione del dovere di perseguire i reati.

Ciononostante, è evidente che, almeno de lege lata, possono configurarsi ipotesi di atti preparatori relativi all'art. 408 CP punibili ai sensi dell'art. 445 CP, purché rispettino i requisiti stabiliti dagli artt. 17 e 18 CP. Inoltre, emerge chiaramente che in taluni casi sarà punibile la realizzazione di atti preparatori finalizzati all'omissione della

persecuzione di un reato, laddove invece la tentativa risulterebbe inammissibile o non configurabile.

Capitolo VII. Un modello giuridico simile a quello spagnolo? L'omessa denuncia di reato da parte del pubblico ufficiale ex art. 361 del Codice Penale italiano.

Nel nostro contesto culturale più immediato, esiste soltanto un ordinamento giuridico diverso da quello spagnolo che sanziona penalmente, in una fattispecie autonoma, l'omissione o la negligenza, da parte di determinati funzionari pubblici, del dovere di promuovere la persecuzione dei reati di cui siano a conoscenza e dei loro responsabili. Nello specifico, ci riferiamo all'art. 361 del Codice Penale italiano, il quale recita così: "Il pubblico ufficiale, il quale omette o ritarda di denunciare all'autorità giudiziaria, o ad un'altra autorità che a quella abbia obbligo di riferirne, un reato di cui ha avuto notizia nell'esercizio o a causa delle sue funzioni, è punito con la multa da euro 30 a euro 516. La pena è della reclusione fino ad un anno, se il colpevole è un ufficiale o un agente di polizia giudiziaria, che ha avuto comunque notizia di un reato del quale doveva fare rapporto. Le disposizioni precedenti non si applicano se si tratta di delitto punibile a querela della persona offesa".

Va notato, tuttavia, che il reato previsto dal sistema penale italiano non presenta contorni identici all'art. 408 del codice penale spagnolo, sebbene condivida con esso una serie di tratti essenziali. Pertanto, entrambi sanzionano una condotta omissiva di negligenza nelle funzioni pubbliche, senza il cui adempimento non sarebbe possibile l'avvio e lo sviluppo delle fasi iniziali del processo penale. Tuttavia, è evidente che la condotta tipica punita dal Codice italiano è delineata in modo più specifico rispetto alla norma penale spagnola. Ciò si deve al fatto che quanto sanzionato dall'ordinamento italiano è la violazione del dovere di comunicare all'autorità competente la *notitia criminis* di cui si sia venuti a conoscenza nell'esercizio delle funzioni pubbliche o a causa delle stesse, sia in modo assoluto (omissione) che parziale (ritardo). In altri termini, ciò che costituisce la fattispecie delittuosa italiana è il fatto di non presentare la denuncia di un reato perseguibile d'ufficio, nonostante sussista l'obbligo funzionale di farlo, all'autorità competente per la sua persecuzione processuale.

All'inizio del Titolo III, relativo ai "Delitti contro l'Amministrazione della Giustizia", al Capitolo I (riguardante i "Delitti contro l'attività giudiziaria"), l'art. 361 CP è il primo di cinque distinti precetti concernenti l'omissione del dovere di denunciare i

reati. È, come si può constatare, assolutamente pacifico nella dottrina italiana che la fattispecie di omissione del dovere di comunicare la *notitia criminis* prevista dall'art. 361 CP costituisca un delitto contro l'Amministrazione della Giustizia, e come tale, sia sistematicamente collocata nel Titolo III a essa dedicato, e non nel Titolo II, relativo ai comportamenti che si dirigono "contro la Pubblica Amministrazione".

Rileviamo qui, pertanto, una differenza notevole rispetto allo stato della questione nell'ordinamento giuridico-penale spagnolo, poiché, come abbiamo visto, in quest'ultimo - nonostante la dottrina spagnola maggioritaria consideri che l'art. 408 CP costituisca un delitto contro l'Amministrazione della Giustizia - tale norma è collocata nel Titolo XIX, relativo ai delitti contro la Pubblica Amministrazione. Una simile differenza potrebbe essere collegata alla più specifica descrizione della condotta tipica presente nell'art. 361 CP italiano, il quale fa riferimento, senza lasciare margine di dubbio, a una funzione pubblica legata alla presentazione di denunce all'autorità competente per l'indagine. Al contrario, l'art. 408 CP spagnolo mostra, come già evidenziato, una formulazione decisamente più ambigua e generica. Sebbene ci appaia comunque sufficientemente espressivo di per sé nel rappresentare il collegamento tra il reato e il fenomeno della criminalità nonché con il regolare funzionamento dell'Amministrazione della Giustizia, il riferimento alla trascuratezza del dovere di promuovere la persecuzione dei reati è, innegabilmente, più vago.

Allo stesso modo, è importante sottolineare come la formulazione tipica dell'art. 361 CP abbia portato la dottrina e la giurisprudenza italiane a interpretare, in maniera unanime, che il bene giuridico tutelato dalla norma si identifichi con l'interesse dello Stato all'acquisizione della *notitia criminis* del reato. Si parte infatti dal presupposto che solo assicurando tale comunicazione sarà possibile per l'autorità giudiziaria avviare la corrispondente attività processuale. Pertanto, in ultima analisi, ciò che si intende salvaguardare è il regolare svolgimento dell'Amministrazione della Giustizia, dall'avvio del procedimento fino alla sua definizione.

Difatti, la dottrina italiana sottolinea all'unanimità che ciò che si intende tutelare nella fattispecie penale dell'art. 361 CP è il principio costituzionalmente riconosciuto della necessità od obbligatorietà nell'esercizio dell'azione penale da parte del Pubblico Ministero, così come sancito dall'art. 112 della Costituzione italiana. Interpretato in questi termini, è evidente che la proposta italiana - relativa sia al valore protetto dall'art. 361 CP, sia al ruolo che in esso assume l'elemento della "violazione di un dovere" - ci appare

particolarmente garantista e ha rappresentato, nella costruzione della nostra personale presa di posizione riguardo al bene giuridico tutelato dall'art. 408 CP, un autentico modello da seguire. In effetti, nonostante le differenze esistenti tra le due fattispecie penali, riteniamo che tanto nell'art. 361 CP quanto nell'art. 408 CP si cerchi di proteggere lo stesso bene giuridico, sebbene con portate diverse: il principio di legalità processuale.

Per parte sua, risulta pertinente segnalare che anche in Italia prevale largamente la tesi secondo cui il "normale o corretto funzionamento dell'Amministrazione della Giustizia" costituirebbe il bene giuridico categoriale o comune a tutte le fattispecie penali collocate nel Titolo III, ponendosi identici problemi dottrinali a quelli esaminati nel Capitolo II in relazione ai difetti della cosiddetta "tesi dei beni giuridici intermedi".

Successivamente, focalizziamo l'attenzione sul fatto che anche in Italia è emerso il dibattito se le fattispecie penali che compongono il Titolo III (incluso, ovviamente, l'art. 361 CP) costituiscano mere figure delittuose formali o se invece sia possibile un'interpretazione che attribuisca loro un'autentica antigiuridicità materiale.

Nel tentativo di superare questa problematica, la dottrina italiana tende a configurare l'art. 361 CP come un reato di pericolo ipotetico o di idoneità. In virtù di tale qualificazione giuridica, si richiede che la condotta di omissione di trasmissione della *notitia criminis* all'autorità competente sia *ex ante* idonea a determinare un'effettiva messa in pericolo della corretta apertura del processo penale e del regolare svolgimento delle indagini preliminari che normalmente vi hanno luogo.

Pertanto, in primo luogo, l'art. 408 CP non mira ad assicurare il concreto fatto che la *notitia criminis* venga trasmessa all'autorità (normalmente giudiziaria) competente affinché possa avviare il processo e promuovere l'indagine su un reato, bensì si propone di tutelare, in termini generali, l'attività di persecuzione dei reati in sé considerata. Il testo penale italiano dimostra, dunque, una maggiore specificità nella delimitazione della condotta tipica, circoscrivendo il suo ambito di applicazione a ipotesi molto concrete e anticipando notevolmente le soglie di intervento penale, poiché sanziona penalmente l'inadempimento di un dovere in quanto sempre ritenuto "pericoloso" per l'avvio conforme a legge del processo penale e per le implicazioni che ciò comporta in relazione al corretto funzionamento dell'Amministrazione della Giustizia.

In conclusione, nell'art. 361 CP ci troviamo di fronte a un fatto "che potrebbe" (o, in altri termini, che risulta "idoneo" o "adatto a") ostacolare o compromettere il regolare

svolgimento e funzionamento dell'attività giudiziaria che deve avviarsi a seguito della commissione di un reato perseguibile d'ufficio. È evidente che, definendo in tal modo la condotta tipica, si configura detta fattispecie come un reato di pericolo, senza che sia necessario, per la sua consumazione, che si sia verificato un effettivo pregiudizio all'attività giudiziaria.

Il Capitolo VII procede quindi all'analisi degli elementi costitutivi oggettivi della fattispecie prevista dall'art. 361 CP. A tal fine, vengono esaminati i requisiti richiesti alla *notitia criminis* affinché generi l'obbligo di comunicazione alle autorità competenti per la persecuzione del reato. Analogamente a quanto svolto nel Capitolo III in relazione all'art. 408 CP, si precisa inoltre che tale conoscenza del reato deve essere acquisita in occasione o nell'esercizio delle funzioni pubbliche, con particolare attenzione al fatto che - come espressamente previsto dall'art. 361 CP - tale nesso funzionale non è richiesto qualora il funzionario venuto a conoscenza della notizia del presunto reato sia un agente di polizia giudiziaria.

Giunti a questo punto, è innegabile l'analogia tra le disposizioni menzionate e il loro impatto sui membri delle Forze di Polizia italiane ai sensi dell'art. 361 CP, con l'efficacia extrapenale che dottrina e giurisprudenza riconoscono all'art. 5.4 della LOFCS spagnola in relazione al reato di omissione del dovere di perseguire i reati *ex art.* 408 CP. Come si è potuto constatare, anche tra i penalisti italiani è pacificamente accettato - sulla base della normativa processuale sopra indicata - che gli agenti di polizia siano sempre in servizio, pertanto, qualora rilevino indizi di reato al di fuori del loro orario lavorativo, sono comunque tenuti ad intervenire per perseguire, investigare e denunciare il fatto senza ritardo.

Tuttavia, sebbene a prima vista la coincidenza tra gli ordinamenti giuridici potrebbe indurre a dar ragione alla dottrina e alla giurisprudenza prevalenti, continuando ad applicare l'art. 5.4 LOFCS all'art. 408 CP, è innegabile che sussistano, al riguardo, differenze tra quest'ultimo e la fattispecie penale dell'art. 361 CP che non possono essere trascurate. Infatti, un'attenta lettura del reato di omissione di denuncia italiano rivela che in quest'ultimo è il legislatore penale stesso ad aver sancito una disparità di trattamento tra i potenziali soggetti attivi dell'art. 361 CP, autorizzando una disciplina penale più severa in materia di omissione di denuncia per i membri delle Forze di Polizia. Ciò emerge chiaramente dal secondo comma della norma, ove si stabilisce un'aggravante penale per il caso in cui il reato sia commesso da appartenenti alla polizia giudiziaria che

abbiano avuto "qualsiasi" notizia di un reato di cui avrebbero dovuto informare le autorità competenti.

Riscontriamo qui, pertanto, che lo stesso testo penale dispone espressamente una disparità di trattamento sanzionatorio per gli agenti di polizia, a differenza di quanto avviene con l'art. 408 CP, che non contiene alcun riferimento analogo. In definitiva, il silenzio della legge su questo punto (e, in particolare, dopo il confronto con l'art. 361 CP) costituisce, a nostro avviso, un ulteriore argomento a sostegno della tesi secondo cui sarebbe opportuno escludere l'applicazione dell'art. 5.4 LOFCS all'art. 408 CP.

L'art. 361 CP specifica inoltre chiaramente che, affinché sorga l'obbligo di trasmettere la *notitia criminis* all'autorità competente, tale notizia deve riferirsi esclusivamente a reati perseguibili d'ufficio o, *a sensu contrario*, a quelli la cui perseguibilità non richieda querela. Giunti a questo punto, sebbene non approfondiremo tale aspetto, è necessario precisare che la querela italiana non è pienamente sovrapponibile all'istituto della querela regolato dall'ordinamento giuridico processuale spagnolo. Sebbene entrambi gli istituti condividano il carattere di eccezione ai principi di ufficialità e legalità processuale, la querela italiana presenta peculiarità procedurali proprie, che ne impediscono - in senso stretto - una piena assimilazione.

Questa sfumatura è essenziale, soprattutto al fine di evitare interpretazioni dell'art. 408 CP che seguano automaticamente il criterio adottato per il reato di omissione di denuncia di cui all'art. 361 CP. E, di conseguenza, che promuovano una lettura dell'art. 408 CP che escluda dal suo ambito tipico i reati non perseguibili d'ufficio.

Non solo esistono differenze tra la disciplina della querela nei sistemi processuali spagnolo e italiano, ma anche - come abbiamo più volte sottolineato nel corso di questo Capitolo - tra le fattispecie penali degli art. 408 CP e 361 CP. Tuttavia, anche volendo trascurare tali differenze, è doveroso evidenziare che nel secondo illecito il legislatore esclude espressamente i reati perseguibili a querela, circostanza che non si verifica nel caso dell'art. 408 CP. Si tratta peraltro di un reato in cui un'interpretazione teleologica, combinata con l'ampiezza della condotta tipizzata, suggerisce di non escludere dal suo ambito applicativo determinati reati solo perché in essi viene in qualche modo derogato al principio di legalità processuale.

Le ulteriori problematiche che preoccupano la dottrina italiana in relazione alla tipicità oggettiva dell'art. 361 CP sono diverse da quelle poste dal nostro art. 408 CP,

nonché quantitativamente meno rilevanti. In generale, la dottrina concorda sul fatto che, sebbene l'art. 361 CP specifichi come modalità tipiche da un lato l'omissione e dall'altro il ritardo, entrambe le condotte costituiscano essenzialmente forme punibili di omissione. Difatti, mentre l'omissione si riferisce alla totale trascuratezza nell'adempimento del dovere di trasmettere la *notitia criminis* - comprendendo sia la mancata presentazione di una denuncia sia la presentazione di una denuncia essenzialmente incompleta, reticente o falsa - il ritardo consiste nel non fare ciò che si dovrebbe fare entro il termine prescritto.

Inoltre, è indubbio che il necessario collegamento tra il ritardo nell'obbligo di trasmettere la denuncia e il termine per adempierlo finisce per conferire al giudice un'ampia discrezionalità. Se infatti in alcuni casi il termine è rigido (48 ore per gli agenti di polizia giudiziaria nei casi previsti dall'art. 347 comma 2-bis CPP), nella maggior parte dei casi è generico ("senza ritardo"), rendendo estremamente difficile stabilire *a priori* quando si sia verificata la condotta. Proprio per questo motivo, la dottrina ha elaborato una definizione teleologica del "ritardo" ai sensi dell'art. 361 CP, in base alla quale esso sussiste quando il rinvio dell'atto dovuto è tale da impedire la pronta persecuzione del reato o, secondo un'altra formulazione dello stesso principio, quando la dilazione pregiudica in misura non trascurabile gli interessi della giustizia.

In ogni caso, nonostante l'unanimità della dottrina italiana nell'equiparare il ritardo all'omissione, negando che costituiscano fattispecie alternative, la scelta del legislatore di menzionare congiuntamente entrambe le modalità di condotta si è rivelata piuttosto problematica ai fini della consumazione dell'art. 361 CP. I soggetti attivi del reato di omissione del dovere di trasmettere la *notitia criminis* possono essere sia i funzionari pubblici che gli incaricati di servizi pubblici. È interessante rilevare come la diversa configurazione tipica dell'art. 361 CP rispetto all'art. 408 CP determini anche una maggiore chiarezza del novero dei soggetti attivi nel primo caso rispetto al secondo.

Certamente, se in relazione all'art. 408 CP abbiamo dedicato ampio spazio in questo lavoro alla delimitazione dei suoi soggetti attivi, nel caso dell'art. 361 CP il fatto che l'obbligo - la cui omissione è sanzionata - sia definito in modo più specifico e faccia riferimento esclusivamente al dovere di trasmettere la *notitia criminis*, permette di comprendere immediatamente perché in quest'ultimo caso possano essere soggetti attivi, in modo indiscutibile, tutti i funzionari pubblici.

La delimitazione dei soggetti attivi che possono incorrere nell'art. 361 CP presenta contorni molto più semplici e definiti rispetto a quelli propri dell'art. 408 CP, poiché ciò che viene sanzionato è l'obbligo di comunicare la *notitia criminis* al soggetto incaricato di indagare (le autorità a cui abbiamo fatto riferimento nel paragrafo precedente). Tale obbligo può ricadere su qualsiasi funzionario o incaricato di un servizio pubblico che, nell'esercizio o in occasione delle proprie funzioni, rilevi indizi della commissione di un reato. Pertanto, nel momento in cui tale funzionario ometta di comunicare la *notitia criminis* all'autorità effettivamente competente per la persecuzione del reato, incorrerà nell'art. 361 CP.

Curiosamente, dunque, e al contrario di quanto avviene nell'art. 408 CP, attraverso il reato di cui all'art. 361 CP si tutela esclusivamente la fase pre-processuale del procedimento penale (e non, allo stesso tempo, la fase istruttoria), anticipando così la protezione penale rispetto al modello spagnolo adottato nella fattispecie in esame. Sebbene in entrambi - almeno secondo la nostra concezione personale dell'art. 408 CP - venga garantito il principio di legalità processuale, nel sistema italiano si mira a preservarne l'operatività pratica, ossia a garantire che sussistano le condizioni necessarie (consistenti nella conoscenza dell'illecito da parte di chi è tenuto a perseguirlo) per rispettarlo effettivamente e perseguire adeguatamente il corrispondente reato.

È pertanto comprensibile che, secondo l'intera dottrina, la sua natura sia quella tipica di un reato di pericolo. Difatti, nel caso previsto dall'art. 361 CP, non è ancora sorto l'obbligo di perseguire un reato, poiché questo non è stato ancora portato a conoscenza dell'autorità competente. Ciò implica, a sua volta, che il principio di legalità processuale non possa ancora essere stato violato (nella nostra costruzione, tale violazione può essere perpetrata solo dai funzionari che controllano il processo di persecuzione dei reati), ma solo idoneamente messo in pericolo.

Nella fattispecie penale dell'art. 361 CP, l'assenza di un'espressione tipica che sembri richiedere un'intensificazione del dolo necessario - simile a quella impiegata nell'art. 408 CP ("intenzionalmente") - facilita notevolmente lo studio della sua tipicità soggettiva. A differenza di quanto avviene nella figura delittuosa spagnola, nel reato in esame non si discute l'ammissibilità del dolo eventuale, né tantomeno quella del dolo diretto di secondo grado, bensì sussiste un accordo dottrinale nel ritenere che l'elemento soggettivo dell'art. 361 CP consista nel dolo generico.

In altri termini, l'art. 361 CP richiede, per la sua applicazione, l'accreditamento della consapevolezza e della volontarietà dell'omissione di denuncia quando si è verificato il presupposto da cui deriva l'obbligo di informare l'autorità giudiziaria, ossia la conoscenza da parte del funzionario pubblico del fatto costitutivo di reato in ragione e nell'esercizio delle sue funzioni. Ciononostante, risulta indifferente quale sia stato il movente specifico perseguito dal funzionario omissente. Naturalmente, inoltre, punendo esclusivamente l'omissione a titolo doloso, il reato di cui all'art. 361 CP non è configurabile per colpa.

Concludendo, è nell'analisi dell'*iter criminis* dell'art. 361 CP che si riscontra la maggiore analogia tra i dibattiti dottrinali italiani e quelli sviluppatisi nel nostro paese in relazione all'art. 408 CP. Difatti, è agevole constatare come in entrambi gli ordinamenti giuridici emerga con particolare rilievo - e in modo divisivo - la questione relativa alla determinazione del momento consumativo di queste fattispecie omissive. Parimenti, nei due sistemi penali si discute anche se gli art. 361 CP e 408 CP costituiscano reati istantanei o permanenti. Infine, sebbene prevalga in dottrina l'opinione contraria all'ammissibilità di un'esecuzione imperfetta per tali illeciti, ciò non ha impedito un'approfondita analisi di tale problematica in sede teorica.

L'analisi dell'*iter criminis* dell'art. 361 del Codice Penale italiano rivela notevoli parallelismi con le discussioni dottrinali sorte in relazione all'art. 408 del Codice Penale spagnolo, in particolare per quanto riguarda la determinazione del momento consumativo del reato omissivo e la sua eventuale qualificazione come reato istantaneo o permanente. L'opinione dottrinale prevalente ritiene che il reato si consumi nel momento in cui scade il termine legale o ragionevole per comunicare la *notitia criminis*, qualificandolo dunque come reato di natura istantanea. Però, una posizione minoritaria sostiene il carattere permanente del reato nei casi di denuncia tardiva, in quanto la condotta antiggiuridica persisterebbe fino a quando il soggetto non vi ponga volontariamente fine attraverso la presentazione, seppur ritardata, della denuncia.

Tale impostazione è oggetto di critica, in quanto comporta una qualificazione duale del tipo penale a seconda della modalità commissiva (inattività assoluta o ritardo), circostanza ritenuta incompatibile con la struttura normativa della disposizione, che non prevede fattispecie alternative. Di conseguenza, prevale l'interpretazione secondo cui il reato è sempre omissivo e istantaneo, risultando giuridicamente irrilevante l'eventuale adempimento tardivo dell'obbligo di denuncia.

Per quanto riguarda il tentativo, se ne discute l'ammissibilità trattandosi di un reato omissivo proprio. L'opinione maggioritaria ritiene che non sia configurabile, poiché, se il termine per agire non è ancora scaduto, non si è in presenza di un illecito; se invece è scaduto, il reato è già consumato. In ogni caso, si riconosce che la questione presenta una scarsa rilevanza pratica e solo raramente è stata affrontata concretamente in sede giurisprudenziale.

INTRODUCCIÓN

El objetivo de la presente tesis doctoral es el tratamiento jurídico-penal del delito de omisión del deber de perseguir delitos, tipificado en el art. 408 del Código penal español, cuyo texto dispone, literalmente, lo siguiente: “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”.

Este tipo penal ha recibido, históricamente, escasa atención por parte de la doctrina, a pesar de formar parte de nuestra tradición legislativa desde el primer Código penal promulgado en España, el de 1822, así como de no ser pocos los casos en que resulta aplicado jurisprudencialmente. En efecto, la mayoría de los trabajos doctrinales que han tratado esta materia se han hecho con ocasión de manuales o comentarios al Código penal, dedicando poco espacio al art. 408 CP. Hasta tal punto es así, que esta es la primera tesis doctoral que se dedica al analizar técnico-jurídicamente la omisión del deber de perseguir delitos.

Incluso los trabajos doctrinales que más detalladamente han analizado este precepto se han centrado en el estudio de aspectos muy específicos del mismo, tales como la crítica de su ubicación sistemática o de su penalidad. Sin embargo, no han sido objeto de tratamiento doctrinal, con carácter general, otras muchas cuestiones esenciales como su naturaleza, carácter omisivo, *iter criminis*, tipicidad subjetiva o régimen concursal. Por ese motivo, se desea estudiar todos los mencionados componentes desde el marco proporcionado por la teoría del delito, a excepción del relativo a su régimen concursal, que, por razones de tiempo y espacio, creemos que merece un análisis separado que se pretende llevar a cabo al hilo de futuras investigaciones. Aun así, el lector podrá observar que, con ocasión del estudio de la tipicidad objetiva y subjetiva del art. 408 CP, sí nos hemos pronunciado y tratado de resolver específicas problemáticas concursales planteadas por este precepto, como son las relativas a su conflictiva relación con la omisión del deber de evitar o impedir delitos (arts. 412.3 y 450 CP), así como del encubrimiento en su modalidad de favorecimiento personal con abuso de funciones públicas (art. 451.3º b CP).

Asimismo, en las publicaciones sobre esta materia se advierte una laguna investigadora que ha tratado de cubrirse en la presente tesis, cual es la ausencia de un, a nuestro parecer obligatorio, estudio exhaustivo de la normativa procesal (y no solo de la penal sustantiva) que colinda con el art. 408 CP y que impone necesariamente cualquier intento de examinar la figura delictiva que nos ocupa en profundidad. Ciertamente, tanto para determinar en qué consiste exactamente “promover la persecución de los delitos”, así como con el fin de delimitar qué funcionarios o autoridades públicas están especialmente encargados de tal labor, la referencia constante a la LECrim resulta indispensable.

Es menester aclarar que la falta de atención tradicionalmente manifestada hacia el tipo de omisión del deber de perseguir delitos no responde a una falta de relevancia teórico-práctica de este. Es decir, no sugiere que la interpretación del art. 408 CP haya sido resuelta ya por la doctrina y la jurisprudencia, de forma que este precepto pueda aplicarse pacíficamente, sin fisuras ni disfuncionalidad alguna. Nada más lejos de la realidad, ya que incluso una lectura superficial de los pocos trabajos vertidos hasta la fecha sobre esta figura típica revela múltiples discrepancias sobre cuestiones de entidad nada desdeñable.

En primer lugar, desde un plano puramente dogmático y dado que cualquier estudio de la parte especial del Código penal constituye una aplicación de su parte general, el art. 408 CP da cuenta de numerosas cuestiones teóricas que permanecen irresueltas. En particular: las dudas acerca de la legitimidad de prever una tutela penal para bienes jurídicos supraindividuales y la determinación de si cabe o no la lesión de los delitos que atentan contra tales valores; la calificación de la omisión típica que contiene el tipo penal que nos ocupa y el debate doctrinal en torno a si se corresponde con las omisiones puras o con las omisiones de garante, lo que obliga a la revisión de estas categorías dogmáticas; la caracterización, usualmente asumida doctrinal y jurisprudencialmente, de la figura típica del art. 408 CP como delito de infracción de deber; el papel que en la interpretación de un tipo penal de *lege lata* puede cumplir el principio de intervención mínima; entre otras muchas que se han ido abordando en la presente tesis doctoral. En segundo lugar, atendiendo a cómo se ha llevado a cabo la aplicación del tipo penal que nos ocupa entre la jurisprudencia, los resultados plasmados en autos y sentencias reflejan un panorama ciertamente preocupante. Efectivamente, tanto la forma en que tienden a interpretarse sus elementos típicos, como, sobre todo, el modo en que se tratan sus problemáticas

concursoales con otros tipos penales muestra que el art. 408 CP se emplea de modo fuertemente distorsionador y, como se verá, sirve para instaurar un auténtico Derecho penal del amigo por parte de la jurisprudencia hacia ciertas clases de funcionarios públicos.

En definitiva, a través de la investigación realizada en esta tesis doctoral pretenden identificarse parámetros interpretativos a través de los cuales pueda contribuirse a una lectura más racional del art. 408 CP, así como coherente con la normativa procesal vigente. Además, gracias a los resultados obtenidos, se espera que dichos criterios interpretativos coadyuven a lograr una resolución de los conflictos litigiosos más acorde con las garantías penales. De este modo, los operadores jurídicos, y particularmente, los tribunales de justicia podrán contar con más herramientas para discutir y deliberar sobre el sentido y alcance de los elementos típicos del art. 408 CP, la aplicación de este tipo penal o de las infracciones administrativas de las distintas leyes que las prevean, así como de otros delitos recogidos en el Código penal.

La tesis se vertebra en torno a siete capítulos. En el Capítulo Primero, se estudiarán los antecedentes y la evolución histórica de la omisión del deber de perseguir delitos a lo largo del periodo codificador penal en España. El abordaje de esta cuestión ha descansado, principalmente, en la lectura y el análisis pormenorizado de los siguientes documentos legislativos: Códigos penales y Proyectos de Código penal promulgados desde el siglo XIX hasta el actualmente vigente Código penal de 1995. Teniendo en cuenta que el delito de omisión del deber de persecución delictiva ha existido desde el Código penal de 1822 y que, salvo en determinados aspectos, su redacción ha permanecido esencialmente igual, busca comprenderse si el art. 408 CP refleja el contexto social actual o si, por el contrario, su regulación es ahora disfuncional, por no poder ya dar adecuada solución a los conflictos para los cuales nació. En suma, esta breve investigación de tipo histórico servirá para contextualizar la regulación actual como fruto de las sucesivas reformas que se han producido en este ámbito, y destacar los problemas esenciales que han ido marcando esa evolución.

En el Capítulo Segundo se desarrolla una propuesta delimitadora del bien jurídico protegido en el tipo penal del art. 408 CP. Para ello, se tiene en especial consideración la actual ubicación sistemática de este entre los “Delitos contra la Administración Pública” (Título XIX, Libro II del Código Penal). Además, puesto que la doctrina dominante tiende a asociar un objeto categorial de protección común a todos los delitos tipificados en dicho

título, delimitado por la mayoría como “correcto funcionamiento de la Administración Pública”, y por otro sector menor (en ciernes de desaparición) “quebrantamiento de los deberes del cargo”, se analizan, en primer lugar, tales propuestas de bien jurídico categorial protegido en el Título XIX. A tal fin, se estudiará la tesis dogmática subyacente a ambas, la denominada “tesis de los bienes jurídicos intermedios”, así como las críticas recientemente reprochadas a esta. En segundo lugar, resuelta ya la cuestión de si existe o no un valor salvaguardado de forma conjunta por los “Delitos contra la Administración Pública”, así como en qué medida tal posible bien jurídico categorial vincula al tipo penal del art. 408 CP, se pasarán a examinar aquellos comentarios doctrinales (y, en su caso, jurisprudenciales) que se han pronunciado sobre el valor específicamente protegido en tal precepto. En tercer lugar, todo lo anterior posibilitará atender a una de las críticas doctrinales principales que recibe el art. 408 CP, cuál es su errónea ubicación sistemática en el Título XIX. Por último, una vez se haya tomado posición sobre las anteriores materias, se incidirá en discernir la naturaleza jurídica de la omisión del deber de perseguir delitos, tradicionalmente interpretado como un tipo de peligro.

En el Capítulo Tercero se han estudiado todos los elementos que componen la tipicidad objetiva del art. 408 CP, con excepción de los relativos a los intervinientes en el mismo (sujetos activos, autores y partícipes), cuyo análisis es llevado a cabo en el Capítulo Cuarto. Por tal motivo, se ha examinado detenidamente la determinación de la clase de omisión típica presente en aquel. A continuación, se ha incidido especialmente en la delimitación del ámbito típico de la omisión del deber de perseguir delitos con el de las omisiones de impedirlos o evitarlos tipificadas en los arts. 412.3 y 450 CP. En este punto, se ha criticado la tesis jurisprudencial que confunde los ámbitos típicos de los delitos mencionados, provocando un resultado penológico preocupante e insostenible en un Estado social y democrático de derecho. Con ello, creemos que se ha conseguido dotar de sentido autónomo al art. 408 CP, especificando claramente los contornos o límites del verbo típico presente en este. Seguidamente, se ha intentado aclarar el significado de las cláusulas típicas “de los delitos” y “de sus responsables”, pues la concreción del alcance de estas es esencial para interpretar más o menos extensivamente el art. 408 CP. Finalmente, se ha estudiado la viabilidad de reconocer efectos penales al art. 5.4 de la LOFCS, pues tal aplicación extrapenal al art. 408 CP provoca consecuencias punitivas nada desdeñables.

La investigación realizada en el Capítulo Cuarto, tal y como hemos anunciado ya, abarca las problemáticas interpretativas derivadas de los elementos típicos correspondientes a los intervinientes en el delito objeto de estudio. Tal pretensión nos ha llevado a estructurar este Capítulo en torno a dos grandes apartados. El primero, relativo a la delimitación del círculo de sujetos activos del art. 408 CP, y el segundo, concerniente a los múltiples problemas suscitados por este tipo penal en materia de autoría y participación. Con respecto a los sujetos activos del art. 408 CP, la referencia legal a las “autoridades” y “funcionarios públicos” nos ha obligado a analizar concienzudamente el art. 24 CP, en el que se definen, muy escuetamente, tales conceptos a efectos penales. Además, dada la necesidad, impuesta por el propio tipo penal, de que dichos funcionarios estén especialmente encargados de perseguir los delitos, no bastando, por ende, con la sola ostentación de la condición de funcionario para poder incurrir en el mismo, se ha revisado lo dispuesto por la normativa procesal (especialmente, por la LECrim) sobre tal extremo. Por su parte, en relación con la autoría y participación en el art. 408 CP, se ha repasado brevemente la compleja categoría dogmática de los “delitos de infracción de deber”, así como se ha justificado por qué no se considera que la omisión del deber de perseguir delitos deba ser incluida en la misma. También, se ha incidido pormenorizadamente en la viabilidad teórica de cada clase de autoría y participación en este delito.

En el Capítulo Quinto se analiza la omisión del deber de perseguir delitos desde el punto de vista de su tipicidad subjetiva. En concreto, se estudia detenidamente la función que cumple la expresión “intencionadamente” en el art. 408 CP, así como los efectos de la misma en relación con la admisión de distintas clases de dolo en este. A su vez, se expondrá la errática línea jurisprudencial seguida en relación con el tipo subjetivo del art. 408 CP, evidenciándose lo contradictorio de esta.

El Capítulo Sexto se dedica a analizar el *iter criminis* del delito que nos ocupa. Tarea que, al mismo tiempo, ha sido sistematizada del siguiente modo: en primer lugar, se ha delimitado el momento consumativo del art. 408 CP, lo que nos ha forzado a resolver también la cuestión, debatida doctrinalmente, de si es o no un delito permanente; en segundo lugar, se ha ahondado en determinar si es concebible la tentativa en el art. 408 CP, lo que ha conllevado pronunciarnos acerca de si esta es posible en los delitos de mera actividad; en tercer y último lugar, dada la previsión establecida en el art. 445 CP, se ha

especulado sobre si cabe la preparación delictiva en el art. 408 CP, esto es, la conspiración, la proposición y la provocación.

Finalmente, el Capítulo Séptimo proporciona un marco comparativo con la legislación italiana, relativamente similar (al menos aparentemente) a la española en lo relativo al castigo penal de la pasividad funcional ante el fenómeno criminal. A tal fin, se han revisado ciertos problemas interpretativos suscitados por el art. 361 CPI, en el que se tipifica la omisión del deber de comunicar la *notitia criminis* a ciertas autoridades competentes para perseguir delitos. El análisis de tales problemas ha sido esencial de cara a ofrecer propuestas finales de mejora de redacción del art. 408 CP, razón por la cual, se ha situado este Capítulo en último lugar.

En definitiva, la presente tesis doctoral busca, por una parte, evidenciar las numerosas fisuras que plantea tanto la redacción vigente del art. 408 CP, como la distorsión penológica producida por la relación de este con algunas otras figuras típicas, tales como los tipos de omisión del deber de impedir delitos. Por otra parte, a lo largo de todo el texto, se verá cómo hemos intentado ofrecer criterios interpretativos racionales para posibilitar una mejor aplicación, de *lege lata*, de este tipo penal. Pero también esperamos que pueda constatarse nuestro empeño por esbozar propuestas de mejora de la configuración del mismo, desde una perspectiva de *lege ferenda* que coadyuve a hacerlo más respetuoso y coherente con los límites del *ius puniendi*.

Para acabar, en cuanto a la metodología seguida en nuestra investigación, y pese al empleo del método histórico en el Capítulo Primero, en todos los capítulos ha estado presente de manera predominante el método exegético propio de la dogmática jurídica. En concreto, ello ha determinado que realicemos una labor de recopilación documental y bibliográfica, que nos ha llevado a emprender una lectura lo más exhaustiva y rigurosa posible de todos aquellos trabajos doctrinales que se han dedicado, aun indirectamente, al estudio del art. 408 CP, pero también de aquellas otras Leyes que se relacionan más estrechamente con dicho precepto (tales como la LECrim o la LOFCS). Asimismo, se han analizado profusamente todas aquellas resoluciones judiciales que han aplicado el art. 408 CP. Aunque, en este punto, la investigación se ha visto dificultada por la imposibilidad de acceder a las bases de datos en las que se almacenan aquellas emitidas por la jurisprudencia menor de nuestro país.

Adicionalmente, debemos destacar dos cuestiones referentes a la metodología asumida en esta tesis. Por un lado, por supuesto, la estructuración del proyecto de tesis en torno a las categorías integrantes de la teoría del delito ha determinado la consulta de las cuestiones generales relativas a las mismas, y, con ello, a la remisión a obras y tratados de la parte general del Código penal. Remisión que no se ha limitado a la parte general española, sino también a la italiana y a la alemana, con razón de las dos estancias de investigación doctoral llevadas a cabo en dichos países. En el caso del sistema penal italiano, como se ha visto, le hemos dedicado también el Capítulo Séptimo, por razón de la existencia en él de un delito similar al art. 408 CP. No obstante, realmente es en el manejo de la parte general del Derecho penal en donde puede constatarse el fruto de las estancias realizadas. Por otro lado, y aunque la tesis es estrictamente penal, se han hecho alusiones constantes a otras ramas del Derecho, destacando particularmente el Derecho Procesal penal, el Constitucional y el Administrativo sancionador.

CAPÍTULO PRIMERO

**LA OMISIÓN DEL DEBER DE PERSEGUIR DELITOS EN LA CODIFICACIÓN
PENAL ESPAÑOLA**

I. INTRODUCCIÓN

La tipificación como delito de la conducta del funcionario público que, especialmente encargado para ello por razón de su cargo, omite la persecución de los delitos no constituye un hecho histórico reciente. Por el contrario, el presente delito ha formado parte de nuestra tradición jurídico-penal desde la promulgación del primer Código penal existente en España, en el año 1822.

Si bien fue en este Código donde por primera vez se previó la punición de la conducta objeto de análisis, lo cierto es que no sería hasta el Código penal de 1848 cuando la misma adquiriría sus rasgos esenciales, así como una redacción que se mantendría de forma harto similar (salvo por escasos cambios, aunque no por ello menos notables) hasta nuestros días. De este modo, la redacción dada al delito por el Código penal de 1848, establecida en su art. 264, rezaba así: “el empleado público que, faltando a las obligaciones de su oficio, dejare maliciosamente de promover la persecución y castigo de los delincuentes, incurrirá en la pena de inhabilitación perpetua especial”.

Salta a la vista que dicha regulación no presentaba tantas diferencias con la del actual art. 408 CP, tal y como podría pensarse, *a priori*, si se tiene en cuenta que han transcurrido ya dos siglos desde la primera versión legislativa de este delito y poco menos tiempo desde que el Código de 1848 le diese al mismo el tenor indicado en el anterior párrafo. En realidad, todos los códigos penales españoles vigentes han ubicado el presente tipo penal, sin excepción, entre aquel Título en ellos destinado (fuera cual fuese su rúbrica específica) a la protección de la función o administración pública frente a los ataques dirigidos a la misma por sus empleados.

Por ello, para el adecuado estudio de esta temática y desde una perspectiva más amplia, han de tenerse presentes las palabras de DE TOLEDO Y UBIETO, quien puso de manifiesto “la escasa variación de esta materia en el Código actual respecto a sus

precedentes, y de estos mismos en sus sucesiones”¹. Esta misma idea ha sido expuesta por IÑESTA-PASTOR al alegar que aquel “aparece como el Título que menos variaciones sustanciales ha sufrido en los textos punitivos españoles, con escasas reformas en delitos concretos, permaneciendo impermeable incluso a los cambios políticos”².

Así, no es de extrañar que este delito no constituya una excepción a los hechos puestos de manifiesto por los citados autores, dada la menor gravedad que lo caracteriza si se compara con figuras como la malversación o el cohecho. De este modo, el presente delito apenas ha sido objeto de alteraciones desde la mencionada redacción del Código de 1848. Tal es así que, a pesar de haberse efectuado propuestas de modificaciones significativas del tipo con ocasión de algunos proyectos prelegislativos ideados durante la transición democrática, el Código penal de 1995 mantuvo los caracteres esenciales del mismo.

Aun siendo así, es menester aclarar que sí se han ido incorporando variaciones a las sucesivas versiones legislativas del delito de omisión del deber de persecución delictiva. De entre los escasos, aunque no por ello poco relevantes, cambios efectuados (que a lo largo de este Capítulo I serán comentados), cabe ya destacar, por ser, sin duda, el de mayor calado, el relativo a la naturaleza prevaricadora de la conducta delictiva que nos ocupa, pues ya en el Código penal de 1822, este tipo penal era concebido como una modalidad específica del más amplio delito de prevaricación (art. 451 CP 1822). A partir de dicho momento, tal naturaleza prevaricadora fue una constante a la hora de castigar a funcionarios y autoridades por omitir su deber de persecución delictiva. Esto es, hasta que el Código penal de 1995 lo convirtió en un delito autónomo y separado de la prevaricación administrativa, hecho fuente de problemáticas concursales entre ambos y que, como se tendrá ocasión de apreciar más adelante, ocasionó un intenso debate entre la doctrina penalista.

¹ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *La prevaricación del funcionario público*, Universidad Complutense de Madrid, 1980, pág. 168, nota 496.

² IÑESTA-PASTOR, E., “Influencias extranjeras en los delitos de los funcionarios públicos en la Codificación Penal española de mediados del siglo XIX”, en *Tradición e influencias extranjeras en la codificación penal española, parte especial*, con MASFERRER, A. (Dir.), Thomson Reuters, 2020, pág. 585. Esta misma idea es puesta de manifiesto por JASO ROLDÁN, T., “Delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos-prevaricación-infidelidad en la custodia de presos-infidelidad en la custodia de documentos-violación de secretos”, en *Derecho Penal Parte Especial, Tomo II*, con RODRÍGUEZ MUÑOZ, J.A., JASO ROLDÁN, T., RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., Madrid, 1949, pág. 192, quien expresó que “quizá sea el actual Título VII del Libro II de nuestro Código penal el que menos variaciones sustanciales ha sufrido a través de los diversos textos punitivos españoles”.

El análisis histórico del delito que nos ocupa resulta de total interés, dado que permite tomar conciencia de la tendencia a la atenuación penológica manifestada por el legislador, en virtud de la cual cada uno de nuestros textos punitivos ha implicado la reducción de la penalidad atribuida al precepto, así como del solapamiento del presente tipo penal con otros delitos, problemática no exclusiva de la regulación actual, sino ya apreciable en los códigos penales anteriores al de la democracia. En suma, examinar la evolución histórica del delito de omisión del deber de persecución delictiva a lo largo del periodo codificador español no solo resulta de inestimable valor por los motivos expuestos, sino que además nos proporcionará el contexto necesario para entender la actual arquitectura técnico-jurídica del art. 408 CP. Solo de esta manera podrán comprenderse las distintas soluciones adoptadas por el Código penal en relación con el mismo.

II. EL CÓDIGO PENAL DE 1822

En el año 1822 se promulgó el primer Código penal español. A pesar de haber sido creado en un periodo de fuerte inestabilidad política marcado por el enfrentamiento entre liberales y absolutistas, el Código se mostró firme en lo que a sujetar al funcionariado público español al principio de responsabilidad efectiva de sus actos y al control de los mismos por parte de los tribunales se refería³. De este modo, la nueva norma penal dedicó su Título VI a la tipificación “de los delitos y culpas de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos”.

Integrado por doce capítulos, el Título VI destacó por el carácter casuístico y minucioso con que definía y sancionaba las conductas por él consideradas penalmente relevantes. Ello se puso de manifiesto, a los efectos que aquí interesan, en el Capítulo I del mismo, relativo a la “prevaricación de los funcionarios públicos”. El precepto central

³ Muy elocuentemente, CASABÓ RUIZ, J.R., “Introducción al estudio de los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos”, en *Escritos Penales*, con CASABÓ RUIZ, J.R. (Dir.), Universitat de València, 1979, pág. 177, asevera que: “si tras toda infracción criminal existe siempre una imagen del mundo, esto resulta particularmente notable en los delitos de los funcionarios, porque en ellos se reflejan tanto planteamientos políticos, entendidos del modo más elevado, como condicionamientos de la política más concreta. En este sentido, si se parte, por ejemplo, del Estado de Derecho también los funcionarios públicos quedarán sometidos a los Tribunales de Justicia cuando lleven a cabo un hecho constitutivo de delito”. Asimismo, de máximo interés para entender el contexto histórico en el que fue promulgado el Código penal de 1822 resultan: LASSO GAITE, J.F., *Crónica de la Codificación Española núm. 5 Codificación Penal. Vol. I.*, Secretaría General Técnica, Madrid, 1970; CALLEJO HERNANZ, G., MARTÍNEZ PATÓN, V., *Estudios sobre el Código Penal de 1822 en su bicentenario*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2022; BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, L., RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L., *Códigos Penales españoles. Recopilación y concordancias, Vol. II*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2022.

de dicho Capítulo, el art. 451 CP 1822, constituía un ejemplo claro de las características señaladas, dado que en él se definían como prevaricación hasta siete supuestos diferentes. El afán por configurar este tipo penal de forma tan exhaustiva es fácilmente comprensible si se atiende a la preocupación social que el delito de prevaricación despertaba en la España de los siglos XIX y XX. La siguiente reflexión de SÁNCHEZ TEJERINA pone de manifiesto tal recelo:

“He aquí el gran pecado de los tiempos modernos. La mayoría de los funcionarios de todo orden, unos por consciente inmoralidad, otros por temor a perder el puesto, la mayoría por el afán de ascender rápidamente en su carrera u obtener lucro ilícito, han ido haciendo de la Administración Pública algo desmoralizador y desalentador para los ciudadanos honrados. La casi seguridad de la eficacia de una buena recomendación o de un espléndido regalo o de una promesa de ascenso han contribuido a que se pierda la confianza en la justicia. Es lo peor que puede ocurrir a un pueblo, y por esta razón el delito de prevaricación es uno de los más graves, por las consecuencias desastrosas en el orden y en la moral social”⁴.

También PACHECO se expresa en los mismos términos al apreciar que “la prevaricación en todos sus géneros posibles es un delito tan perjudicial como repugnante, en el que no puede menos de ocuparse con suma atención la ley penal de todo pueblo civilizado. Por lo mismo que ella da el poder a los funcionarios públicos, es indispensable que nos garantice contra el abuso que puedan cometer en sus funciones”⁵. De la misma opinión eran GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN, para los cuales:

“La prevaricación es un delito gravísimo, ya por la inmoralidad que supone en el agente, ya por el mal considerable que acarrea a la sociedad. Es también de los más peligrosos, porque contra el salteador de caminos se concibe defensa, pero ésta no es tan fácil contra el juez, que armado del poder de las leyes y encargado de la distribución de la justicia, abusa de su Augusto ejecutando actos de iniquidad. Mas no solo los jueces, sino también otros empleados públicos que á sabiendas y maliciosamente quebrantan los deberes de su oficio, cometen este feo delito”⁶.

⁴ SÁNCHEZ TEJERINA, I., *Derecho Penal español. Parte General. Parte especial*, Librería General “La Facultad”, Salamanca, 1937, pág. 504.

⁵ PACHECO, J.F., *El Código Penal Concordado y comentado. Tomo II*, Imprenta de Manuel Tello, Madrid, 1870, pág. 394.

⁶ GÓMEZ DE LA SERNA, P., MONTALBÁN, J.M., *Elementos del Derecho Civil y Penal de España precedidos de una reseña histórica de la legislación española*, Tomo III, Carretas, Madrid, 1881, pág. 287.

Retomando el análisis del tipo penal y atendiendo al círculo de sujetos activos del mismo, cabe destacar que la mayoría de las conductas prevaricadoras por él contempladas podían ser cometidas por los funcionarios públicos de cualquier clase, a excepción de aquella tipificada en el apartado primero del mencionado artículo, reservado a los jueces o árbitros de derecho.

Es precisamente el art. 451 CP 1822 el que se encargó de sancionar por primera vez una conducta equivalente a la hoy recogida en el art. 408 CP, considerándola como una modalidad específica de prevaricación. Es decir, en este precepto, novedosamente, se sancionó la omisión del deber de promover la persecución de los delitos en el ordenamiento jurídico español, aunque, como se verá a continuación, con múltiples y notables diferencias con respecto a la regulación actual y considerándola una clase de prevaricación administrativa. El mencionado artículo, en su apartado sexto, señalaba literalmente: “Los que, de la propia forma, y hallándose encargados por su empleo ú oficio público de averiguar, perseguir ó castigar los delitos, ó de proceder contra los delincuentes, ó de ayudar ó cooperar de cualquier otro modo á la administración de la justicia ó ejecución de las leyes, dejan de hacerlo, ya obrando contra el inocente, ya favoreciendo al culpado, ya faltando por otro estilo á su precisa obligación”.

La previsión de este delito en el Código fue algo inédito, pues ni siquiera el Decreto de las Cortes Generales y Extraordinarias de Cádiz CCXLIV de 24 de marzo de 1813, el cual fijaba las “reglas para que se haga efectiva la responsabilidad de los empleados públicos”, contemplaba esta omisión como un delito. Por el contrario, el mencionado Decreto se limitaba a calificar como prevaricación aquel comportamiento propio de “los jueces que, á sabiendas, juzgan contra derecho por afecto ó por desafecto hacia alguno de los litigantes ú otras personas”⁷. El Decreto en cuestión sirvió de base para la posterior estructura en torno a la que se vertebraría el Título VI del Código penal de 1822 y tipificó lo que puede entenderse como una primera versión de los delitos de funcionarios públicos⁸. A modo de síntesis, VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS explica cómo

⁷ El Decreto citado se halla disponible en: Biblioteca Virtual de Miguel de Cervantes. Fecha de consulta: 20/05/2023. Enlace: Colección de los decretos y órdenes que han expedido las Cortes Generales y Extraordinarias desde 24 de febrero de 1813 hasta 14 de setiembre del mismo año, en que terminaron sus sesiones; comprende además el decreto expedido por las Cortes Extraordinarias en 20 del dicho mes. Tomo 4, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes (cervantesvirtual.com).

⁸ BONET ESTEVA, M., “Inmoralidades y vicios del funcionario público en el Código de 1822: los artículos 492 a 495”, en *Estudios sobre el Código Penal de 1822 en su bicentenario*, con CALLEJO HERNANZ, G., MARTÍNEZ PATÓN, V. (Coord.), Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2022, pág. 282.

“la sistematización esbozada por el Decreto de 1813 servirá de nexo para el elenco de figuras que, con una sorprendente “tradición de estabilidad”, la totalidad de los Códigos penales españoles presentarán bajo el enunciado de delitos de los empleados públicos o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos”⁹. Sin embargo, el Código penal de 1822 iría más allá al introducir el delito de omisión del deber de persecución delictiva, conducta que, insistimos, carecía de raigambre en la tradición jurídica preexistente.

Siguiendo con el texto del precepto, como puede observarse, el art. 451 sexto CP 1822 no se limitaba a tipificar exclusivamente la omisión, cometida por un funcionario público, del deber de promover la persecución de los delitos, sino que destacaba por su mayor amplitud. De este modo, mientras que el “dejar de” averiguar y perseguir los delitos o de proceder contra sus delincuentes podría corresponderse con el sentido del actual art. 408 CP, su ámbito típico objetivo alcanzaba también la omisión del deber de castigar los delitos y, más extensamente todavía, la de “ayudar ó cooperar de cualquier otro modo a la administración de justicia ó ejecución de las leyes”.

Esta última modalidad típica parecía servir como cajón de sastre para poder abarcar toda aquella conducta que implicase una desatención o incumplimiento por parte del funcionario de cualesquiera de sus deberes consistentes en coadyuvar a la aplicación de las leyes, función pública correspondiente a la Administración de Justicia. Téngase en cuenta que el Código de 1822 no destinó ninguno de sus títulos a proteger a tal administración de los ataques dirigidos contra esta por parte de sus empleados. Ello habría hecho necesario concentrar el castigo de conductas que afectaban a la misma en otros títulos, y en particular en aquel cuyo contenido aspirase a la preservación de la Administración Pública.

Debe tenerse en consideración, asimismo, que el Capítulo IX del Título VI CP 1822 (“de los funcionarios públicos omisos en perseguir á los delincuentes; y de los que niegan ó retardan la administración de justicia, la protección ó los remedios legales que deben aplicar, no cooperan y auxilian, debiendo, á los actos del servicio público”), castigaba, en sus arts. 506 y 507 CP 1822 conductas muy similares a la del art. 451 sexto

⁹ VÁZQUEZ-PORTOMENE SEIJAS, F., *Los delitos contra la Administración Pública. Teoría General*, Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico, Santiago de Compostela, 2003, pág. 85. Como habrá podido apreciarse, al aludir a la “tradición de estabilidad” de estos delitos, el citado autor pone de manifiesto algo que ya se explicó *supra*, a saber: la escasa variación que los tipos penales pertenecientes al Título destinado a sancionar los ataques cometidos por el funcionariado público a la Administración Pública ha presentado a lo largo de la tradición jurídica española.

CP 1822. De hecho, por lo ajustado del contenido del art. 451 sexto CP 1822 a la rúbrica de dicho Capítulo IX, llama la atención que no se incluyera el tipo penal aquí analizado en el mismo o que, a la inversa, los delitos recogidos en el Capítulo IX no se considerasen conductas prevaricadoras.

De este modo, el art. 506 CP 1822 declaraba punible el comportamiento de: “Los Gefes políticos, alcaldes y jueces competentes, que teniendo noticia de la existencia de algún malhechor ó malhechores, ó de cualquiera otro reo de delitos públicos en sus respectivos distritos, no tomen inmediatamente las disposiciones que estén en sus facultades para que se les persiga, aprehenda y castigue, valiéndose para ello en caso necesario de la fuerza pública, ó de la cooperación de los distritos circunvecinos”.

Pues bien, parecía estar sancionándose en este último un supuesto concreto del más ampliamente definido en el art. 451 sexto CP 1822, en la medida en que, en lugar de hablarse de “dejar de averiguar” o de “perseguir” los delitos, se describía un escenario más específico consistente en que los jefes políticos, alcaldes o jueces se abstuvieren de realizar las pesquisas necesarias o de promover las facultades correspondientes de averiguación y persecución de los delitos cometidos en aquellos distritos en los que fueren competentes. Dichos delitos debían ser públicos, es decir, perseguibles de oficio, en contraposición a lo dispuesto en el art. 451 sexto CP 1822, que nada decía con respecto al carácter que debía ostentar el delito dejado de perseguir.

Al parecer, la omisión tipificada en el art. 506 CP 1822 debió de considerarse menos grave que la de naturaleza prevaricadora enumerada en el art. 451 sexto CP 1822. Ello habría llevado a asignarle una penalidad más benigna consistente en la imposición de una multa y de la suspensión de empleo y sueldo y de todo cargo público entre uno y tres años, frente a la pena de privación de los empleos, sueldos y honores y el impedimento de obtener cargo público alguno atribuidas a los prevaricadores¹⁰. Claro está, tal decisión legislativa podría haberse debido al carácter territorial más limitado de la competencia de los sujetos activos en él contemplados.

¹⁰ Puede concluirse la menor gravedad de las penas asignadas a uno y otro precepto atendiendo al catálogo de penas que recogía el Código de 1822 en su art. 28. Dicho precepto distinguía entre las penas corporales y las no corporales. Dentro de estas últimas, colocaba en un cuarto estadio de gravedad aquella pena que consistiese en la suspensión de empleo, honores, profesión o cargo público, mientras que se declaraba más gravosa (colocándola en un estadio tercero de gravedad) la relativa a la privación de los mismos.

Otros problemas de posible duplicidad en la definición de las conductas típicas relativas a la omisión del deber de persecución delictiva se ponían de manifiesto en el art. 451 cuarto CP 1822, pues en él se contemplaba el castigo de: “Los funcionarios públicos de cualquiera clase, que ejerciendo alguna autoridad, sea judicial ó gubernativa, ó alguna superioridad en su ramo respectivo, nieguen, rehúsen ó retarden á sabiendas y del modo referido la administración de justicia, la protección, desagravio, ú otro remedio que legalmente se les pida, ó que la causa pública exija, siempre que deban y puedan ponerlo”.

En realidad, el signo distintivo de este apartado cuarto parecía consistir en sancionar una conducta activa en la que la negativa de la Administración de Justicia se realizara ejerciendo alguna autoridad o superioridad, mientras que el apartado sexto, del que venimos ocupándonos, habría estado reservado a aquellos casos en los que tal obstaculización de dicha administración hubiera tenido carácter omisivo o pasivo.

Con lo anterior, han querido ilustrarse algunos de los problemas de solapamiento que causaban la concurrencia del delito de omisión del deber de persecución delictiva con otros de los tipos penales recogidos en el Código penal de 1822, derivados del excesivo casuismo en el que este incurría al describir las conductas típicas. De hecho, un número nada desdeñable de autores llamó la atención sobre esta circunstancia y muchos consideraron defectuosa la redacción del articulado de dicho texto legal. Efectivamente, puede afirmarse que esta era, al menos por lo que respectaba al Título VI, redundante, confusa, excesivamente recargada y farragosa. Sin ir más lejos, PACHECO se refirió al lenguaje empleado en el Código penal de 1822 en los siguientes términos: “es, por último, difuso, y sacrifica la claridad, la sencillez, el mérito legislativo, á pretensiones artísticas y á un vanidoso aparato literario”¹¹. También GARCÍA GOYENA criticó el excesivo casuismo del Código al denunciar que el mismo “resulta pesado, confuso y hasta ininteligible en algunos capítulos”¹². De idéntico parecer, CEREZO MIR lo consideró técnicamente defectuoso, debido, entre otras razones, a su casuismo¹³, mientras que, para ANTÓN ONECA el Código de 1848 estaba, en contraste con el de 1822, “compuesto con mayor reposo y

¹¹ PACHECO, J.F., *El Código Penal Concordado y comentado. Tomo I*, Imprenta de Manuel Tello, Madrid, 1870, pág. 52.

¹² GARCÍA GOYENA, F., *Código Criminal español según las leyes y prácticas vigentes, comparado con el Código de 1822, el francés y el inglés. Tomo I*, Librería de los señores viuda é hijos de Antonio Calleja, Madrid, 1843, pág. 12.

¹³ CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal. Tomo I*, Tecnos, Madrid, 1976, pág. 107.

en tiempos de mejor técnica”, siendo, en consecuencia “más sistemático y de superior estilo”¹⁴.

Tales defectos se veían agravados al atender al contenido de los arts. 130 y 131 CP 1822. En los mismos, el Código delimitaba e imponía el deber funcional cuyo incumplimiento daba lugar a la aplicación del art. 451 sexto CP 1822. Ambos preceptos, formaban parte del Capítulo IV (“De la obligación que todos tienen de impedir los delitos, y de noticiarlos a la autoridad; y de la persecución, entrega o remisión de los delincuentes”) del Título Preliminar del presente texto punitivo. El primero de ellos, el art. 130 indicaba así: “Todas las autoridades civiles, militares ó eclesiásticas, sean judiciales ó gubernativas, ó de cualquiera otra clase, están obligadas á auxiliarse recíproca y eficazísimamente luego que sean requeridas en forma legal, y sin aguardar aviso ú orden del superior respectivo, para precaver y castigar los delitos, y para la persecución, entrega y remisión de los delincuentes sujetos á cada jurisdicción, bajo las penas del capítulo noveno del título de delitos de los funcionarios públicos”.

Por su parte, en el art. 131 se prescribía lo siguiente: “Toda autoridad civil, militar ó eclesiástica que en sus respectivos súbditos descubra delincuente, ó halle pruebas ó indicios de delito correspondiente á otra jurisdicción, está obligada bajo iguales penas á dar inmediatamente noticia circunstanciada de todo á la autoridad que deba conocer, y á poner á disposición de esta el reo y sus efectos, y todos los comprobantes del delito que haya podido adquirir”.

Ambas disposiciones redundaban en el deber de las autoridades en ellas mencionadas de perseguir los delitos, bien directamente (por ser las encargadas a hacerlo de acuerdo con su cargo) o indirectamente (remitiendo a la autoridad competente aquello que hubieran averiguado y que debiera dar lugar a la persecución de los mismos). A partir de ellas, por tanto, se establecieron ciertas obligaciones de auxilio, así como para la persecución de los delitos y la entrega de los delincuentes por parte de las autoridades¹⁵. A su vez, como podrá observarse, se disponía que, caso de no respetarse tales deberes, la omisión sería debidamente sancionada según lo dispuesto por el Capítulo IX del Título

¹⁴ ANTÓN ONECA, J., “Historia del Código Penal de 1822”, en *ADCP*, núm. 2, 1965, pág. 263.

¹⁵ BUSTOS RUBIO, M., “La omisión del deber de impedir y notificar hechos delictivos y del castigo, persecución y entrega de delincuentes (breve análisis del Capítulo VI del Código Penal de 1822)”, en *Estudios sobre el Código Penal de 1822 en su bicentenario*, con CALLEJO HERNANZ, G., MARTÍNEZ PATÓN, V. (Coord.), Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2022, pág. 219.

VI CP 1822. Recuérdese que en dicho capítulo se hallaba, precisamente, el art. 506 CP 1822, al que antes se ha hecho referencia y que castigaba una conducta encuadrable en el art. 451 sexto CP 1822, si bien limitada subjetivamente (pues solo podían cometerla “gefes políticos, alcaldes y jueces”), territorialmente (“en sus respectivos distritos”) y materialmente (no persiguiendo exclusivamente “delitos públicos”).

Ahora bien, pese a que en dicho tipo penal se sancionaba un supuesto de dejación del deber de persecución delictiva, no deja de resultar llamativo que el Código de 1822, en el citado art. 130, se remitiese al Capítulo IX y no al Capítulo I del Título VI, dedicado a la prevaricación y en cuyo art. 451 apartado sexto se sancionaba la no averiguación, persecución y castigo de los delitos por parte de cualquier funcionario público. Existía, por tanto, en cuanto al delito aquí estudiado, una falta de coherencia entre la disposición originaria del deber penal de persecución delictiva y la sanción jurídico-penal prevista para el caso de su incumplimiento.

En cuanto al círculo de sujetos activos del art. 451 sexto CP 1822, este comprendía al conjunto de funcionarios públicos que se hallasen encargados por su empleo u oficio público de “averiguar, perseguir ó castigar los delitos, ó de proceder contra los delincuentes, ó de ayudar o cooperar con la administración de justicia o la ejecución de las leyes”. Esta última cláusula, relativa al deber de cooperación para con la Administración de Justicia, parecía tener como consecuencia que cualquier funcionario pudiera incurrir en la conducta típica prevaricadora, al verse necesariamente alcanzado por el mismo. Por tal motivo, finalmente, no solo podían constituirse como prevaricadores *ex art. 451 sexto CP 1822* aquellos funcionarios que tuviesen específicamente encomendado, entre los deberes propios de su cargo, el de persecución de los delitos, sino todos los funcionarios en general.

No obstante, la previsión recién explicada tenía como contrapartida paradójica el hecho de entender excluidos de dicho círculo de sujetos activos del precepto (y, por tanto, de evitar que fuesen castigados como prevaricadores) a aquellos funcionarios comprendidos por el art. 506 CP 1822 (esto es: jefes políticos, alcaldes y jueces en sus respectivos distritos). De este modo, aquel funcionario que no tenía asignado un deber específico de persecución de los delitos, pero que debía colaborar con la Administración de Justicia, se veía incluido en el art. 451 sexto CP 1822, mereciendo el calificativo de “prevaricador”, mientras que los sujetos previstos en el art. 506 CP 1822 recibían un trato

penológico atenuado y rehuían la figura prevaricadora, aún a pesar de que sí tenían encomendado ese deber de persecución delictiva.

En cualquier caso, se trataba de delitos especiales, aunque el Código de 1822 no recogió ninguna definición de aquello que se consideraba “funcionario público”. En su lugar, el proceder de este texto punitivo era el de designar de forma detallada a aquellos funcionarios que podían cometer las modalidades específicas de prevaricación que se preveían¹⁶. Así pues, dos eran los rasgos que caracterizaban al sujeto prevaricador: el desempeño de una función pública, ejercicio de una autoridad, judicial o gubernativa o alguna superioridad en un ramo concreto de la actividad pública; y, por razón de este cargo, la posibilidad de realizar una serie de acciones punibles¹⁷.

Asimismo, el precepto objeto de análisis aludía a determinadas finalidades que el funcionario público debía perseguir al omitir su deber de persecución delictiva a fin de colmar sus exigencias típicas. Por consiguiente, el delito había de cometerse “ya obrando contra el inocente, ya favoreciendo al culpado, ya faltando por otro estilo á su precisa obligación”. El carácter abierto de la enumeración dotaba a la cláusula de un carácter superfluo, dado que, en realidad, cualquier motivación que culminase en el incumplimiento de la obligación de perseguir los delitos bastaba para que hubiera delito. Probablemente por este motivo, los siguientes códigos penales evitarían, en lo respectivo a la tipicidad subjetiva del delito de omisión del deber de persecución delictiva, exigir la concurrencia de finalidades específicas y se limitarían a requerir que el mismo se cometiese “maliciosamente” o, a partir del de 1995, “intencionadamente”. De este modo, más que atender a la motivación concreta que hubiese llevado a cometer el delito (amistad con el investigado, enemistad con la víctima, etc.), pasaría a comprobarse, como bien sintetizó CUELLO CALÓN, “no solo que el funcionario adopte voluntariamente tal actitud

¹⁶ Para ESPUNY TOMÁS, M.J., “Corrupción y abuso de poder: Las prácticas castigadas en el Código Penal de 1822”, en *Estudios sobre el Código Penal de 1822 en su bicentenario*, con CALLEJO HERNANZ, G., MARTÍNEZ PATÓN, V. (Coord.), Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2022, pág. 296: “los delitos de prevaricación, de sobornos, de cohecho, de malversación, de extorsión y de estafas, así como el tráfico de influencias, de fraudes, de exacciones ilegales, y también las negociaciones prohibidas a funcionarios, determinan a su vez a un conjunto de personas que pueden ser incluidas como posibles sujetos de determinadas infracciones. Sin duda la Comisión redactora quiso hacer frente de forma amplia al fenómeno de la corrupción en sus diferentes manifestaciones”.

¹⁷ *Ibidem*, pág. 299.

pasiva, sino que obre con conciencia de que falta a la obligación de promover la persecución y castigo de aquellos”¹⁸.

Para acabar, en relación con la pena del delito que nos ocupa, el art. 451 sexto CP 1822 determinaba que los prevaricadores perderían sus empleos, sueldos y honores, y que no podrían obtener cargo público alguno. La presente consecuencia jurídica se contemplaba en el art. 28 CP 1822, el cual la entendía incluida entre las “penas no corporales” y la situaba, en términos de gravedad de esta clase de penas, tan solo por detrás de la declaración de infamia y de la inhabilitación para ejercer empleo, profesión o cargo público en general, o en clase determinada. El contenido de la pena asignada al tipo era desarrollado en el art. 76 CP 1822, el cual señalaba que la misma suponía “necesariamente la privación ó suspensión respectiva de todos los sueldos, obviaciones y prerrogativas del destino”. Igualmente, cabe destacar que, en el caso de que el sujeto prevaricador fuera un juez de derecho o árbitro, el Código prescribía que, además de sufrir la pena prescrita en el art. 451, se oiría públicamente su sentencia y sería apercibido con igual publicidad en el tribunal del pueblo donde hubiera cometido el delito (art. 452 CP 1822).

III. PROYECTOS DEL CÓDIGO PENAL PREVIOS AL CÓDIGO DE 1848

El siguiente Código penal en ver la luz fue el promulgado en 1848. No obstante, antes del mismo se gestaron hasta tres Proyectos de Código penal que no llegarían a ser aprobados pero cuyo estudio resulta de interés en la medida en que propusieron una regulación de la omisión del deber de perseguir delitos distinta a la contemplada por el Código penal entonces vigente (el de 1822)¹⁹ y, en general, en que fueron indicativos de un Derecho penal de transición entre el Código de 1822 y el de 1848²⁰.

En primer lugar, hallamos el Proyecto de Código Criminal de 1830, que no incorporó un título destinado a los delitos cometidos por los funcionarios públicos. En él, solamente se previó, dentro del Título XXIV de su Libro I, la punición de los delitos contra la Administración de Justicia. El Proyecto comenzaba dicho título proclamando la

¹⁸ CUELLO CALÓN, E., *Derecho Penal conforme al nuevo “Código Penal, texto refundido de 1944”*, Tomo II (Parte Especial), Bosch, Barcelona, 1946, pág. 318.

¹⁹ Para más información acerca de las características que reunió el Derecho penal aplicado entre ambos códigos, véase: BARÓ PAZOS, J., “El derecho penal español en el vacío entre dos códigos (1822-1848)”, en *Anuario de Historia del Derecho español*, tomo LXXXIII, 2013, págs. 105-138.

²⁰ IÑESTA-PASTOR, E., *El Código Penal de 1848*, Tirant Lo Blanch, Alicante, 2011, pág. 42.

competencia exclusiva del Gobierno para fiscalizar “las faltas de aplicación y celo en la administración de justicia” (art. 295). Con ello, se ponía de manifiesto qué clase de concepción de la Administración Pública se tenía en el Antiguo Régimen, la cual, básicamente, comportaba evitar toda injerencia del Poder Judicial en la misma²¹. De hecho, CASABÓ RUIZ, en relación con los Proyectos de 1830 y 1834, aseguró que fue su planteamiento político absolutista el motivo de que apenas se mencionasen estos delitos²².

A diferencia del Código penal de 1822, el Proyecto de 1830 no calificó la omisión del deber de perseguir los delitos como una conducta de naturaleza prevaricadora. De hecho, solo se consideraba como prevaricación la parcialidad de los jueces y magistrados (art. 296) y la conducta de aquellos abogados que “defendieren en público o en secreto dos partes contrarias en un mismo pleito” (art. 302). En realidad, el único precepto que guardaba cierta relación con la omisión aquí estudiada se hallaba en el art. 387 del Proyecto (situado en su Título V: “De las reglas generales para la prisión y el arresto”). Dentro del mismo, se establecía la obligación de los “promotores fiscales, siempre que, por queja, delación, o notoriedad llegue a su noticia la perpetración de un delito público, a promover el procedimiento ante el Juez del partido para su averiguación y castigo, proponiendo todas las diligencias justificativas que les indiquen la parte agraviada o el delator siendo arregladas a derecho”. No obstante, esta era una norma de contenido puramente procesal, sin que la correlativa responsabilidad a la que la misma aludía fuese posteriormente reconocida por el Proyecto.

En segundo lugar, nos encontramos con el Proyecto de Código criminal de 1831 de Sainz de Andino que, a diferencia del de 1830, sí siguió la línea marcada por el Código penal de 1822 en lo que al establecimiento de un Título autónomo dedicado a los delitos cometidos “en el ejercicio de autoridad, cargo o empleo público” se refería (concretamente dentro del Título IX). Como apuntó CASABÓ RUIZ, “el interés del proyecto no reside en su originalidad, pues en muchas ocasiones sigue de modo más o menos

²¹ IÑESTA-PASTOR, E., “Influencias extranjeras en los delitos...”, *cit.*, pág. 610.

²² CASABÓ RUIZ, J.R.: “Introducción al estudio...”, *cit.*, pág. 182. El citado autor explica también cómo, en el título relativo a los delitos cometidos por funcionarios públicos contra la Administración, “la determinación de las figuras delictivas dependerá de la actitud adoptada en torno a la división de poderes; es más, a través de la propia regulación legal se capta la tendencia a facilitar o estorbar su aplicación legal”. (*ibidem*, págs. 177-178). Asimismo, incide en que el “expresivo silencio” de los proyectos de 1830 y 1834 se debería a que “para la Monarquía absoluta la incriminación de conductas llevadas a cabo por empleados públicos suponía más estorbos que ventajas, pues ya no era el ministro de turno quien decidía acerca de las conductas realizadas por sus subordinados, sino los jueces que por muy sometidos que estuviesen siempre escapaban a la directa sumisión” (*ibidem*, pág. 191).

disimulado al Código penal de 1822, sino en el hecho de que parece constituir el eslabón que une muchas disposiciones de este Código con el de 1848”²³. Sin embargo, la vinculación con el Código penal de 1848 a la que se refiere el citado autor no tuvo reflejo en la materia que aquí interesa. Es decir, el Proyecto no calificó como “prevaricación” la omisión del deber de persecución delictiva, en contraste con el Código penal de 1822 y con el del de 1848. De hecho, prevaricación y cohecho eran conductas delictivas concentradas en un solo precepto, el art. 732²⁴.

En ningún otro punto del Título IX del Proyecto se hacía referencia a la omisión del deber de persecución delictiva de los funcionarios públicos. El art. 734 sancionaba la “omisión de un acto que el funcionario público debiera practicar por razón de sus atribuciones”, cuando esta fuere el resultado de haber recibido el mismo pacto o dádiva. Con todo, dicho precepto presentaba una relación más estrecha con el actual delito de cohecho *ex* art. 419 CP (en lo que respecta a su cláusula “para no realizar o retrasar injustificadamente el que debiera practicar”), que con el art. 408 CP. Debido a ello, para el Proyecto de 1831 el incumplimiento por parte de un funcionario público de su deber de perseguir los delitos solo era generador de responsabilidad penal en el caso de que a cambio de dicha omisión se pactare la entrega de dádiva, don o recompensa²⁵.

Aun así, el Título VI del Proyecto recogía, dentro “de las varias especies de delitos contra el orden público”, en el art. 513 de su Sección 10ª (destinada a las “omisiones en prestar los servicios comunes y generales que se deben al Estado para la conservación del orden público”), la obligación de “todos los dependientes y ministros de Justicia que se hallen presentes a la perpetración de cualquiera delito en que tenga lugar el procedimiento de oficio o tengan noticia de ellos” a “dar cuenta inmediatamente a las autoridades bajo cuya orden se hallen para que estas pudiesen acordar por sí las disposiciones convenientes o, si no fueren de su competencia, dirijan a quien corresponda los avisos oportunos, so

²³ CASABÓ RUIZ, J.R., *El Proyecto de Código Criminal de 1831 de Sainz de Andino*, Universidad de Murcia, 1978, pág. 3. Véase también LANDROVE DÍAZ, G., “En torno al Proyecto Sáinz de Andino de Código Criminal”, en *Anales de la Universidad de Murcia*, Vol. XXXIV, núm. 3-4, 1975-76, págs. 437-460.

²⁴ Art. 732 Proyecto Código Criminal 1831: “Comete delito de cohecho y prevaricación el Magistrado, Juez u otro funcionario público que por sí mismo o por persona interpuesta que obre en su nombre y con su consentimiento, pacte o reciba dádivas y recompensas por los actos correspondientes a sus atribuciones, aun cuando estos no contengan ilegalidad, injusticia ni infracción de sus deberes”.

²⁵ De hecho, el art. 779 del Proyecto disponía que: “Las demás faltas, omisiones y excesos que cometieren los funcionarios y empleados públicos en el desempeño de la autoridad, cargo, empleo o profesión pública que ejercieren, se castigarán conforme a las leyes y reglamentos particulares del ramo de administración pública o profesión en que se delinquire”.

pena, en caso de omisión de multa de doscientos a mil reales vellón y de suspensión de empleo y sueldo por uno a tres años”.

Pues bien, la inclusión de la cláusula típica “tengan noticia de ellos” lleva a considerar el presente precepto como el más similar, dentro del Proyecto de 1831, al actual art. 408 CP, en la medida en que se sancionaba el hecho de no dar cuenta inmediatamente a las autoridades de la comisión de un delito del que, si bien no había habido testimonio directo, se hubiera tenido conocimiento indirecto o referencial. Por consiguiente, tanto la omisión de persecución de los delitos como la de evitación de estos aparecían concentradas en un solo delito, a diferencia de lo que —en nuestra opinión y como desarrollaremos en el Capítulo III de la presente tesis doctoral— sucede en el Código penal actual (donde la primera se sitúa en el art. 408, frente a los arts. 412.3 y 450 CP, que recogen la dejación del deber de impedir la comisión de los delitos).

El círculo de sujetos activos del art. 513 del Proyecto era, por su parte, más restrictivo que el del art. 451 sexto CP 1822. Mientras que este último se aplicaba con respecto a cualesquiera funcionarios públicos que contaran, entre los deberes inherentes a su cargo, con el de perseguir, averiguar, prevenir, castigar los delitos, proceder contra sus responsables o ayudar de cualquier modo a la Administración de Justicia, el Proyecto de 1831 pretendía reducir el ámbito subjetivo del delito a los dependientes y ministros de justicia que se hallasen presentes o tuvieran noticia de la comisión de un delito.

En tercer lugar, el Proyecto de Código penal de 1834, de forma similar al Proyecto de 1830, no recogió ninguna figura que pudiera corresponderse con el actual art. 408 CP. Para empezar, el Proyecto no dedicó Título alguno a los delitos cometidos por funcionarios públicos contra la Administración Pública (de forma contraria al Código penal de 1822 y al Proyecto de Sainz de Andino de 1831). Algunas de las conductas de naturaleza prevaricadora que formaban parte del Capítulo I, Título VI del Código de 1822, se recogían aquí en el Título VIII, relativo a los “Delitos contra la Administración de Justicia”. No obstante, entre ninguna de ellas se contemplaba la omisión del deber de perseguir los delitos²⁶. Debe mencionarse, sin embargo, el art. 213 del Proyecto, ubicado precisamente en dicho Título VIII y que sancionaba con pena de suspensión de oficio por el término de seis a diez años el comportamiento del juez que “faltase a los trámites

²⁶ Siguiendo la línea del Proyecto de Código Criminal de 1831, el art. 209 Proyecto 1834 tipificaba “la parcialidad de los magistrados y jueces” y el art. 221, el *prevaricato* de aquellos abogados que fuesen descubiertos “defendiendo a dos partes contrarias en un mismo pleito”.

esenciales de una causa criminal con el objeto de eludir la disposición de una ley, salvando a un criminal o castigando a un inocente”. Si bien su texto era distinto al del art. 451 sexto CP 1822, es posible sostener que entre los “trámites esenciales” a los que podía faltar el juez se encontraba la propia apertura del proceso y práctica de las primeras diligencias, actividades encuadrables en la labor de persecución del delito cometido por un tercero.

Más adelante, en el Libro IV (“De la Administración de Justicia en lo criminal”), el art. 478 indicaba que “Los promotores fiscales estarán obligados a promover el procedimiento ante el Juez del partido, cuando por queja, delación o notoriedad llegue a su noticia la perpetración de un delito”, señalando a su vez el art. 526 que: “Siendo omiso el ministerio fiscal en el ejercicio de la acción pública sobre un delito de que haya resultado ofensa o daño privado, podrá el agraviado deducir su queja sobre ello ante el juez del partido y en el tribunal de provincia, si aquel no proveyese lo conveniente”. Como puede observarse, en ambos preceptos se invocaba la obligación de los promotores fiscales o del ministerio fiscal de perseguir los delitos. Incluso, en el art. 526 se configuraba una reacción legal frente a aquellos casos en los que no se ejercitase la acción pública cuando debiera hacerse, consistente en la posibilidad de aquel que hubiera resultado agraviado por un delito de deducir queja ante el juez. No obstante, más allá de esta consecuencia, no se establecía ninguna forma de responsabilidad penal para dichos funcionarios omitentes a lo largo del Proyecto.

IV. EL CÓDIGO PENAL DE 1848 Y LA EDICIÓN REFUNDIDA DE 1850

Con la promulgación del Código penal de 1848, el delito de omisión del deber de persecución delictiva adquirió tanto la estructura como los rasgos esenciales que se emplearían y reproducirían a partir de ese momento en sus distintas versiones plasmadas en los sucesivos códigos penales. El papel de dicho código en lo que al tipo penal aquí estudiado se refiere fue más que considerable, habida cuenta de que tales rasgos se mantendrían prácticamente inmutables hasta la promulgación del Código penal de 1995. De este modo, las palabras de BARBERO SANTOS, quien se refirió a la norma penal de 1848 como “un Código Penal cuya estructura, piedra angular de sus principios y gran parte de su contenido (...) pasa a los sucesivos”, tienen plena vigencia también en lo respectivo a este tipo penal²⁷.

²⁷ BARBERO SANTOS, M., *Política y Derecho Penal en España*, Tucur, Madrid, 1977, pág. 23.

El Código penal de 1848 reunió, en su Título VIII, los “Delitos de los empleados públicos en el ejercicio de su cargo”, perpetuando así la sistemática seguida por el Código precedente²⁸. También en lo que respectaba al delito de omisión del deber de perseguir delitos se mantuvo la decisión del Código penal de 1822 de caracterizarlo como un tipo específico de prevaricación administrativa. Efectivamente, el Capítulo I del mencionado Título (dedicado precisamente a la “prevaricación”) distinguía entre aquellas conductas de naturaleza prevaricadora cometidas por los funcionarios judiciales, los no judiciales y los abogados o procuradores. Dentro de las segundas, se incluía el art. 264 CP 1848, el cual rezaba así: “El empleado público que, fallando á las obligaciones de su oficio, dejare maliciosamente de promover la persecución y castigo de los delincuentes, incurrirá en la pena de inhabilitación perpetua especial”.

Puede apreciarse cómo el Código penal de 1848 se distanció del anterior al simplificar severamente el estilo de redacción, optando por diseñar tipos penales más breves y sencillos, así como menos casuísticos. La búsqueda de una mayor precisión se hizo patente en el hecho de que se castigase exclusivamente la dejación de promover la persecución y el castigo de los delincuentes, y no ya la prevención o evitación de los delitos²⁹ o, de forma aún más amplia —y tal y como sucedía en su antecesor normativo—, cualquier omisión de los deberes de cooperación con la Administración de Justicia. Además, en consecuencia, se acometió una primera delimitación típica del delito objeto de análisis frente a otros tipos penales distintos, necesaria en cuanto que unos y otros aparecían confundidos en la extensa regulación del art. 451 sexto CP 1822.

No obstante la mayor concreción de la conducta típica, cierta confusión era todavía apreciable, ya que el art. 264 CP 1848 equiparaba la omisión del deber de “promover la persecución de los delitos” con la de “castigar a los delincuentes”, a pesar de pertenecer dichas omisiones a momentos radicalmente opuestos del proceso judicial

²⁸ Fundamentales para una mayor comprensión del Código Penal de 1848, así como del contexto histórico en que fue producido, resultan: REVUELTA BENITO, R., “El Código Penal de 1848 y su gran comentarista Don Joaquín Francisco Pacheco”, en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, núm. 6, 1945, págs. 31-33; LASSO GAITE, J.F., *Crónica de la Codificación...cit.*; ANTÓN ONECA, J., “El Código penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco”, en *ADCP*, núm. 18, fasc. III, 1965, págs. 473-495; IÑESTA-PASTOR, E., *El Código Penal...cit.*

²⁹ No se encuentra, entre el Código Penal de 1848, un tipo penal que sancionase la omisión del deber de evitar la comisión de delitos cuya ejecución todavía no hubiera sido culminada. Por tanto, paradójicamente, el Código castigaba la omisión, por parte de los empleados públicos, de su deber de promover la persecución de los delitos, pero no de evitar su comisión. Además, como se expondrá al analizar la regulación del Código Penal de 1870, la jurisprudencia del Tribunal Supremo no incluía la omisión del deber de impedir delitos flagrantes dentro del tipo penal que nos ocupa.

que debe desplegarse tras la comisión de un delito. Mientras que la promoción de la persecución delictiva se situaría de forma previa y simultánea al inicio del proceso penal, el castigo de sus delincuentes supondría el cumplimiento de la obligación de hacer efectiva la ejecución de la sentencia condenatoria dictada una vez finalizado dicho proceso³⁰.

En relación con este último supuesto, se posibilitaba el planteamiento de problemas concursales con otros tipos penales recogidos por el Código de 1848. Así, el art. 269 CP 1848 castigaba a aquel “empleado público culpable de connivencia en la evasión de un preso cuya conducción o custodia le estuviere confiada”. Por otro lado, el art. 262 CP 1848 tipificaba el comportamiento del juez que “a sabiendas dictare sentencia definitiva manifiestamente injusta”, pudiendo dar lugar a este delito cuando la sentencia dictada fuere absolutoria e inapelable en causa por delito grave.

Con lo anterior ha querido ponerse de manifiesto que, en determinados preceptos, el Código penal de 1848 sancionaba la falta del castigo debido a los acusados por un delito. Es cierto que el tipo penal de prevaricación judicial (art. 262 CP 1848) tenía un carácter activo derivado del uso del verbo “dictare”, criterio que podía servir para diferenciar esta conducta de la omisión presente en el art. 264 CP 1848. Pero, pese a esto, nada obstaba a concebir la posibilidad de que la evasión de presos tuviera carácter omisivo en un caso concreto. Por tanto, el art. 264 CP 1848, en cuanto delito de omisión del deber de promover el castigo de los delincuentes, podía adquirir, por su menor gravedad en comparación con este último, un carácter subsidiario, pues aquel no solo venía castigado con la pena de inhabilitación especial perpetua, sino también con la impuesta al propio reo evadido rebajada en dos grados, *ex* art. 269.1 CP 1848.

Por sorprendente que pueda resultar, lo cierto es que la jurisprudencia, alcanzada la década de 1870, evidenció la falta de contenido práctico de esta modalidad típica relativa a la dejación del “castigo de los delincuentes”, poniendo de manifiesto que la misma no comportaba ninguna de estas problemáticas teóricas, por ser, en realidad, una cláusula sin significado directo o inmediato. Así pues, en todas las conductas enjuiciadas se atendía a supuestos en los que se había dejado de perseguir delitos, entendiéndose esto como la omisión, por parte del funcionario público, de la práctica de las diligencias

³⁰ Nótese que el actual art. 408 CP se refiere a la persecución de los delitos y de sus responsables y no al castigo de los segundos.

iniciales necesarias para la investigación de un delito y la apertura del consiguiente procedimiento penal³¹. De este modo, las conductas subsumidas dentro del tipo penal no consistían en supuestos en los que se hubiera condenado un delito y no se hubieran realizado las acciones necesarias para ejecutar el castigo derivado de la sentencia. Más bien, la expresión “castigo de los delitos” parecía tener una significación indirecta, pues en la medida en que se dejan de perseguir los delitos se obstaculiza o incluso se evita que estos sean eventualmente castigados.

La mayor concreción con la que el Código de 1848 dotó al presente tipo penal alcanzó también a la regulación del círculo de sujetos activos del mismo. Así, sujeto activo del precepto solo podía ser el funcionario público que tuviere la obligación, impuesta por su cargo, de perseguir los delitos y castigar a sus culpables. Como novedad respecto al Código penal anterior, el presente texto legal sí incluía un concepto jurídico-penal específico de lo que se entendía por “empleado público” en su art. 322, el cual disponía que “para los efectos de este Título se reputa empleado todo el que desempeña un cargo público, aunque no sea de Real nombramiento, ni reciba sueldo del Estado”. Dicha definición fue más tarde reproducida por el Código penal de 1850, en concreto, en su art. 331.

El sujeto activo del art. 264 CP 1848 debía fijarse, por consiguiente, mediante la remisión al mencionado art. 322 CP 1848 y a aquellas otras normas extrapenales que estableciesen que, entre las obligaciones inherentes al cargo público del empleado en cuestión, se hallaba la de promover la persecución y el castigo de los delincuentes³². En

³¹ Así, bajo el Código penal de 1870 se entendió que cometía este delito: el alcalde al que le fueron denunciados algunos hurtos de leñas y malezas y que no procedió a la práctica de diligencias en averiguación de aquellas sustracciones (STS 20 de abril de 1871); el alcalde que, habiendo tenido noticia de que había sido herido gravemente y posteriormente había fallecido un vecino de la localidad, no practicó ninguna diligencia para averiguar quiénes eran los autores del crimen (STS 21 de diciembre de 1872, núm. 702); el alcalde que, habiéndose cometido un delito de un hurto de leña, se limita a decretar su depósito, sin practicar ninguna diligencia (STS 21 de diciembre de 1872, núm. 704); el alcalde que deja de poner en conocimiento de la autoridad judicial la comisión de un delito de hurto, sin instruir diligencias ni atestado, devolviendo los efectos hurtados por sí mismo a sus dueños (STS 20 de octubre de 1877); el juez municipal que se niega a prestar el auxilio que le reclama hasta en dos ocasiones un alcalde pedáneo por la comisión de un delito de lesiones, llegando a encubrir a los autores del mismo (STS 9 de julio de 1879); el juez municipal que hace caso omiso de la presentación de una denuncia y se opone en cierto modo a la investigación que para investigar ciertas sustracciones de maderas intentaba llevar a cabo un alférez de la guardia civil (STS 30 de septiembre de 1884); el juez municipal que deja de promover la persecución de las faltas que se le denuncian, dando lugar a que estas prescriban (STS 8 de mayo de 1912).

³² Como bien resume GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A., *El Código Penal de 1870. Tomo IV*, Establecimiento Tipográfico de los Hijos de J.A. García, Madrid, 1903, pág. 115: “a una y otra clase de funcionarios, a los funcionarios judiciales y a los funcionarios administrativos, a los jueces y a los fiscales, a los gobernadores y a los alcaldes, a todo empleado que por su cargo tenga obligación de promover la

relación con dicho sujeto, DE VIZMANOS y ÁLVAREZ MARTÍNEZ apuntaron algunos de los supuestos posibles:

“El promotor fiscal que maliciosamente deje de denunciar un delito será prevaricador, porque falta a sabiendas a las obligaciones de su oficio; lo será del mismo modo el juez de primera instancia que con conocimiento de haberse cometido un crimen deje maliciosamente de practicar las diligencias necesarias para su persecución; lo será el agente de policía, el jefe de una fuerza militar encargado de la persecución de malhechores, que sabiendo dónde estos se encuentran, maliciosamente los deja que se fuguen, porque también estos funcionarios faltan a sabiendas a las obligaciones de su oficio, y esta omisión maliciosa es un crimen”³³.

Más resumidamente, DE CASTRO Y OROZCO y ORTIZ DE ZÚÑIGA aseveraron que era “aplicable mas principalmente al ministerio fiscal, á los agentes de seguridad pública, alcaldes y demás funcionarios que mas ó menos indirectamente tienen á su cargo la policía judicial”³⁴. Debía tenerse presente además el texto del art. 297 CP 1848, en el cual se hacían extensivas las penas señaladas en cualquier delito del Título VIII a los eclesiásticos que abusasen de la jurisdicción o autoridad que ejercieran.

En cuanto al ámbito típico subjetivo del precepto, el art. 264 CP 1848 requería que la omisión fuese maliciosa (así se derivaba del uso del adverbio “maliciosamente”) para poder afirmar su carácter delictivo. En el Código penal de 1822, el art. 451 sexto indicaba que cometían el delito los que omitiesen la conducta debida “de la propia forma”. Por remisión con los apartados anteriores del mismo precepto, la mencionada “propia forma” consistía en dejar de cumplir el deber funcional “a sabiendas”. A ello se le sumaba la enumeración algo superflua de las finalidades que debían perseguirse para colmar las exigencias del tipo a las que nos hemos referido *supra*. Sin embargo, el Código penal de

persecución y el castigo de los delincuentes, alcanza la sanción de este artículo si maliciosamente falta a uno u otro de esos deberes”. En el mismo sentido JARAMILLO GARCÍA, A., *Novísimo Código Penal cotejado y comentado con el de 1870. Vol. II*, Salamanca, 1929, pág. 123: “a todos estos funcionarios y a cuantos la legislación vigente otorgue la misma obligación, alude el precepto del artículo 421 del nuevo Código Penal, siendo condición precisa para que de los hechos que se declaren probados resulte determinante, con perfecta claridad, la obligación que por el funcionario público se quebrantó y la maliciosa intención con la que hubiese obrado”.

³³ DE VIZMANOS, T.M., ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C., *Comentarios al Código Penal*, Establecimiento Tipográfico de J. González y A. Vicente, Madrid, pág. 239.

³⁴ ORTIZ DE ZÚÑIGA, M., *Código Penal explicado para la común inteligencia y fácil aplicación de sus disposiciones*, Tomo II, Imprenta y Librería de Don Manuel Sanz, Granada, 1848, pág. 189.

1848 introdujo una fórmula típica más similar a la hoy consignada en el art. 408 CP³⁵, mientras que continuaba manteniendo la expresión “a sabiendas” para la prevaricación judicial del art. 262 y la de empleado público del art. 263. En el resto de las modalidades de prevaricación (con la excepción de la del art. 267), el Código empleaba igualmente el adverbio “maliciosamente”.

Aunque la expresión típica “maliciosamente” sería analizada profusamente por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la década de 1870 (con ocasión del Código penal que se promulgó ese mismo año), algunos miembros de la doctrina penalista se pronunciaron ya a partir de 1848 sobre su significado. En concreto, de nuevo, de CASTRO Y OROZCO y ORTIZ DE ZÚÑIGA, para los cuales la exigencia de malicia del hecho suponía la derogación consecuente de la doctrina general del art. 1 del Código, que reputaba siempre voluntarias las acciones u omisiones penadas por la ley. A su vez, continuaban advirtiéndolo que: “a quién corresponderá la prueba de esta malicia ó la existencia en su defecto de una ignorancia culpable, es cuestión que más detenidamente y en casos especiales podrá resolver la jurisprudencia. Por ahora basta con recordar, que el principio general de dicho art. 1º parece implícitamente derogado en la redacción casuística de estos artículos, y que según ella no debe suponerse la malicia, á no probarse directamente ó resultar de otro modo su existencia”³⁶.

Por consiguiente, si la malicia no resultaba probada, sino que el delito se cometía como resultado de cualquier descuido o ignorancia, los mencionados autores opinaban que debían regir las disposiciones generales del art. 304 CP 1848 o las disciplinarias consignadas en las leyes y reglamentos³⁷. En efecto, dicho precepto, el art. 304 CP 1848, establecía un tipo penal de recogida de todos aquellos abusos cometidos por un empleado público en el ejercicio de su cargo que no estuvieran penados especialmente en los capítulos del Título VIII.

Por último, en relación con la penalidad del art. 264 CP 1848, la misma consistía en la inhabilitación perpetua especial del empleado público condenado. Cabe señalar que esta clase de pena producía unos efectos legales u otros en función de si se aplicaba con respecto a un cargo público o a un oficio. Mientras que el art. 32 CP 1848 indicaba que,

³⁵ Consistente en el uso del adverbio “intencionadamente”.

³⁶ ORTIZ DE ZÚÑIGA, M., DE CASTRO Y OROZCO, J., *Código Penal explicado... cit.*, pág. 189.

³⁷ *Ídem*.

cuando se tratase de un cargo público, tales consecuencias serían “la privación del cargo ó empleo sobre que recae, y de los honores anejos” y “la incapacidad de obtener otros en la misma carrera”, el art. 38 disponía, para los oficios o profesiones, que dicha inhabilitación implicaría “la privación al penado perpetuamente de la facultad de ejercerlo”.

La distinción entre los efectos legales dispuestos en uno y otro precepto se traen a colación en la medida en la que, a pesar de que el Título VIII se rubricaba “Delitos de los empleados públicos en el ejercicio de su cargo”, el art. 264 CP 1848 tenía por sujeto activo al “empleado público que, fallando á las obligaciones de su oficio dejare maliciosamente de promover la persecución y castigo de los delincuentes”. Tal confusión terminológica debió de responder a un error del legislador, pues resulta evidente que la persecución de delitos por parte de empleados públicos tenía entonces, como tiene ahora, naturaleza de cargo público, no de oficio.

Para acabar, en lo que respecta al Código penal de 1850 (resultado de la conocida como “Edición Oficial Reformada”), este no introdujo novedad alguna frente a la regulación del art. 264 CP 1848. De este modo, más allá de pasar a figurar el delito de omisión del deber de persecución delictiva en el art. 271 CP 1850, la redacción y ubicación sistemática del precepto fue reproducida de forma idéntica en el nuevo texto refundido.

V. EL CÓDIGO PENAL DE 1870

La aprobación de la Constitución de 1869 obligó a reformar el Código penal con gran rapidez, persiguiéndose los objetivos consistentes en proteger penalmente la misma, tanto en la organización de los poderes políticos de la nación como en el reconocimiento de los derechos individuales y en humanizar el Código conforme a los ideales en materia penal procedentes de la Ilustración³⁸. Dentro del Código penal de 1870 se estableció el Título VII bajo la rúbrica: “De los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos”. A pesar de recibir igual denominación a la empleada por el Título VIII del Código de 1848 y de presentar análoga orientación y técnica al mismo³⁹, lo cierto es que el nuevo Código introdujo diferencias nada desdeñables que afectaron al contenido del

³⁸ ANTÓN ONECA, J., “El Código Penal de 1870”, en *ADCP*, Tomo 23, Fasc/Mes 2, 1970, págs. 229 y 237.

³⁹ NÚÑEZ BARBERO, R., *La reforma penal de 1870*, Universidad de Salamanca, 1969, pág. 57.

mencionado título, alejándolo del de su antecesor normativo. Así lo ilustra CASABÓ RUIZ, al afirmar que “gran importancia reviste la reforma de 1870 (...) pues introduce novedades que afectan tanto al contenido del Título, como a la propia estructura de los delitos en particular”⁴⁰.

En general, sin embargo, la introducción de tales novedades no afectó especialmente a la omisión del deber de perseguir delitos. Tal vez, dentro de las modificaciones legales operadas por el nuevo Código, la de mayor relevancia para el delito objeto de estudio fue la sustitución del concepto “empleado público” por el de “funcionario público”. Sustitución que no alcanzó, como habrá tenido ocasión de observarse, a la rúbrica del Título VII, pero que sí se predicó de los tipos penales concretos que contenía el mismo. Dicha modificación vino acompañada de la previsión de una definición del concepto “funcionario público”. De este modo, el art. 416 CP 1870 destacaba que: “Para los efectos de este título de los anteriores del presente libro se reputará funcionario público todo el que, por disposición inmediata de la ley, ó por elección popular ó por nombramiento de autoridad competente, participe del ejercicio de funciones públicas”.

Esta forma de definir al sujeto activo central del Título VII se caracterizaba por su mayor amplitud frente a la expresión “empleado público”, habida cuenta de que comprendía a todos aquellos que participasen en las funciones públicas, como puso de relieve GROIZARD⁴¹. Efectivamente, puede apreciarse la diferencia con la definición de “empleado público” brindada por el Código penal de 1850, correspondiente con: “todo el que desempeñe un cargo público, aunque no sea de Real Nombramiento ni reciba sueldo del estado” (art. 351). RUEDA NEIRA se refirió a esta cuestión en los siguientes términos:

“Deduce de la lectura de este artículo que la significación de las palabras funcionario público es latísima, puesto que se aplica no tan solo al que ejerza funciones públicas por derecho propio, por decirlo así; sino al que participe de dicho ejercicio, en poco ó en mucho, hasta por delegación. Es posible que, conforme á un estricto tecnicismo, no se pudiera calificar en rigor de funcionarios públicos a muchas de esas personas; pero ya la ley tuvo cuidado de valerse del verbo reputar, que como hemos visto en otras ocasiones, arguye una mayor latitud en el sentido jurídico de la definición que la que tendrían en otro

⁴⁰ CASABÓ RUIZ, J.R., “Introducción al estudio...”, *cit.*, pág. 184.

⁴¹ GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A., *El Código Penal...cit.*, pág. 75.

sentido las frases subsiguientes. Quiere, pues, decir la Ley que, para sus efectos, se consideran como funcionarios públicos todas las personas a quienes se refiere”⁴².

Continuando con la línea de los códigos precedentes, el delito de omisión del deber de persecución delictiva fue calificado como “prevaricación” y recogido en el Capítulo I del Título VII del presente texto punitivo. En particular, el art. 370 CP 1870 se redactó del siguiente modo: “El funcionario público, que, faltando a la obligación de su cargo, dejare maliciosamente de promover la persecución y castigo de los delincuentes, incurrirá en la pena de inhabilitación temporal especial en su grado máximo á inhabilitación perpétua especial”.

El mantenimiento de este precepto en el Código penal no fue objeto de cuestionamiento a nivel doctrinal. Por el contrario, PACHECO llegó a afirmar que “la ley es justa cuando extiende la idea de prevaricación a tales omisiones maliciosas, y cuando les impone la pena general de esta clase de delitos, la inhabilitación perpetua”⁴³. Refiriéndose más genéricamente al conjunto de supuestos tipificados como “prevaricación”, GONZÁLEZ Y SERRANO aseveró que “no hay Código alguno que no se ocupe extensamente de este ramo importante de la administración de justicia. Todas las leyes serán una letra muerta, si los encargados de aplicarlas no tienen moralidad a toda prueba, instrucción no común y una actividad infatigable”⁴⁴. Finalmente, BUENAVENTURA SELVA expresó que “el celo que se manifiesta en este capítulo por la buena administración de justicia y por el castigo de la prevaricación honra extraordinariamente, tanto á la comisión de Códigos que ya inició estas cuestiones en el capítulo primero del título 8º, y en sus artículos desde el 269 al 275 inclusive, como al actual reformador”⁴⁵.

En lo respectivo al círculo de sujetos activos del precepto, cabe destacar que, a la decisión de emplear el término “funcionarios” en lugar del de “empleados públicos”, se sumó la corrección de una imprecisión terminológica presente en el anterior Código penal. En concreto, el precepto pasó a sancionar penalmente el comportamiento del

⁴² RUEDA NEIRA, R.R., *Elementos de Derecho Penal: con arreglo al programa de esta asignatura en la Universidad de Santiago. Tomo II*, Santiago de Compostela, 1898, pág. 186.

⁴³ PACHECO, J.F., *El Código Penal Concordado y comentado, Tomo II...cit.*, pág. 407.

⁴⁴ GONZÁLEZ Y SERRANO, J., *Apéndice a los comentarios del Código Penal de Don Joaquín Francisco Pacheco ó sea el nuevo Código, comentadas las adiciones que contiene*, Imprenta y Fundición de M. Tello, Madrid, 1870, pág. 254.

⁴⁵ BUENAVENTURA SELVA, N., *Comentarios al Código Penal Reformado y planteado provisionalmente por Ley de 3 de junio de 1870*, Imprenta Española, Madrid, 1870, pág. 156.

funcionario público que dejase de perseguir y castigar los delitos “faltando a la obligación de su cargo”, abandonando así la mención al “oficio” que hacía el Código de 1848. Con ello, se eliminaban los problemas que ya pusimos de manifiesto al explicar la penalidad del art. 264 CP 1848, consistentes en la existencia de una previsión legal establecedora de diversos efectos inherentes a la pena de inhabilitación especial en función de si la misma afectaba a un oficio o a un cargo público, así como en el hecho de que el art. 264 CP 1848 prescribía que la omisión debía llevarse a cabo “fallando á las obligaciones de su oficio”, a pesar de ser la persecución de los delitos un claro ejemplo de obligación propia de un cargo público y de que la rúbrica del Título VIII de dicho Código aludía precisamente al “cargo público”.

Por lo que incumbía al resto de elementos típicos del precepto, solo se incorporaron cambios menores, hasta el punto de que, excepción hecha de la sustitución del verbo típico “fallando” por “faltando” (excepción que no implicó efecto alguno en el delito), la redacción del mismo se mantuvo igual. Pese a la falta de variedad introducida en la redacción del tipo penal, el elemento típico subjetivo “maliciosamente” sí comenzó a ser objeto de una mayor atención doctrinal y jurisprudencial.

En el ámbito doctrinal, en particular, cuatro fueron los autores que se pronunciaron directamente sobre el significado del mencionado adverbio. Mientras que para LANGLE RUBIO, “maliciosamente” se correspondía “con la intención perversa de que el delito quede impune”⁴⁶, GROIZARD manifestó mayores reticencias hacia el uso de dicho adverbio en el tipo penal del art. 370 CP 1870. En este sentido, el autor fue claro al expresar que: “nosotros no hubiéramos escrito la palabra maliciosamente, con faltar voluntariamente a la obligación de su oficio, dejando de perseguir o de castigar a los delincuentes, entendemos había motivo penal suficiente para exigir responsabilidad al funcionario. No alcanzamos bien las razones que pueda haber para no hacer al mismo tiempo fuente de imputabilidad en esta materia el dolo y la culpa, cuando la culpa es, lo mismo que el dolo, causa cierta de un daño social”⁴⁷. Compartiendo este mismo punto de vista, GÓMEZ DE LA

⁴⁶ LANGLE RUBIO, E., *Código Penal de 17 de junio de 1870. Reformado por las leyes dictadas posteriormente hasta el día. Anotado con indicaciones doctrinales, referencias aclaratorias y Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Adicionado con disposiciones penales complementarias*, Hijos de Reus, Madrid, 1915, pág. 418.

⁴⁷ GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A., *El Código Penal... cit.*, pág. 115. Es cierto, sin embargo, que el citado autor puso de manifiesto cómo el resultado de la inclusión de las figuras imprudentes podía acabar suponiendo, paradójicamente, la restricción en el ámbito de incriminación de las conductas imprudentes en

SERNA y MONTALBÁN adujeron que “este artículo nada habla del caso en que esta omisión proceda de negligencia ó de ignorancia inexcusables, y sólo podemos atribuir á olvido este silencio de la ley”⁴⁸.

La inquietud de los citados autores por castigar el tipo de omisión del deber de perseguir delitos cuando este viniera cometido de forma imprudente pudo haber sido acentuada en atención al hecho de que una de las novedades de mayor trascendencia operadas por el Código de 1870 fue la de incluir supuestos especiales de imprudencia entre los delitos de los empleados públicos, rompiendo con el principio unitario de imprudencia de los Códigos de 1848 y 1850⁴⁹. Sin embargo, y a pesar de que en el Título VII se incluyeron hasta cinco tipos penales castigados específicamente cuando se cometieren de forma imprudente, tal reforma no alcanzó al art. 370 CP 1870, lo cual, como ha podido comprobarse, no recibió una aceptación generalizada por parte de la doctrina⁵⁰.

Por su parte, en el ámbito jurisprudencial, resultó elogiable el esfuerzo invertido por el Tribunal Supremo a los efectos de fundamentar la presencia de “malicia” en la comisión del art. 370 CP 1870. En sus sentencias, pueden constatarse varios ejemplos en los que se descartó el carácter delictivo de hechos subsumidos en dicho tipo penal en primera instancia debido a que “este exige la omisión maliciosa y la sentencia no expresa hecho alguno que acredite el propósito especialmente malo del juez procesado, propósito de necesaria justificación cuando la ley lo exige como elemento sustancial y característico de un delito y de todo punto distinto de la voluntad libre de que nace la responsabilidad de las acciones” (STS de 21 de septiembre de 1882).

Pese a este empeño en no inferir la presencia de “malicia” de los hechos por considerar que constituía el requisito esencial de la prevaricación, lo cierto es que sí se apreciaba cierta confusión en torno a la concreción del significado de la misma. Es decir, el Tribunal Supremo no siempre interpretaba el adverbio “maliciosamente” en un sentido

estos delitos, por cuanto se exigían requisitos que no formaban parte de las fórmulas generales de la imprudencia (*ibidem*, pág. 101).

⁴⁸ GÓMEZ DE LA SERNA, P., MONTALBÁN, J.M., *Elementos del Derecho Civil y Penal...cit.*, pág. 291.

⁴⁹ CASABÓ RUIZ, J.R., “Introducción al estudio...”, *cit.*, pág. 185; VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., *Los delitos contra la Administración...cit.*, pág. 91.

⁵⁰ La reivindicación del castigo de esta omisión en modalidad imprudente no cesaría en el siglo XIX, sino que, como tendrá ocasión de comprobarse, perduró y se reflejó en algunos proyectos de Código penal que no llegarían a ver la luz. Nos estamos refiriendo a los proyectos de Código penal de 1980, 1992 y 1994.

unívoco. Ejemplo de esto lo proporcionan la STS de 20 de abril de 1871 y la STS de 20 de octubre de 1877. Mientras que en la primera se deduce la ausencia de “malicia” del hecho de que “no existe antecedente alguno del cual se pueda inferir que el alcalde tuviese interés en dejar impunes aquellos hurtos” (refiriéndose a los hurtos de leñas y malezas que se habían cometido en el municipio), en la sentencia de 1877 se razona:

“Que si el hecho fue ejecutado maliciosamente, como requiere la ley, y no por error, ignorancia, descuido u otras causas independientes de la intención de cometer un delito, según resulta de los datos consignados en la sentencia, donde aparece que comprendía perfectamente su deber cuando reunió a los perjudicados para indagar de ellos si trataban de perseguir criminalmente el hurto, y que por contestarle negativamente no instruyó diligencia alguna ni produjo al Juez municipal la debida denuncia, estos actos constituyen la indicada malicia que consiste en violar los preceptos legales manifiestamente y con pleno conocimiento de que se obra con infracción de los mismos”.

Como puede apreciarse, se interpreta aquí que la “malicia” consistía en “violiar los preceptos legales manifiestamente y con pleno conocimiento de que se obra con infracción de los mismos”. El pleno conocimiento de estar incumpliendo el deber de perseguir delitos se mencionaba, seguramente, con la finalidad de excluir aquellos supuestos en los que dicha infracción se basara en una simple falta de celo profesional en el ejercicio del cargo público (en este sentido: STS de 19 de junio de 1872). De hecho, con respecto a esta exclusión, PACHECO aseveró también que era necesario que “la falta sea a sabiendas, que sea maliciosa, que se cometa por algún efecto de la voluntad y no por yerro de la inteligencia o del juicio”⁵¹.

Esta segunda acepción de la “malicia” implicaba la exigencia de que el sujeto fuera plenamente consciente de estar faltando a los deberes de su cargo, independientemente de los motivos concretos que le llevasen a omitir el cumplimiento de su deber de persecución delictiva. Sin embargo, la primera de las sentencias mencionadas (STS de 20 de abril de 1871) centraba el foco de atención precisamente en dicha motivación y extraía la falta de “malicia” del hecho de no haber encontrado qué interés podía tener el alcalde condenado en dejar de perseguir el delito de hurto de leñas y maleza a fin de que este quedara impune.

⁵¹ PACHECO, J.F., *El Código Penal Concordado y comentado. Tomo II...cit.*, pág. 394.

En realidad, atendiendo al conjunto de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo bajo la vigencia del Código penal de 1870, salta a la vista que el interés que el funcionario pudiera tener en que el autor del delito cuya persecución se omitía quedase impune no era determinante, aunque sí reforzaba la convicción del tribunal acerca de que los hechos se habían cometido maliciosamente⁵². Así, en distintos fallos se castigaba la omisión del deber de perseguir delitos, aunque en ella no hubiera mediado ese especial interés en la impunidad del autor. Por ejemplo, en la STS núm. 702 de 21 de diciembre de 1872, la malicia se infirió de los hechos tras comprobar que el alcalde “se desentendió absolutamente de ejecutarlo bajo pretextos, inadmisibles, constituyéndose en un manifiesto abandono de sus deberes”. De igual modo, en la STS núm. 704 de 21 de diciembre de 1872, la malicia se dedujo del hecho de que el procesado omitió el cumplimiento de su deber de persecución delictiva “desoyendo las reclamaciones que le dirigían los interesados para que procediese”.

El art. 370 CP 1870 señalaba, en cuanto a su penalidad, que el omitente incurriría “en la pena de inhabilitación temporal especial en su grado máximo á inhabilitación perpétua especial”⁵³. En este punto, sí se produjo un cambio significativo con respecto al art. 264 del anterior Código penal, el cual rezaba que la pena sería en todo caso la de inhabilitación perpetua especial. Por este motivo, la STS núm. 702 de 21 de diciembre de 1872, afirmó que la pena prevista en el Código penal de 1870 era “mucho más beneficiosa al procesado que la señalada en el art. 271 del Código de 1850, vigente en la época de la comisión del delito”.

La incorporación de un marco penal abstracto al precepto debe valorarse positivamente, en la medida en que permitió que la pena se fijase con mayor atención al respeto de los principios de lesividad y proporcionalidad, adecuándola en función de la gravedad de la lesión ocasionada al bien jurídico protegido. Por el contrario, la pena de inhabilitación del Código de 1848, al ser única (inhabilitación especial perpetua)

⁵² Así, en la STS 30 de septiembre de 1884 el Tribunal Supremo afirmó tajantemente la presencia de la malicia “porque el no practicar inmediatamente diligencia alguna al mismo fin justifica sin género alguno de duda que obraba intencionalmente y de mala fe, ya que según estima probado el tribunal sentenciador tenía interés en que no se registrara su artefacto o fábrica de aserrar maderas, de donde sigilosamente se arrojaron al agua varias que no tenían el marco oficial y eran de dudosa procedencia: por lo que el tribunal sentenciador ajustándose a este criterio jurídico”.

⁵³ De acuerdo con la “tabla demostrativa de la duración de las penas divisibles y del tiempo que abraza cada uno de sus grados” del Código penal de 1870, el grado máximo, en la pena de inhabilitación especial comprendía un tiempo situado entre los 10 años y un día y los 12 años.

castigaba todos los posibles casos de omisión del deber de perseguir delitos de la misma forma. De ello se desprendía, a nuestro parecer, la consideración de que lo castigado por el Código de 1848 era la mera infracción de un deber funcional por el sujeto activo, sin relación con un bien jurídico concreto. Solo así podía entenderse que, sin importar la gravedad de la lesión propiciada al bien jurídico, se castigase todo supuesto real con el mismo rigor. Podía entenderse, por consiguiente, que la sola presencia de antijuridicidad formal era suficiente, hasta el Código de 1870, para la verificación del tipo que nos ocupa. Al fin y al cabo, solo cuando la antijuridicidad es meramente formal no resulta posible graduar la gravedad del delito, pues únicamente puede afirmarse su presencia o ausencia (la relación de contradicción entre hecho y derecho únicamente se da o no se da)⁵⁴.

VI. PROYECTOS DE CÓDIGO PENAL POSTERIORES AL CÓDIGO DE 1870

El Código penal de 1870 tuvo una vigencia extraordinariamente larga, pues pese a todos los cambios políticos, sociales y económicos que experimentó el país desde 1848⁵⁵, no sería sustituido por otro código distinto hasta el año 1928. Transcurridos pocos años desde su entrada en vigor, comenzaron a proponerse nuevos proyectos de Código penal a las Cortes a fin de que adecuasen el código vigente a la Constitución, lo reformasen o incluso lo reemplazasen por otro distinto.

Pues bien, en este apartado se seleccionarán únicamente aquellos proyectos de Código penal de este periodo histórico que o bien incidieron en el tipo de omisión del deber de perseguir delitos, o bien trataron de realizar alguna modificación⁵⁶ sobre el mismo, recogido entonces en el art. 370 CP 1870. A fin de cuentas, como expresó ANTÓN ONECA, dichos proyectos: “tenían por objeto, más que abrir paso a las nuevas ideas de la ciencia penal, perfeccionar el Código de 1870, purificándolo de los defectos nacidos de la precipitación. Es lástima que no encontraran aprobación los muy acertados de Alonso

⁵⁴ MIR PUIG, S., *Derecho Penal Parte General*, Reppertor, Barcelona, 2016, pág. 175.

⁵⁵ Tal y como pone de manifiesto LASSO GAITE, J.F., *Crónica de la Codificación...cit.*, pág. 778: “el Código Penal de 1870 fue aprobado como Ley provisional el 18 de junio, con el propósito, muy anunciado por el Ministro Montero Ríos, de ser corregido en otoño con la experiencia de su aplicación —por eso le tildó Silvela de Código de Verano— y así estuvo vigente hasta el Código de 1928”.

⁵⁶ El Proyecto de Código penal presentado por el ministerio Bugallal (1880), aunque sí hizo referencia al tipo penal objeto de estudio, previéndolo en su art. 375, no introdujo en él, sin embargo, cambio alguno con respecto a su redacción en el Código penal de 1870. No obstante, en este apartado se ha querido limitar el objeto de análisis a aquellos proyectos que no solo previeron el tipo penal de omisión del deber de perseguir delitos, sino que pretendieron implementar cambios en su regulación.

Martínez, o el más conocido de Silvela. Pero merecen un estudio aparte en cuanto han influido en nuestros códigos y leyes penales posteriores”⁵⁷.

Antes de referirnos a los mencionados proyectos, es menester detenerse en el llamado “Código penal de Don Carlos VII”, el cual no buscaba reformar el Código de 1870, sino promulgar una ley que garantizase el “nuevo orden” de la monarquía carlista, reaccionaria y teocrática. A pesar del talante absolutista que lo inspiró, el llamado Código penal de Don Carlos VII (1875) no pasó de ser, en puridad, más que el mismo Código de 1850, pero con determinadas modificaciones de carácter político⁵⁸. Tales modificaciones, sin embargo, no alcanzaron a afectar al delito de omisión del deber de persecución delictiva (situado en su art. 263)⁵⁹, salvo en lo concerniente a que se retomaba, en sede de su penalidad, la imposición de la inhabilitación especial perpetua como pena única y no graduable.

Entrando ya a estudiar aquellos proyectos que se compusieron para reformar o sustituir al Código penal de 1870, cabe señalar que tampoco el Proyecto de Bugallal (1880), a pesar de regular el presente tipo penal, incorporó cambio alguno a su texto, ubicación sistemática o penalidad (art. 375)⁶⁰.

De mayor interés resulta el Proyecto de Alonso Martínez (1882), que dedicó su Título VII a regular “Los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos”, manteniendo inmutable la rúbrica del Código cuya reforma se pretendía. En lo demás, sin embargo, sí se buscó introducir múltiples y sustanciales cambios sobre el contenido de los tipos penales recogidos en el mencionado título. La propia Exposición de Motivos así lo anunciaba al proclamar que: “pasando ahora al título que trata de los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos son bastante numerosas las modificaciones o reformas que se han hecho en la mayoría de los trece capítulos que comprende el respectivo título”.

⁵⁷ ANTÓN ONECA, J., “El Código Penal de 1870...”, *cit.*, pág. 251.

⁵⁸ JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho Penal. Tomo I*, Losada, Buenos Aires, 1889, págs. 768-769.

⁵⁹ Art. 263 Código penal de Don Carlos VII: “El empleado público que faltando á las obligaciones de su oficio dejare maliciosamente de promover la persecución y castigo de los delincuentes, incurrirá en la pena de inhabilitación especial perpétua”.

⁶⁰ Art. 375 Proyecto Bugallal: “El funcionario público que, faltando a la obligación de su cargo, dejare maliciosamente de promover la persecución y castigo de los delincuentes, incurrirá en la pena de inhabilitación especial temporal en su grado máximo á inhabilitación especial perpétua”.

No obstante, la misma Exposición admitía también que, salvo algunas alteraciones específicas, “redúcense las demás modificaciones a (...) prever hechos omitidos, o a distinguir algunos que, aun siendo de la misma índole, deben diferenciarse entre sí para los efectos de la penalidad, por circunstancias especiales dignas de ser tenidas en cuenta, que es lo que realmente se hizo al variar más o menos la redacción de los artículos 366, 372, 400 y 404”. Entre los preceptos recién citados se incluía, precisamente, el tipo penal objeto de análisis, regulado en el art. 372 del Proyecto y cuyo texto pasó a ser el siguiente:

“El funcionario público que, faltando á la obligación de su cargo, deje maliciosamente de promover la persecución y castigo de los delitos, incurrirá en la pena de inhabilitación especial de nueve años y un día a la perpetua, cuando el delito que debiere ser objeto de la persecución fuere grave y, con la de inhabilitación especial de tres años y un día á nueve si el delito fuere menos grave. El funcionario público que, faltando á las obligaciones de su cargo, deje maliciosamente de promover la persecución y castigo de las faltas, incurrirá en la pena de inhabilitación especial de un mes a seis años”.

Como puede apreciarse, la conducta típica continuó definiéndose de la misma forma que en el art. 370 CP 1870. Es decir, más allá de conjugarse el verbo típico en presente del indicativo (“deje”, y ya no “dejaré”) y de omitir la referencia a los “delincuentes” sustituyéndola por la de “los delitos”, lo cierto es que las modificaciones que buscó realizar el Proyecto de Alonso Martínez sobre este tipo se limitaron a su penalidad. De la lectura del precepto puede extraerse cómo se pretendió escalonar la pena asignada al mismo en función de la gravedad del delito dejado de perseguir por el funcionario público. Las penas eran, en todo caso, de inhabilitación especial y se estructuraban del siguiente modo: si el delito dejado de perseguir era grave, la pena oscilaba entre los nueve años y un día a la perpetua, si era menos grave, la pena oscilaba entre los tres años y un día a nueve años y, finalmente, si se trataba de una falta, el marco se situaba entre el mes y los seis años.

Por el momento, no es nuestro objetivo el de pronunciarnos acerca de la conveniencia técnico-jurídica de optar por un criterio de escalonamiento de penas que atienda a la gravedad del delito omiso de perseguir como el propuesto en el Proyecto de Alonso Martínez. Tal comentario se producirá en sede del análisis de la tipicidad objetiva del mismo. No obstante, sí apuntaremos que tras esta propuesta parecía subyacer una preocupación acerca del respeto al principio de proporcionalidad en lo que al presente tipo penal se refería. Así, solo cuando los delitos dejados de perseguir fuesen graves se

entendía justificable la imposición de una pena más severa como era la de inhabilitación especial entre los nueve años y un día hasta la perpetua.

Cabe destacar, además, que en este Proyecto de Código penal se incluyó un tipo de recogida, creado a imagen y semejanza del previsto en el art. 304 CP 1848⁶¹. Efectivamente, el art. 418 especificaba que: “el funcionario público que en el ejercicio de su cargo cometiere algún abuso de índole parecida a los que quedan expresados en los capítulos precedentes, que no esté especialmente penado en ellos, causando algún daño o perjuicio, incurrirá en la pena de inhabilitación especial de un mes a tres años y multa de 150 a 1.500 pesetas, si el daño no fuera apreciable; y con la misma pena de inhabilitación especial y multa del 20 al 50 por 100 de su valor, cuando fuere apreciable”⁶².

Asimismo, el Proyecto de Alonso Martínez introdujo un tipo penal inédito en los códigos anteriores, el cual habría planteado, de llegar a ver la luz, problemas concursales con el tipo de omisión del deber de perseguir delitos. Se está haciendo aquí referencia al art. 370, precepto en el que se prescribía lo siguiente:

“Los funcionarios del ministerio fiscal que prevaricaren, formulando a sabiendas pretensiones injustas, ó faltando maliciosamente de cualquier modo á las obligaciones de su cargo, si por consecuencia de su conducta fuese irrogado, en uno ó en otro caso, algún perjuicio al estado ó á un tercero, incurrirán en la pena de inhabilitación especial de nueve años y un día a perpetua. Podrán los tribunales rebajar de uno a tres grados la pena, cuando por la poca importancia del asunto y del perjuicio irrogado en su caso, conceptuaren procedente la minoración de la responsabilidad”.

Pues bien, la conducta típica consistente en prevaricar “faltando maliciosamente de cualquier modo á las obligaciones de su cargo” integraba, dentro de su más amplia redacción, la conducta de dejar de promover la persecución y el castigo de los delitos del art. 372 Proyecto 1882. Si bien el art. 370 Proyecto 1882 exigía que se irrogase algún perjuicio al Estado o a un tercero, este requisito debía predicarse de todos aquellos casos en los que la función omitida fuese la de perseguir los delitos, pues, o bien se perjudicaba

⁶¹ Véase, *supra*, pág. 80.

⁶² A pesar de que, en líneas generales, puede decirse que el Código penal de 1928 hizo caso omiso de las propuestas que integraron los distintos proyectos de Código penal a los que nos estamos refiriendo, en lo respectivo al mencionado tipo de recogida sí se tuvo en cuenta el sentido del Proyecto de Alonso Martínez (1882), pues, como explica VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., *Los delitos contra la Administración...cit.*, pág. 92, el Código recuperó la cláusula general de punición de las “infracciones de los deberes del cargo, no comprendidas en otras disposiciones de este Código, o de leyes especiales”, que no sobreviviría en el Código de 1932.

al propio ofendido del delito al no atender su denuncia o, bien, en todo caso, al Estado al no procurar el correcto funcionamiento de la administración de su justicia. Teniendo en cuenta que los funcionarios del ministerio fiscal podían ser sujetos activos de este último, se producía aquí una concurrencia entre tipos penales.

La penalidad asignada al art. 370 Proyecto 1882 coincidía con la del art. 372 Proyecto 1882 para aquellos supuestos en los que el delito dejado de perseguir fuera grave, condicionándose la misma, como ya se ha indicado, a que se causase algún perjuicio al Estado o a un tercero. Aunque ello podría hacer pensar que la regulación se mostraba más severa con la comisión de este delito cuando el sujeto activo fuese un miembro del ministerio fiscal, lo cierto es que la rebaja penológica de hasta tres grados que el art. 370 autorizaba hacía posible la imposición de penas más benignas que la contemplada por el art. 372 (la cual consistía en una pena de inhabilitación especial de un mes a seis años).

A continuación, nos referiremos al Proyecto del Ministro Francisco Silvela (1884), el cual incluyó, en su Título V los “Delitos cometidos por los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos, y por los particulares con infracción de los deberes impuestos a los mismos en interés público”. En su Capítulo I, relativo a la “Prevaricación”, el art. 309 castigaba la omisión del deber de perseguir los delitos. La redacción de este precepto era idéntica a la empleada en el Proyecto de 1882 (art. 372) en lo relativo a la descripción de la conducta típica, pues se sancionaba también el comportamiento del “funcionario público que, faltando a la obligación de su cargo, deje maliciosamente de promover la persecución y castigo de los delitos”.

Sin embargo, por lo que respectaba a las penas y aunque se mantuvo el criterio de escalonar las mismas en función de la gravedad de los delitos dejados de perseguir, lo cierto es que estas ya no consistieron solamente en la inhabilitación especial del funcionario público. En realidad, el Proyecto pretendió introducir la pena de prisión (de seis meses y un día a cuatro años) junto con la de inhabilitación especial, en lugar de imponer exclusivamente esta última. En concreto, se disponía que: “Incurrirá en la pena de prisión de seis meses y un día a cuatro años y además en la de inhabilitación especial de ocho años y un día á perpetua, cuando el delito que debiere ser objeto de la persecución fuere grave y en la de inhabilitación especial de cuatro años y un día á diez si el delito fuere menos grave. El funcionario público que, faltando á las obligaciones de su cargo,

deje maliciosamente de promover la persecución y castigo de las faltas, incurrirá en la pena de inhabilitación especial de dos á seis años”.

Se buscaba, en consecuencia, agravar significativamente la penalidad del tipo para aquellos casos en los que el delito dejado de perseguir fuera grave. Ello debido a que el Código penal entonces vigente, el de 1870, no preveía la imposición de pena de prisión alguna en su art. 370. Recuérdese que en dicho precepto se establecía una pena de inhabilitación temporal especial en su grado máximo a inhabilitación perpetua especial. Sin embargo, en el resto de los supuestos contemplados por el Proyecto de Silvela, esto es, en los delitos menos graves y las faltas, sucedía lo contrario, pues solo se contemplaba una pena de inhabilitación especial inferior, con respecto a ambas clases de delito, a la pena prevista por el Código penal de 1870⁶³.

Analizaremos ahora el Proyecto del Ministro Juan Montilla Adán (1902) que destinó su Título IV al castigo de aquellos “Delitos cometidos por los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos, y por los particulares con infracción de los deberes impuestos á los mismos en interés público”. De nuevo, en su Capítulo I (“Prevaricación”) se tipificaba la omisión del deber de promover la persecución de los delitos. El tipo penal, ubicado en el art. 265 del Proyecto, presentaba una redacción prácticamente idéntica a la empleada por el proyecto anterior⁶⁴. Al igual que en el de 1884, las modificaciones introducidas por este proyecto se limitaron a afectar a la penalidad del delito, no a su conducta típica. Se mantuvo así la intención de aparejar pena de prisión al tipo cuando el sujeto activo omitiese la persecución de delitos graves y de imponer exclusivamente penas de inhabilitación especial cuando se tratase de delitos menos graves y faltas.

El último en pronunciarse sobre el delito aquí estudiado fue el Nuevo Anteproyecto del Código penal dictado por la Comisión General de Codificación (1920). Particularidad del mismo, y así se anunciaba en su base 33ª, es que se previó la

⁶³ Es menester señalar, además, que el presente proyecto, de forma novedosa, elevó el encubrimiento a la categoría de delito autónomo (art. 327), delimitando el modelo de redacción que este tipo penal alcanzaría en el texto punitivo de 1928.

⁶⁴ En concreto, el art. 265 Proyecto del Ministro Juan Montilla Adán (1902) rezaba así: “El funcionario público que, faltando á la obligación de su cargo, deje maliciosamente de promover la persecución y castigo de los delitos, incurrirá en la pena de prisión y además en la de inhabilitación especial temporal ó perpetua, cuando el delito que debiere ser objeto de persecución fuere grave, y en la de inhabilitación especial hasta diez años si el delito fuere menos grave. El funcionario público que, faltando á las obligaciones de su cargo, deje maliciosamente de promover la persecución y castigo de las faltas, incurrirá en la pena de inhabilitación especial hasta seis años”.

introducción de un Título de delitos contra la Administración de Justicia, innovación que no había sido incluida en ninguno de los códigos anteriores y que no vería la luz hasta la aprobación del siguiente código, el cual hizo realidad esta pretensión. Referirse a la mencionada novedad es necesario por cuanto el delito de omisión del deber de promover la persecución delictiva no se incluyó en el Título VI relativo a los “Delitos contra la Administración Pública, cometidos por funcionarios de la misma”, sino, precisamente, en el Título VIII correspondiente a los “Delitos especiales para la Administración de Justicia”.

A pesar de modificarse la ubicación sistemática del precepto, lo cierto es que la conducta que aquí interesa siguió concibiéndose como de naturaleza prevaricadora pues, de hecho, también el delito de prevaricación administrativa pasó a ubicarse entre los delitos contra la Administración de Justicia (Capítulo II, Título VIII del Anteproyecto). Dentro de la doctrina penalista, FERRER SAMA se había pronunciado a favor de trasladar el delito de prevaricación (incluyendo su modalidad específica de omitir el deber de persecución delictiva) a aquel Título relativo a los delitos contra la Administración de Justicia, aduciendo las siguientes razones: “aunque la rúbrica legal nada indique sobre el bien jurídico lesionado por este delito, y pese a que las modalidades típicas queden situadas al margen del Título IV, es indudable que tal bien jurídico no es otro sino la Administración de Justicia, si bien junto a tal lesión se apreciará en la mayoría de los casos un perjuicio para intereses particulares, lo cual acontece también en la mayoría de los delitos sancionados en el título IV”⁶⁵.

Por lo demás, el delito aquí analizado se previó en el art. 400 del Anteproyecto, cuya regulación se diferenciaba de la del recién examinado Proyecto de Montilla Adán (1902) tan solo en materia de su penalidad:

“El funcionario público que, faltando a la obligación de su cargo, deje maliciosamente de promover la persecución y castigo de los delitos de acción pública, incurrirá en la pena de seis meses a cuatro años de prisión, y además en inhabilitación especial de ocho años a treinta cuando el delito que debiere ser objeto de persecución fuere grave, y en la de inhabilitación especial de cuatro a diez años si el delito fuere menos grave. El funcionario público que, faltando a la obligación de su cargo, deje de promover la persecución y

⁶⁵ FERRER SAMA, A., *Comentarios al Código Penal. Tomo IV*, Sucesores de Nogués, Murcia, 1948, pág. 61.

castigo de faltas de acción pública, incurrirá en la pena de inhabilitación especial de dos a cuatro años”.

Aunque también en el Anteproyecto de 1920 se pretendían graduar las penas en función de la gravedad del delito dejado de perseguir y se introducían penas de prisión (y no solo de inhabilitación especial), la principal peculiaridad del mismo fue la limitación del presente tipo penal a la omisión del deber de perseguir los delitos públicos, excluyendo de su ámbito típico los delitos semipúblicos y privados. Esta reforma parecía perseguir la coordinación del Código penal con la Ley de Enjuiciamiento Criminal y, en concreto, con aquellos de sus preceptos orientados a imponer un deber de denuncia de la comisión de delitos, bien a los particulares, bien a los empleados públicos. Así, tanto en sus arts. 259 LECrim como 262 LECrim se alude a dicho deber siempre y cuando los delitos cometidos sean públicos. Por ahora omitiremos realizar un comentario acerca del sentido de cohesionar ambas normas (la procesal y la penal), pues esta cuestión será tratada en sede de la tipicidad objetiva del delito aquí analizado.

VII. EL CÓDIGO PENAL DE 1928

Con la instauración de la Dictadura de Primo de Rivera se impuso la promulgación del Código penal de 1928. Puede apreciarse cómo, en su práctica totalidad, el presente Código mantuvo la redacción que el texto punitivo precedente otorgaba al tipo de omisión del deber de perseguir delitos. Ello permite comprobar cómo las propuestas implementadas en los proyectos de Código penal que se acaban de enumerar fueron obviadas en cuanto al mencionado tipo penal se refería. Es decir, continuaron sin escalonarse las penas en función de la gravedad del delito, ni tampoco se limitó su ámbito típico a la persecución de delitos estrictamente públicos, estableciéndose todavía un marco penal abstracto único independientemente de dichos factores. Asimismo, la pena de prisión siguió sin tener cabida en el precepto, el cual asignaba todavía una pena de inhabilitación especial a la conducta omisiva, tal y como se había hecho en los códigos penales de 1848 y 1870.

Esta vez, el delito que nos ocupa se recogió en el art. 421 del Título V dedicado a la punición de los “Delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos y otros análogos” y, más concretamente, en su Capítulo I, de nuevo referido a la “Prevaricación”. El tenor de dicho precepto era el siguiente: “El funcionario público que, faltando a deberes de su cargo, dejare maliciosamente de procurar la persecución y castigo

de los delincuentes, incurrirá en la pena de inhabilitación especial de ocho años a treinta”. A la vista de dicha redacción, puede constatarse, por un lado, la incorporación de una serie de cambios de tipo terminológico:

En primer lugar, la rúbrica del Título V pasó a referirse a los “funcionarios públicos”, adaptándose así, por fin, al contenido de los tipos penales recogidos bajo el mencionado título. Recuérdese que el Código penal de 1870 había comenzado a emplear la denominación de “funcionarios públicos” en detrimento de la utilizada hasta ese momento: “empleados públicos”. A pesar de dicho cambio, la rúbrica del título en cuestión siguió aludiendo a los “empleados públicos”. Por tanto, no fue hasta el Código penal de 1928 que se produjo el necesario ajuste entre la rúbrica del Título V y su contenido. Además, la noción de “funcionario público”, que hasta ese momento se ubicaba en el propio título relativo a los delitos en el ejercicio del cargo, se vio desplazada al Libro I, en el que pasó a recibir un tratamiento conjunto con las recién creadas de “autoridad” y “agente de la autoridad”⁶⁶. En segundo lugar, al prescribir que el funcionario debía cometer el delito “faltando a deberes de su cargo”, se eliminaba el término “obligaciones” por el de “deberes”. Fue esta una decisión terminológica que no se mantiene en la regulación actual, la cual vuelve a referirse a “la obligación de su cargo” (art. 408 CP). En tercer lugar, se sustituyó el verbo típico “procurar” por el de “promover”. Pudiendo ambos considerarse sinónimos, es el último (el adoptado por el Código penal de 1928) el que a partir de ese momento sería adoptado en los sucesivos códigos penales al regular el presente tipo penal.

Estos dos últimos cambios fueron, como se ha indicado, meramente terminológicos y no conllevaron alteración alguna en la interpretación jurisdiccional del tipo penal. Dicho de otro modo, en la práctica, la introducción de estas variaciones no implicó ningún cambio real en el sentido o la extensión del tipo penal.

Por otro lado, una modificación más significativa se llevó a cabo con respecto a la pena asignada al delito, la cual vino integrada por la inhabilitación especial de los ocho a los treinta años. Se produjo así, en este Código, una rebaja penológica en comparación con la versión legislativa anterior, formada por un marco penal abstracto que oscilaba entre la pena de inhabilitación especial perpetua a la temporal en su grado máximo (siendo esta última de 10 años y un día a 12 años). La rebaja penológica no solo consistió en fijar

⁶⁶ VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., *Los delitos contra la Administración...cit.*, pág. 92.

un límite máximo inferior (pues la inhabilitación perpetua fue sustituida por la de 30 años), sino también en habilitar un límite mínimo menor al de los 10 años de la legislación previa, estableciendo, en su lugar, uno de 8.

La disminución de la gravedad otorgada a este tipo penal resulta especialmente llamativa si se atiende a la severidad penológica que en general se predicó del Código de 1928. Dicha severidad mereció el reproche de un amplio sector de la doctrina penalista. En particular, las siguientes palabras de JIMÉNEZ DE ASÚA nos permiten comprobar tal extremo: “el Cuerpo legal histórico se motejó de cruel con harto motivo, pero el Código de la Dictadura lo aventajó en severidades (...) Los mismos que clamábamos por la reforma del Código penal, alegando razones filosóficas y humanitarias, tuvimos que lamentar luego que se lo sustituyese por esa ley de más dudosa orientación y de más pureza punitiva”⁶⁷.

Por último, una novedad relevante dentro del Código penal de 1928 fue la previsión, por vez primera, de un título de delitos contra la Administración de Justicia, el cual, aun cuando no afectó de modo directo al contenido referente a los funcionarios públicos, abrió un camino nuevo que acabaría alcanzándole⁶⁸. Mención especial merece, dentro de dicho Título, la creación de un delito autónomo de encubrimiento, que se tipificó en el art. 513. Con dicha previsión se inauguró una problemática concursal entre el nuevo tipo penal y el delito omisión del deber de perseguir delitos que continúa, en cierta medida, hasta nuestros días, por cuanto el texto del primero se redactaba de forma difícilmente distinguible del del segundo. En concreto, el art. 513 párrafo segundo CP 1928 indicaba que: “Será castigado con la pena señalada en el párrafo anterior y, además, con la inhabilitación absoluta de seis a veinte años el funcionario público que faltando a las obligaciones de su cargo y teniendo noticia de la perpetración de cualquier delito, albergare o proporcionare la fuga a los reos, ocultare o inutilizare el cuerpo, los efectos o instrumentos del delito o consintiere que otro lo haga. Esta pena se impondrá sea o no habitual el encubridor”.

Las conductas sancionadas en el tipo penal de encubrimiento se podían englobar dentro del más amplio “dejare de promover la persecución de un delito”, presente en el tipo de omisión del deber de perseguir delitos, aunque presentaban dos características

⁶⁷ JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho...cit.*, pág. 777.

⁶⁸ CASABÓ RUIZ, J.R., “Introducción al estudio...”, *cit.*, pág. 188.

particulares: primero, su mayor concreción, dado que en el fondo constituían supuestos específicos de dejación maliciosa del deber de perseguir los delitos; y segundo, la mayor gravedad con que venían comprendidas en el Código, pues se les adjudicaba una pena de inhabilitación absoluta de seis a veinte años además de una pena de seis meses a tres años de reclusión y multa de 2000 a 10.000 pesetas, salvo que el delito que se tratase de encubrir estuviera castigado con penas inferiores, en cuyo caso las que se impusieran privativas de libertad no podían exceder de aquellas.

Además, lejos del significado atribuido al adverbio “maliciosamente” por la interpretación jurisprudencial del Tribunal Supremo —en virtud de la cual la malicia exigida no se contraía al mayor o menor interés que pudiera tener el funcionario en la impunidad de los delitos cuya persecución y castigo omitiese, sino al conocimiento de que obraba contra el deber que el cargo le imponía en orden a dicha persecución y castigo (STS de 20 de octubre de 1877)—, en las conductas específicas delimitadas como “encubrimiento” sí parecía inferirse la presencia de ese específico ánimo o intención de proteger al autor del delito encubierto, evitando que fuera identificado o aprehendido por la Administración de Justicia.

De esta forma, si el concreto ánimo de encubrir no era concebido jurisprudencialmente como necesario para colmar las exigencias típicas del delito de omisión del deber de perseguir delitos —aunque sí servía para reforzar la convicción del juzgador acerca de la concurrencia de la malicia exigida por el mismo—, podría entenderse que el delito de encubrimiento se articuló a través de conductas específicas de dejación de dicho deber, con la particularidad de que en ellas parecía presumirse la malicia, siendo inherente a las mismas por su mayor concreción y gravedad.

La gravedad y concreción de las conductas definidas como “encubrimiento” hacen pensar que el legislador pretendía que cualquier dejación del deber de promover la persecución de los delitos fuese castigada por vía del art. 421 CP 1928, salvo que adoptase la forma de los comportamientos del art. 513 CP 1928. Otra posibilidad era que, dado que el encubrimiento hacía referencia a comportamientos activos, el art. 421 CP 1928 se dedicase exclusivamente a sancionar las omisivas, aunque tal diferente carácter activo o pasivo no parece ser motivo suficiente para explicar la enorme diferencia penológica que existía entre ambos tipos penales. Para acabar, cabe señalar que, a diferencia del párrafo

primero del tipo penal de encubrimiento⁶⁹, la “habitualidad” quedaba descartada como requisito típico. Con ello, se nublaban aún más las fronteras entre la omisión del deber de perseguir delitos y el encubrimiento.

VIII. EL CÓDIGO PENAL DE 1932

Al advenimiento de la II República le siguió la derogación del texto punitivo de 1928 y la aprobación de un nuevo Código penal en el año 1932. A pesar del trascendente cambio de régimen político operado en el estado español, lo cierto es que el Código no fue muy novedoso en lo que al tipo penal aquí estudiado se refiere. Más bien, mantuvo idéntica estructura y contenido al de 1928, lo que no es de extrañar si se atiende a la siguiente reflexión de LÓPEZ-REY, quien explicó cómo el Código de 1932 “no es un Código nuevo, sino el existente, con las reformas más imperiosas que nuestra Constitución y el viejo texto de aquél exigían”⁷⁰.

Así, en el Código de 1932, la omisión del deber de perseguir delitos fue recogida en el Título VIII. Nuevamente, dicho título era el destinado por el legislador a ubicar sistemáticamente los “Delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos”. También se seguía considerando a este tipo penal como una modalidad específica de prevaricación que podía ser cometida por cualquier funcionario (administrativo o judicial) que contase, entre las obligaciones inherentes a su cargo, con la de perseguir los delitos y castigar a sus culpables. En consecuencia, la redacción dada al mismo, previsto en el art. 384 CP 1932, fue la siguiente: “El funcionario público que, faltando a la obligación de su cargo, dejare maliciosamente de promover la persecución y castigo de los delincuentes, incurrirá en la pena de inhabilitación especial”.

Como se habrá constatado, la conducta tipificada fue descrita de igual modo que en su antecesor normativo, con la salvedad terminológica de que se regresó al verbo típico empleado por el Código penal de 1870 (“promover”), abandonando así el del Código penal de 1928 (“procurar”). No obstante, tal sustitución no tuvo impacto práctico alguno, por cuanto la jurisprudencia hizo caso omiso de la misma, al entender, muy

⁶⁹ Art. 513, párrafo primero, CP 1928: “Los, que habitualmente se dedicaren a ocultar o inutilizar el cuerpo, los efectos o los instrumentos de los delitos, o a albergar, ocultar o proporcionar la fuga a los delincuentes, serán castigados con la pena de seis meses a tres años de reclusión y multa de 2.000 a 10.000 pesetas, salvo que el delito que se trate de encubrir esté castigado con penas inferiores, en cuyo caso las que se impongan privativas de libertad no excederán de aquéllas”.

⁷⁰ LÓPEZ REY Y ARROJO, M., *La reforma del Código Penal español*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1932, pág. 7.

probablemente, que ambos verbos eran sinónimos y que el empleo de uno u otro no suponía la introducción de ningún cambio en el contenido del tipo penal.

Más reseñable es, sin lugar a duda, la rebaja penológica que sufrió el delito, pues se asignó al art. 384 CP 1932 una pena de inhabilitación especial. Al contrario de lo sucedido en los dos códigos penales anteriores a este (el de 1870 y el de 1928), en el de 1932 la duración de sus penas se reguló en preceptos comunes a todos los delitos y ubicados, por tanto, en su Libro I (que contenía la parte general del mismo). Precisamente, su art. 30 imponía un marco penal abstracto de seis años y un día a doce años para la inhabilitación absoluta e inhabilitación especial. Además, destacable fue, para terminar, la eliminación del delito de encubrimiento, creado, como vimos, por el Código penal de 1928 y, junto a la misma, también la de los problemas concursales que presentaba en su relación con el tipo penal aquí analizado.

IX. PROYECTOS DE CÓDIGO PENAL PREVIOS AL FRANQUISTA Y CÓDIGO PENAL DE 1944

Con carácter previo a la aprobación del Código penal de 1944, fueron redactados dos proyectos de Código penal que pretendían adaptar la legalidad penal al ideario franquista y que, finalmente, no llegaron a ser aprobados, a saber: el Anteproyecto de Código penal de 1938 de F.E.T. y de las J.O.N.S y el Proyecto de Código penal de 1939. A pesar de que el primero propuso alteraciones significativas en los principios penales liberales (como la derogación del principio de legalidad penal), su parte especial sorprende por las escasas novedades introducidas en comparación con el texto de 1932 que le sirvió de base. Por consiguiente, los planteamientos revolucionarios plasmados en su Libro I no alcanzaron demasiada importancia en lo respectivo a la delimitación de las conductas delictivas concretas, que no dejaron de suponer la práctica reproducción del código entonces vigente⁷¹.

En particular, en materia del delito de omisión del deber de persecución delictiva (art. 338 Anteproyecto), no se alteró en nada su regulación, que continuó siendo idéntica a la del Código penal de 1932. Del mismo modo sucedió con el Proyecto de Código penal

⁷¹ CASABÓ RUIZ J.R., *El Anteproyecto de Código Penal de 1938 de F.E.T y de las J.O.N.S.*, Universidad de Murcia, 1978, pág. 28.

de 1939, el cual mantuvo también el texto de dicho Código en lo que al tipo penal aquí analizado se refería, pasando a ser regulado en el art. 324⁷².

Por su parte, y con respecto al Código penal de 1944, se afirma con razón que este constituyó “un duro código dirigido a proteger exacerbadamente las retrógradas ideas políticas, religiosas y sociales de una determinada clase social”⁷³. Sin embargo, en lo que a la materia aquí estudiada concierne, el Código de 1944 fue conservador de la tradición jurídica plasmada en el anterior (el cual, a su vez, lo había sido con la redacción dada al delito de omisión del deber de promover la persecución delictiva por el de 1848⁷⁴). Prueba de ello es que el Título VII continuó teniendo por rúbrica “De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos”, así como que el art. 359 CP 1944 fue enunciado de forma idéntica al art. 384 CP 1932.

Así, el art. 359 CP 1944 sancionaba al “funcionario público que, faltando a la obligación de su cargo, dejare maliciosamente de promover la persecución y castigo de los delincuentes”, proclamando que incurriría en la pena de inhabilitación especial. Ningún cambio sufrieron el sujeto activo, la conducta típica y el carácter prevaricador del tipo penal de omisión del deber de perseguir delitos. Igualmente, tal idéntica redacción a la que se viene haciendo referencia se predicó no solo del supuesto de hecho de la norma penal sino también de la consecuencia jurídica aparejada al mismo.

Como resultado, a pesar de que el Código de 1944 se caracterizó por su severidad penológica en el sentido de que, con carácter general, se elevaron las penas de los distintos

⁷² No es de extrañar la total ausencia de variaciones introducidas en este delito, pues en el Preámbulo del Proyecto, el propio legislador admitió que: “no es un Código nuevo, con orientaciones modernas, sino una reforma provisional “para adaptar la legislación vigente en el campo de la justicia criminal al régimen político del Nuevo Estado y a las necesidades sociales del momento presente, mientras se prepara una reforma honda”.

⁷³ BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, L., RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L., *Códigos Penales españoles. Recopilación y concordancias. Vol. II*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2022, pág. 1264.

⁷⁴ A tal efecto dispone QUINTERO OLIVARES, G., *Curso de Derecho Penal Parte General*, Cedecs, Barcelona, 1996, pág. 218: “el Código Penal de 1944 es fundamentalmente el Código Penal del régimen anterior. Ello no obsta a que técnicamente ese Código recogiera lo esencial del Código de 1870 (...) Ciertamente, el Gobierno del General Franco también sintió la necesidad de disponer de un sistema penal acomodado a sus propósitos políticos; pero no se planteó nunca la tarea de alumbrar un Código realmente “nuevo”, desechando incluso el Proyecto elaborado por la Falange española. La razón reside simplemente en que el franquismo no tenía a la sazón inquietudes jurídicas o político-criminales tal como hoy las entendemos, sino meramente perseguía la represión de la disidencia política (...)”. Efectivamente, el Preámbulo del Decreto de 23 de diciembre de 1944 que publicó el Código Penal de dicho año admitió que este no era “una obra nueva”, calificándolo como una mera “edición renovada o actualizada de nuestro viejo Cuerpo de Leyes Penales que, en su sistema fundamental y en muchas de sus definiciones y reglas, data del Código promulgado en 19 de marzo de 1848.

delitos en él recogidos, la omisión del deber de perseguir delitos no se vio afectada por dicha tendencia punitivista. Por el contrario, la pena consistió, al igual que en el código precedente, en la inhabilitación especial para empleo o cargo público. También la duración de dicha inhabilitación coincidía con la fijada por el código anterior, por cuanto, en el art. 384 CP 1932, el marco penal abstracto se situaba entre los seis años y un día y los doce años. Reaccionando contra la penalidad asignada al precepto e inaugurando una tendencia que se mantiene hasta el día de hoy, autores como NÚÑEZ DE CEPEDA⁷⁵, QUINTANO RIPOLLÉS⁷⁶ o PUIG PEÑA⁷⁷ no dudaron en criticar la extremada “benignidad” de la misma.

Aun así, es digna de mencionar la ampliación que la jurisprudencia del Tribunal Supremo emitida bajo la vigencia del Código penal de 1944 produjo con respecto al círculo de sujetos activos del presente tipo penal. En concreto, nos referimos al cambio doctrinal impulsado en torno a la admisión de los — entonces denominados— secretarios judiciales (actualmente conocidos como Letrados al Servicio de la Administración de Justicia) en el ámbito típico del precepto. Pues bien, inicialmente, la STS de 21 de junio de 1909 había rechazado taxativamente que los secretarios judiciales pudieran ser sujetos activos del tipo de omisión del deber de perseguir delitos⁷⁸.

No obstante, esta decisión sufrió un giro radical al establecerse en la STS de 14 de junio de 1951 que: “aunque sus funciones sean auxiliaorias, son imprescindibles y necesarias en toda la actuación judicial para, mediante la fe del funcionario que la ostenta, imprimir fuerza de obligar a lo que la Autoridad Judicial acuerde o dispone; y, por tanto, si la presencia y firma de Secretario es necesaria para la validez del acuerdo judicial, es

⁷⁵ NÚÑEZ DE CEPEDA, H., *1870-Código Penal-1932*, Litografía e imprenta Roel, La Coruña, 1932, págs. 283-284. El mencionado autor se refirió, al apuntar críticamente tal benignidad penológica, al conjunto de delitos de prevaricación, y no solo a la modalidad específica consistente en omitir la persecución de los delitos: “aunque el diapasón de la pena baja en el artículo 365, y se sostiene un tanto en el 366, es lástima que el común denominador de todas esas penas no sea la inhabilitación absoluta, duplicada en cuanto al tiempo de duración”.

⁷⁶ QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Curso de Derecho Penal II*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, pág. 557.

⁷⁷ PUIG PEÑA, F., *Derecho Penal (Parte Especial). Tomo II*, Ibder-Amer, Barcelona, 1988, pág. 300.

⁷⁸ STS de 21 de junio de 1909: “considerando que para la exacta aplicación del art. 370 del Código Penal es condición precisa que de los hechos que se declaran probados resulte determinada, con perfecta claridad, la obligación que por el funcionario público se quebrantó (...); y como (...) ni entre las que taxativamente prescriben las leyes a los secretarios como auxiliares de los juzgados se encuentra comprendida la a que se refiere el citado art. 370, es evidente la procedencia del recurso interpuesto, por haberse aplicado con desacierto el indicado precepto legal y no ser punibles los hechos que se declaran probados”.

inconcuso reside en el mismo la obligación de dar cuenta a la Autoridad, a la que presta sus servicios, de todo hecho punible que llegue a su conocimiento para su persecución y castigo”⁷⁹. Asimismo, la señalada extensión hermenéutica alcanzó también a todos aquellos funcionarios de la Fiscalía de Tasas que no pusieran hechos penados en conocimiento del fiscal correspondiente (STS de 26 de enero de 1954), e incluso a los auxiliares de Secretaría Judicial (STS de 9 de octubre de 1969)⁸⁰.

Para acabar, cabe indicar que en lo que al delito de omisión del deber de perseguir delitos se refirió, tanto el Texto revisado de 1963 como el Texto refundido de 1973 reprodujeron la regulación contenida en el Código penal de 1944 de forma literal y tal y como ha sido descrita anteriormente.

X. PROYECTOS DE CÓDIGO PENAL NACIDOS EN EL PERIODO DE TRANSICIÓN DEMOCRÁTICA

A finales del siglo XX, la muerte del dictador Francisco Franco y el consiguiente inicio de un periodo de restauración democrática impulsaron la tarea de aprobar un nuevo Código penal, a fin de adaptarlo a las exigencias de la transición política de un régimen totalitario a otro democrático y a la evolución social que ello ha propiciado⁸¹. El propio legislador así lo expresó en el Preámbulo del Proyecto de Código penal de 1980 al señalar que:

⁷⁹ Se trataba de un caso en el que, según afirmaba el texto de la propia STS de 14 de junio de 1951: “incurre en el delito que define y sanciona el artículo 359 del Código Penal el Secretario Judicial que oculta lo que se tramaba al haberse llegado a un acuerdo entre denunciante y denunciado e indica a aquél el procedimiento malicioso a seguir para encubrir o destruir el hecho delictivo de daños que se perseguía, consistente en redactar un documento en que aparecieran vendidos por un hijo de dicho denunciante los chopos dañados o talados por el denunciante, poniendo a tal documento fecha anterior a la denuncia; pues con voluntad maliciosa dejó de promover la persecución y castigo de un hecho punible, al faltar a su deber de dar cuenta de ello a la Autoridad Judicial a quien servía”. De igual forma, se acordaría la responsabilidad de un secretario judicial por el delito del art. 359 CP 1944 en la STS de 30 de marzo de 1964.

⁸⁰ El razonamiento empleado en esta última sentencia es similar al de la STS de 14 de junio de 1951, en la medida en que también se entiende que: “en cuanto al extremo de no corresponder a este procesado la función de promover persecución y castigo de los delincuentes, es de hacer notar que si ello correspondía al juez en primer lugar también correspondía en este caso a los funcionarios del Juzgado, que con sus correspondientes cometidos auxiliaban al Juez por ministerio de Ley, pudiendo entenderse como una delegación en tal sentido de las facultades del juez a sus auxiliares, por confiar este funcionario en su calidad de tal, de la natural colaboración de todos los funcionarios en el caso del procesado de que aquí se trata, imposibilitaban o dificultaban la labor de la autoridad judicial para ejercer sus funciones de persecución y castigo de los delincuentes, sin que pueda decirse que ello entraña una extensión del tipo penal del artículo 359, puesto que hay en la doctrina de esta sala antecedentes jurisprudenciales por lo que se considera responsables del delito de prevaricación a funcionarios cuyos actos determinantes de sus deberes propios, constituyen delito”.

⁸¹ MIR PUIG, S., *Derecho Penal...cit.*, pág. 55.

“El Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre, es una versión parcialmente modificada del Código de 1944, y éste, a su vez, como advirtió el propio legislador en el preámbulo del decreto que lo promulgó, no era una obra nueva, “sino solo una edición renovada o actualizada de nuestro viejo cuerpo de leyes penales que, en su sistema fundamental y en muchas de sus definiciones y reglas, data del Código promulgado el 19 de marzo de 1848. Y otro tanto cabe decir de los Códigos reformados de 1870 y 1932. Sería una injusticia histórica restar méritos a aquel viejo cuerpo de leyes penales, pero es preciso reconocer que su sistema fundamental no responde a las exigencias sociales, políticas y técnico-jurídicas de hoy”.

Sin embargo, hasta alcanzar la promulgación del Código penal de 1995, vigente en la actualidad, se propondrían varios Proyectos de Código penal que no llegarían a ver la luz. Pese a ello, consideramos necesario estudiar la redacción que estos distintos textos penales otorgaron al tipo penal de omisión del deber de perseguir delitos, habida cuenta de que todos ellos coincidieron en introducir ciertas modificaciones en el mismo que, sorprendentemente, serían después ignoradas en su mayoría por el llamado “Código de la democracia”. Máxime cuando algunas de esas variaciones recogieron ciertas propuestas doctrinales de gran calado.

Como punto de partida, se promovió la aprobación del Proyecto de Código penal de 1980. El primer gran cambio emprendido por el presente proyecto con respecto al delito que nos ocupa se refirió a su ubicación sistemática. El Proyecto de 1980 lo situó dentro del Título XI, entre los “Delitos contra la Administración de Justicia”. Se pretendía romper así con la que hasta el momento había sido (y continúa siendo) la ubicación tradicional del precepto, correspondiente entonces al título de los delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos y actualmente al de los delitos contra la Administración Pública.

A pesar de que el Nuevo Anteproyecto del Código penal de 1920 al que nos hemos referido *supra* había ya tratado de acometer este cambio de ubicación sistemática, el Proyecto de 1980 fue más allá todavía, pues de forma completamente inédita aspiró a la ruptura de su tradicional caracterización como prevaricación administrativa. Esta tentativa de reforma legislativa resulta especialmente relevante, por cuanto su contenido pasaría a formar parte luego del Código penal de 1995. Por tanto, aunque el Código de 1995 mantendría a la omisión del deber de perseguir delitos como parte del Título XIX, relativo a los “Delitos contra la Administración Pública” (sucesor de los títulos en los que

hasta ese momento había sido recogido el precepto) sí eliminó su naturaleza prevaricadora. Es decir, pese a que el delito aquí analizado no se ubicó entre los delitos contra la Administración de Justicia, tal y como planteaba el Proyecto de 1980, sí se siguió la pauta marcada por este de configurarlo como un tipo penal autónomo, distinto en su esencia al de prevaricación administrativa.

En concreto, el delito formó parte del Capítulo I de dicho Título, a saber: “De la omisión de los deberes de impedir los delitos o de promover su persecución”. De este modo, dos conductas típicas omisivas relacionadas con los deberes públicos de evitación y persecución de los delitos eran reguladas conjuntamente, dentro de un mismo capítulo, siendo contempladas, sin embargo, como sustancialmente distintas entre sí.

Comenzando por el tipo penal objeto de análisis, este se preveía en el art. 495 del Proyecto y en él se sancionaba al “funcionario público que, faltando a la obligación de su cargo, dejare intencionadamente de promover la persecución de los delitos de que tuviere noticia, o de sus culpables” con las penas de multa de doce a veinticuatro meses y suspensión de tres a seis años, excepción hecha de que la omisión se debiera a negligencia, en cuyo caso la pena sería la de suspensión de seis meses a dos años.

Junto a la configuración del delito que nos ocupa como un tipo penal autónomo, distinto del de prevaricación, únicamente dos de las restantes modificaciones llevadas a cabo por este Proyecto serían observadas en el texto punitivo de 1995. En primer lugar, se substituyó el adverbio “maliciosamente”, por el de “intencionadamente”, decisión que fue duramente criticada por RODRÍGUEZ DEVESA, quien denunció la superflua mención del dolo en que incurrieron muchos preceptos del Proyecto así como la “innecesaria y variopinta terminología que depararía, de prosperar, graves quebraderos a los encargados de la interpretación y aplicación de la ley”, advirtiendo que “estas alusiones específicas al dolo tenían antes por objeto proclamar la voluntad del legislador de que no se castigarían las formas culposas, mas en el Proyecto carecen de sentido”⁸². Esta última manifestación se debía a que el art. 17 del Proyecto de 1980 había establecido el principio de *numerus clausus* en relación con la imprudencia, en virtud del cual las acciones culposas sólo se castigarían “cuando expresamente lo disponga la ley”.

⁸² RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., “Inobservancia de los principios básicos y reglas establecidos en la parte general del proyecto de 1980 en su parte especial, con otros defectos sobresalientes de esta”, en *ADCP*, núm. 33 (2), 1980, pág. 343.

Asimismo, se añade aquí que el uso del adverbio “intencionadamente” resultaba todavía más problemático si se tiene en cuenta que el tipo penal sancionaba la conducta cometida de forma negligente. En consecuencia, si con el empleo de este se pretendía circunscribir la tipicidad subjetiva del delito a los casos de dolo directo, con exclusión del eventual⁸³, se habría generado el absurdo de castigar la omisión del deber de perseguir delitos cometida bajo dolo directo e imprudencia, pero no mediante dolo eventual.

En segundo lugar, el verbo típico dejó de consistir en “promover la persecución y el castigo de los culpables” y pasó a referirse a “promover la persecución de los delitos de que tuviere noticia, o de sus culpables”. Este cambio en el vocabulario empleado por el Proyecto de 1980 no era baladí, pues recuérdese que la fórmula vigente referida a la omisión del deber de promover el “castigo de los culpables”, no reflejaba el verdadero contenido típico del delito, tal y como este se venía interpretando por doctrina y jurisprudencia. En realidad, como ya hemos indicado *supra*, solo se consideraban comprendidos dentro de este tipo penal aquellas omisiones en virtud de las cuales no se practicasen las primeras diligencias de investigación de los delitos y de apertura del correspondiente procedimiento una vez se hubiera tenido noticia de la comisión de los mismos por un tercero.

Probablemente debido a la mayor adecuación a la esencia del tipo por parte de los términos empleados por el Proyecto de 1980, el Código de 1995 se haría eco de esta alteración, manteniéndola en el art. 408 CP. A pesar de ello, el mantenimiento, por parte del mencionado proyecto, de la referencia a los “culpables” constituía todavía una imprecisión técnica, cuestionable desde el punto de vista del principio de presunción de inocencia, pues suponía anticipar tal calificación a los momentos iniciales de persecución delictiva.

En lo concerniente a aquellos aspectos que no serían reproducidos por el Código penal de 1995, cabe destacar que el Proyecto de 1980 hizo gala de una relativa severidad al castigar de forma inédita la comisión imprudente del tipo que nos ocupa, separándose nuevamente de la tradición imperante hasta ese momento, la cual había consistido en que la simple falta de celo del funcionario público no era considerada suficiente para integrar

⁸³ Tal y como se tratará a su debido tiempo (concretamente *infra*, en el Capítulo Quinto de la presente tesis doctoral), la interpretación del adverbio “intencionadamente” tanto por la doctrina como por la jurisprudencia mayoritarias ha tendido a la exclusión del dolo eventual del ámbito típico del precepto. De ahí que se incluya la observación referida.

este delito (entre otras, es el caso de las SSTs de 19 junio de 1872, y de 18 de marzo de 1942)⁸⁴.

Asimismo, las penas de multa y de suspensión anunciadas en el proyecto tampoco alcanzarían al Código actualmente vigente, que acabaría optando por la conservación de una pena de inhabilitación especial de empleo o cargo público, en la línea seguida por todos los Códigos Penales previos a él. Puede apreciarse así cómo, en su mayoría, los distintos proyectos de Código penal que se sucedieron a lo largo de los siglos XIX y XX trataron de asignar penas más gravosas al delito de omisión del deber de persecución delictiva (en concreto, se pretendía principalmente la fijación de una pena de prisión⁸⁵, acompañando a la de inhabilitación especial). En ambos casos, ello pudo haberse debido al hecho de que la pena de inhabilitación especial era, en general, considerada como demasiado benigna por la doctrina y, por consiguiente, como ineficaz para la represión de este tipo de conductas.

La Propuesta de Anteproyecto de Código penal de 1983 se caracterizó por seguir el ejemplo marcado por el Proyecto de 1980 en la regulación del tipo de omisión del deber de perseguir delitos, recogido esta vez en el art. 422 y ubicado todavía entre los “Delitos contra la Administración de Justicia”, y junto con la omisión del deber de impedir delitos (Capítulo I, Título XVII). Su texto indicaba así: “1. La autoridad o funcionario público que, faltando a la obligación de su cargo, dejare intencionadamente de promover la persecución de los delitos de que tuviere noticia o de sus responsabilidades, incurrirá en la pena de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación para el cargo de tres a seis años. 2. Si la omisión del deber de persecución se debiera a negligencia inexcusable, la pena será la de inhabilitación para el cargo de seis meses a dos años”.

El sujeto activo del delito pasó a centrarse en las autoridades, no solo ya en los funcionarios públicos. La mención de tales autoridades resultaba superflua, por cuanto

⁸⁴ Llegados a este punto, es menester recordar las palabras de RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., “Inobservancia de los principios...”, *cit.*, pág. 343, acerca de que “las formas culposas no se presentan limpiamente, sino que resuena en ellas la vieja terminología, complicada con la vieja clasificación romana de la culpa en lata, leve y levisima”. El citado autor quería subrayar el uso del término “negligencia” en el art. 495 Proyecto 1980, en contraste con el empleo de otros distintos en los restantes preceptos, tales como “culpa leve” (art. 667 Proyecto 1980), “imprudencia” (art. 309 Proyecto 1980), ignorancia inexcusable (art. 501 Proyecto 1980) o “abandono” (art. 513 Proyecto 1980).

⁸⁵ Así pudo comprobarse *supra* en lo respectivo al Proyecto del Ministro Francisco Silvela (1884), el Proyecto del Ministro Juan Montilla Adán (1902) y el Nuevo Anteproyecto del Código penal por la comisión general de codificación (1920).

estas no eran (y no son) sino una clase de funcionarios públicos, de forma que ya se veían comprendidas anteriormente en el precepto, el cual se venía aplicando por la jurisprudencia indistintamente a unos y otros sujetos activos. La decisión de nombrarlas explícitamente en el círculo de sujetos activos del precepto pudo haberse debido al hecho de que tanto el Código penal de 1870 (art. 277), de 1932 (art. 270), de 1928 (art. 213), así como el de 1944 (art. 119) recogían una definición de lo que se consideraba como “autoridad pública”. Se habría buscado así disipar dudas acerca de su inclusión en el tipo penal de omisión del deber de perseguir delitos, aunque, como se ha aclarado, tales dudas no habían tenido reflejo realmente en la práctica del precepto.

En cuanto a la penalidad, la Propuesta de Anteproyecto atribuyó una mayor dureza al delito en comparación con el Proyecto de 1980 (que establecía una pena de multa y otra de suspensión de cargo público) y con el Código de 1944 (que fijaba una pena de inhabilitación especial), en la medida en la que se mantenía la imposición de una pena de multa y se acompañaba la misma de una pena de inhabilitación especial. No obstante, pese a que continuó tipificándose la modalidad imprudente de la presente omisión, tal y como hacía el Proyecto de 1980, la Propuesta mostró una mayor benignidad en este extremo, al perseguir exclusivamente la cometida bajo negligencia inexcusable.

A continuación, sentando las bases que más tarde imitaría el Código penal de 1995, el Proyecto de nuevo Código penal de 1992 ubicó la omisión del deber de perseguir delitos en el Título destinado a los “Delitos contra la Administración Pública”. Tal decisión no era novedosa, sino más bien conservadora de la tradición normativa preexistente hasta el momento⁸⁶. Sin embargo, pese a situarse todavía al tipo penal en dicho título, se delimitó de manera autónoma y separada de la prevaricación. Mientras que la prevaricación encontró cabida en el Capítulo I del Proyecto, fue en el II en el que se previó la regulación del “abandono de destino y de la omisión del deber de perseguir delitos”.

⁸⁶ LUZÓN PEÑA, D.M., “El Anteproyecto de CP 1992: observaciones de urgencia”, en *Jueces para la Democracia*, núm. 14, 1991, pág. 50, explica que el esquema del presente Proyecto: “coincide en líneas muy generales con el de los anteriores proyectos de CP postconstitucionales, concretamente con el Proyecto de 1980 (P 1980) y con la propuesta de Anteproyecto de 1983 (AP 1983), introduciendo modificaciones a partir de este último texto. Por tanto, buena parte de su orientación y estructura global no es nada original, sino que repite y confirma los grandes rasgos del eje central del sistema penal español ya trazados en los proyectos anteriores y algunas de las reformas recientes del vigente CP (que en ocasiones se han inspirado en los proyectos), aunque introduce bastantes modificaciones en cuestiones concretas”.

Esta propuesta no respondía, sin embargo, a la existencia previa de una reflexión doctrinal o jurisprudencial concreta acerca de la conveniencia de distanciar a este delito de la prevaricación. Si bien es cierto, que algunos autores habían considerado demasiado “vago” el concepto de prevaricación mantenido hasta ese momento por los códigos penales españoles. Entre ellos se contaba MUÑOZ CONDE, quien aseveró que: “el capítulo I del Título VII contiene bajo el nombre “De la prevaricación” una pluralidad de tipos delictivos de difícil reducción a un denominador común. El mismo significado lingüístico de prevaricación es excesivamente vago, por cuanto sólo indica un quebrantamiento voluntario de las obligaciones contraídas que, en el fondo, se da en todos los delitos de funcionarios públicos”⁸⁷.

En este sentido, la apreciación más bien extendida entre la doctrina de que el delito de prevaricación era definido, desde el Código penal de 1822, de forma excesivamente amplia habría llevado al legislador a buscar la reducción de su contenido, pasando a castigar la omisión del deber de perseguir delitos de forma separada⁸⁸. Por lo demás, la redacción del delito, en el art. 380 Proyecto 1992, fue harto similar a la de los dos que lo antecedieron: “La autoridad o funcionario público que, faltando a la obligación de su

⁸⁷ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal Parte Especial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1985, pág. 690.

⁸⁸ Así, a título de ejemplo, GARCÍA Y SORIANO CASTILLO, R., *La reforma del Código Penal español*, Tipografía de Cayetano González, Ávila, 1896, pág. 311, apunta que la regulación penal de la prevaricación no logra más que “espigar en la superficie, recoger lo de más bulto, atender a los actos reveladores de mayor perversión, dejando envueltos en formulas vagas los que en la intención maliciosa pueda disfrazarse de negligencia excusable, o tomar porte de hecho meramente casual o desgraciado”. Ello respondería, en su opinión, a que, para que dentro del orden penal tuviera esta materia un desarrollo conveniente, “sería preciso que, en el campo puramente administrativo, se definieran mucho menor que lo están los deberes y obligaciones de los funcionarios de cada clase; se fijará su situación, se señalarán sus garantías, y de esta suerte realizada previamente tan preciosa labor, resultaría luego factible ir determinando las responsabilidades. También, QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Compendio de Derecho Penal. Vol. II*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, pág. 162, afirmó que, en la terminología española, el concepto de prevaricación es mucho más amplio que en la alemana pues viene referido “no a faltar conscientemente a los deberes que impone el ejercicio del cargo, como suele decirse, sino a los específicos implicando una decisión, ya que existen en el mismo Título VII y en las ilicitudes administrativas numerosísimas infracciones de deber que no son prevaricaciones”. Asimismo, el mismo autor en sus *Comentarios al Código Penal. Vol. II*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1946, pág. 694, advirtió acerca de que “tan dispares y heterogéneas son las figuras delictivas encuadradas arbitrariamente en el Título, solo emparentadas, y no siempre, por la consideración subjetiva y formal de la condición oficial del agente, que no cabe ejercitar un análisis en conjunto de su naturaleza. Por lo que a la prevaricación respecta, hay que anticipar que la manida etimología del verbo “prevaricar”, equivalente de andar torcidamente”, y aun el gramatical de incumplimiento”. Vemos igualmente cómo MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal...cit.*, pág. 690, al que nos acabamos de referir, criticaba la “difícil reducción a un denominador común” de los tipos delictivos de prevaricación, así como la vaguedad del significado del propio concepto de “prevaricación”. Por último, RODRÍGUEZ DE VESA, J.M., SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho Penal español. Parte especial*, Dykinson, Madrid, 1995, calificaron como “demasiado lata” la acepción gramatical de prevaricar, considerando que se extendía “a sabiendas y voluntariamente a la obligación o cargo que se desempeña quebrantando la fe, palabra, religión o juramento”.

cargo, dejare intencionadamente de promover la persecución de los delitos de que tuviere noticia o de sus responsables, incurrirá en la pena de suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años. Si la omisión del deber de persecución se debiera a imprudencia grave se impondrá la pena de multa de seis a diez meses”.

Como siempre, las escasas modificaciones introducidas se refirieron principalmente a la penalidad del tipo. En el Proyecto de 1992, la misma estuvo conformada por la pena de suspensión de empleo o cargo público para el caso de que la autoridad o funcionario público incurriese dolosamente en el tipo y por la pena de multa si lo hiciese de forma imprudente. De haberse aprobado este proyecto, la mencionada pena habría sido la más baja jamás otorgada al tipo de omisión del deber de perseguir delitos.

Por último, la versión más cercana del actual art. 408 del Código penal la proporcionó el Proyecto de Código penal de 1994. Aunque la regulación de la omisión del deber de perseguir delitos que en él se planteó siguió el modelo proporcionado por el Proyecto de 1992, sí se introdujeron una serie de cambios específicos y relevantes que explican la redacción presente del tipo. El proyecto lo ubicó en el Capítulo II “Del abandono de destino y de la omisión del deber de perseguir delitos” del Título XVI, destinado a los “Delitos contra la Administración Pública”, concretamente en el art. 385, el cual disponía que “la autoridad o funcionario que, faltando a la obligación de su cargo, dejare intencionadamente de promover la persecución de los delitos de que tuviere 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”.

El legislador aprovechó la oportunidad que brindaba este nuevo Proyecto para eliminar la punición de la omisión imprudente del deber de persecución delictiva y endurecer levemente la pena asignada al precepto con respecto al Proyecto de 1992. Así, frente a la pena de suspensión del mismo, el presente Proyecto estableció una pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años.

CAPÍTULO SEGUNDO

**LA OMISIÓN DEL DEBER DE PERSEGUIR DELITOS EN EL CÓDIGO PENAL DE
1995: BIEN JURÍDICO PROTEGIDO, UBICACIÓN SISTEMÁTICA Y
NATURALEZA JURÍDICA**

I. INTRODUCCIÓN

Siguiendo el modelo proporcionado por el Proyecto de Código penal de 1994, el Código penal de 1995 situó el delito de omisión del deber de perseguir delitos en el Título XIX, relativo a los “Delitos contra la Administración Pública”. El legislador desechó, de este modo, las alternativas de regulación presentes en el Proyecto de Código penal de 1980, así como en la Propuesta de Anteproyecto de Código penal de 1983, en virtud de las cuales se impulsaba la ubicación sistemática del delito que nos ocupa en el título correspondiente a los delitos contra la Administración de Justicia.

No obstante, a pesar del apego a la tradición normativa preexistente en este punto, el denominado “Código de la democracia” optó por tipificar el delito de omisión del deber de perseguir delitos de manera autónoma y separada de la prevaricación. Así, mientras que el delito de prevaricación administrativa pasó a ubicarse en el Capítulo I del Título XIX, el tipo penal aquí examinado acompañó, en cambio, a los de abandono de destino (individual y colectivo), integrando el Capítulo II del mencionado título. De esta forma, el nuevo texto punitivo heredó, al menos en lo relativo a dicho aspecto, la innovadora propuesta emprendida por el Proyecto de nuevo Código penal de 1992.

En concreto, el tipo penal de omisión del deber de perseguir delitos fue recogido en el art. 408 CP, cuyo texto dispone que: “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”.

Como puede observarse, aunque la estructura principal del ilícito continuó siendo la misma que en códigos anteriores (al fin y al cabo, recuérdese que esta venía definiéndose esencialmente igual desde la promulgación del Código penal de 1848), el Código de 1995 incorporó novedades nada desdeñables en la configuración del art. 408. Por un lado, en cuanto al sujeto activo, se añadió la referencia a las autoridades públicas, frente a la exclusiva mención de los funcionarios públicos realizada en el art. 359 CP 1944. Por otro lado, el adverbio “maliciosamente” (el cual había tenido una presencia invariable en este delito hasta el momento), fue sustituido por el más amplio “intencionadamente”, con las consecuencias que se verán al abordar el análisis de la tipicidad subjetiva del art. 408 CP. Junto a las novedades enumeradas, cabe destacar que por fin fue corregida la equívoca referencia normativa al “castigo de los delincuentes” en la definición de la conducta típica, pues esta última pasó a comprender, exclusivamente, la dejación del “deber de promover la persecución de los delitos de que se tenga noticia o de sus responsables”⁸⁹.

Es evidente que ninguna de las modificaciones efectuadas en el tipo penal que nos ocupa resulta más llamativa que la distancia penológica existente entre el anterior art. 359 CP 1944 y el actual art. 408 CP, habida cuenta de la (bastante) mayor benignidad de este último. Así pues, aunque ambos preceptos fueron castigados por el legislador con una pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público, la pena del art. 408 CP no supera los dos años de duración, frente al límite máximo de los 12 años propio de la legislación anterior. Ello ha llevado a que la conducta tipificada haya pasado a ser un delito menos grave⁹⁰, distanciándose así definitivamente de la prevaricación administrativa ahora castigada en el art. 404 CP y de la que una vez formó parte, no solo por no hallarse ya contenida junto a la misma como ocurría en todos los textos penales anteriores, sino también porque en el código actual el tipo básico de prevaricación aparece

⁸⁹ Con lo cual, también se abandonó el empleo del problemático término “delincuentes”. Esta modificación mereció la apreciación, por parte de FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., “Libro II. Título XIX. Delitos contra la Administración Pública”, en *Comentarios al Código Penal*, con RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Dir.), Civitas, Madrid, 2001, pág. 1098, de que el art. 408 CP había pasado a presentar un contenido más amplio que su antecedente normativo, pues “aquí no se sanciona solo la omisión de la persecución y el castigo de los responsables de los delitos, sino también la omisión de la persecución de los delitos, aunque no esté claro quiénes son sus autores y partícipes”.

⁹⁰ Esto se debe a que el art. 33 CP califica como “delitos menos graves” aquellas infracciones sancionadas con “pena menos grave”, entre las cuales se incluye la inhabilitación especial inferior a cinco años, conforme a lo establecido en el artículo 33.3.b) del propio texto punitivo.

castigado con una pena grave de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio de sufragio pasivo por tiempo de nueve a quince años.

Explicadas ya las modificaciones introducidas en el art. 408 CP con la aprobación del Código penal de 1995, en los siguientes capítulos se llevará a cabo el análisis de los distintos problemas suscitados por la actual configuración típica del mismo. Por su parte, en lo referente al contenido del presente Capítulo, al hallarnos ante un trabajo relativo a un ilícito penal específico, y, por consiguiente, a la parte especial del actual Código penal, el mismo tendrá la finalidad de contribuir a identificar y delimitar suficientemente el bien jurídico protegido en el art. 408 CP. Esta última decisión sistemática ha derivado del entendimiento del injusto característico de este delito (y de cualquier otro) en el sentido de lesión o puesta en peligro de un determinado bien jurídico protegido⁹¹, concepción objetiva del ilícito penal que hace imprescindible la referencia al mismo en el tipo que nos ocupa.

Semejante análisis del valor que nuestro ordenamiento jurídico pretende proteger a través de la tipificación de la omisión del deber de perseguir delitos ha de ser realizado partiendo de la información brindada en el Código penal a tal respecto. Consiguientemente, es menester tomar en consideración el hecho de que el art. 408 CP se ubica sistemáticamente entre los delitos contra la Administración Pública (Capítulo II, Título XIX, Libro II, CP), aludiéndose, con dicha expresión, al objeto de protección contra el que, en principio, atentan todas las conductas que dicho Título XIX reúne⁹².

⁹¹ COBO DEL ROSAL, M., VIVES ANTON, T., *Derecho penal. Parte general*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 296 y ss., advirtiendo que tal adscripción no impide que "el juicio de antijuridicidad pueda recaer sobre datos subjetivos".

⁹² Como adujo CASABÓ RUIZ, J.R., "Introducción al estudio...", *cit.*, pág. 196: "cuando los delitos se agrupan, siempre lo es en virtud de un postulado que atiende a cuanto tienen de común en ese punto, y la rúbrica sirve de guía para conocer la idea a la que la ley le ha dado mayor importancia. Una buena clasificación será aquella que acierte en atender a las características principales, abandonando las meramente secundarias y el epígrafe sea una clara pista para encontrar y conocer esa característica". En el mismo sentido OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., "El delito de prevaricación de los funcionarios públicos", en *Diario La Ley*, núm. 5, 1996, pág. 3: "el objetivo que han de perseguir tales epígrafes es, en el mejor de los casos, determinar con ellos o, al menos, servir de ayuda para averiguar a través de ellos el bien jurídico que, con las incriminaciones agrupadas bajo su dicción, la ley intenta proteger. En el peor de los casos, las rúbricas de títulos y capítulos deben servir bien para expresar el criterio de agrupación observado por la ley, que a veces se identificará con el llamado «bien jurídico de la categoría» o bien jurídico genérico del conjunto de las incriminaciones situadas en el título o capítulo correspondiente, o bien, siquiera, para describir sucintamente la caracterización común de las conductas incluidas en ellos. Sin pecar de exageración ni de generalización excesiva, creo que puede afirmarse que, tradicionalmente, el legislador español no suele alcanzar adecuadamente esos objetivos".

Debido a este motivo, el punto de partida del presente Capítulo será puesto en relación con la teoría general de los delitos contra la Administración Pública. Una tarea harto difícil, habida cuenta de la heterogeneidad característica de los tipos penales considerados como tales. Sin embargo, también es preciso matizar que dos son los aspectos merecedores de investigación en cuanto a la ubicación sistemática del precepto y a su bien jurídico: de un lado, la pertenencia al grupo de delitos “contra la Administración Pública” y, de otro, la relación que guarda con los restantes delitos que conforman el Capítulo II de dicho Título. Por supuesto, no bastará con inferir el bien protegido en el art. 408 CP de su pertenencia al Título XIX o al Capítulo II del mismo, dado que la determinación del bien jurídico, en última instancia, se deberá deducir de la propia estructura y redacción del tipo penal en cuestión. La cual, a su vez, nos servirá para discernir la naturaleza jurídica del actual art. 408 CP.

En suma, a los importantes problemas generales que en el estudio de cualquier ilícito penal se plantean siempre en la labor de esclarecimiento de su bien jurídico protegido, se suman en estos delitos las dificultades especiales que la Administración Pública plantea como objeto de protección y que caracterizan, asimismo, a los delitos que atentan contra la misma. Así, tal y como ha expresado VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS con respecto al Título XIX: “el número excesivamente amplio de figuras que integran el grupo, su escasa movilidad y los métodos de sistematización a que viene sometido representan, en fin, las principales rémoras de técnica legislativa que debe enfrentar la construcción dogmática de estas figuras”⁹³.

II. EL OBJETO DE PROTECCIÓN DE LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

1. Algunas consideraciones previas sobre el concepto de bien jurídico asumido

Tal y como explica LASCURAIN SÁNCHEZ, “el bien jurídico resulta ser en la actualidad un concepto dogmáticamente consolidado y cotidianamente utilizado por los operadores jurídicos; paradójicamente, sin embargo, constituye aún un foco permanente de confusión y de discrepancia de consecuencias teóricas y prácticas de no desdeñable

⁹³ VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., “Introducción a los delitos contra la Administración Pública”, en *Revista Galega de Administración Pública*, núm. 18, 1998, pág. 78.

trascendencia”⁹⁴. Ciertamente, pese a la innegable dificultad de conceptualización apuntada por el citado penalista, sí puede afirmarse, al menos, que el papel nuclear que el bien jurídico cumple en la teoría del delito (y que lo convierte en una pieza fundamental de la misma) emana de concebir al Derecho como guardián, protector y conservador de bienes e intereses constituidos, y no como un orden meramente imperativista, regulador de las voluntades individuales⁹⁵.

En efecto, la necesidad de la convivencia humana supone la protección de esta misma convivencia, pues solo en ella puede la persona individual autorrealizarse. Sin embargo, dicha autorrealización requiere de una serie de presupuestos existenciales que, en tanto son de utilidad para el hombre, se denominan “bienes” y, concretamente en tanto son objeto de protección por el Derecho, “bienes jurídicos”⁹⁶. Y la descrita función de tutela de tales valores se lleva a cabo mediante la desvaloración de hechos, aquellos que la ley penal califica como delitos, precisamente porque menoscaban o comprometen cualesquiera bienes jurídicos⁹⁷.

A modo de síntesis de lo recién explicado, la siguiente reflexión de OCTAVIO DE TOLEDO sirve para arrojar luz sobre el sentido de este concepto: “toda norma jurídica surge por y para amparar algo. Y a alguien. Algo y alguien relacionados. Relación que expresa un interés. Sea cualquiera el lugar, el tiempo y el signo político de ese surgimiento y sea cualquiera la índole del interés, tengo por cierto que una norma jurídica incriminadora nace porque y para que un interés resulte preservado”⁹⁸.

⁹⁴ LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A., “Bien jurídico y legitimidad de la intervención penal”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 22, núm. 2, 1995, pág. 251.

⁹⁵ COBO DEL ROSAL, M., VIVES ANTÓN, T., *Derecho Penal...cit.*, pág. 314.

⁹⁶ MUÑOZ CONDE, F., *Introducción al Derecho Penal*, B de f, Buenos Aires, 2001, págs. 90-91. Así lo resume también DIEZ RIPOLLÉS, J.L., “El bien jurídico protegido en un Derecho Penal garantista”, en *Jueces para la democracia*, núm. 30, 1997, pág. 17: “el concepto de bien jurídico, surgido de la profundización en la idea de la antijuricidad material frente a la mera antijuricidad formal propia del más estricto positivismo jurídico, se ha configurado en los últimos tiempos como un instrumento técnico-jurídico de primordial importancia en la determinación penal de los presupuestos esenciales para la convivencia social. Por medio de él se dotaría el Derecho penal de un catálogo de bienes con las cualidades necesarias para acomodarse a los principios estructurales de la intervención penal, singularmente al de lesividad, y capaces por otro lado de configurar en su torno preceptos que describan conductas que los lesionen o pongan en peligro”.

⁹⁷ ORTS BERENGUER, E., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Compendio de Derecho Penal Parte General*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, pág. 114.

⁹⁸ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., “Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos”, en *ADCP*, Tomo 43, Fasc/Mes 1, pág. 5.

Se deduce, así, que el Derecho penal resulta necesario exclusivamente cuando y en la medida en que lo exija la protección de bienes jurídicos, otorgándole consecuentemente a tal concepto una función limitadora del *ius puniendi* estatal⁹⁹. De esta forma, el bien jurídico presenta dos sentidos distintos: uno político-criminal (de *lege ferenda*), el cual cumple la importante función de señalar lo único que merece ser protegido por el Derecho penal (permitiendo, por consiguiente, criticar y revisar el derecho positivo); y otro dogmático (de *lege lata*), como objeto efectivamente protegido por la norma penal vulnerada de que se trate¹⁰⁰.

Además de la función de límite al ejercicio del *ius puniendi* por el Estado, MIR PUIG pone de manifiesto que el bien jurídico cumple también importantes funciones dogmáticas. Así, en principio: una función sistemática, pues el Código penal suele partir de los distintos bienes jurídicos protegidos en cada delito para su clasificación en el Libro II; una función teleológica, gracias a la cual podrán excluirse del tipo respectivo aquellas conductas que no lesionen ni pongan en peligro dicho bien jurídico; y, por último, una función de criterio de medición de la pena, pues la mayor o menor gravedad de la lesión

⁹⁹ MIR PUIG, S., “Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *ius puniendi*”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 14, 1989-1990, pág. 205. Distinta es la cuestión eternamente discutida de cómo delimitar qué bienes jurídicos merecen ser protegidos penalmente de aquellos que no alcanzan suficiente relevancia para recibir dicha tutela, debiendo ser sancionados por vía administrativa. La cantidad de obras que se ocupan de responder a ese interrogante es ingente. No obstante, y sin ánimo de ser exhaustivos, citaremos algunas a modo de ejemplo, de interés para consultar la mencionada materia: MIR PUIG, S., “Bien jurídico y bien jurídico-penal...”, *cit.*, pág. 209 y ss.; CEREZO MIR, J., “Límites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo”, en *ADCP*, Tomo 28, Fasc/Mes 2, 1975, págs. 159-175; TORIO LÓPEZ, A., “Injusto penal e injusto administrativo (presupuestos para la reforma del sistema de aranceles)”, en *Estudios sobre la Constitución española: homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, Vol. III*, con MARTÍN-RETORRILLO BAQUER, S. (Coord.), Civitas, Madrid, 1991; QUINTERO OLIVARES, G., “La autotutela, los límites al poder sancionador de la Administración Pública y los principios inspiradores del Derecho penal”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 126, 1991, págs. 253-296; GÓMEZ TOMILLO, M., “Consideraciones en torno al campo límite entre el Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal”, en *Actualidad Penal*, núm. 4, 2000, págs. 69-89; ZÚÑIGARODRÍGUEZ, L., “Relaciones entre derecho penal y derecho administrativo sancionador ¿hacia una “administrativización” del derecho penal o una “penalización” del derecho administrativo sancionador?”, en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos “in memoriam”*, con ARROYO ZAPATERO, L.A. (Coord.), Universidad de Castilla-La Mancha, 2001, págs. 1417-1444; HUERTA TOCILDO, S., “Ilícito penal e ilícito disciplinario de funcionarios”, en *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al Profesor doctor don José Cerezo Mir*, con Díez Ripollés, J.L. (Coord.), Tecnos, Madrid, 2002, págs. 37-72; NIETO MARTÍN, A., *Derecho Administrativo sancionador*, Tecnos, Madrid, 2005; GARCÍA AMADO, J.A., “Sobre el *ius puniendi*: su fundamento, sus manifestaciones y sus límites”, en *Documentación Administrativa*, núm. 280-281, 2008, págs. 11-41; GÓMEZ TOMILLO, M., *Derecho administrativo sancionador. Parte general: teoría general y práctica del derecho penal administrativo*, Cizur Menor, Navarra, 2008; SALAT PAISAL, M., *La relación entre Derecho Penal y Derecho Administrativo Sancionador*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021.

¹⁰⁰ MIR PUIG, S., *Derecho Penal...cit.*, pág. 172.

del bien jurídico, o la mayor o menor peligrosidad de su ataque, influyen decisivamente en la gravedad del hecho¹⁰¹.

Todo lo recién expuesto debe servir para justificar el sentido de dedicar un capítulo de la presente tesis doctoral a la cuestión del bien jurídico protegido en el delito de omisión del deber de perseguir delitos (art. 408 CP). Al fin y al cabo, si el bien jurídico equivale, según lo definieron VIVES ANTÓN y COBO DEL ROSAL al “nódulo o corazón del delito”¹⁰², es innegable la procedencia de pronunciarnos sobre qué es aquello que el legislador protege efectivamente a través de la tipificación del delito que nos ocupa, máxime teniendo en cuenta que la doctrina no ha entrado con excesivo detenimiento a estudiar la cuestión del bien jurídico protegido en tal precepto¹⁰³.

Emplearemos, a tal fin, la concepción procedimental del bien jurídico esbozada por VIVES ANTÓN, la cual rechaza la legitimidad del poder legislativo para crear sin más cualquier valor y elevarlo a la categoría de bien jurídico, y en su lugar, concibe a los bienes jurídico-penales en términos de “justificación” racional de la limitación de la libertad humana, brindándonos las razones que justifican lícitamente el delito y la pena, esto es, la intervención punitiva¹⁰⁴.

2. El Código penal de 1995 y la nueva rúbrica del Título XIX: “Delitos contra la Administración Pública”

Con el fin de poder identificar el bien jurídico preservado por el art. 408 CP, resulta indispensable partir de todos aquellos datos proporcionados por el legislador en relación con el mismo, siendo el primero de ellos la ubicación del delito analizado entre los “Delitos contra la Administración Pública”, regulados dentro del Título XIX del Código. Y, en relación con este dato, corresponde comenzar señalando que el Código penal de 1995 trajo consigo un significativo cambio de rúbrica en lo respectivo al título antecesor del recién mencionado: el Título VII del Código penal de 1944. Así, frente a la

¹⁰¹ *Ídem*.

¹⁰² VIVES ANTÓN, T.S., COBO DEL ROSAL, M., *Derecho Penal...cit.*, pág. 314.

¹⁰³ Así, salvo algunas importantes aportaciones a las que se irá haciendo referencia *infra*, la mayoría de los autores que se han pronunciado sobre el art. 408 CP, lo han hecho de forma sucinta al hilo de manuales y comentarios de la parte especial del Derecho penal, por lo que, pese a compartirse brillantes reflexiones sobre tal tipo penal, la brevedad del tratamiento dado al mismo impide entrar a resolver arduamente la cuestión del bien jurídico en él protegido.

¹⁰⁴ VIVES ANTÓN, T.S., *Fundamentos del sistema penal. Acción significativa y derechos constitucionales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 829.

clásica denominación de “Delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos”, mantenida por todos los textos punitivos vigentes en España desde el año 1822, el nuevo Código penal optó por establecer un renovado criterio aglutinante de estos delitos.

La referencia a los “Delitos contra la Administración Pública” fue, en general, bien recibida entre la doctrina penalista, así como percibida por esta como un verdadero avance¹⁰⁵. Por la consagración de la misma habían apostado ya, como se ha visto en el Capítulo Primero de la presente tesis doctoral, algunos proyectos de Código penal, si bien no fue hasta la aprobación del Código de 1995 que se impuso tal denominación. En efecto, la anterior rúbrica, referente a los “Delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos” había sido objeto, desde sus inicios, de una reiterada y aguda crítica doctrinal.

Esencialmente, se le reprochaba a esta rúbrica que la razón aglutinante presente en la misma no estaba relacionada con el objeto de protección perseguido realmente en el Título XIX, sino más bien con una suerte de criterio subjetivo (en virtud del cual el sujeto activo de los delitos contenidos en dicho título sería siempre un funcionario público) que se veía manifiestamente desmentido, en la medida en que se incluían en él delitos cuyo sujeto activo no era un funcionario público (sino un particular), y, al mismo tiempo, se

¹⁰⁵ CASABÓ RUIZ, J.R., “Introducción al estudio de los delitos...”, *cit.*, pág. 196, a pesar de algunas de las reticencias que despertó en él la nueva denominación, aseguró de manera optimista que: “en unos momentos en que el Derecho penal se ve amenazado por una peligrosa ola de subjetivismo, el que la ley subraye la importancia del bien tutelado, constituye una garantía para la libertad. Será lícita toda conducta que no entrañe lesión o puesta en peligro real de dicho bien protegido, por muy mala intención que muestre el sujeto. Es lógico, de este modo, que un Código preocupado por las garantías de libertad y seguridad individuales adopte como criterio clasificador el bien tutelado. El objetivismo es, pues, un avance”. En la misma línea, este autor apreció también que “la creación de un título de los delitos contra la Administración Pública, junto al de los que vulneran la Administración de Justicia y al de los que atacan a las Cortes, parece consecuencia lógica del principio de división de poderes, sobre el que se asientan las exigencias de un Estado de Derecho, como es el que tan trabajosamente se intenta entronizar en España”. Asimismo, adelantándose a la aprobación del Código de 1995 (y el cambio de rúbrica que este conllevó), BACIGALUPO ZAPATER, E., “Sobre la reforma de los delitos de funcionarios”, en *Documentación Jurídica*, vol. II, núm. 37-40, 1983, pág. 1096, expresó que “probablemente, una sistematización en torno al bien jurídico o a los bienes jurídicos protegidos hubiera permitido no solo poner en tela de juicio la clasificación del Código vigente, sino inclusive descubrir que existen amplias superposiciones entre los delitos contenidos en el Título II y los que regula el Título VII”. Por su parte, ROLDÁN BARBERO, H., “El delito de desobediencia funcional”, en *Diario La Ley*, núm. 1, 1996, pág. 1413: “sobre la oportunidad de la nueva terminología del citado título (...) con acierto, se ha armonizado bajo el criterio del bien jurídico la regulación de estos delitos, superándose la antigua concepción, que los aunaba en torno al sujeto activo”. Finalmente, especialmente positivos sobre el cambio de rúbrica se mostraron MORALES PRATS, F., RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., “Comentario a los artículos 404 a 409 y a los artículos 413 a 418”, en *Comentarios al Código penal español*, con QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), Aranzadi, 2016, pág. 1159, los cuales entendieron que: “el cambio en la rúbrica operado en este Título, así como su diversa sistemática y contenido, permiten abordar su análisis desde una nueva perspectiva. Este cambio de rumbo responde a la necesidad de adecuar la tutela penal de la Administración pública a parámetros constitucionales”.

dejaban fuera (situándolos en títulos distintos) un gran número de delitos cuyos sujetos activos sí eran funcionarios¹⁰⁶. De hecho, pronunciándose sobre esta problemática, BACIGALUPO ZAPATER llegó a admitir que: “gran parte de los problemas que presenta la legislación actual provienen de la falta de claridad respecto del bien jurídico que subyace en sus regulaciones y que se pone de manifiesto en la construcción de los tipos penales

¹⁰⁶ FERRER SAMA, a., *Comentarios al Código...cit.*, pág. 57, quien además apunta que: “tal criterio merece una crítica desfavorable, evidentemente, no ya porque queda rota la unidad sistemática del Libro II, sino principalmente porque la expresada cualidad de funcionario en el sujeto activo es algo situado fuera de la propia esencia de las infracciones penales”; JASO ROLDÁN, T., “Delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos-prevaricación-infidelidad en la custodia de presos-infidelidad en la custodia de documentos-violación de secretos”, en *Derecho Penal Parte Especial. Tomo II*, con RODRÍGUEZ MUÑOZ, J.A., JASO ROLDÁN, T., RODRÍGUEZ DEVESA, J.M. (Dir.), Madrid, 1949, pág. 192; COBO DEL ROSAL, M., “Examen crítico del párrafo 3º del artículo 119 del Código penal español (sobre el concepto de funcionario público a efectos penales)”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 212, 2 (febrero), 1962, pág. 248: “no todos los delitos que se cometen en ella se encuentran en el Título VII, lo que afirma más nuestra tesis acerca de la impropiedad de la rúbrica y de la eficacia de la participación del ejercicio de funciones públicas, siempre que el ordenamiento penal trate del “funcionario”. El mismo autor, en la pág. 250 afirma que: “por nuestra parte, sostenemos la impropiedad de tal rotulación, además de la incorrección que supone agrupar los delitos en atención al sujeto activo, y no al bien jurídico, como se suele hacer”; PUIG PEÑA, F., *Derecho Penal...cit.*, pág. 292, quien, a pesar de adherirse a la presente crítica, señala que la misma puede paliarse “dado el amplio concepto que del funcionario público da el artículo 119, al decir que se reputará por tal el que por disposición inmediata de la ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente, participe del ejercicio de funciones públicas. Y esta amplitud de concepto ha sido también sostenida por el Tribunal Supremo, que ha dado una interpretación lata al texto del artículo 119”; BACIGALUPO ZAPATER, E., “Sobre la reforma...”, *cit.*, pág. 1096, con respecto a la dualidad de títulos del Código penal de 1944 en el que se tipificaban delitos cometidos por funcionarios públicos: “en la teoría ha predominado un criterio exegético en el tratamiento de los delitos de funcionarios y por tal motivo la vigente sistematización legislativa no ha sido prácticamente cuestionada. Probablemente, una sistematización en torno al bien jurídico o a los bienes jurídicos protegidos hubiera permitido no solo poner en tela de juicio la clasificación del Código vigente, sino inclusive descubrir que existen amplias superposiciones entre los delitos contenidos en el Título II y los que regula el Título VII”. Contra estas reflexiones, argumenta OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *La prevaricación...cit.*, pág. 135: “en primer lugar, el Código no procede en todos los casos, a través de las rúbricas de los Títulos, a enunciar directamente (“delitos contra...”) el bien jurídico que sirve de criterio rector para la agrupación de los delitos contenidos en cada uno de ellos: los Títulos III, V y VI tampoco lo hacen. En segundo lugar, el Código no opera en todos los casos agrupando por Títulos los delitos que atacan a un mismo bien jurídico: sin descender a los numerosos casos de concretos delitos (de entre los que, quizá, el de blasfemia resulte el más notorio), el aludido Título V es buena muestra de ello. En tercer lugar, si ni siquiera cuando el Código emplea el término “contra” en las rúbricas de sus Títulos, es posible en todos los casos conformarse con el bien jurídico así pretendidamente indicado, mucho menos clara resulta la determinación del bien jurídico en las rúbricas que no utilizan esta fórmula”. Por último, ASÚA BATARRITA, A., “La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración. Cuestiones político-criminales, criterios de interpretación y delimitación respecto a la potestad disciplinaria”, en *Delitos contra la Administración Pública*, con ASÚA BATARRITA, A. (Ed.), Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1997, págs. 19-20: “ha sido usual acudir a términos expresivos como la “inmoralidad”, la deshonestidad, la pérdida de valores morales cuando no religiosos, la falta de principios, la codicia, etc., para denunciar en singular al político o al funcionario corrupto, o a su grupo. En la jurisprudencia tradicional la versión del anatema personalizado a carácter del infractor se manifiesta en los reproches de “falta de probidad”, “innobles apetencias”, “falta de integridad y rectitud”, o al menos “infidelidad al Estado”, “deslealtad”. Explicaciones que sitúan confusamente la desaprobación en actitudes o tendencias, en calificaciones subjetivizadas que poco dicen de la significación objetiva del hecho para la sociedad, ni de lo que debe constituir el fundamento del reproche jurídico: la nocividad objetiva para las expectativas legítimas de los ciudadanos respecto al funcionamiento de las instituciones bajo el imperio de la ley”.

particulares. Una renovación legislativa debería comenzar, por lo tanto, por aclarar el fin de la protección de los delitos de funcionarios”¹⁰⁷.

En definitiva, la ausencia de conexión de la señalada rúbrica con el verdadero objeto de protección del título fue una constante en la regulación penal de estos delitos, así como un motivo de acerado reproche doctrinal a lo largo de gran parte de la tradición codificadora penal. Al fin y al cabo, la situación denunciada se mantuvo desde el Código penal de 1822 hasta la aprobación del actual Código penal de 1995. Tratando de hallar alguna razón que explicase la decisión de mantener la rúbrica “Delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos” durante todos esos años, CASABÓ RUIZ especuló que:

“Es posible que en la agrupación de tales delitos haya influido el ansia para asegurar su punición frente a la situación de privilegiada impunidad en que pudieran encontrarse. La existencia del Título de los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos puede históricamente explicarse, dejando aparte la posible influencia de algún código extranjero, por el deseo de dejar bien clara la posibilidad de que tales sujetos no se benefician de privilegio alguno ante la ley penal, sino que quedan sometidos a la responsabilidad criminal por la comisión de delitos en el ejercicio de sus funciones”¹⁰⁸.

En cualquier caso, la falta de exhaustividad del Título XIX de nuestro texto punitivo en lo relativo a reunir el total de los delitos verdaderamente cometidos por funcionarios públicos no era el único problema del que el mismo adolecía. Numerosos autores pusieron de manifiesto, además, que a la clasificación legislativa realizada parecía subyacerle una concepción de estos delitos como puras infracciones de deberes específicos (obediencia, fidelidad...) ¹⁰⁹. Asimismo, OCTAVIO DE TOLEDO apuntó la

¹⁰⁷ BACIGALUPO ZAPATER, E., “Sobre la reforma...”, *cit.*, pág. 1097. En la misma línea, QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Curso de Derecho Penal...cit.*, págs. 550-551; y DELGADO GIL, A., “Sobre el bien o bienes jurídicos protegidos en los denominados delitos contra la Administración Pública”, en *ADCP*, Vol. LXII, 2009, pág. 360. Este último concluyó que “parecía necesario un cambio en la rúbrica del Título VII CP anterior con el fin de hallar este mismo objeto de tutela de manera más sencilla y clara”, y ello por mucho que ya se hubiera producido un esfuerzo doctrinal (al que nos referiremos más adelante) en insistir en que los delitos reunidos en el Título VII sancionaban algo más que una mera infracción de deberes.

¹⁰⁸ CASABÓ RUIZ, J.R., “Introducción al estudio de los delitos...”, *cit.*, págs. 191-193.

¹⁰⁹ Entre otros, CASABÓ RUIZ, J.R., “Introducción al estudio de los delitos...”, *cit.*, pág. 191; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., “El delito de prevaricación...”, *cit.*, pág. 5: “el criterio personal de agrupación significado por la rúbrica, junto a la referencia de ésta al ejercicio del cargo, permitían identificar los delitos de funcionarios con meras infracciones de los deberes del cargo, determinables a partir de la legislación administrativa o, en su caso, de la referida a la organización judicial, con las que no existe más diferencia, según la mayoría de autores, que la cuantitativa”; LÓPEZ GARRIDO, D., GARCÍA ARÁN, M., *El código penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Dykinson, Madrid, 1996, pág. 176, para los cuales, la nueva rúbrica permitió “huir de una concepción de estos delitos exclusivamente como infracciones de los deberes de los

preocupación doctrinal que despertaba el hecho de que, al englobarse a todos los sujetos activos bajo la dicción “funcionarios públicos”, “lo protegido era el conjunto de los intereses del Estado, es decir, algo tan amplio que, en definitiva, no significaba nada”¹¹⁰.

Consecuentemente, la novedosa rúbrica por la que optó el Código penal de 1995 fue objeto, en general, de una positiva recepción doctrinal, por hacer uso de un criterio objetivo y ya no meramente subjetivo (y, además, fallido) de sistematización. Sin embargo, a pesar de todo lo recién expuesto, no dejó de ignorarse que la misma presentaba también ciertas fisuras. Así, varios autores relativizaron la relevancia de las mejoras

funcionarios respecto de la Administración. La Administración Pública como objeto de protección no se corresponde ni con el conjunto orgánico ni con su dignidad o prestigio, sino con la función pública como actividad de prestación a los administrados”; ASÚA BATARRITA, A., “La tutela penal del correcto...”, *cit.*, pág. 20, para quien “las referencias a la deslealtad e infidelidad del funcionario para con el Estado o la Administración resultan demasiado ambiguas si no se conectan a lo que constituye la legitimación de las instituciones democráticas. Desde los parámetros actuales, la tradicional apelación al “deber de lealtad” no puede significar otra cosa que la necesaria sumisión del funcionario a la Ley y al Derecho, en el marco del cumplimiento de objetivos de interés general. Quedan descartadas las “lealtades políticas” a quien decidió un nombramiento de confianza o la fidelidad en la ocultación de prácticas intolerables. Como viene poniendo de relieve la doctrina, las apelaciones a “deberes” de lealtad, evocan épocas pasadas de lenguaje formalista utilizado eufemísticamente desde concepciones autoritarias”; VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., “Introducción a los delitos...”, *cit.*, pág. 79: “la pretensión legislativa de reunir estos delitos a partir de un criterio formal basado en la condición especial del sujeto activo, como ocurre en el (...) Código Penal español de 1973, ha venido en apoyo de una concepción subjetiva del injusto típico, centrada en la infracción de deberes personales de lealtad y fidelidad al Estado”; REBOLLO VARGAS, R., “Notas y consecuencias de una lectura constitucional del bien jurídico protegido en el T.XIX, L.II., del Código Penal Español (Delitos contra la Administración Pública), en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, Vol. II*, con ARROYO ZAPATERO, L.A., BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., (Dir.), Universidad de Castilla La Mancha, Salamanca, 2011, pág. 554: “así, es preciso poner de relieve la necesidad de descartar definitivamente cualquier acepción o caracterización del bien jurídico protegido en los Delitos contra la Administración pública que haga referencia a la “infracción de los deberes del cargo”, a la “fidelidad”, al “prestigio”, o a la “obediencia debida a la Administración”. Ideas todas ellas, que durante mucho tiempo estuvieron consolidadas en la doctrina y que directa o indirectamente vinieron a legitimar determinadas situaciones políticas que no estaban caracterizadas precisamente por la normalidad democrática”.

¹¹⁰ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., “El delito de prevaricación...”, *cit.*, pág. 5.

efectuadas¹¹¹, mientras que otros directamente negaron que las mismas fueran, en realidad, propiamente mejoras¹¹².

En particular, fue cuestionado el empleo por la nueva rúbrica del término “Administración Pública”, habida cuenta de que los tipos penales reunidos en el Título XIX no siempre afectan, en realidad, a dicha administración, sino que en muchos casos dañan a la de Justicia o hasta a otras actividades públicas. Esta denunciada “confusión” en la organización sistemática del Código ha servido a parte de la doctrina para justificar

¹¹¹ CASABÓ RUIZ, J.R., “Introducción al estudio de los delitos...”, *cit.*, págs. 193-194: “a la vista de lo expuesto resultan mayores las ventajas del nuevo criterio aglutinante que del tradicional español. Sin embargo, si se analiza detenidamente el tema, particularmente a la luz de la doctrina extranjera, la conclusión, sin dejar de ser positiva, ya no resulta tan optimista. La buscada concreción y claridad de la rúbrica se difumina y cae en los mismos vicios que la tradicional de los funcionarios públicos, con lo que la reforma es más vana ilusión que avance real. A la vista de lo expuesto, parece que con la adopción del criterio de agrupar los delitos atendiendo a su carácter contra la Administración Pública, plantearía aquí los mismos problemas que ha suscitado en otros países donde aparece”; ASÚA BATARRITA, A., “La tutela penal del correcto...”, *cit.*, págs. 28-29: “el Código penal de 1995 no ha logrado despejar la mayoría de tales defectos. No obstante, presenta algunas novedades en la ordenación. y en la ubicación bajo epígrafes más acordes con las pautas constitucionales de las todavía demasiadas numerosas previsiones de delitos relacionados con el ejercicio de la función pública”; QUERALT JIMÉNEZ, J.J., “Capítulo XVI. Delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal. Una aproximación desde la nueva regulación de la prevaricación administrativa”, en *Estudio y aplicación práctica del Código Penal de 1995, Tomo II*, con MARTÍN ESPINO, J.D. (Coord.), Colex, Madrid, 1997, pág. 419: “por todo ello y al margen de otras consideraciones, no deja de ser curioso que el legislador haya bautizado Título XIX del Libro Segundo del CP-95 con la rúbrica de Delitos contra la Administración Pública. Ni existe una única administración pública —por más que el sueño carpetovetónico-jacobino (¡) no cese— ni todos los delitos contra esa Administración pública ideal están recogidos bajo la mentada rúbrica”.

¹¹² DELGADO GIL, A., “Sobre el bien o bienes jurídicos protegidos...”, *cit.*, pág. 359, nota 7: “adelanto que, en mi opinión, el cambio en la rúbrica no ha supuesto una mejora sino, acaso, al revés. No obstante, creo que el legislador de 1995 tuvo una excelente oportunidad para adecuar el contenido del Título con su rúbrica, dando de esta forma cobertura a las opiniones doctrinales que he expuesto de forma escueta. Esta posibilidad no ha sido aprovechada según veremos a continuación”. Por su parte, a pesar de que, *a priori*, podría resultar sorprendente, uno de los autores que más críticos se mostraron hacia la nueva rúbrica fue OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., “El delito de prevaricación...”, *cit.*, pág. 8, quien llegó a aseverar que: “siendo criticable la anterior del Título VII (y debiéndose modificar), era preferible a la actual, que no permite lo que aquélla consentía: descubrir como objeto genérico de la tutela penal aquí deparada a las «funciones públicas» (...) creo que lo sugiere la rúbrica actual al referirse a la «administración pública», especialmente si se observa el énfasis que en este sentido supone la mayúscula con que aparece la primera palabra de este sustantivo compuesto, es que frente a los delitos que se reúnen en este Título se protege «al conjunto de organismos encargados de cumplir esta función» de administrar y no la función misma de «administración», en tanto que «acción o efecto de administrar», o la «administración pública» concebida como «acción del gobierno (y de otros entes, habría de añadirse) al dictar y aplicar las disposiciones necesarias para el cumplimiento de las leyes y para la conservación y fomento de los intereses públicos, y al resolver las reclamaciones a que dé lugar lo mandado”. Más genéricamente, expresando su desaprobación sobre el conjunto de reformas abordadas en el Código de la Democracia, véase: GIMBERNAT ORDEIG, E., “El nuevo Código Penal: valoración global de los criterios político-criminales que lo informan”, en *Jornadas sobre el nuevo Código Penal de 1995*, con ASÚA BATARRITA, A. (Ed.), Consejo Vasco de la Abogacía, Guipúzcoa, 1998, pág. 30. Para acabar, MORILLAS CUEVA, L., “Lección 38. Delitos contra la Administración Pública (II) Abandono de destino y omisión del deber de perseguir delitos”, en *Derecho Penal Español Parte Especial*, con COBO DEL ROSAL, M. (Coord.), Dykinson, Madrid, 2005, pág. 859, indicó que: “pretende dar respuestas a las exigencias constitucionales y a una visión más moderna del Estado y de la propia Administración Pública, cuestión ésta que no siempre consigue”.

críticas variadas en torno a la conveniencia de ubicar determinados delitos en dicho título o fuera del mismo¹¹³.

A modo de ejemplo, CASABÓ RUIZ, aún a pesar de no hallarse en aquel segundo conjunto de autores que se oponía a concebir la reforma como una mejora, pues sí la valoraba como positiva, advirtió de esta problemática al alegar que: “la idea de Administración Pública como uno de los Poderes en que se divide el Estado no sirve, con lo que no entraña progreso político alguno, pues obliga a buscar un concepto lo más amplio posible de Administración Pública que prácticamente resulta inválido por su excesiva generalidad. La ansiada mayor concreción a través de la referencia al bien protegido se ve en gran manera frustrada”.

3. Las diferentes posturas doctrinales en torno al bien jurídico protegido por los delitos contra la Administración Pública

3.1. Primera etapa: la infracción de los deberes del cargo como valor protegido

A lo largo de los siglos XIX y XX, se sucedieron diversos debates doctrinales en torno a la delimitación del objeto de protección de los entonces llamados “delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos”. En dicha tarea demarcadora resultaron frecuentes las consideraciones de índole preventivo-generales, es decir, relacionadas con la pérdida de confianza en el buen funcionamiento de la Administración que la comisión de estos tipos penales sin duda ocasionaba a la ciudadanía. Así, SÁNCHEZ

¹¹³ Así, ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., “Introducción a los delitos contra la Administración Pública”, en *Tratado de Derecho Penal Español. Parte Especial III: Delitos contra las Administraciones Públicas y de Justicia*, con ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 42-43: “no es correcto a nuestro entender el referir todos los tipos acogidos en este Título únicamente a la Administración Pública, puesto que al menos algunos de ellos pueden afectar tanto a la Administración Pública como a la de Justicia o a otras actividades públicas”. De la misma opinión es OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., “El delito de prevaricación...”, *cit.*, pág. 8: “así, la propuesta, nombramiento o toma de posesión ilegales y su aceptación pueden ser cometidos por funcionarios administrativos, pero también por jueces u otro personal judicial; lo mismo que el abandono de destino y la omisión del deber de perseguir delitos; o que la desobediencia y denegación de auxilio, alguna de cuyas modalidades (desobediencia a «resoluciones judiciales», del art. 410.1, o la «no prestación del auxilio debido a la Administración de Justicia», del art. 412.1) debieran, dentro de la lógica del Código, haberse llevado al Título siguiente (para todavía mayor deterioro de la economía legislativa). También la infidelidad en la custodia de documentos y la violación de secretos pueden cometerse por personal judicial o administrativo, como lo demuestra el tenor de la específica revelación de secreto contenida, dentro del Título XX, en el art. 466.2. Ni tampoco, en fin, el cohecho, el tráfico de influencias, la malversación, los fraudes y exacciones ilegales, las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios y otros abusos en el ejercicio de su función, son comportamientos ajenos a la actividad judicial y, por tanto, comisibles (salvo que específicamente se delimite la esfera de los sujetos activos de otra manera) por quienes desempeñan esa actividad o se relacionan con ella. Una conclusión distinta a la apuntada llevaría al absurdo de tener que declarar impunes las conductas a que se refiere todo ese conjunto de ilícitos, cuando quien las ejecutara fuera, por ejemplo, un juez o un magistrado o quienes, de una u otra manera, se relacionan o intervienen en las actividades judiciales desempeñadas por ellos”.

TEJERINA, al referirse al delito de prevaricación, ya mencionaba que los funcionarios culpables del mismo “han ido haciendo de la Administración Pública algo desmoralizador y desalentador para los ciudadanos honrados”, concluyendo asimismo que estos habían “contribuido a que se pierda la confianza en la justicia”. El mantenimiento de la confianza ciudadana en el recto funcionamiento de la Administración Pública y la aplicación por esta de las leyes conforme a la legalidad fue, por consiguiente, un aspecto que mereció la preocupación de la doctrina penalista durante ambos siglos¹¹⁴.

No obstante, pronto adquirió más importancia aquella postura doctrinal que abogaba por situar el verdadero núcleo de los “delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo” en el quebrantamiento malicioso por parte de dichos sujetos activos de los deberes de su oficio, elemento en el que se agotaría la ofensividad de tales delitos¹¹⁵. GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN fueron de los primeros autores en poner de manifiesto esta circunstancia¹¹⁶. También GROIZARD situó el quid de estos ilícitos penales en “la desobediencia al poder público, la rebelión contra sus órdenes, la violación de sus mandatos, el desprestigio de las leyes y de las autoridades”, considerando, entonces, como su sustancia primaria y última la infracción del mandato propio del cargo, junto con los negativos efectos preventivo-generales derivados de estos delitos¹¹⁷. Por su parte, FERRER SAMA coincidió en tomar como premisa para el estudio de estos delitos tal quebranto de deberes profesionales y, en concreto, con respecto a los delitos de prevaricación, adujo que las figuras recogidas bajo dicha denominación se caracterizaban por el “incumplimiento de deberes por parte de los funcionarios a que los mismos se refieren”¹¹⁸.

¹¹⁴ SÁNCHEZ TEJERINA, I., *Derecho Penal español...cit.*, pág. 504. Además del citado autor, también GÓMEZ DE LA SERNA, P., MONTALBÁN, J.M., *Elementos del Derecho Civil y Penal...cit.*, pág. 287, mencionaron el “mal que para la sociedad acarrearía” la comisión de delitos como el de prevaricación. Igualmente, GONZÁLEZ Y SERRANO, J., *Apéndice a los comentarios...cit.*, pág. 254 aseveró que “no hay Código alguno que no se ocupe extensamente de este ramo importante de la administración de justicia. Todas las leyes serán una letra muerta, si los encargados de aplicarlas no tienen moralidad a toda prueba, instrucción no común y una actividad infatigable”.

¹¹⁵ Cabe señalar que, tal y como puntualiza DEMETRIO CRESPO, E., “Consideraciones sobre la corrupción y los delitos contra la Administración Pública”, en *Delitos financieros, fraude y corrupción en Europa, Vol. III*, con FERRÉ OLIVÉ, J.C. (Ed.), 2002, pág. 185, el entendimiento de estos ilícitos como infracciones subjetiva de los deberes funcionariales supone entender el bien jurídico como la fidelidad de los funcionarios y autoridades públicas al Estado (no, por tanto, como medio de protección de la función de prestación de servicios a los ciudadanos).

¹¹⁶ GÓMEZ DE LA SERNA, P., MONTALBÁN, J.M., *Elementos del Derecho Civil y Penal...cit.*, pág. 287.

¹¹⁷ GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A., *El Código Penal...cit.*, pág. 76.

¹¹⁸ FERRER SAMA, A., *Comentarios al Código...cit.*, pág. 57.

Cabe matizar, sin embargo, que no todos los comentaristas que consideraron la infracción de deberes como un elemento nuclear de los “delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos”, estaban de acuerdo con una concepción de estos últimos que basase exclusivamente su ofensividad en dicho quebranto de deberes. El mismo FERRER SAMA, al que se acaba de hacer alusión, indicaba que, aun admitiendo que el elemento común de estos delitos fuera el quebrantamiento de deberes profesionales, como quiera que estos venían impuestos por razón del desempeño de sus funciones administrativas habría resultado “mucho más correcto haberse inspirado en los mismos principios en que se sustentan diversos Códigos, que, como el italiano vigente, agrupan esta clase de infracciones por lo que verdaderamente tienen de común, y este elemento común no es otro sino el de constituir un atentado a la Administración Pública”¹¹⁹.

Dentro de esta misma categoría de autores, también JASÓ ROLDÁN o MUÑOZ CONDE se limitaron a poner de manifiesto lo que para ellos resultaba evidente: la esencialidad del elemento de la infracción de deberes en los “delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos”. Sin embargo, no por ello concluyeron que la ofensividad de los señalados delitos debiera agotarse en la comprobación formal de haberse quebrantado los deberes funcionariales. De hecho, JASÓ ROLDÁN denunció el hecho de que en el caso del Título VII se invirtiera la sistemática tradicional empleada por el Código penal, consistente en centrar la atención en la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos y solo en un plano secundario, el quebranto de deberes. De forma que, en su opinión, lo que terminaba por dar unidad a los delitos reunidos en el título mencionado era la infracción del “deber de servicio, que les impone el deber de colaborar en la obra del Estado cumpliendo y haciendo cumplir las normas jurídicas”¹²⁰. Por otro lado, para MUÑOZ CONDE:

“No todos los delitos que puedan cometer los funcionarios públicos (o autoridades) en relación con el ejercicio de sus cargos son reconducibles a un denominador común.

¹¹⁹ *Ídem*. Recuérdese, además, que el mismo FERRER SAMA, al que se acaba de hacer alusión, reconocía, en lo referente a los delitos de prevaricación, que la rúbrica legal no indicaba nada sobre el bien jurídico lesionado por tal delito, aunque este podía situarse en la Administración de Justicia, junto al perjuicio para intereses de los particulares, puntualizando, además, que esto último sucedía en la mayoría de los delitos del título examinado. Es decir, aun enfocándose el autor en la infracción de deberes profesionales, no abandonaba su empeño de delimitar los bienes jurídicos a proteger por los distintos tipos penales.

¹²⁰ JASÓ ROLDÁN, T., “Delitos de los funcionarios públicos...”, *cit.*, pág. 192. De tal forma que, para el citado autor (*ídem*), las especiales lesiones de los bienes jurídicos que las conductas contrarias al deber traen consigo son solo tenidas en cuenta, en segundo término, bien para establecer formas agravadas, o bien para configurar ciertas especies delictivas.

Incluso respecto a los delitos recogidos ahora en el Título XIX se hace difícil encontrar un bien jurídico común a todos ellos, que solo puede hallarse en un vago quebrantamiento de deberes profesionales o en la confianza de la sociedad en el correcto funcionamiento de la Administración pública en general, conceptos poco indicativos, en realidad, de la naturaleza de estos delitos”¹²¹.

Con la anterior exposición, ha quedado suficientemente reflejado el esfuerzo invertido por la mayoría de los penalistas españoles en justificar que, aun siendo obvia la relevancia y nuclearidad del quebranto de deberes profesionales en los “Delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos” (ahora “Delitos contra la Administración Pública), dicho elemento no era suficiente por sí solo para caracterizar la ofensividad de los tipos penales contenidos en tal título.

Por el contrario, el tenor doctrinal dominante apuntaba a la necesidad de descubrir qué otros componentes debían integrar tales delitos además de la infracción del deber inherente a la función pública ejercida. Un esfuerzo investigador, por cierto, que pudo vislumbrarse ya en algunos de los trabajos doctrinales publicados en el siglo XIX acerca de los “Delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos”. Sin ir más lejos, PACHECO afirmó que, por lo mismo que “la ley penal de todo pueblo civilizado” otorgaba el poder a los funcionarios públicos, “es indispensable que nos garantice contra el abuso que puedan cometer en sus funciones”¹²², demostrando su empeño por resaltar el carácter prestacional de la Administración Pública e insistiendo en que esta debe estar

¹²¹ MUÑOZ CONDE, f., *Derecho Penal Parte Especial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, pág. 967. Cabe aclarar, que, aunque la obra citada ha sido publicada en el año 2023, el citado penalista mantiene esta tesis desde finales del siglo XX. Similar valoración a la efectuada por MUÑOZ CONDE cuando señala que resulta difícil hallar un bien jurídico común a todos los delitos del Título XIX, fue realizada por RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., SERRANO GÓMEZ, a., *Derecho Penal español...cit.*, pág. 1124, para los cuales el predecesor del actual Título XIX no era más que “un residuo histórico de figuras que no han hallado mejor acomodo en otros lugares del Código. Por ello, aunque la ley acentúe como lazo de unión de los delitos contenidos en el título que el sujeto activo ha de ser un funcionario público no excusa de indagar cuál sea el interés jurídico protegido”. También JASO ROLDÁN, T., “Delitos de los funcionarios públicos...”, *cit.*, pág. 192, manifestó que debía insistirse “en el hecho de que existen una serie de figuras donde tal lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos no concurren, al menos que se tome el concepto de bien jurídico en un sentido tal que resultaría desnaturalizado”.

¹²² PACHECO, J.F., *El Código Penal Concordado y comentado, Tomo II...cit.*, pág. 394. También GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A., *El Código Penal...cit.*, pág. 75, hacía hincapié en la necesidad de exigir responsabilidad penal a los funcionarios atendida la cantidad de privilegios de los que se benefician: “las corporaciones, las autoridades, sus agentes, los empleados, todos aquellos, en una palabra, que aparecen con el prestigio y con la fuerza de que la autoridad vive revestida y los que a sus inmediatas órdenes sirven, por lo mismo que reúnen derechos y disfrutan privilegios que los demás ciudadanos no tienen y de que pueden fácilmente abusar, deben estar sometidos a una religión estrecha y sujetos a una serie de obligaciones tan rigurosas y eficaces que ofrezcan la garantía suficiente de que no se han de convertir sus atribuciones en daño y menoscabo de los mismos derechos particulares y de los propios intereses públicos que deben amparar y defender”.

orientada a procurar el interés general, por lo que un delito contra la misma acarrearía, en última instancia, un perjuicio contra todos los administrados.

A partir del mencionado autor, la referencia a aspectos distintos del quebranto de deberes profesionales para definir la ofensividad de los delitos cometidos por los “funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos” fue convirtiéndose en una tendencia cada vez más común y distintiva en el estudio de estos, hasta convertirse, como se ha señalado, en la dominante. CARDENAL MONTRAVETA resume esta peculiar dirección doctrinal del siguiente modo: “lo que caracteriza a las opiniones que actualmente formula la doctrina acerca del bien jurídico protegido en los delitos contra la Administración es el abandono o, por lo menos, una importante matización, de su comprensión como delitos formales de infracción de un deber”¹²³.

Efectivamente, a lo largo del siglo XX, la predisposición a abandonar una concepción formal de los delitos aquí examinados sufrió una creciente popularidad. De ser escasa su adhesión doctrinal, pasó a constituir la tesis dominante entre la doctrina penalista española, lo que acabó por influenciar al propio legislador, el cual fue aproximándose cada vez más a un modelo legislativo de estos delitos a “la italiana”¹²⁴. De este modo —y seguramente, como decimos, por influencia italiana—, desde el Código de 1928 y particularmente desde 1931, se intentaron reestructurar estos ilícitos, introduciendo no sólo un título que recogiese los delitos contra la Administración de Justicia, sino también otro que agrupase los que perjudicaban a la Administración Pública¹²⁵. Sin embargo, es sabido que dicha tentativa legislativa no alcanzaría su plena consecución hasta la aprobación del Código penal de 1995.

Llegados a este punto, es menester destacar que el punto de inflexión que motivó el paso de una concepción formal del bien jurídico protegido por los “Delitos de

¹²³ CARDENAL MONTRAVETA, S., “Los delitos de funcionarios públicos y la política criminal de la sociedad del riesgo”, en *Revista Catalana de Seguretat Pública*, núm. 13, 2003, pág. 69.

¹²⁴ Es decir, centrado no ya en un criterio subjetivo que atendiera a los sujetos activos de los delitos reunidos en un mismo título, sino en lo que dichos ilícitos tenían en común entre sí en lo referente a su objeto de protección.

¹²⁵ CASABÓ RUIZ, J.R., “Introducción al estudio de los delitos...”, *cit.*, pág. 193. El citado autor continúa informando de que: “en las “Líneas Generales de la Reforma del Código penal” elaboradas por la Ponencia encargada de preparar un Proyecto de nuevo Código se lee en el punto 3 de los referentes al Libro II que “se estudiará la conveniencia de suprimir el actual Título VII de los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos, reconduciendo sus distintas modalidades a aquellos grupos de delitos contra las Instituciones con los cuales guardan afinidad en atención a los bienes protegidos (Delitos contra las Cortes, Administración de Justicia y Administración Pública)”.

funcionarios en el ejercicio de sus cargos” a otra de carácter material, lo determinó la trascendencia de la obra de OCTAVIO DE TOLEDO. Si bien, como se ha visto, algunos penalistas de renombre ya habían reflexionado sobre la necesidad de superar la naturaleza formal de aquellos delitos¹²⁶, el trabajo del citado autor destacó por su profundidad y exhaustividad en lo relativo a la búsqueda de un bien jurídico propio del entonces Título VII que se desmarcase de lo que él mismo consideraba inclinaciones totalitarias¹²⁷. Es decir, que fuese más allá de la sola referencia al elemento de infracción de los deberes del cargo, pues lo contrario supondría: “el patrocinio de unos bienes jurídico penales incompatibles con los valores democráticos y de un concepto de bien jurídico inhabilitado para cumplir la función que a esta categoría se le asigna de acuerdo con la condición democrática atribuida por la Constitución al Estado: la de servir de límite al poder punitivo estatal, de acuerdo con el principio de «exclusiva protección de bienes jurídicos» y sus consecuencias”¹²⁸.

3.2. Segunda etapa: el planteamiento de OCTAVIO DE TOLEDO y el surgimiento de algunas voces discordantes con el mismo

En su célebre obra “La prevaricación del funcionario público”, OCTAVIO DE TOLEDO comenzó estudiando el art. 119 CP 1944, relativo al concepto jurídico-penal de “funcionario público”. Tal análisis le llevó a extraer una importante conclusión, que marcó el pensamiento doctrinal mayoritario vigente hasta la actualidad: los delitos del Título VII (“Delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos”), no eran más que los tipos penales de aquellos que participaban, por medio de alguno de los títulos

¹²⁶ Así, QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Curso de Derecho...cit.*, págs. 549-550, señaló que aunque el Título VII del Libro II del Código penal abandonaba en su epígrafe la habitual redacción de tomar como base el bien jurídico protegido (empleando la preposición “de” en lugar de la de “contra”), ello no quería decir que en ellos no existiera un bien jurídico protegido, que el mismo identificó con “el servicio mismo, valor ideal de “la cosa pública” (según la fórmula francesa), la “pública Administración” (según la italiana) o simplemente el “deber profesional” (en la del Código suizo)”. En cualquier cosa, este bien jurídico se caracterizaría por su naturaleza profesional y administrativa. La explicación realizada por QUINTANO RIPOLLÉS, si bien parte de idéntico punto con respecto a la de OCTAVIO DE TOLEDO, no llega a adentrarse en la cuestión de la concreta determinación del bien jurídico protegido en el Título VII. La referencia a los códigos penales por él enumerados (el francés, el italiano y el suizo) no resulta suficientemente patente de cara a aclarar cuál es, para dicho penalista, el bien jurídico protegido (pues no es lo mismo preservar la Administración en un sentido prestacional de servicios o protegerla en tanto sujeto o en relación con los concretos deberes profesionales inherentes a ella).

¹²⁷ Del mismo parecer, REBOLLO VARGAS, R., “Notas y consecuencias...”, *cit.*, pág. 552: “por otro lado, y además es el argumento esencial para rechazar tal propuesta, en ella está implícita una inequívoca concepción totalitaria del delito caracterizada por un deber de fidelidad de todos los ciudadanos al Estado, y en particular, de los funcionarios públicos fundamentada en las relaciones de sujeción especial”.

¹²⁸ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., “El delito de prevaricación...”, *cit.*, pág. 5.

legalmente aceptados, del ejercicio de funciones públicas. Por consiguiente, para el citado penalista, la función pública constituía el punto de referencia obligado en las acciones de los funcionarios públicos contenidas en el Título VII, de manera que este, y no otro, conformaba el bien jurídico categorial del susodicho título¹²⁹. En suma, nos hallábamos ante un título que recogía los delitos contra la función pública, cometidos por aquellos que podían atacarla desde dentro (quienes participaban de su ejercicio), precisamente cuando actuaban desde el interior (cuando realizaban esta participación)¹³⁰.

Como se ha señalado, la repercusión que ha tenido la obra de OCTAVIO DE TOLEDO ha sido tal, que, a partir de su publicación, la abundante mayoría de la doctrina se adhirió a las principales conclusiones alcanzadas en esta¹³¹. Aunque, por supuesto, los seguidores de su tesis no se han limitado a reproducirla literalmente, sino que, en su lugar, han continuado aportando distintas contribuciones modificadoras de aquella. En definitiva, lo cierto es que han sido muy pocos los autores que han cuestionado las apreciaciones del mencionado penalista, buscando separarse de las mismas.

Ahora bien, uno de los escasos penalistas que decidió distanciarse de la tesis de OCTAVIO DE TOLEDO fue BACIGALUPO ZAPATER, pues pese a que consideró “meritorio” el esfuerzo invertido por aquel, relativizó que sus conclusiones fueran verdaderamente efectivas para alcanzar el objetivo propuesto, debido a que, a su parecer, si se tiene en

¹²⁹ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *La prevaricación...cit.*, págs. 137-138.

¹³⁰ *Ibidem*, pág. 143.

¹³¹ Véase, entre otros: VIVES ANTÓN, T., “La responsabilidad de los jueces en el proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. IX, 1986, pág. 277; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *El delito de prevaricación de funcionario público*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1994, págs. 18-19; LÓPEZ GARRIDO, D., GARCÍA ARÁN, M., *El código...cit.*, pág. 176; ASÚA BATARRITA, A., “La tutela penal del correcto...”, *cit.*, pág. 22; CUGAT MAURI, M., *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, Cedecs, Barcelona, 1997, pág. 77; OLAIZOLANOGALES, I., *El delito de cohecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 63 y 87; RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., *El delito de cohecho. Problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 1999, pág. 37; MIR PUIG, C., *Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código penal*, Bosch Editor, Barcelona, 2000, pág. 19; GARCÍA ESPAÑA, M.E., “Negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos (los artículos 439 y 441 del Código Penal de 1995)”, en *Jueces para la Democracia*, núm. 48, 2003, pág. 51; CARDENAL MONTRAVETA, S., “Los delitos de los funcionarios...”, *cit.*, págs. 67-68; RUBIO LARA, P.A., *Denegación de auxilio por funcionario público: (código penal, art. 412, párrafo tercero)*, CESEJ, Madrid, 2006, pág. 19; JAREÑO LEAL, A., *Corrupción y delincuencia de los funcionarios en la contratación pública*, Iustel, Madrid, 2011, págs. 18-19; REBOLLO VARGAS, R., “Notas y consecuencias...”, *cit.*, pág. 553; NAVARRO CARDOSO, F., *El cohecho en consideración al cargo o función*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 22; COLOMER BEA, D., “La tutela penal de las funciones públicas y los delitos de desobediencia”, en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 35, 2021, pág. 3; ORTS BERENGUER, E., “Lección XXXVII. Delitos contra la administración pública (I). Prevaricación. Abandono de destino y omisión del deber de perseguir delitos. Desobediencia y denegación de auxilio. Infidelidad en la custodia de documentos y violación de secretos”, en *Derecho Penal. Parte Especial*, con GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Coord.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pág. 700.

cuenta que la legalidad en el ejercicio de la actividad administrativa o el correcto ejercicio de la potestad administrativa dependen de su ejercicio en forma adecuada a los deberes del funcionario, habrá que concluir que la infracción de tal bien jurídico se producirá cada vez que el funcionario infrinja uno de tales deberes. Y, de esta manera, “la definición del bien jurídico que se propone no alcanzará a diferenciarse de las definiciones que se reducen a la infracción de los deberes propios del cargo”¹³².

Por consiguiente, para BACIGALUPO ZAPATER, aun siendo cierto que una adecuada definición del bien jurídico protegido en los “Delitos de funcionarios en el ejercicio de sus cargos” debía pasar por preservar el ejercicio de la función pública de acuerdo al deber legal, además era esencial salvaguardar el “interés del Estado en la imagen de un apartado administrativo adecuado a los principios del Estado de Derecho o de las instituciones de la administración estatal o administración de justicia (...) o de los principios del Estado de Derecho en el ejercicio del servicio público”. O, lo que es lo mismo, en suma: que estos tipos penales debían comprender comportamientos lesivos de la confianza pública en el ejercicio del poder administrativo o judicial conforme al Estado de Derecho¹³³, recuperando, así, la preocupación por consideraciones de índole preventivo-generales positivas.

Otra interpretación discordante con la de OCTAVIO DE TOLEDO la proporcionó CORCOY BIDASOLO. Partiendo de una concepción de los bienes jurídico-penales supraindividuales en tanto que instrumentos de protección de intereses o derechos colectivos con referente en la vida social de la persona, concluyó que en la calificación de un hecho como punible siempre se debía interpretar el tipo en atención a esos fines y nunca formalmente, de manera que excluyó la posibilidad de interpretar determinados delitos como de mera desobediencia o peligro presunto. Así, para esta autora, cualquiera de los tipos que la doctrina hubiera podido calificar como dentro de tales categorías se hallaba en realidad dotado de antijuridicidad material y lesividad si se interpretaban los elementos típicos no formalmente sino teleológicamente, en atención al bien jurídico protegido¹³⁴.

¹³² BACIGALUPO ZAPATER, E., “Sobre la reforma...”, *cit.*, pág. 1099. También en BACIGALUPO ZAPATER, E., *Estudios sobre la parte especial del derecho penal*, Akal/Iure, Madrid, 1991, pág. 194.

¹³³ *Ídem*.

¹³⁴ CORCOY BIDASOLO, M., *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 205.

A partir de esta premisa, situó la principal función de los bienes jurídicos supraindividuales en el servicio que estos representaban para las personas a través de la protección de su seguridad y confianza en el buen funcionamiento y en el nivel de riesgo de las distintas actividades en las que aquellas se vieran involucradas en cuanto participasen de la sociedad, así como a través de la protección de determinadas colectividades que, por su naturaleza o su concreta situación en el entramado social, se consideraran más débiles. En el primer caso, se trataba de actividades que afectaban, o pudieran afectar, a todos los ciudadanos, por tratarse de sectores en los que cualquiera, por el mero hecho de vivir en esa sociedad, puede o tiene que intervenir. Dentro de esta categoría, se incluían los valores jurídicos supraindividuales como la confianza y la seguridad en el buen funcionamiento de la Administración de Justicia o de la Administración Pública¹³⁵.

Como último ejemplo de autor disonante con la teoría de OCTAVIO DE TOLEDO hallamos a MIR PUIG. El análisis de los distintos delitos contenidos en el Título XIX le llevó a concluir que, en ellos, la Administración Pública se veía atacada en dos sentidos distintos. Por una parte, en ciertos tipos penales resultaba afectada la pureza de la función pública que compete a la Administración ante los ciudadanos¹³⁶, mientras que, por otra parte, en los demás ilícitos se comprometía su correcto funcionamiento interno. Consecuentemente, mientras que, para MIR PUIG, el señalado atentado contra la pureza administrativa afectaba directamente a la sociedad (cosa que sucedía, de acuerdo con este autor, en los ilícitos de malversación o cohecho), el adecuado proceder interno de la Administración solo concernía a la ciudadanía de forma indirecta (el ejemplo paradigmático para este penalista lo representa el tipo penal de desobediencia funcional)¹³⁷.

Puede apreciarse que, en la tesis de MIR PUIG, coexisten rasgos de las diferentes posturas doctrinales que hemos venido poniendo de manifiesto en las páginas anteriores. La alusión a la “pureza de la función pública que compete a la Administración ante los ciudadanos”, recuerda poderosamente tanto a las primeras reflexiones esbozadas por

¹³⁵ *Ibidem*, pág. 208.

¹³⁶ MIR PUIG, S., “Nombramientos ilegales, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, con GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., (Dir.), núm. 30, 1996, pág. 309, añade: “la pureza de la función pública constituye un bien que afecta directamente a los ciudadanos”.

¹³⁷ *Ibidem*, págs. 309-310.

comentaristas como SÁNCHEZ TEJERINA o GONZÁLEZ Y SERRANO acerca de la importancia preventivo-general de combatir la delincuencia funcional, como también, sobre todo, a la posición teórica que cifra en la confianza ciudadana el auténtico valor protegido por los delitos del actual Título XIX de nuestro Código penal. Mientras que, a juicio del citado penalista, en el caso de otras figuras delictivas, el foco protector no estaría puesto tanto en relación con la sociedad, como con el comportamiento del funcionario incumplidor y su repercusión negativa para la eficacia interna de la Administración.

Por su parte, como habrá podido comprobarse, la teoría de CORCOY BIDASOLO presenta fuertes similitudes con la esbozada por BACIGALUPO ZAPATER, pues, para ambos autores, la antijuridicidad material de las conductas delictivas de los funcionarios públicos “en el ejercicio de sus cargos” proviene de la lesión en la confianza ciudadana que estas producen cuando se atacan actividades o servicios en los que los ciudadanos se ven inevitablemente inmersos como miembros de la sociedad (aspecto que a su vez está presente en el razonamiento de MIR PUIG). Confianza que, sin duda, resulta esencial para la subsistencia de un Estado Social y Democrático de Derecho¹³⁸. Al fin y al cabo, siguiendo a GARCÍA DE ENTERRÍA, la confianza debe ser “racional, constantemente

¹³⁸ Un debate muy similar ha tenido lugar en Alemania, donde, actualmente, el principal defensor de la tesis que considera que “la confianza ciudadana” es el valor protegido en los delitos cometidos por funcionarios en el cargo es HEFENDEHL, R., “El bien jurídico como eje material de la norma penal”, en *La teoría del bien jurídico ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, con HEFENDEHL, R. (Ed.), Traducción de MARTÍN LORENZO, M., Marcial Pons, Madrid, 2016, pág. 183, quien opina que el bien jurídico protegido en los delitos contra la Administración Pública es la confianza socialmente relevante en la incorruptibilidad del aparato funcional, puesto que, para las instituciones públicas “la confianza resulta constitutiva; confianza que está sujeta a presupuestos específicos tanto de desarrollo como de destrucción, de modo que el objeto de la confianza, sea una persona o una institución, debe cumplir unas exigencias de calidad especiales para que uno se ponga en sus manos y se reduzca así una situación compleja”. Más detalladamente, acerca de dichos presupuestos y de la importancia de la confianza como núcleo de ciertos bienes jurídicos colectivos: HEFENDEHL, R., *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München, 2002, pág. 123 y ss. Igualmente, en el mismo sentido que el anterior autor: WELZEL, H., *Das Deutsche Strafrecht*, Walter de Gruyter & Co., Berlín, 1969, pág. 539; LOOS F., “Del bien jurídico en los delitos de cohecho”, en *Estudios filosófico-jurídicos y penales del Prof. Dr. Fritz Loos. Homenaje a sus 70 años*, con AMBOS, K., RADTKE, H. (Coord.), Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009, pág. 156, para quien la confianza es el bien jurídico protegido en los delitos contra la Administración Pública, habida cuenta de que, en estos, a diferencia de en otros tipos penales: “la merma de la confianza en la integridad de la Administración perjudica la disposición a aceptar las decisiones y, con ello, menoscaba directamente una condición funcional de la Administración estatal”; HEINER, G., EISELE, J., “Dreißigster Abschnitt. Straftaten im Amt. §331”, en *Strafgesetzbuch Kommentar*, con SCHÖNKE, A., SCHRÖDER, H., C.H.Beck, Nördlingen, 2019, pág. 3212. Por su parte, y sin ánimo de ser exhaustivos, se muestran críticos con esta postura: BAUMANN, J., *Zur Problematik der Bestechungstatbestände*, Verl.-Ges, Heidelberg, 1961 págs. 11-12; SCHMIDT, E., *Die Sache der Justiz*, Vandenhoeck u. Ruprecht, Göttingen, 1961, pág. 62; AMELUNG, K., “El concepto bien jurídico en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos”, en *La teoría del bien jurídico ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, con HEFENDEHL, R. (Ed.), Traducción de ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., Marcial Pons, Madrid, 2016, págs. 242-244.

renovada, fruto del conocimiento personal y la aceptación cotidiana y permanente de la actuación de los gobernantes”¹³⁹.

No obstante, con respecto a la argumentación llevada a cabo por los mencionados penalistas, común en elevar la “confianza pública del buen funcionamiento de la Administración” al rango de bien jurídico común a los delitos que nos ocupan, coincidimos con las observaciones efectuadas por FERNÁNDEZ CABRERA, para la cual, formulado en tales términos, el valor protegido “no alude a un aspecto de la realidad social, sino a una sensación colectiva que no tiene por qué corresponderse con la realidad”. En suma, y siguiendo, de nuevo, a la citada penalista: “los comportamientos en sede de dicho organismo no son incorrectos porque reduzcan la confianza de los ciudadanos, sino que la reducen precisamente porque son incorrectos”¹⁴⁰. Es decir, que solo al lesionar un verdadero bien jurídico, se reduce, como efecto colateral negativo, la confianza en las instituciones públicas¹⁴¹.

Consecuentemente, la confianza de la generalidad en sus instituciones debe entenderse como efecto derivado del correcto funcionamiento de la actuación administrativa y, aun debiendo tomarse en cuenta para valorar la gravedad de los efectos de la conducta delictiva perpetrada, ha de partirse de que, en sí misma, dicha confianza no es el objeto de tutela en sentido jurídico-penal¹⁴². Considerarla como tal implicaría centrar el bien jurídico en lo que solo es un efecto psicológico colectivo derivado del adecuado desarrollo de la función social asignada a las instituciones públicas, efecto además difícilmente mensurable en términos objetivos, con la consiguiente dificultad para identificar su lesión¹⁴³.

¹³⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Democracia, jueces y control de la Administración*, Civitas, Madrid, 2000, pág. 108.

¹⁴⁰ FERNÁNDEZ CABRERA, M., *Corrupción en la función pública. El delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 42.

¹⁴¹ La alusión a la “confianza” como bien jurídico supraindividual protegido en ciertos delitos le parece a AMELUNG, K., “El concepto bien jurídico...”, *cit.*, págs. 242-244, a nuestro parecer acertadamente, una forma de ocultar, por medio del lenguaje ordinario, que detrás de aquello que se denomina “bien jurídico” no hay otra cosa que la propia norma de conducta o incluso solo algún aspecto relacionado con su vigencia. Estaríamos, en consecuencia, ante lo que el citado autor denomina un bien jurídico aparente. Sobre este aspecto volveremos a incidir más adelante.

¹⁴² ASÚA BATARRITA, A., “La tutela penal del correcto...”, *cit.*, pág. 22.

¹⁴³ SOTO NAVARRO, S., “Concreción y lesión de los bienes jurídicos colectivos. El ejemplo de los delitos ambientales y urbanísticos”, en *ADCP*, Vol. LVIII, 2005, pág. 895.

Por todo lo señalado, la anterior postura, que apunta a que el bien jurídico protegido en los delitos contra la Administración Pública es la confianza ciudadana en el buen funcionamiento de esta, ha sido rechazada con carácter general por la doctrina española. Rechazo al que debemos adherirnos, habida cuenta de que nos parece evidente, por los motivos expuestos, que la “confianza ciudadana” no es apta para cumplir con la función crítica y limitadora del *ius puniendi* que debe perseguir el concepto de “bien jurídico-penal”. Tal es así, que FEIJOO SÁNCHEZ no duda en aseverar que la referencia a lo que puede ser necesario para mantener la confianza “sirve más como criterio expansivo que como criterio restrictivo del Derecho penal”¹⁴⁴. Así pues, excepción hecha de los contados autores que han sido citados, en la actualidad no se suele invocar la “confianza” cuando se elaboran propuestas de delimitación del valor preservado en los mencionados delitos. Por el contrario, más bien continúa vinculándose este, en su lugar, con la función pública, siguiendo el modelo diseñado por OCTAVIO DE TOLEDO.

3.3. Tercera etapa: la asunción doctrinal (prácticamente generalizada) de la tesis de OCTAVIO DE TOLEDO. La función pública como valor común a los delitos contra la Administración Pública

Como ya hemos señalado, la doctrina mayoritaria ha suscrito la tesis de OCTAVIO DE TOLEDO y, en consecuencia, ha entendido que el correcto ejercicio de la función pública por parte de la Administración es el bien jurídico común protegido por el conjunto de los delitos que atentan contra esta¹⁴⁵. Convicción que se ha visto especialmente

¹⁴⁴ FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., “Sobre la crisis de la teoría del bien jurídico”, en *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, núm. 2, 2008, págs. 8 y 9, nota 4: “las referencias a la confianza (en sentido psicológico o sociopsicológico) de la población en diversas instituciones no puede servir para legitimar una tipificación jurídico-penal si no se trata de una conducta que afecte al funcionamiento efectivo o a la capacidad de funcionamiento correcto de dicha institución y, en este sentido, encierre una cierta lesividad social con una gravedad suficiente que justifique intervenir con penas”. En el mismo sentido, BAUMANN, J., *Zur Problematik...cit.*, págs. 11-12, quien además apunta que “sería posible ampliar la confianza a todos los delitos en el cargo, de hecho, a casi todos los delitos”.

¹⁴⁵ MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., “Sobre la naturaleza de los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos”, en *Estudios Jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, con V.V.A.A., Universitat de València, 1998, págs. 352-353, distingue, en relación con los posicionamientos doctrinales existentes según la posición reconocida a la infracción de los deberes funcionariales en los delitos que nos ocupan, entre tres corrientes: “en primer lugar, la versión tradicional en torno a estos delitos que cifra toda la ofensividad de los mismos en la infracción del deber de que se trate. En segundo lugar, quienes, asumiendo la infracción de deberes como paso previo y común a la entera categoría, complementan el contenido del injusto a través de la determinación de algún otro bien jurídico que suele —aunque no siempre— vincularse al ejercicio de las actividades desempeñadas a través de las cláusulas de pureza, correcto desenvolvimiento, prestigio, etc. de la Administración Pública, manteniendo como elemento desencadenante de la unidad del título más bien la infracción del deber, porque en estos casos es común diversificar después la categoría en función de la determinación de diversos bienes jurídicos o de diversos intereses representados por ese correcto desarrollo o pureza de la Administración Pública. Es decir, que

reforzada con la entrada en vigor del Código penal de 1995 y la novedad introducida por este de referirse a los anteriormente denominados “Delitos de funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos” como “Delitos contra la Administración Pública”. En efecto, en dicho cambio de rúbrica se ha creído ver reflejado el acuerdo del legislador con una postura que, superando los desfasados planteamientos que identifican la antijuridicidad material de estos delitos con la infracción de deberes, otorga prevalencia al correcto desarrollo de la propia institución, dado el impacto que esta genera en los ciudadanos, al corresponderle la prestación de múltiples servicios de interés general.

Ciertamente, resulta relevante incidir en este último extremo, concerniente a la relación entre la Administración y su ciudadanía, puesto que, en general, la mención de la “Administración Pública” no ha sido entendida en términos orgánicos¹⁴⁶ o formales (como dignidad o prestigio del ente administrativo)¹⁴⁷, sino que la misma, en calidad de objeto de protección, se ha hecho corresponder con la función pública como actividad de prestación a los administrados¹⁴⁸. Así, tal y como explica ASÚA BATARRITA: “las referencias a la deslealtad e infidelidad del funcionario para con el Estado o la Administración resultan demasiado ambiguas si no se conectan a lo que constituye la legitimación de las instituciones democráticas. Desde los parámetros actuales, la tradicional apelación al “deber de lealtad” no puede significar otra cosa que la necesaria sumisión del funcionario a la Ley y al Derecho, en el marco del cumplimiento de objetivos de interés general”¹⁴⁹.

Dicho de otra manera, la infracción de deberes por parte del funcionario público únicamente es relevante a efectos penales cuando afecta a las expectativas legítimas de

estas posiciones centrarían la unidad más en la acción que en el bien jurídico. Y en tercer y último lugar, habría que citar la posición de quienes tratan de dotar de un suficiente contenido material al elemento de la infracción de los deberes del cargo, vinculándolo o identificándolo con la lesión de algún bien jurídico, desnaturalizando así, en cierta forma, el sentido tradicional del reclamo a este elemento”.

¹⁴⁶ Precisamente, BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho Penal Parte General*, Ariel Derecho, Barcelona, 1989, pág. 436, sumándose a la interpretación de OCTAVIO DE TOLEDO, precisó la naturaleza esencialmente funcional del bien jurídico delimitado, excluyendo de su ámbito la protección de los órganos administrativos.

¹⁴⁷ Al fin y al cabo, como bien expresa OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito...cit.*, pág. 79, “con la rúbrica de delitos contra la Administración pública se puede pensar que se pone el acento en los intereses de la propia Administración que pueden ser distintos y aun contrarios a los generales. Desde la perspectiva de la Administración lo que importa es que todos los funcionarios obedezcan las órdenes del superior, ya que la disciplina constituye el elemento indispensable para que la máquina burocrática pueda funcionar”.

¹⁴⁸ LÓPEZ GARRIDO, D., GARCÍA ARÁN, M., *El código penal... cit.*, pág. 176.

¹⁴⁹ ASÚA BATARRITA, A., “La tutela penal del correcto...”, *cit.*, págs. 20-21.

los ciudadanos en su relación con la Administración, bien sea porque impide u obstaculiza el ejercicio de un derecho concreto, bien porque pone en serio peligro las posibilidades de acceso y participación de aquellos en el disfrute de servicios o desarrollo de actividades que las instituciones deben garantizar, o en su caso promover¹⁵⁰.

Subraya, asimismo, GONZÁLEZ CUSSAC, que una concepción como la expuesta es coherente con el hecho de que absolutamente toda actividad pública, sea legislativa, judicial o administrativa, está embebida de la noción de la función pública, esto es, orientada a la sociedad. De manera que no existen intereses contrapuestos o que escapen al ciudadano, ni asuntos “propios” del Estado. Este nace y se justifica exclusivamente para el servicio de los individuos¹⁵¹. Asimismo, en palabras de GARCÍA ARROYO, es erróneo pensar que la Administración Pública (y su correcto funcionamiento) es un bien jurídico estrictamente formal que mantiene una relación desvinculada con los ciudadanos, cuando en realidad se trata de justo lo contrario. Al fin y al cabo, al indicar que se protege la función pública (y su correcto desarrollo y funcionamiento), se está demostrando que busca preservarse el correcto servicio que los poderes públicos deben prestar a los ciudadanos conforme a los criterios constitucionalmente previstos¹⁵².

En el desarrollo de esta noción personalista de “Administración Pública”, resulta obligada la alusión al contenido del art. 103.1 CE, pues a él recurre la práctica unanimidad de la doctrina para definir el bien jurídico protegido por el Título XIX. El citado precepto reza así: “La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”.

Pues bien, la importancia del art. 103.1 CE radica en que en él se explicitan las notas esenciales que caracterizan el modelo administrativo que, en cuanto ostenta rango constitucional, busca preservar nuestro texto punitivo. A partir de la lectura de este, así como de la vinculación de su texto con el bien jurídico común a los delitos del Título

¹⁵⁰ *Ídem*.

¹⁵¹ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *El delito de prevaricación...cit.*, pág. 19; RUBIO LARA, P. A., *Omisión del deber de impedir delitos o de promover su persecución*, EDERSA, Madrid, 2003, pág. 19, va más allá todavía que el citado penalista, al aseverar que “en este Título se protege a la Administración Pública en cuanto garante de los derechos y libertades de los ciudadanos y prestadora de servicios públicos cuyos destinatarios son igualmente los ciudadanos, de tal forma que se castigan una serie de conductas que realizan -precisamente-, las autoridades o funcionarios públicos que son los encargados de hacer valer tales derechos ante las vulneraciones de otros y hacer cumplir la prestación eficaz esos servicios a favor del ciudadano”.

¹⁵² GARCÍA ARROYO, C., *El delito de cohecho subsiguiente*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 37.

XIX, suele concluirse que la adulteración de cualesquiera de esas notas definitorias o la violación de los principios informadores de dicho modelo conduce a la “corrupción” en cuanto descomposición del órgano público, pues este habrá pasado a perseguir la consecución de fines puramente privados¹⁵³. Razón por la cual, el Derecho Penal se ve obligado a intervenir.

En conclusión, cuando un importante sector doctrinal señala que el bien jurídico salvaguardado por los delitos del Título XIX se corresponde con el “correcto funcionamiento de la Administración Pública”, lo que en realidad quiere transmitir es que el Código penal pretende garantizar la supervivencia de un concreto modelo administrativo prestacional y dirigido a la consecución de fines de interés general, cuyo origen y fundamento proviene de la propia Constitución. Supervivencia que solo podrá preservarse asegurando que los órganos administrativos, así como los funcionarios que los integran, actúan de manera plenamente conforme a los principios que inspiran a la Administración propia de un Estado Social, Democrático y de Derecho¹⁵⁴. Esta concepción, además, explica satisfactoriamente la agrupación sistemática de estos delitos, habida cuenta de que en alguno de ellos no concurre en el sujeto activo la condición de funcionario público (así sucede, por ejemplo, en el delito de cohecho activo), pero sí se afecta a la prestación de funciones públicas objetivamente consideradas¹⁵⁵.

4. Problemas específicos planteados por el bien jurídico “correcto funcionamiento de la Administración Pública” asumido por la doctrina dominante

4.1. Pertenencia a la categoría de los bienes jurídicos supraindividuales y cuestionamiento doctrinal acerca de la legitimidad de su tutela penal

La afirmación, por parte de la mayoría de la doctrina española, de que el objeto de tutela común a los distintos tipos penales que integran el Título XIX debe girar alrededor del correcto funcionamiento de la Administración Pública, conforme a las notas

¹⁵³ ASÚA BATARRITA, A., “La tutela penal del correcto...”, *cit.*, pág. 21.

¹⁵⁴ Así, de acuerdo con lo dispuesto por GARCÍA ARROYO, C., *El delito de cohecho...cit.*, pág. 36, los administrados o ciudadanos se convierten en los “últimos beneficiarios del correcto mantenimiento de la Administración Pública”, por lo que en los delitos contra la Administración Pública “se podrían constatar dos aspectos diferentes que identifican la necesidad y legitimidad de la intervención penal, es decir, que identifican la existencia de un interés merecedor de protección: por un lado el aspecto institucional que puede concretarse en el correcto funcionamiento de la Administración, y por otra parte, el aspecto individual que se traduce en el respeto y garantía de los concretos derechos e intereses de los administrados”.

¹⁵⁵ GARCÍA ARÁN, M., “La prevaricación administrativa y otros comportamientos injustos en el Código Penal de 1995”, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 11, 1997, págs. 357-358.

constitucionales antes apuntadas (legalidad, imparcialidad, eficacia y sumisión al Derecho), implica concebir a dicho objeto como un bien jurídico de dimensión institucional, es decir supraindividual¹⁵⁶, que se configura sobre caracteres esencialmente

¹⁵⁶ Resultaría imposible referirnos de forma exhaustiva a las distintas propuestas de definición elaboradas por la doctrina en torno al concepto de “bien jurídico supraindividual” y sus caracteres diferenciadores con respecto a los bienes jurídicos individuales. En esencia, sin embargo, la noción de “bien jurídico supraindividual” que aquí seguimos es la esbozada por GARCÍA ARROYO, C., *El delito de cohecho como manifestación de la corrupción pública: aspectos dogmáticos esenciales de su tratamiento jurídico-penal*, Tesis Doctoral, Universidad de Sevilla, 2020, págs. 56-65 (y más brevemente, en GARCÍA ARROYO, C., *El delito de cohecho...cit.*, pág. 35 y ss.), por parecernos la más clara y didáctica. Esta se estructura del siguiente modo: en primer lugar, la mencionada penalista parte de diferenciar entre bienes jurídicos individuales y supraindividuales, sin que quepa referirse a estos últimos indistintamente como “colectivos”, pues los bienes jurídicos colectivos constituyen, en realidad, una específica modalidad dentro del género de los bienes jurídicos supraindividuales; en segundo lugar, dentro de la categoría de bienes jurídicos supraindividuales se podrían distinguir varias especies: los bienes jurídicos colectivos, los institucionales, los de control del Estado etc. Así, siguiendo a BUSTOS RAMÍREZ, la autora entiende que todas ellas, en calidad de bienes jurídicos supraindividuales, encontrarían su fundamento en las relaciones macrosociales (de las personas con el sistema), de manera que sin ellos el sistema podría existir, pero no funcionar o lo haría incorrectamente. Su legitimidad, por tanto, radicaría en que dicha protección sirva al correcto desarrollo de las bases de existencia del sistema, de manera que permita que los bienes jurídicos individuales sean reales y efectivos; en tercer lugar, mientras que los bienes jurídicos colectivos conectan con las bases indispensables de existencia del sistema (como son el medio ambiente o la seguridad vial), los bienes jurídicos institucionales hacen referencia a un conjunto de procesos o vías que aparecen como necesarias dentro del sistema para que los sujetos puedan interrelacionarse. Aquí es necesario que señalemos, a modo de inciso, que precisamente el bien jurídico supraindividual estudiado en las siguientes páginas (“correcto o normal funcionamiento de la Administración Pública”) entraría dentro de esta segunda especie: la de los bienes jurídicos institucionales; en cuarto lugar, emplea la citada comentarista una tesis o concepción monista personalista del bien jurídico, la cual suscribimos en la presente tesis doctoral, puesto que coincidimos con GARCÍA ARROYO en que solo es válida “aquella perspectiva que concibe al bien jurídico siempre en relación a la personal, y, por tanto, funcional respecto al desarrollo personal del individuo”; en quinto y último lugar, nos aclara igualmente que el mantenimiento de una tesis monista personalista del bien jurídico, incluido el supraindividual, no implica que todos los bienes jurídicos supraindividuales sean reconducibles a valores individuales, sino que, en su lugar, supone entender que todos los bienes jurídicos supraindividuales requieren, eso sí, de un referente personal individual para dotar de legitimidad la intervención penal. De modo que tales bienes estarían legitimados siempre que “en última instancia” –y de conformidad con los parámetros de un Estado Social y Democrático de Derecho– repercutan en beneficio del individuo y su dignidad. Nos parece especialmente acertada esta última reflexión efectuada por GARCÍA ARROYO, puesto que la misma sirve para comprender el empeño invertido por la doctrina española en concebir a la Administración Pública como objeto de protección en su vertiente de entidad prestadora de servicios de interés general a los ciudadanos. De manera muy similar se pronuncia SOTO NAVARRO, S., “Concreción y lesión de los bienes...”, *cit.*, pág. 888, la cual se distancia de la tendencia, común entre la doctrina, de establecer, dentro de los bienes jurídicos supraindividuales, dos subcategorías a partir de la distinción entre sociedad y Estado como respectivos titulares, pues entiende que “el Estado, en cuanto forma de organización política de una comunidad, no puede ser titular de intereses propios susceptibles de protección penal”, siendo, en realidad, todo atentado contra los órganos estatales, en definitiva, un atentado contra la sociedad a la que estos sirven. Por último, como puede verse, además, nos hallamos ante el análisis de un bien jurídico supraindividual institucional, el cual viene definido por BUSTOS RAMÍREZ, J.J., *Control social y sistema penal*, Temis, Bogotá, 1987, pág. 140, como aquel referido “a determinadas instituciones básicas para el funcionamiento del sistema; cumplen con el requisito de doble masividad y universalidad y atienden a establecer vías o procedimientos organizativo-conceptuales para asegurar los bienes jurídicos personales; es el caso de los delitos contra la administración de justicia, contra la fe pública, contra la seguridad del tráfico, contra las garantías constitucionales, etc.”

normativos (las propiedades que debe ostentar una institución, en este caso, la Administración, para cumplir sus fines)¹⁵⁷.

Pues bien, la necesidad de tutelar penalmente bienes jurídicos supraindividuales data del siglo XIX, ya que en este comenzaron a protegerse valores como la fe pública, la Administración de Justicia o la seguridad del Estado e, incluso, la propia Administración Pública. No obstante, no ha sido hasta la consagración constitucional del Estado Social y Democrático de Derecho que se ha producido un fenómeno de importante proliferación de estos bienes jurídicos, con el consiguiente surgimiento de un fuerte debate doctrinal en torno a la legitimidad de tutelarlos penalmente. Es, por cierto, esta circunstancia de haber “nacido” en periodos distintos la que lleva a DOVAL PAIS¹⁵⁸ a distinguir, dentro de esta categoría supraindividual, a los “bienes jurídicos tradicionales”¹⁵⁹ (correspondientes con los arriba enunciados), de aquellos “modernos” o “de nueva generación”; caracterizándose los segundos por haber añadido una nueva especie de valores que se encuentra integrada por objetos de una naturaleza difusa. A modo de ejemplo de estos últimos, el señalado autor se refiere a los relacionados con el orden económico, la ordenación del territorio o el medio ambiente¹⁶⁰.

¹⁵⁷ ASÚA BATARRITA, A., “La tutela penal del correcto...”, *cit.*, pág. 22.

¹⁵⁸ DOVAL PAIS, A., “Estructura de las conductas típicas con especial referencia a los fraudes alimentarios”, en *Intereses difusos y Derecho penal*, con BOIX REIG, F.J. (Dir.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, págs. 27-28. Particularmente clara es la definición dada por este autor a los señalados bienes, los cuales identifica como aquellos que: “son necesarios para el funcionamiento de la sociedad, aseguran las bases y las condiciones anteriores, y también sirven, por lo tanto, aunque de una forma mediata, a los fines individuales”. La clasificación llevada a cabo por DOVAL PAIS no resulta superflua o baladí, puesto que es frecuente entre la doctrina criticar la tutela de los bienes jurídicos “modernos” sin aludir a los “tradicionales”.

¹⁵⁹ Con respecto a estos, DOVAL PAIS, A., “Estructura de las conductas...”, *cit.*, págs. 27-28, indica que: “tienen un origen más modesto y datan de unos tiempos en los que aún esta categoría era desconocida (al menos, con el significado con el que los bienes jurídicos colectivos han venido siendo reivindicados desde las primeras elaboraciones doctrinales al respecto durante los años setenta...)”. Con esta precisión, el citado penalista consigue dar respuesta a la cuestión de que la doctrina haya prestado semejante atención a la reciente aparición de nuevos bienes jurídicos supraindividuales, y no tanta a los que ya existían otros con anterioridad.

¹⁶⁰ La razón de que haya sido frecuente la crítica contra estos bienes jurídicos supraindividuales “modernos”, pese a existir en el pasado ya otros intereses colectivos tutelados por la norma penal, la pone de manifiesto GRACIA MARTÍN, L., “La modernización del Derecho penal como exigencia de la realización del postulado del Estado de Derecho (social y democrático)”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 3, 2010, pág. 49, quien explica que “la legitimidad negada por el discurso de resistencia no se refiere a la protección penal de bienes jurídicos colectivos como los mencionados, sino sólo a la de los substratos que la pretenden ahora al amparo del Estado Social, como por ejemplo el ambiente y los recursos naturales, los recursos tributarios o las condiciones mínimas del contrato de trabajo, que el sistema liberal consecuentemente no podía proteger porque con ello hubiera limitado el libre despliegue de la existencia burguesa”.

De este modo, en la actualidad, resulta innegable el surgimiento de entidades nuevas de protección del Derecho penal, cuya particularidad reside en que acentúan el carácter masivo y universal¹⁶¹ de los bienes jurídicos. Este contexto ha propulsado un fuerte debate doctrinal sobre la legitimidad de ofrecer tutela penal a todos estos bienes jurídicos supraindividuales “modernos” o “de nueva generación”, especialmente habida cuenta de los peligros técnico-jurídicos y político-criminales que los mismos suponen. Y, especialmente, por el hecho de que la incorporación de estos nuevos intereses a tutelar trae como consecuencia, en ocasiones, la fricción con principios vertebradores del Derecho penal¹⁶².

En particular, tiende a cuestionarse la protección penal de los bienes jurídicos supraindividuales (especialmente, de los “modernos” o de “nueva generación”), por asociárselos doctrinalmente con el preocupante fenómeno de expansión del Derecho penal¹⁶³ que viene siendo denunciado desde hace décadas por múltiples autores¹⁶⁴.

¹⁶¹ BUSTOS RAMÍREZ, J.J., *Control social y...cit.*, pág. 136.

¹⁶² MATA Y MARTÍN, R.M., *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Comares, Granada, 2016, pág. 3. Además, este autor (*ibidem*, págs. 5-6) enumera concisamente estos supuestos de fricción del siguiente modo: “así, pueden observarse los problemas que plantean la incriminación de estos comportamientos para el principio de lesividad. La punibilidad de una conducta como peligrosa, sobre la base de una regla de experiencia, implica la punición de hipótesis en las que no esté presente de modo efectivo el peligro, de ahí que, en ocasiones, se denomine a estos peligros de peligro presunto. Si se prescinde de la verificación del peligro estableciéndose una mera presunción de Derecho conlleva el riesgo de incriminar únicamente la desobediencia. También se produce la colisión con el principio de culpabilidad, igualmente constitutivo para el Derecho penal, en cuanto la imputación personal del hecho a un determinado autor se ve relajada o relativizada. Igualmente, aunque desde otra perspectiva, se plantea su incompatibilidad con el principio de intervención mínima”.

¹⁶³ GRACIA MARTÍN, L., “La modernización...”, *cit.*, págs. 35-36, explica esta asociación al fenómeno de expansión del Derecho penal: “los objetos protegidos por los nuevos tipos penales, sobre todo los económicos y del ambiente, carecerían de la condición de bienes jurídicos porque no estarían constituidos por ninguna realidad empírica perceptible y susceptible de ser referida a intereses concretos de las personas, sino que serían meras «funciones», instituciones, modelos u objetivos de organización política, social o económica, o bien contextos, entornos o condiciones previas del disfrute de los bienes jurídicos individuales; en fin, sólo objetos ficticios de tutela que sirven de pretexto para una ampliación de la incriminación”. Igualmente, dentro de esta doctrina crítica se halla HASSEMER, W., “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos”, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 51, 1991, Traducción de LARRAURI PIJOÁN, E., pág. 28, quien denuncia que: “el derecho penal abandona la cáscara liberal donde aún se trataba de asegurar un “mínimo ético” y se convierte en instrumento de control de los grandes problemas sociales o estatales. Lucha o (mejor) contención del delito le queda demasiado corta como tarea al derecho penal; ahora se trata de flanquear protección de las subvenciones, del medio ambiente político, de la salud y de la política exterior. De una represión puntual de lesiones concretas de bienes jurídicos a una prevención a gran escala de situaciones problemáticas”.

¹⁶⁴ Por citar solo algunos ejemplos: SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del Derecho Penal Aspectos de la Política Criminal en las sociedades occidentales*, Editorial Aranzadi, Madrid, 2001; SILVA SÁNCHEZ, J.M., “Expansión 2.0. Los nuevos riesgos”, en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2025; CORCOY BIDASOLO, M., “Expansión del Derecho penal y garantías constitucionales”, en *Revista de Derechos Fundamentales*, núm. 8, 2012, págs. 45-76; DONINI, M., “¿Una nueva edad media penal? Lo viejo y lo nuevo en la expansión del derecho penal económico”, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 65, 2003, Traducción de MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., págs. 92-119; POZUELO PÉREZ, L., “De nuevo sobre la denominada expansión del

Además, como bien indica PORTILLA CONTRERAS, el movimiento de repulsa contra la tutela penal de los bienes jurídicos supraindividuales se ha basado particularmente en dos razones: la primera se refiere a la afirmación de que tales bienes favorecen la introducción de la técnica de creación de los delitos de peligro; y la segunda, a la infracción del principio de intervención mínima que estos ocasionan y, con ello, a la función promocional que adquiere la protección penal de los mismos¹⁶⁵.

Ciertamente, la disputa parece haberse saldado (acertadamente, a nuestro parecer) en favor de la protección de estos valores por medio del instrumento penal, siempre y cuando se respeten los límites al *ius puniendi*, los cuales deben regir de idéntica forma independientemente del carácter, colectivo o individual, de aquellos. Sin embargo, la cuestión continúa sin ser pacífica, subsistiendo todavía un importante movimiento de rechazo hacia la tutela penal de los bienes supraindividuales sobre la base de los dos motivos recién señalados.

En particular, comenzando por referirnos al primero de los argumentos esgrimidos en contra de la protección penal de valores supraindividuales, esto es, el supuesto socavamiento del principio de intervención mínima que esta conlleva, coincidimos con CARBONELL MATEU, quien responde a estas críticas aduciendo que no resulta admisible que tal principio sea enarbolado como bandera en contra de la modificación de los valores propios de una sociedad y, por consiguiente, de la utilización del instrumento penal con la finalidad de tutela de los mismos. A su vez, tampoco parece, en definitiva, admisible que el principio de intervención mínima pueda ser un argumento adecuado para mantener un Código penal al servicio de unas concepciones y unos valores hoy absolutamente superados¹⁶⁶.

derecho penal. Una relectura de los planteamientos críticos”, en *El funcionalismo en derecho penal: Libro homenaje al Profesor Günther Jakobs*, con V.V.A.A., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, págs. 107-135.

¹⁶⁵ PORTILLA CONTRERAS, G., “Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 39, 1989, pág. 737. Menos común ha sido la alegación, por parte de la doctrina, de la supuesta ineficacia del Derecho penal para tutelar bienes jurídicos supraindividuales. Tal vez ello se deba a que, como explica CORCOY BIDASOLO, M., *Delitos de peligro...cit.*, págs. 190-191: “si se tiene voluntad política para ello se puede dotar al sistema policial y judicial de los medios necesarios para hacer frente a estas nuevas formas de criminalidad”, e incluso, continúa reflexionando en torno a “si no se aprovecharía más el sistema judicial interviniendo en estos sectores, para evitar luego tener que rasgarnos las vestiduras ante lo inevitable y buscar el castigo al precio de infringir todas las garantías procesales y penales”.

¹⁶⁶ CARBONELL MATEU, J.C., “Breves reflexiones sobre la tutela de los llamados intereses difusos”, en *Intereses difusos y derecho penal*, con BOIX REIG, F.J. (Dir.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, pág. 11. En el mismo sentido, GRACIA MARTÍN, L., “La modernización...”, *cit.*, pág. 43, concluye que

Con tales reflexiones, el destacado penalista está haciendo referencia a los cambios que en el Derecho penal español ha conllevado el surgimiento e implantación constitucional de un Estado Social y Democrático de Derecho, pues gracias a este se habría superado el tradicional papel del estado como mero “guardián” pasivo de la salvaguarda de los derechos y libertades del ciudadano. Frente a este escenario, el nuevo estado se caracteriza por su papel activo, promotor de la efectividad de estos derechos y la igualdad en su disfrute¹⁶⁷.

Del mismo modo, también BOBBIO destaca que el desarrollo de los derechos humanos ha sido gradual, pasando a través de tres fases: en un primer momento fueron afirmados los derechos de la libertad, es decir, todos aquellos derechos que tienden a limitar el poder del Estado y a reservar al individuo o a los grupos particulares una esfera de libertad respecto al mismo; en un segundo momento los derechos políticos, ya que al concebirse la libertad no solo negativamente como “no impedimento”, sino positivamente como “autonomía”, han tenido por consecuencia la participación cada vez más amplia en el poder político (es la libertad en el Estado); y finalmente, se han proclamado los derechos sociales, que expresan la maduración de nuevas exigencias (bienestar, igualdad real), lo cual puede ser denominado como libertad a través o por medio del Estado¹⁶⁸.

Así pues, una vez conocida la evolución histórica de los derechos y libertades humanas y, siguiendo de nuevo a CARBONELL MATEU:

“si la sociedad y el Estado de Derecho fueran los liberales de esa época, entonces aquel modelo penal reivindicado por el discurso de resistencia sería plenamente válido. Pero esto hoy ya no es así. Los nuevos fenómenos y conflictos provocados por la evolución social no pueden ser afrontados ni resueltos por el Estado liberal, y además han propiciado el brote de condiciones con potencial para una realización efectiva de la libertad, la igualdad y la justicia substanciales –que aquel sólo reconoció de modo formal o nominal– que sólo puede llevar a cabo un nuevo Estado de carácter social y democrático”. De igual modo, PAREDES CASTAÑÓN, J.M., “Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el Derecho penal económico: bases político-criminales”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm. 11, 2003, pág. 129: “personalmente no veo –evidentemente, desde mi propia posición ideológica– razón alguna para sostener una concepción tan restrictiva del Derecho Penal, salvo desde posiciones políticas netamente neoliberales, que, además de resultar cuando menos muy discutibles, resultan de difícil acomodo en la escala axiológica de nuestro Ordenamiento jurídico”.

¹⁶⁷ A este fenómeno se refiere también BUSTOS RAMÍREZ, J.J., *Control social y...cit.*, pág. 132, al señalar que: “en otras palabras, no es que se negara la existencia de bienes jurídicos supraindividuales, lo que sí sucedía era que, al considerarse al Estado con una función simplemente de guardián, no se visualizaba la necesidad de intervenir en las disfunciones de los procesos sociales y económicos. Con lo cual se daba una concepción sumamente limitada de los alcances del concepto de bien jurídico. Esta visión de las cosas se transforma con el Estado intervencionista y el social y democrático de Derecho”.

¹⁶⁸ BOBBIO, N., “Presente y porvenir de los derechos humanos”, en *Anuario de derechos humanos*, núm. 1, 1981, pág. 16.

“Es verdad que nuestra Constitución proclama el Estado social y democrático de Derecho; es verdad que nuestra Constitución afirma una serie de valores de titularidad supraindividual e incluso en algún precepto ordena expresamente al legislador ordinario la tarea de tutelarlos. Pero no es menos cierto que el destinatario de la norma constitucional es el individuo; que se han realizado lecturas personalistas de nuestra Constitución; que la dignidad de la persona y los derechos fundamentales que le son inherentes constituyen el fundamento del orden político y de la paz social y que, en definitiva, el ciudadano es el destinatario último de la tutela penal. Tal personalismo, sin embargo, no debe inducir a confusiones: la tensión individuo-sociedad ni significa una aniquilación del primero en ésta ni, desde luego, un regreso al liberalismo decimonónico. La sociedad, permítase la perogrullada, es un conjunto de individuos y los intereses sociales no son diferentes de los individuales: el ciudadano sólo puede desarrollar su personalidad si vive en sociedad, junto a otros, y con intereses que pueden ser titularidad de muchos individuos. Sólo tutelando intereses sociales es posible garantizar el libre desarrollo de la personalidad de los individuos”¹⁶⁹.

Es, precisamente esta última reflexión de CARBONELL MATEU (“sólo tutelando intereses sociales es posible garantizar el libre desarrollo de la personalidad de los individuos”) la que nos convence definitivamente sobre la necesidad y legitimidad de tutelar penalmente los bienes jurídicos supraindividuales, tanto “tradicionales”, como “de nueva generación”. Pues, en el fondo, asumir esta tarea como necesaria coadyuva a superar un concepto de bien jurídico de naturaleza eminentemente individualista nacido dentro de una concepción burguesa de la sociedad, hoy desfasada¹⁷⁰.

¹⁶⁹ CARBONELL MATEU, J.C., “Breves reflexiones sobre la tutela de los llamados...”, *cit.*, pág. 16. Esta misma idea la comparte CORCOY BIDASOLO, M., *Delitos de peligro...cit.*, págs. 188-189: “la dependencia entre Derecho y sociedad implica que frente a una “modernización” de la sociedad, el Derecho penal debe de realizar esfuerzos para asumir los nuevos problemas sociales y no inhibirse frente a ellos, ni crear un Derecho “moderno”, que, como veíamos, solo puede conllevar problemas añadidos”. Asimismo, la propia CORCOY BIDASOLO (*idem*), hace hincapié en que “lo criticable es la referencia a valores sin exigir que su infracción suponga una repercusión negativa en la realización de los individuos como seres sociales, pero el rechazo de esta concepción no afecta en nada a la legitimidad de la protección de bienes jurídicos supraindividuales, siempre que tengan como referencia la protección de intereses fundamentales para la vida social de la persona”. También PORTILLA CONTRERAS, G., “Principio de intervención mínima...”, *cit.*, pág. 740, afirma que contra esta tesis podría objetarse: “su excesivo arraigo en una concepción liberal, opuesto sin duda a las propias corrientes neoliberales que aceptan ya el protagonismo estatal y su incidencia en la infraestructura económica, creyendo que se facilita así, la graduación jerárquica de los intereses a proteger en base, exclusivamente, al concepto de arraigo social. Dificilmente puede engendrarse la conciencia social del derecho a ejercitar las garantías económicas, laborales, etc., cuando ni han sido previamente reconocidos como derechos básicos del ciudadano junto a los derechos formales, ni tienen la categoría de esenciales por la falta de protección penal”.

¹⁷⁰ Alcanzando una conclusión similar MÜSSIG, B., *Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema*,

Además, a nuestro parecer, no le falta razón a HEFENDEHL, cuando afirma que la tesis de que todos los bienes jurídicos colectivos son ilegítimos ni siquiera se sostiene coherentemente. Al fin y al cabo, “nadie ha emprendido todavía el intento de diseñar un Derecho penal sin delitos contra la administración pública, contra la administración de justicia o de falsificación de moneda”¹⁷¹. En efecto, coincidimos con el señalado autor en que resulta incoherente aceptar la protección de los bienes jurídicos supraindividuales tradicionales (como la Administración de Justicia), y rechazar, en cambio, la de los de nueva generación, pues todos son, en el fondo, valores de carácter colectivo.

Queda por examinar, todavía, si resulta posible tutelar penalmente los bienes jurídicos supraindividuales sin causar la fricción con los principios limitadores del *ius puniendi* que a menudo se asocia a los mismos. Y en este punto cabe destacar que, en realidad, a nuestro modo de ver, la tutela penal de bienes jurídicos supraindividuales no está enfrentada con el mantenimiento y apego a las garantías penales y límites al *ius puniendi*, sino que, más bien, muchos de los problemas que suscita la incriminación de esta clase de conductas provienen de la técnica legislativa utilizada. Por ello, consideramos que la crítica efectuada contra los valores supraindividuales no debería basarse tanto en negar la legitimidad de preservarlos a través del instrumento penal, sino más bien en la técnica seguida para procurar tal protección.

4.2. Técnicas de tipificación normalmente empleadas en la tutela de los modernos bienes jurídicos supraindividuales y su reflejo en el Título XIX: el recurso a los delitos de peligro abstracto

En párrafos anteriores hemos señalado que el segundo motivo alegado por el movimiento de rechazo doctrinal contra la tutela penal de los bienes jurídicos supraindividuales se relaciona con la supuesta relación de causalidad que existiría entre esta y la proliferación de la técnica de tipificación de los delitos de peligro abstracto. Dicho de otra manera, según esta tesis, la protección de cualquier bien jurídico

Traducción de CANCIO MELIÀ, M., PEÑARANDA RAMOS, E., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.

¹⁷¹ HEFENDEHL, R., “El bien jurídico como eje material...”, *cit.*, pág. 182. En sentido similar, PADOVANI, T., STORTONI, L., *Diritto penale e fattispecie criminose. Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Il mulino, Bologna, 2006, pág. 76, indican que: “en un ordenamiento democrático, uniformado en torno a la idea del Estado de Derecho, la salvaguarda de los mecanismos institucionales, con el fin de garantizar el correcto funcionamiento de los aparatos de poder, es tan esencial como la protección de los valores personales en los que se inspira el ordenamiento jurídico y que éste se compromete en su conjunto a reconocer y garantizar”.

supraindividual demanda necesariamente la implementación de técnicas de peligro abstracto¹⁷², lo cual es criticable y preocupante, habida cuenta de la cuestionable compatibilidad de estas formas delictivas con los principios limitadores del *ius puniendi*¹⁷³.

En efecto, resulta innegable que la protección de los bienes jurídicos supraindividuales de nueva generación se ha producido normalmente a través de la tipificación de delitos de peligro abstracto, habiendo sido puesta de manifiesto esta tendencia por numerosos penalistas¹⁷⁴. Las razones que suelen achacarse a la decisión legislativa de optar por dicha técnica —a pesar de sus conocidos inconvenientes—, son varias¹⁷⁵, de entre las cuales suele destacarse la supuesta mayor eficacia que conlleva el empleo de la misma¹⁷⁶. Igualmente, también son diversas las soluciones que se han

¹⁷² Se refiere a este riesgo, entre otros, FIANDACA, G., “La tipicizzazione del pericolo” en *Dei delitti e delle pene*, núm. 3, 1984, págs. 441-442. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, lo señalado por PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, C., *Legitimidad y técnicas de protección penal de bienes jurídicos supraindividuales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 242, nota 57, quien advierte que, para algunos autores, constituyen una excepción al riesgo descrito los llamados delitos con bienes jurídicos (supraindividuales) intermedios o instrumentales, que son identificados a menudo con estructuras “formales” de lesión para esta categoría de bienes y de peligro para los bienes finales. Excepción a la que se hará alusión *infra* en el presente Capítulo.

¹⁷³ PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, C., *Legitimidad y técnicas de protección... cit.*, pág. 242. También MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1993, pág. 162, para la cual: “las razones alegadas para su revalorización —especialmente la creencia de que en nuestras sociedades el legislador no puede prescindir de esta forma de anticipación de la tutela— no pueden ser suficientes para obviar los problemas dogmáticos y la violación de los principios garantistas que son la base de un Derecho penal democrático”.

¹⁷⁴ TERRADILLOS BASOCO, J.M., *Sistema penal y Estado de Derecho. Ensayos de Derecho Penal*, Ara Editores, Lima, 2010, pág. 165, explica que las dificultades de definición planteadas por esta clase de valores “han constituido para el legislador una poderosa tentación a recurrir a tipos de peligro en defensa de estos bienes jurídicos supraindividuales”. En el mismo sentido, y por citar solo algunos ejemplos: RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Universidad Complutense de Madrid, 1994, págs. 301-302; OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito... cit.*, pág. 57; PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, C., *Legitimidad y técnicas de protección...cit.*, pág. 242, nota 57; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Los delitos de peligro...cit.*, pág. 162.

¹⁷⁵ Resume algunas de las más importantes GRACIA MARTÍN, L., “La modernización...”, *cit.*, págs. 35-36, cuando explica que, de acuerdo con el discurso de rechazo hacia los más recientes bienes jurídicos supraindividuales: “el Derecho penal moderno habría sustituido el modelo del tipo de lesión o peligro concreto de bienes jurídicos individuales por otro en que predominaría el *peligro abstracto*, e incluso el presunto. Con esto se desviaría de los principios de lesividad, de subsidiariedad y de *ultima ratio*, y daría lugar además a la lesión de otras garantías dependientes de ellos, como las de los principios de culpabilidad y de proporcionalidad, y esto alcanzaría magnitudes exponenciales en el caso de la protección de substratos colectivos, ya que sus gigantescas dimensiones hacen prácticamente inimaginable que la conducta individual y aislada de un sujeto determinado pueda lesionarlos o ponerlos en peligro”.

¹⁷⁶ MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Los delitos de peligro... cit.*, pág. 44, se pregunta “si realmente esta técnica de tutela es tan eficaz como se sostiene”, terminando por concluir (*ibidem*, pág. 160) que: “es erróneo, a mi juicio, estimar que lo más eficaz es la creación de delitos de peligro abstracto porque la lesión no es determinable. Si esta no es concretable, mucho menos lo será el peligro. Llevando a sus extremos el principio de eficacia, se crean tipos de peligro abstracto en casos en que no está claro en qué consiste la lesión”, así como que: “un bien jurídico solo puede ser puesto en peligro cuando a su vez es posible la

esbozado en el plano doctrinal para tratar de compatibilizar la tutela de los bienes jurídicos supraindividuales más “modernos” con el respeto a las garantías del poder punitivo.

Llegados a este punto, es menester distinguir entre dos grandes sectores doctrinales que se aproximan a la difícil tarea de compatibilización señalada de formas diferentes: el primero, de carácter mayoritario, que aprecia la imposibilidad de que los bienes jurídicos supraindividuales sean lesionados y aboga, en consecuencia, por el recurso a los delitos de peligro, si bien matizando los efectos negativos que conlleva tal opción por medio de ciertas estructuras de imputación que enseguida examinaremos; y el segundo, absolutamente minoritario, pero cuyo crecimiento parece estar en ciernes, conformado por penalistas que parten de que los bienes jurídicos supraindividuales sí son lesionables y, a partir de tal premisa, niegan que solo pueda protegérselos por medio de delitos de peligro abstracto y conciben otras vías de tutela.

A) Primer sector doctrinal: delitos acumulativos y teoría de los bienes jurídicos intermedios

Según lo explicado anteriormente, para un importante sector doctrinal los bienes jurídicos supraindividuales no son susceptibles de lesión, sino tan solo de puesta en peligro¹⁷⁷, por lo que la única técnica posible para su protección es, lógicamente, la de los tipos de peligro. Especialmente en el caso de los bienes jurídicos institucionales (como son, por ejemplo, los que atentan contra la Administración Pública), se entiende que la lesión no es imaginable debido a que, a lo sumo, esta podría identificarse con la destrucción total del bien, lo cual no es posible a partir de una sola acción individual, aisladamente “inocua”¹⁷⁸.

lesión porque el peligro es un concepto de referencia en relación al bien jurídico y un concepto de relación: existen estados peligrosos porque éstos pueden desembocar en la lesión”.

¹⁷⁷ A modo de ejemplo, ASÚA BATARRITA, A., “La tutela penal del correcto...”, *cit.*, pág. 24, al indicar que: “en los delitos que afectan a bienes jurídicos supraindividuales la noción de lo que sea lesión o peligro del bien jurídico no puede entenderse como destrucción o inminente peligro de pérdida de condiciones determinadas”; y ARROYO ZAPATERO, L., “Derecho Penal económico y Constitución”, en *Revista Penal*, núm. 1, 1998, pág. 8: “la única técnica posible para tutelar estos bienes jurídicos es la acuñación de delitos de peligro abstracto y la legitimidad del castigo dependerá principalmente de la admisibilidad de la tutela del bien jurídico y de otros principios garantistas”.

¹⁷⁸ Sintetiza de manera brillante esta problemática GARCÍA ARROYO, C., *El delito de cohecho como manifestación de la corrupción... cit.*, pág. 112: “la pregunta en este punto sería obvia: ¿una sola conducta lesiona el bien jurídico que no es de naturaleza individual?, ¿Cuántas conductas de la misma naturaleza son necesarias para llegar a poner en peligro el bien jurídico supraindividual, ¿es necesario que la conducta llegue a lesionar el bien jurídico? La dificultad de otorgar una respuesta a las cuestiones que hemos

Semejante factor lleva a una importante proporción de penalistas, guiados por el propósito de combinar la salvaguarda penal de valores supraindividuales con la evitación del empleo, para dicho propósito, de la técnica de tipificación de peligro abstracto, al manejo de dos teorías que, pese a sus diferencias, están íntimamente relacionadas: la teoría de la acumulación y la de los bienes jurídicos intermedios.

En primer lugar, la tesis de la acumulación parte justamente de que, aun siendo concebible la lesión de bienes jurídicos supraindividuales, esta viene ocasionada no por una conducta delictiva puntual, sino por la reiteración de estas, pues solo su efecto cumulativo (derivado de la realización del tipo por una pluralidad de sujetos independientes) puede llegar a provocar un auténtico daño al valor protegido, ya sea en forma de peligro concreto o de lesión¹⁷⁹. En síntesis, de acuerdo con HEFENDEHL, uno de sus acérrimos defensores: “se aplica a acciones individuales en sí inocuas dado que sin una prohibición reforzada con una sanción habría que contar con que se cometerían en gran número y, como consecuencia, resultarían perturbadas funciones protegidas”¹⁸⁰. Expresado de este modo, queda claro que la idea de la acumulación posibilita que se imputen a la esfera individual acciones carentes en sí mismas de nocividad social, no siendo su lesividad, por tanto, públicamente perceptible, ni, por ello, reconocible al autor, sobre la base de que, según un juicio realizado por un observador dotado de más información empírica, la probabilidad de futura realización ulterior por un gran número pueda conllevar un considerable poder de destrucción¹⁸¹.

Nacidos en el seno de la doctrina alemana, puede afirmarse que los delitos acumulativos (*Kumulationsdelikt*) se han convertido allí en el verdadero tipo penal

mencionado es evidente cuando nos encontramos ante bienes jurídicos supraindividuales, porque la titularidad de los mismos, como hemos dicho anteriormente, no es de un individuo, y ello implica dificultad, si no imposibilidad, de su concreción, a pesar de ser útiles para el desarrollo de toda la sociedad. Estas dificultades que se derivan de la propia configuración de los bienes jurídicos supraindividuales, determina que el legislador se vea abocado a recurrir a técnicas de tipificación que permitan eludir la necesidad de constatar que el bien jurídico se haya visto lesionado, bastando que se demuestre el riesgo o peligro para la misma”.

¹⁷⁹ PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, C., *Legitimidad y técnicas de protección... cit.*, pág. 252.

¹⁸⁰ HEFENDEHL, R., “El bien jurídico como eje material...”, *cit.*, pág. 195.

¹⁸¹ SILVA DIAS, A., “¿Y si todos lo hiciéramos? Consideraciones acerca de la (in)capacidad de resonancia del Derecho penal con la figura de la acumulación”, en *ADCP*, Vol. LVI, 2003, Traducción de ALCÁCER GUIRAO, R., pág. 442. Para más información acerca de los delitos acumulativos véase: ALCÁCER GUIRAO, R., “La protección del futuro y los daños acumulativos”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 4, 2002, págs. 177-206; BUSTOS RUBIO, M., *Delitos acumulativos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.

estándar en relación con los bienes jurídicos supraindividuales¹⁸². A su vez, esta categoría delictiva no ha carecido de influencia en España, si bien, en la práctica, es infrecuente hallar penalistas que la suscriban totalmente. En cambio, la mayoría de los autores españoles que parecen adherirse a la misma adoptan solo la premisa de la que aquella parte, sin llegar a adoptar las consecuencias a las que conduce tal postura en última instancia (conforme sí se hace en Alemania)¹⁸³. De este modo, parecen referirse a la inevitabilidad del problema de los efectos acumulativos, cuando de bienes jurídicos supraindividuales se trata, para acabar decantándose por la segunda de las teorías que enseguida explicaremos, la cual ha solido emplearse, precisamente, para solventar dicho problema¹⁸⁴.

¹⁸² La categoría de los delitos acumulativos fue ideada por KUHLEN, L., “Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung”, en *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht*, 1986, pág. 339, en relación con un delito medioambiental, con respecto al cual terminó concluyendo que: “un delito acumulativo no requiere que un solo acto conduzca a una lesión o peligro, sino solamente que el acto individual pertenezca a un tipo de acto que, si se llevara a cabo en gran número, causaría una lesión o peligro”. Asimismo, el citado autor ha ratificado su punto de vista más adelante, ampliándolo a otras clases de delitos, en KUHLEN, L., “Bienes jurídicos y nuevos tipos de delito”, en *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, con ROBLES PLANAS, R. (Dir.), Traducción de ORTIZ DE URBINA, I., Atelier, Barcelona, 2012, págs. 225-234; y KUHLEN, L., “Umweltstrafrecht auf der Suche nach einer neuen Dogmatik”, en *ZStw*, núm. 105, 1993. Igualmente, otros dos grandes defensores de la presente tesis han sido: HEFENDEHL, R., *Kollektive Rechtsgüter...cit.*, pág. 183 y ss., quien podría decirse que ha perfeccionado la misma, partiendo de la base de que el pensamiento de la acumulación es el único criterio de equivalencia material que puede vincular, en los bienes supraindividuales, al acto delictivo y el valor en cuestión; WOHLERS, W., *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts -zur Dogmatik « moderner » Gefährdungsdelikte*, Duncker und Humblot, Berlin, 2000, págs. 297-298; y LOOS, F., “Zum Rechtsgut der Bestechungsdelikte”, in *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974*, con KAUFMANN, A., GEILEN, G., STRATENWERTH, G., et al., Walter de Gruyter, Berlín, 1974, pág. 871 y ss.

¹⁸³ En España, han apoyado la presente postura, entre otros: ASÚA BATARRITA, A., “La tutela penal del correcto...”, *cit.*, pág. 24; ARROYO ZAPATERO, L., “Derecho penal económico...”, *cit.*, pág. 8; OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito...cit.*, pág. 102; FEIJOO SÁNCHEZ, B., “Delitos contra la Administración pública: consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificación de otras conocidas”, en *La Ley*, Tomo 2, 1997, pág. 1679; FERRÉ OLIVÉ, J.C., “Corrupción y delitos contra la Administración Pública”, en *Delitos financieros, fraude y corrupción en Europa, Vol. III*, con FERRÉ OLIVÉ, J.C. (Dir.), Ed. Salamanca, Salamanca, 2002, pág. 20 quien considera que es difícil o prácticamente imposible que una acción aisladamente considerada pueda lesionar a la Administración pública en su conjunto.

¹⁸⁴ Este es el caso de varios autores: ASÚA BATARRITA, A., “La tutela penal del correcto...”, *cit.*, pág. 24, quien, a pesar de reconocer que, en los delitos que afectan a bienes jurídicos supraindividuales, “el acto aislado, salvo casos de extraordinaria gravedad, no tiene capacidad para conmover de forma decisiva el funcionamiento prevalentemente correcto de la institución”, sino que “es la reiteración o frecuencia de esos actos lo que conduce a una perversión importante de las funciones que la Administración debe cumplir” (suscribiendo en principio, por tanto, la tesis acumulativa), termina por adscribirse a la postura de los bienes jurídicos intermedios, conciliando, de este modo, ambas posiciones. Del mismo modo procede OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito...cit.*, págs. 102-103, la cual también afirma que: “el deterioro de la institución proviene de la suma de vulneraciones a la misma provocando una grave alteración de la institución”; (suscribiendo, de este modo, la tesis de los delitos cumulativos), para luego terminar afirmando que: “el bien jurídico mediatamente protegido es el correcto funcionamiento de la Administración, como garante del desarrollo y participación de los ciudadanos en el sistema, este precisa de unas condiciones básicas (bienes intermedios), cuya lesión producirá, en caso de reiteración, la efectiva perturbación del bien inmaterial”. Por su parte, GALÁN MUÑOZ, A., “Bienes jurídicos individuales, bienes jurídicos

Posiblemente, el hecho de que la tesis de los *Kumulationsdelikt* no haya llegado a calar en nuestro país se deba a las múltiples críticas que suelen reprochársele, todas ellas relacionadas con los intensos problemas que suscitan en relación con los principios basilares de nuestro Derecho penal¹⁸⁵. Así, tradicionalmente, en contra de aquella se ha argumentado que el castigo de un comportamiento aisladamente inocuo tiene como consecuencia la responsabilización del sujeto que la lleva a cabo por los efectos derivados de las acciones de terceros (*ex iniuria terti*)¹⁸⁶, vulnerándose el principio de culpabilidad por el hecho, así como que conlleva el quebranto de los principios de lesividad y proporcionalidad, en la medida en que no se exige una valoración de la gravedad de la acción individual¹⁸⁷. Además de ello, GARCÍA ARROYO le reprocha a esta línea doctrinal su incapacidad para “determinar cuántas actuaciones serían necesarias para determinar una afección al bien jurídico relevante”, conllevando ello también una vulneración de los principios antes señalados¹⁸⁸.

En segundo lugar, mucha más trascendencia ha tenido en España la tesis de los bienes jurídicos intermedios, también de cuño alemán. De acuerdo con esta, dado que los bienes jurídicos institucionales tienen carácter ideal, inmaterial y no son reconducibles a

supraindividuales y bienes jurídicos intermedios”, en *Manual de Derecho Penal económico y de la empresa*, con NÚÑEZ CASTAÑO, E., GALÁN MUÑOZ, A., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, pág. 23, se refiere a esta clase de propuestas de “combinación” de posturas indicando que las mismas traen al ámbito de los delitos de peligro-lesión toda la polémica referida a los denominados “delitos de acumulación”; categoría de delitos que el mismo autor considera “absolutamente rechazable”.

¹⁸⁵ BUSTOS RUBIO, M., *Delitos...cit.*, pág. 45.

¹⁸⁶ SOTO NAVARRO, S., *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad*, Comares, Granada, 2003, pág. 184; GARCÍA ARROYO, C., *El delito de cohecho como manifestación de la corrupción... cit.*, pág. 117; FERNÁNDEZ CABRERA, M., *Corrupción en la función...cit.*, pág. 68. En concreto, como afirma GALÁN MUÑOZ, A., “Bienes jurídicos individuales, bienes jurídicos supraindividuales...”, *cit.*, págs. 23-24, la tesis de los efectos acumulativos supone fundamentar parte del injusto típico en “las supuestas y todavía no realizadas conductas semejantes que podrían realizar terceros en el futuro, si no se le castigase a él, lo que supondría fundamentar el injusto del delito por el que se le iba a responsabilizar y, con ello, parte de la pena por la que tendría que responder en una conducta de un tercero que le resultaría completamente ajena”. Pero es que además, continúa apuntando el citado penalista: “dicha propuesta vendría a sustentar el peligro para el bien jurídico supraindividual que presuntamente contemplan los injustos de los delitos de peligro-lesión en unas conductas que, además de ser ajenas a aquel a quién se quiere responsabilizar por su ejecución, de hecho, todavía no se habrían llegado ni siquiera a realizar ni tal vez nunca lo llegasen a hacer, lo que supondría presumir de forma iure ex de iure y sin base fáctica alguna la existencia del peligro del que supuestamente el autor de estos delitos tendría que responder”. Contra esta crítica, y sin que nos resulte del todo convincente, HEFENDEHL, R., “El bien jurídico como eje material...”, *cit.*, pág. 195, alega que “la objeción de que por medio de la acumulación se termina fundamentando el ilícito *ex iniuria terti* solo sería cierta si en el marco de la concreta configuración típica se realizara una remisión al injusto de terceros para fundamentar la responsabilidad”. En el mismo sentido, KUHLEN, L., “Umweltstrafrecht auf der Suche...”, *cit.*, pág. 718.

¹⁸⁷ SOTO NAVARRO, S., *La protección penal...cit.*, pág. 185.

¹⁸⁸ GARCÍA ARROYO, C., *El delito de cohecho como manifestación de la corrupción... cit.*, pág. 117.

valores individuales, así como que ello los convierte en no tutelables autónomamente, debe recurrirse, necesariamente, a otro bien jurídico que pueda representarlos en un plano menos abstracto¹⁸⁹. Por consiguiente, según este razonamiento, existen dos valores protegidos y únicamente se preserva el bien intermedio para mejor salvaguardar el final, existiendo una relación de instrumentalidad del primero en relación con este último, derivada de la falta de entidad propia de aquel¹⁹⁰.

La principal “virtud” de la tesis de los bienes jurídicos intermedios consiste, fundamentalmente, en que, gracias a ella, se entiende cometida la conducta típica con la sola lesión del bien jurídico intermedio o representante, sin que resulte necesario constatar en el caso concreto siquiera si se ha llegado a poner en peligro al bien jurídico final, pues la misma se presume¹⁹¹. Consecuentemente, se consiguen transformar los tan denostados y problemáticos delitos de peligro abstracto en —al menos a nivel formal— delitos de lesión¹⁹². Esta era, precisamente, la intención perseguida por SCHÜNEMANN al crear esta estructura de imputación para delitos que tutelan bienes jurídicos institucionales (*vergeistigtes Zwischenrechtsgut*), pues gracias a la misma se “tiende un puente con los delitos de lesión en sentido estricto, es decir, aquellos con un bien jurídico materialmente aprehensible”¹⁹³.

A partir de aquí, siguiendo la propuesta de clasificación de los delitos con bienes jurídicos intermedios que efectúa GALÁN MUÑOZ, puede distinguirse dentro de los mismos entre delitos de lesión-peligro (en los que “la conducta llevada a cabo por el sujeto debe poner en peligro a un número enorme e indeterminado de bienes jurídicos individuales con respecto a los cuales el bien jurídico supraindividual no sería sino una mera abstracción”), y delitos de peligro-lesión, categoría que aquí nos interesa más, por encuadrarse en ella los delitos contra la Administración Pública tal y como los ha entendido la doctrina mayoritaria, y que “se caracterizan por el hecho de que se considera

¹⁸⁹ TERRADILLOS BASOCO, J.M., *Sistema penal y Estado de Derecho...cit.*, pág. 170.

¹⁹⁰ PAREDES CASTAÑÓN, J.M., “Los delitos de peligro como técnica...”, *cit.*, pág. 134.

¹⁹¹ SOTO NAVARRO, S., *La protección penal...cit.*, pág. 181.

¹⁹² RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Delitos de peligro... cit.*, pág. 302.

¹⁹³ SCHÜNEMANN, B., “Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte”, en *Juristische Arbeitsblätter*, 1975, pág. 793.

que la efectiva lesión de un bien jurídico individual, determina, siempre y automáticamente, la puesta en peligro del bien jurídico supraindividual”¹⁹⁴.

En efecto, tras la promulgación del Código penal de 1995, en lo referente al nuevo Título de los “Delitos contra la Administración Pública”, la tesis de los bienes jurídicos intermedios ha sido progresivamente asumida por la práctica totalidad de la doctrina penalista¹⁹⁵. De este modo, tomando como punto de partida la postura de OCTAVIO DE TOLEDO, que afirma la existencia de un bien jurídico común a todos los delitos reunidos en el Título XIX (entonces VII) del Código penal, correspondiente a la “función pública que los funcionarios han de ejercitar conforme al interés general según la legalidad existente”, esta pasa a conceptualizarse como bien jurídico categorial, abstracto, que debe ser concretado más adelante en sede de cada delito, lo que obliga, en cada tipo penal específico, a llevar a cabo una labor de descubrimiento del bien jurídico en particular protegido.

A su vez, los bienes jurídicos concretos que, de acuerdo con esta teoría, protege cada tipo penal en el Título XIX han sido identificados con los distintos principios constitucionales que deben inspirar cada sector de la función administrativa, lo que de nuevo nos lleva al art. 103 CE¹⁹⁶: decisión conforme a legalidad; actuación conforme al fin determinado; observancia de la objetividad; preservación de la imparcialidad en las decisiones; coordinación jerárquica en aras a la eficacia; actuación conforme a garantías procedimentales, etc.¹⁹⁷.

¹⁹⁴ GALÁN MUÑOZ, A., “Bienes jurídicos individuales, bienes jurídicos supraindividuales...”, *cit.*, pág. 23

¹⁹⁵ Así pues, la práctica totalidad de autores que suscriben la tesis de OCTAVIO DE TOLEDO mantienen también la presente caracterización de la función pública como “bien jurídico categorial” del Título XIX: VIVES ANTÓN, T., “La responsabilidad de los jueces...”, *cit.*, pág. 277; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “Lo objetivo y lo subjetivo en el delito de prevaricación de funcionarios (A propósito de la sentencia del TS sobre el caso Barreiro)”, en *ADCP*, Tomo 2, 1991, pág. 386; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *El delito de prevaricación...cit.*, pág. 18; LÓPEZ GARRIDO, D., GARCÍA ARÁN, M., *El código...cit.* pág. 176; ASÚA BATARRITA, A., “La tutela penal del correcto...”, *cit.*, pág. 22; CUGAT MAURI, M., *La desviación del interés general...cit.*, pág. 77; RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., *El delito de cohecho...cit.*, pág. 37; OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito...cit.*, págs. 63 y 87; MIR PUIG, C., *Los delitos contra la Administración...cit.*, pág. 19; REBOLLO VARGAS, R., “Notas y consecuencias...”, *cit.*, pág. 554; RUBIO LARA, P.A., *Denegación de auxilio...cit.*, pág. 19; CARDENAL MONTRAVETA, S., “Los delitos de los funcionarios...”, *cit.*, págs. 67-68; COLOMER BEA, D., “La tutela penal de las funciones...”, *cit.*, pág. 3; ORTS BERENGUER, E., “Lección XXXVII. Delitos contra la administración pública...”, *cit.*, pág. 700.

¹⁹⁶ LÓPEZ GARRIDO, D., GARCÍA ARÁN, M., *El código... cit.*, pág. 176.

¹⁹⁷ ASÚA BATARRITA, A., “La tutela penal del correcto...”, *cit.*, pág. 22.

B) Segundo sector doctrinal: el rechazo a la teoría de los bienes jurídicos intermedios

Aunque la teoría de los bienes jurídicos intermedios es, sin duda, la dominante en la actualidad en relación con los delitos contra la Administración Pública, lo cierto es que también se han alzado ciertas voces disonantes que han rechazado expresamente el recurso a esta. En particular, los puntos débiles asociados a la misma (y, en concreto a los delitos de peligro-lesión) tienden a relacionarse con la “volatilización” o “espiritualización” (*Verflüchtigung*¹⁹⁸) que el concepto de bien jurídico protegido (y, sobre todo, su función crítica, limitadora del *ius puniendi*) sufre como consecuencia de su uso.

Así pues, el calificar a un valor, lejano e indirectamente salvaguardado, como “bien jurídico mediato o representado”, solo para, a continuación, identificar un específico bien jurídico inmediato o representativo del anterior, en relación con el cual se realizan realmente todas las funciones dogmáticas y al que se refieren las exigencias del tipo, ha llevado a varios penalistas a cuestionarse si aquel no será, en realidad, mera *ratio legis*¹⁹⁹ o marco genérico de realización de los delitos tipificados en el Título XIX²⁰⁰.

En suma, caracterizar como “bien jurídico” a un valor amplísimo e ideal, solo para reconocer que, con respecto al mismo no puede cumplirse ninguna de las funciones realmente otorgadas a los “bienes jurídicos”, contribuye a privar al bien jurídico del sentido histórico crítico que tanto ha costado a la doctrina que se le atribuyera. En palabras de ÁLVAREZ GARCÍA: “de poco sirve esforzarse en tratar de encontrar un bien jurídico categorial referido a todos los delitos contra la Administración Pública, si sostenemos, como es nuestro caso, que la categoría “bien jurídico” está destinada a realizar importantes funciones dogmáticas que vayan más allá de la simplemente clasificatoria.

¹⁹⁸ HASSEMER, W., *Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre*, Frankfurt, 1973, pág. 231; HASSEMER, W., “Derecho Penal simbólico y protección de bienes jurídicos”, en *Pena y Estado (función simbólica de la pena)*, con V.V.A.A., Traducción de LARRAURI PIJOÁN, E., Editorial Jurídica Conosur, 1995, págs. 31-32.

¹⁹⁹ SOTO NAVARRO, S., *La protección penal...cit.*, pág. 182; ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., “Introducción a los delitos contra...”, *cit.*, pág. 42; FERNÁNDEZ CABRERA, M., *Corrupción en la función... cit.*, pág. 59, la cual alude, con respecto a la “función pública” y al “correcto funcionamiento de la Administración Pública” a la “falta de concreción que le impide erigirse como objeto de protección penal legítimo”.

²⁰⁰ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal Parte especial... cit.*, pág. 967.

Desde este punto de vista afirmar que el bien jurídico es el “correcto funcionamiento de la Administración Pública”, sirve para poco o para nada (...)”²⁰¹.

Con la finalidad de evitar esta banalización del concepto de “bien jurídico-penal”, e independientemente de las particularidades propias del pensamiento de cada uno de los autores que han buscado separarse de la teoría de los bienes jurídicos intermedios, todos ellos coinciden en que la única forma real de eludir los perjudiciales efectos derivados del empleo de técnicas de peligro abstracto es delimitar más concretamente los bienes jurídicos supraindividuales, renunciando a las formulaciones ideales y abstractas atribuidas tradicionalmente a los mismos²⁰². Ello, sobre todo, porque, tal y como indica GILI PASCUAL, los conceptos de peligro y de lesión son relativos, en cuanto que dependen del alcance del objeto de protección al que van referidos, ya que la configuración más genérica de ese objeto permite reconducir al ámbito de lo punible conductas que, no siendo lesivas para el bien más concreto, son peligrosas para el más amplio²⁰³.

A su vez, la mayor parte de penalistas que integran este segundo sector doctrinal insisten también en que, para evitar los problemas derivados de la teoría de los bienes jurídicos intermedios, es menester no solo concretar más los bienes jurídicos

²⁰¹ ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., “Introducción a los delitos contra...”, *cit.*, pág. 42. En sentido similar GILI PASCUAL, A., *El encubrimiento en el Código Penal de 1995*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 150: “la referencia a un bien jurídico tutelado por la norma, lejos de ejercer así función de garantía alguna frente a las posibilidades de incriminación penal, se convierte más bien en un instrumento capaz de respaldar cualquier arbitrio del legislador, legitimando la protección de toda función en la que éste tenga interés. Con ello se transforma, además, en un “potente factor de expansión analógica a merced de la incontrolable política criminal del Poder Judicial”; HAVA GARCÍA, E., *Los delitos de prevaricación*, Aranzadi, Navarra, 2019, pág. 35: “en la búsqueda del concreto objeto de tutela penal en los delitos de prevaricación cometidos por autoridades y funcionarios públicos, de poca ayuda sirven la mayoría de las tesis que, partiendo o no de la rúbrica del Título XIX, conciben un bien jurídico “generalista”, común a todos los delitos contra la Administración Pública, entre otras cosas porque restan, precisamente por su carácter generalista, virtualidad práctica a principios tales como el de intervención mínima y lesividad a la hora de perfilar con contornos precisos esta figura delictiva”.

²⁰² Como explica PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, C., *Legitimidad y técnicas de protección... cit.*, pág. 242: “la argumentación de fondo que sustenta la referida postura es la siguiente: los contornos indeterminados y abstractos que supuestamente caracterizan a los bienes jurídicos supraindividuales imposibilitarían o dificultarían en extremo la tarea de perfilar conceptualmente su lesión o puesta en peligro concreta por medio de un curso causal”. En el mismo sentido, PORTILLA CONTRERAS, G., “Principio de intervención mínima...”, *cit.*, pág. 740.

²⁰³ En el mismo sentido, GILI PASCUAL, A., *El encubrimiento...cit.*, pág. 149; SOTO NAVARRO, S., *La protección penal...cit.*, pág. 183: “lo mismo podría decirse de un atentado contra la vida humana si considerásemos que el bien jurídico protegido es, en abstracto, la especie humana, pues ciertamente la muerte de una persona no representa, ni siquiera, un peligro abstracto para la supervivencia de la especie. Sin embargo, nadie sostiene que el delito de homicidio responda a una estructura típica de peligro, sencillamente porque el bien jurídico vida humana, al igual que la mayoría de los bienes jurídicos individuales, se ha logrado concretar. Por tanto, el carácter de peligro o de lesión de los tipos depende del modo en que se defina el bien jurídico protegido”.

supraindividuales²⁰⁴, sino también reformular el tradicional concepto de “lesión”. Ello debido a que, si la lesión de cualquier valor protegido penalmente se hace identificar con la absoluta destrucción de este, difícilmente va a poder considerarse nunca “lesionable” un bien jurídico supraindividual²⁰⁵.

En este sentido, resulta especialmente esclarecedora la explicación de MÉNDEZ RODRÍGUEZ. De acuerdo con la citada autora, la equiparación entre “lesión” del bien jurídico y “destrucción” del mismo está lógicamente construida a partir del modelo proporcionado por los bienes jurídicos individuales que cuentan con un referente material (como la vida o la integridad física). En contraste, la amplitud y vaguedad en la definición de ciertos bienes jurídicos (particularmente, de los supraindividuales) hace que se consolide la opinión de la imposibilidad de su lesión, lo que a su vez lleva a recurrir sistemáticamente a los delitos de peligro²⁰⁶. Y tal decisión resulta irrazonable, por cuanto, si el peligro es el estado previo de la lesión, solo puede crearse este si la lesión es también posible (y, por tanto, si esta puede ser determinada). De otro modo el concepto de peligro carece de sentido²⁰⁷.

Sin embargo, no es radicalmente imposible que los bienes jurídicos supraindividuales —ni siquiera los institucionales— sean lesionados por acciones humanas, por muy chocante que tal conclusión pueda parecer en nuestra tradición doctrinal. Indudablemente, la elaboración del paradigma de lesión en los bienes jurídicos institucionales se presenta como una tarea ardua, por cuanto los criterios hasta ahora empleados para delimitar las unidades lesionables (consistentes en la referencia al titular individual del bien jurídico y al sujeto pasivo del delito) no son aplicables, pero no por ello debe renunciarse a su búsqueda²⁰⁸.

²⁰⁴ Pues, por mucho que se concrete el bien jurídico institucional, este continuará ostentando un carácter ideal, por lo que el concepto tradicional de “lesión” construido a partir de determinados bienes jurídicos personales no será apto para su tratamiento.

²⁰⁵ CORCOY BIDASOLO, M., *Delitos de peligro...cit.*, pág. 261, señala que la lesión de un bien jurídico-penal no debe ser entendida como su destrucción, sino como su afectación.

²⁰⁶ MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Los delitos de peligro... cit.*, pág. 40.

²⁰⁷ LAURENZO COPELLO, P., *El resultado en derecho penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1992, pág. 181; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Los delitos de peligro... cit.*, págs. 40-43; GARCÍAARROYO, C., *El delito de cohecho como manifestación de la corrupción...cit.*, pág. 117.

²⁰⁸ SOTO NAVARRO, S., *La protección penal...cit.*, pág. 184.

Por el contrario, aprecia GARCÍA ESPAÑA que los efectos lesivos que puede sufrir un bien jurídico como la “función pública” son, bien que se impida el inicio de un proceder o que este se obstaculice, bien que se desvíe o utilice hacia intereses que no son los generales, siendo estos efectos susceptibles de ocasionarse por el funcionario público o autoridad a través de la infracción de su cargo²⁰⁹. Asimismo, para FERNÁNDEZ CABRERA, es suficiente una afección puntual del bien jurídico supraindividual para considerarlo lesionado, de forma que: “para que la función pública sea lesionada no se requiere que ésta sea completamente corrupta o que sea absolutamente disfuncional, sino que se constaten empíricamente una serie de efectos sociales dañosos como un trato desigual hacia los administrados o un beneficio injusto”²¹⁰.

Ambas autoras son, en este punto, de la misma opinión, pues participan, en realidad, de la formulada de forma más genérica (y no limitada, por tanto, al Título XIX) por SOTO NAVARRO²¹¹. Esta última se esfuerza en romper con el tradicional correlato que se suele establecer entre bienes jurídicos individuales-objetos materiales y bienes jurídicos supraindividuales-objetos ideales, aseverando que a poco que se aleje la reflexión de los delitos contra la vida y la integridad física, no escasean las normas penales protectoras de bienes jurídicos atribuidos al individuo en las que el efecto dañoso de la conducta incriminada no se traduce en una modificación causal de un objeto perceptible en la realidad física y, sin embargo, ello no ha sido impedimento —aunque, admite la autora, sí ha generado ciertas dificultades— para dotar de entidad material y lesionable al bien jurídico protegido. La razón estriba en que ni la materialidad ni el concepto de lesión se entienden, hoy por hoy, en un sentido estrictamente naturalístico sino sociológico, de modo que la única cualidad necesaria *ab initio* para que un bien entre en el catálogo de bienes jurídicos protegidos es su pertenencia a la realidad social, con independencia de que sea o no aprehensible por los sentidos e, innegablemente, puede afirmarse que tal cualidad concurre en los bienes jurídicos supraindividuales²¹².

²⁰⁹ *Ídem*.

²¹⁰ FERNÁNDEZ CABRERA, M., *Corrupción en la función...cit.*, pág. 69; FERNÁNDEZ CABRERA, M., “Problemática asociada a la protección de bienes jurídicos colectivos. Especial referencia a los delitos contra la Administración Pública”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 43, 2017, pág. 87.

²¹¹ SOTO NAVARRO, S., *La protección penal...cit.*, pág. 318: “en el ámbito de los bienes jurídicos colectivos caben, a mi entender, la configuración de resultados materiales que comporten la lesión del bien jurídico, siempre y cuando el resultado no se conceptúe en un sentido estrictamente naturalístico”.

²¹² SOTO NAVARRO, S., “Concreción y lesión de los bienes...”, *cit.*, pág. 904. En este mismo sentido, ya apuntó BUSTOS RAMÍREZ, J.J., *Control Social y... cit.*, pág. 12, que “el concepto de bien jurídico no viene

La dificultad que comporta el proceso de concretar los bienes jurídicos supraindividuales no radica, para la presente comentarista, en su naturaleza ideal, sino en la ineficacia de los criterios tradicionalmente empleados para delimitar unidades que constituyan concretas formas de manifestación del bien jurídico sobre las que pueda estimarse su lesión²¹³. En consecuencia, entiende que será lesivo todo aquel comportamiento que perturbe o impida la función social encomendada a un determinado subsistema comunicativo²¹⁴.

Semejante conceptualización de la lesión como “perturbación de una función” (*Funktionsstörung*) encuentra su origen ya en el pensamiento de WELZEL, al hilo de su teoría de la adecuación social²¹⁵. El empleo de este concepto explica que la norma penal

dado por la naturaleza de las cosas, ni es una revelación metafísica al legislador no susceptible de discusión”. Por el contrario, todo bien jurídico surge en la dinámica del funcionamiento de un sistema social determinado con respecto a la conflictividad de intereses y necesidades contrapuestos y, por ello, es un mero “producto de decisiones políticas dentro del sistema cuyo contenido dependerá del grado de democratización de la instancia política de poder y de sus fallos estructurales”.

²¹³ SOTO NAVARRO, S., “Concreción y lesión de los bienes...”, *cit.*, pág. 904.

²¹⁴ Profundizando en su postura, resulta clave entender que, para SOTO NAVARRO, S., “Concreción y lesión de los bienes...”, *cit.*, págs. 892-893, los delitos contra bienes jurídicos supraindividuales son conductas que inciden negativamente sobre las condiciones de existencia y/o desarrollo de un subsistema de comunicación, lo que, de modo mediato, repercute en las posibilidades de acción individuales, en cuanto constitutivas de dicha realidad sistémica. Pero lo relevante y, por tanto, merecedor de tutela penal no son los subsistemas comunicativos en sí, como mecanismos de organización, sino su valor funcional (esto es, la función que estos desempeñan para el sistema social global). La presente autora emplea aquí, de forma muy clarificadora, el ejemplo de la vida humana, el cual no constituye un bien jurídico en cuanto mera realidad físico-biológica (aquí conforme a las ciencias naturales), sino por su valor funcional para su portador y, por ende, para la sociedad. Precisa, además, que “la única diferencia es que, en este ámbito, el individuo se coloca en primer plano como referente axiológico”. Por consiguiente, para la citada penalista, exigencia básica para que el recurso a la intervención penal esté justificado será que los subsistemas comunicativos afectados por ciertas formas de conducta cumplan una función social indispensable. Por supuesto, siguiendo con su razonamiento, no es posible concretar el objeto de tutela penal con la mera referencia al correcto funcionamiento de una institución si, previamente, no se determina, desde una perspectiva sociológica y jurídica, cuál es su función social y cómo ha de desempeñarla. Más extensamente, también SOTO NAVARRO, S., *La protección penal...cit.*, pág. 321 aclara que: “si se parte de una adecuada concreción de la función material asignada a determinados subsistemas comunicativos y a los instrumentos básicos sobre los que éstos se estructuran, es posible delimitar formas de conducta que comporten un efecto lesivo para dicha función, entendiendo por efecto lesivo el impedimento u obstaculización de la misma. Y puesto que todo sistema de comunicación se descompone en acciones humanas, la perturbación de su función social ocasionada, desde la perspectiva del individuo, un perjuicio a sus posibilidades de acción (o posibilidades de uso), bien porque resulte excluido como partícipe de la interacción, bien porque se limite su potencial aprovechamiento a título individual”.

²¹⁵ Para el diseño de su teoría de la adecuación social parte, en primer lugar, WELZEL, H., *Estudios de Derecho Penal*, Traducción de EDUARDO ABOSO, G., LÖW, T., B de f, Buenos Aires, 2002, pág. 49 de la idea de que “en realidad hay solo bienes jurídicos cuando y en cuanto ellos estén en “función”, es decir, mientras ellos incidan en la vida social y reciban consecuencias. Vida, seguridad, libertad, propiedad, etcétera, no están simplemente “ahí”, sino que su presencia “es estar en función”, es decir, provocando consecuencias y sufriendo consecuencias en la comunidad social”. A partir de aquí, en segundo lugar (*Ibidem*, págs. 49-50), entiende que: “en una definición de delito como lesión de bien jurídico (o puesta en peligro) no se menciona lo decisivo. En caso de que el derecho quiera prohibir seriamente todas las lesiones de bienes jurídicos como injusto objetivo, entonces tendría que estar detenida toda la vida social y se tendría solo

se limite a prohibir tan solo determinadas acciones, las que comporten una perturbación intolerable, en cuanto no unida al uso conforme a la función que desempeña el bien jurídico. Evidentemente, puesto que todo sistema de comunicación se descompone en acciones humanas, la perturbación de su función social ocasiona, desde la perspectiva del individuo, un perjuicio a sus posibilidades de acción (o posibilidades de uso), bien porque resulte excluido como partícipe de la interacción, bien porque se limite su potencial aprovechamiento a título individual²¹⁶.

Por último, todavía dentro del señalado sector doctrinal minoritario, es menester referirse también a la tesis de VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS con respecto al perfil ofensivo de los delitos contra la Administración Pública. Como punto de partida, el mencionado penalista asume que, 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. A su vez, ese sector de actividad administrativa sobre el que la competencia se proyecta nos situaría frente a una realidad institucional muy precisa: 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 Administración²¹⁷:

“Las diversas 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

aquel mundo de museo, que estaría destinado a la contemplación. El sentido del derecho no consiste en rechazar toda consecuencia lesiva de bienes jurídicos indemnes e imaginables sino en que, de las innumerables funciones en las cuales el bien jurídico está presente, participando y sufriendo, se seleccionen y prohíban sin consenso dentro de la moralmente ordenada existencia comunitaria aquellas que no se comprendan como correctas”. Semejante reflexión le lleva a concluir que “todas las acciones para el concepto de lo injusto se mueven de forma funcional dentro del orden histórico de la vida en comunidad de un pueblo. Semejantes acciones serán denominadas con la expresión “socialmente adecuadas”. Acciones socialmente adecuadas son todas aquellas actividades en las cuales la vida en comunidad se desarrolla según el orden históricamente establecido”. Por último, en tercer lugar, advierte WELZEL, H., *El nuevo sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, Traducción de CEREZO MIR, J., B de f, Buenos Aires, 2011, pág. 85, de que su teoría “repercute en la comprensión e interpretación de los tipos, que por influencia de la doctrina de la acción causal era demasiado estrecha en cuanto se quería ver la esencia del tipo en lesiones causales de los bienes jurídicos”, y concluye (*Ibidem*, pág. 88) que: “la adecuación social es en cierto modo la falsilla de los tipos penales: representa el ámbito “normal” de la libertad de acción social, que les sirve de base y es supuesto (tácitamente) por ellos. Por esto quedan también excluidas de los tipos penales las acciones socialmente adecuadas, aunque pudieran ser aún subsumidas en ellos, según su tenor literal”.

²¹⁶ *Ibidem*, págs. 907-908.

²¹⁷ VÁZQUEZ- PORTOMEÑE SEIJAS, F., *Los delitos contra la Administración...cit.*, pág. 391.

competencia del funcionario. Cada uno de los perfiles de extralimitación 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 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 trascendencia o significado de esa "perversión" nos dará la clave para catalogar adecuadamente las distintas situaciones que integran los tipos legales"²¹⁸.

En conclusión, para VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, el estudio de los presupuestos enunciados por cada uno de los tipos del Título XIX permite reconducir los delitos contra la Administración Pública a dos clases de abusos. En el cohecho, en el tráfico de influencias y en los abusos contra la libertad sexual, el citado autor entiende que se describen conductas típicas que preceden al ejercicio de la función pública, en el sentido de que tienen por objeto la realización futura de un acto de la función. En consonancia con ello, no resultará forzado admitir que constituyen delitos de peligro para el procedimiento administrativo en que se enmarcan, entendiendo por peligro el riesgo de que se produzcan o realicen actuaciones administrativas viciadas, ilegales. Por el contrario, la prevaricación, los nombramientos ilegales, la revelación de secretos, las exacciones ilegales, la malversación de fondos públicos... consisten ya, en cambio, en "malos ejercicios" de la función, esto es, en comportamientos o prácticas que, independientemente de que se sustancien o no en actos o actuaciones típicas de Derecho público, no cabe considerar sino -por el modo o medio empleado para delinquir- como expresiones de un desarrollo irregular, incorrecto, ilegal, abusivo, de los procedimientos administrativos²¹⁹.

5. Valoración crítica y toma de posición

5.1. Rechazo a la teoría de los bienes jurídicos intermedios y al bien jurídico categorial "correcto funcionamiento de la Administración Pública"

Hasta el momento hemos expuesto las dos grandes posiciones doctrinales que tratan de resolver la cuestión de si existe o no un bien jurídico común al conjunto de delitos del Título XIX, así como, más genéricamente, de si tiene sentido continuar

²¹⁸ *Ibidem*, pág. 392.

²¹⁹ *Ibidem*, págs. 393-394.

hablando de “bienes jurídicos finales”, “representados” o “categoriales”. Pues bien, a nuestro parecer, es evidente que existe un marco de referencia común a todos los delitos contra la Administración Pública, y que este puede ser identificado con la referencia a “la función pública” o al “correcto funcionamiento” de aquella. Lo dudoso no es, entonces, que esos tipos penales compartan un mismo sustrato, fondo o marco común, sino que este deba merecer la denominación de “bien jurídico”. Y es aquí donde coincidimos con el autorizado sector minoritario de autores antes referido.

En efecto, desde nuestra perspectiva, “el correcto funcionamiento de la Administración Pública” no puede ser el bien jurídico común o categorial al Título XIX, pues la ausencia de toda función dogmática reconocida al mismo determina que no pueda calificárselo, como tal, de auténtico “bien jurídico-penal”. Así, no es posible que esa sea su naturaleza si ni siquiera se trata de un valor apto para el cumplimiento de las funciones dogmáticas y limitadoras del *ius puniendi* asociadas a los bienes jurídicos. Y, ciertamente, no es idóneo para tales funciones, puesto que, como bien ha expresado FERNÁNDEZ CABRERA, a través de aquel valor se está definiendo más una “realidad omnicompreensiva”, que un verdadero “objeto de la realidad social formulado de manera sintética con capacidad para ser afectado por conductas individuales”²²⁰.

Por ello, consideramos preferible asumir que la delimitación del valor preservado en un específico tipo penal debe realizarse a partir de la redacción típica de la ofensa, y que cada delito da lugar a su propio bien jurídico²²¹. En este punto, y a pesar de tratarse de un debate producido en el seno de la doctrina italiana²²², nos parece conveniente aludir a la contienda mantenida entre PISAPIA y ANTOLISEI con relación a la conceptualización que ambos autores realizan del concepto “bien jurídico protegido”, pues nos permitirá

²²⁰ FERNÁNDEZ CABRERA, M., *Corrupción en la función...cit.*, págs. 58-59.

²²¹ Comparte esta definición el presente autor al hilo de las críticas que el mismo dirige contra la postura de ANTOLISEI con respecto al concepto de “bien jurídico-penal”. Así pues, PISAPIA, G.D., *Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Vol. I, Giuffrè, Milano, 1948, pág. 88: “el distinguido autor no proporciona ningún criterio para la ulterior identificación de esa objetividad específica; de hecho, parece tener que inferirse del ejemplo dado que se consideran objetos específicos, por ejemplo, la propiedad, la libertad, etc., que en cambio representan el objeto jurídico común a varios delitos (la denominada objetividad de categoría, de la que habla León) que, como tal, parece inadecuada para designar por sí sola, y sin ninguna otra especificación, la objetividad específica de los delitos individuales”.

²²² En Italia, al igual que en España y Alemania, se ha producido un debate similar en torno al impacto que sobre el concepto de “bien jurídico-penal” ocasiona la proliferación de modernos bienes jurídicos supraindividuales.

vislumbrar más claramente la relevancia de enfocar dicha categoría desde una u otra de las perspectivas sostenidas por los sectores doctrinales antes expuestos.

Por un lado, seguramente para tratar de superar las deficiencias del sentido tradicional otorgado al “bien jurídico-penal”, ANTOLISEI, termina sustituyendo este por el criterio teleológico “*dello scopo della norma*” (es decir, “de la finalidad de la norma”). Criterio este que PISAPIA califica (a nuestro parecer acertadamente) de “vago e indeterminado”, y que, precisamente por dichos defectos, “no se presta (...) a asumir el papel de columna vertebral de nuestro sistema jurídico-penal, que hasta ahora ha cumplido dignamente el criterio de objetividad jurídica”²²³.

Esta discusión entre ambos insignes penalistas nos sirve para poner de manifiesto que la definición que se fije de “bien jurídico-penal” depende de si para establecerla se atiende exclusivamente al tipo penal analizado o también al conjunto formado por el mismo y otros que comparten, indudablemente, una misma esencia, en el sentido de una misma razón de ser (castigados). En este sentido, resulta pertinente referirse a la distinción efectuada por DONINI entre “objeto de protección” y “fin de protección”, cuando razona que: “si el bien no es preexistente a la protección, es decir, si no es posible o exigible que la conducta típica única lo ofenda directa o indirectamente, solo puede ser calificado como fin de la protección (por ejemplo, los delitos con finalidad preventiva, de finalidad; o los bienes jurídicos de finalidad con respecto a los bienes intermedios directamente protegidos): una distinción que, como se verá, sirve para mostrar cuándo el bien está tan alejado del hecho típico, que no puede desarrollar ninguna función reconstructiva de este”²²⁴.

²²³ *Ibidem*, pág. 89. Junto a PISAPIA, también ANGIONI, F., *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Giuffrè, Milano, 1983, pág. 13, señala: “muchos de los objetos clasificados son demasiado generales -administración pública, orden público- y en sí mismos no ayudan a establecer si los casos individuales a los que se refieren son de lesión, de peligro y de qué forma de peligro (...); se necesitaría entonces una forma de concreción de estas categorías genéricas”. Apunta igualmente tal espiritualización, FIANDACA, G., *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Giappichelli Editore, Torino, 2014, pág. 99. Por su parte, sucintamente CADOPPI, A., VENEZIANI, P., *Elementi di diritto penale. Parte Speciale, Vol. I*, Wolters Kluwer, Milano, 2023, págs. 54-55, con respecto a esta “lucha” entre definiciones del “bien jurídico-penal”, explican que la de PISAPIA: “subraya la pertinencia para la dimensión ofensiva del delito de todos y cada uno de los posibles elementos constitutivos del mismo. Desde este punto de vista, es normal pensar que un robo es diferente de una estafa: por otra parte, la víctima puede sentirse perjudicada de manera diferente (desde un punto de vista psicológico) si sufre un robo o si sufre una estafa”; mientras que la de ANTOLISEI: «no concede demasiada importancia a la tipicidad del hecho respecto del delito; y concentra la noción de bien jurídico en el «bien» real atacado por el delito, en su dimensión objetiva: desde este punto de vista, es normal considerar que el objeto jurídico del hurto es el mismo que el de la estafa...”.

²²⁴ DONINI, M., *Teoría del delito*, Traducción de DOMENICONI, D., B de f, Buenos Aires, 2002, pág. 136.

En atención a las razones expuestas, nos separamos de la doctrina mayoritaria en lo relativo a la aplicación, por parte de esta, de la teoría de los bienes jurídicos intermedios y, en concreto, de los delitos de peligro-lesión, a los delitos ubicados en el Título XIX. En definitiva, nos parece que, con la distinción entre un bien jurídico inmediato o representativo protegido en sede de cada tipo penal, y un bien jurídico final o representado, se contribuye efectivamente a “volatilizar” o “espiritualizar” el concepto de bien jurídico protegido, alejándolo de la concreción que el mismo requiere para la consecución de sus funciones críticas y limitadoras del poder punitivo²²⁵. Más bien, desde la perspectiva aquí asumida, al “correcto funcionamiento de la Administración Pública” puede concebirse únicamente como “fin de la norma” o “*ratio legis*”²²⁶, pero no como “bien jurídico-penal”.

5.2. *Proceso de determinación de los bienes jurídicos concretamente protegidos en los tipos penales del Título XIX*

A partir de aquí, tras rechazar la existencia de un “bien jurídico-penal” categorial o común a los delitos del Título XIX, queda por constatar si puede mantenerse parcialmente la postura de la doctrina mayoritaria en lo relativo a la asimilación, por parte de esta, de los bienes jurídicos concretamente protegidos en cada tipo penal del Título XIX con los principios rectores de la actividad administrativa (legalidad, objetividad, imparcialidad, etc.), tal y como los describe el art. 103.1 CE.

Llegados a este punto, y aparte de dicha posición doctrinal principal, podría decirse que hay dos tendencias diferenciadas a este respecto. Mientras que FERNÁNDEZ

²²⁵ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Traducción de ANDRÉS IBÁÑEZ, P., RUIZ MIGUEL, A., TERRADILLOS BASOCO, J., *et al.*, Editorial Trotta, Madrid, 2005, pág. 475, se refiere a este fenómeno como la “disolución del concepto de bien penal como criterio axiológico de orientación o delimitación de la selección penal. La multiplicidad, la casualidad, la contingencia y, a veces, la inconsistencia de los bienes equivale, de hecho, a la devaluación de la idea misma de “bien” e indican la sobrecarga de funciones impropias que lastra a nuestra justicia penal”. De interés en esta materia es, asimismo, otro trabajo del mismo autor: FERRAJOLI, L., “El principio de lesividad como garantía penal”, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 79, 2012, Traducción de RESTREPO RODRÍGUEZ, D., págs. 100-114. A su vez, también FIANDACA, G., MUSCO, E., *Derecho Penal Parte General*, Traducción de NIÑO, L.F., Temis, Bogotá, 2006, pág. 37, advierte de que hacer coincidir al bien jurídico con la *ratio legis*, “diluye el concepto mismo de objeto de tutela y cualquier motivación libremente propuesta por el legislador resulta suficiente para justificar la protección penal”.

²²⁶ Nos parece importante resaltar que, como bien explica ANGIONI, F., *Contenuto e funzioni... cit.*, págs. 25-26, “la *ratio (legis)* no debe confundirse con la *occasio legis*, ya que esta última constituye simplemente la ocasión que de hecho condujo a la promulgación de una norma, puede entenderse en un sentido historicista o sociológico como la intención del legislador histórico real, o en el sentido más usual y tradicional, es decir, como la intención objetiva e impersonal derivada de la propia norma y condicionada por su relación sistemática con otras normas, anteriores, contemporáneas y sobre todo posteriores”.

CABRERA, pese a integrar el sector minoritario de autores que se oponen a la teoría de los bienes jurídicos intermedios, coincide, en este punto, con la doctrina dominante, y entiende que los verdaderos bienes jurídicos en el Título XIX son los distintos principios del art. 103.1 CE preservados por cada tipo penal²²⁷, dos autoras aparentemente integrantes de la doctrina dominante se separan de esta tesis.

Por un lado, GARCÍA ESPAÑA es la primera de las autoras en sostener que los principios constitucionales referidos no pueden ostentar el rango de bien jurídico protegido por ningún tipo. Así, refiriéndose en concreto al delito de negociaciones prohibidas establece que:

“No me convence la opinión de que estos preceptos estén protegiendo el principio de imparcialidad, por varios motivos: el primero de ellos es que considero que los principios inspiradores de determinadas conductas no deben ser confundidos con los bienes jurídicos objetos de protección por el Derecho Penal. Además, y aún cuando admitiéramos como premisa que se protege el principio de imparcialidad, esta no es una característica exclusiva de los comportamientos recogidos en los tipos que ahora analizamos, sino de todas y cada una de las conductas recogidas bajo la rúbrica “De los delitos contra la Administración pública”. No es imparcial el funcionario que realiza una conducta de cohecho, ni un tráfico de influencias, ni ninguna de las conductas abarcadas en los tipos penales recogidos en el Título XIX, en cuanto que su comportamiento está dirigido por unos intereses específicos, sean propios o ajenos”²²⁸.

La citada penalista no limita esta reflexión al delito de negociaciones prohibidas, sino que la hace omnicomprendensiva a todos los restantes tipos penales del Título XIX, tras entender que la misma crítica puede extenderse a otros bienes jurídicos defendidos doctrinalmente²²⁹. El empeño de esta penalista en distanciarse de la tesis de los bienes jurídicos intermedios puede contemplarse como un esfuerzo por mantener en su pureza la tesis de OCTAVIO DE TOLEDO, comentarista del cual parte y que, como sabemos, subrayó la importancia de erigir a la función pública como autentico objeto de protección de los delitos contra la Administración Pública.

²²⁷ FERNÁNDEZ CABRERA, M., *Corrupción en la función...cit.*, pág. 75. Aunque obviamente la autora no comparte la tesis acumulativa ni la de los bienes jurídicos intermedios, sino que se limita a señalar que no hay más bienes jurídicos que los que individualmente se protegen en cada tipo penal y que, a su vez, estos se corresponderían con los distintos principios derivados del art. 103 CE.

²²⁸ GARCÍA ESPAÑA, E., “Negociaciones y actividades prohibidas...”, *cit.*, pág. 52.

²²⁹ *Ibidem*, pág. 53.

Por ello, en definitiva, la autora concluye que el bien jurídico que se protege en todos aquellos ilícitos penales es la función pública, sin que deba parcelarse según el tipo concreto. En su lugar, identifica la función administrativa pública como objeto de protección categorial con el conjunto de actuaciones y resoluciones que, ordenadas hacia el interés general, deben ser adoptadas con imparcialidad y con plena sujeción al principio de legalidad por las autoridades o funcionarios públicos en el ámbito de sus respectivas competencias. Desde este punto de vista, entiende GARCÍA ESPAÑA que la función administrativa pública como bien jurídico protegido puede definirse como la “ausencia de interferencias” en la toma o ejecución de decisiones o en la realización de actividades de interés general en el ejercicio de los deberes del cargo²³⁰.

La segunda de las penalistas en separarse parcialmente de línea doctrinal mayoritaria, en lo relativo a su equiparación de los bienes jurídicos concretos o inmediatos con los principios constitucionales administrativos, es JAREÑO LEAL. Para esta comentarista, es común a todos los delitos del Título XIX la protección de la función pública y, aunque advierte de haber tenido en cuenta, en cada delito, aquello de específico que contiene sobre el bien jurídico (como la mención expresa a la lesión del patrimonio público, a que el funcionario persiga, o no, un enriquecimiento propio, o a que específicamente incumpla determinados deberes), asevera que al hablar del bien jurídico siempre se refiere a la protección de la función pública, entendiendo a esta como un único valor²³¹ y coincidiendo en su postura con GARCÍA ESPAÑA.

No obstante, interpretaciones como las realizadas por ambas autoras, si bien apuntan pertinentemente al hecho de que en cada tipo penal se protegen más o menos directamente todos los principios constitucionales enumerados en el art. 103 CE, nos continúan suscitando la duda de cómo resolver las dificultades que plantea la lesión de un bien jurídico supraindividual (como sería la función pública, por mucho que se adjetive con la referencia a los principios de legalidad, imparcialidad u objetividad, entre otros). Al fin y al cabo, tales dificultades son las que han motivado la creación de la teoría de los

²³⁰ *Ibidem*, pág. 54.

²³¹ JAREÑO LEAL, A., *Corrupción y delincuencia...cit.*, págs. 18-19: “las meritorias disquisiciones de la doctrina deslindando bienes diferentes en cada incluso caso, indagando en los entresijos del Derecho administrativo, resultan desbordadas por la práctica judicial, pues finalmente el debate que más se encuentra en la jurisprudencia se refiere a si el caso concreto alcanza suficiente relevancia penal para su castigo, o si debe quedarse en el ámbito del Derecho administrativo sancionador. Desde ambas perspectivas el objeto protegido es el mismo, así que se trata de llegar a una conclusión sobre el alcance del principio de intervención mínima en esta materia”.

bienes jurídicos intermedios, que solventarlas siguiendo el razonamiento de que, si no es posible lesionar un valor supraindividual descrito de forma masiva e ideal, deberá esbozarse otro más concreto que lo represente en un plano inmediato.

En este punto, creemos que tiene razón FERNÁNDEZ CABRERA cuando concluye que los bienes jurídicos concretamente protegidos en los tipos penales del Título XIX son, en efecto, los principios rectores de la función administrativa que se establecen en el art. 103 CE. Sobre esta apreciación, por tanto, no consideramos que fuese desencaminada la doctrina mayoritaria, pues, ciertamente, la organización del Título XIX se articula en torno a la salvaguarda de los principios propios de una Administración democrática²³², al ser estos los únicos cánones objetivos²³³ en los que puede ser concretada y, por ende, garantizada, la misma²³⁴. La referencia al art. 103 CE es, pues, indispensable, pues como indica BOIX REIG, solo en las coordenadas constitucionales adquiere el Derecho penal su auténtica función, ya que, de lo contrario, el simple empleo de la palabra Derecho “se convierte en mero eufemismo, de consecuencias prácticas ciertamente nefastas”²³⁵.

No obstante, debe hacerse, todavía, una matización, pues, como acertadamente alega REBOLLO VARGAS: “no deberían perderse de vista las características estructurales propias de cada uno de los tipos penales para individualizar el correspondiente objeto de tutela”. Es decir, es esencial atender al resultado de la interacción concreta entre los principios constitucionales *ex* art. 103 CE, con cada tipo penal específico sobre los que se proyectan. Aunque, a diferencia del razonamiento de REBOLLO VARGAS, no creemos que tal interacción sea importante a los efectos de delimitar el bien jurídico protegido en cada tipo penal del Título XIX (el cual siempre podrá cifrarse en uno de los principios mencionados), sino, más bien, de cara a esclarecer cuándo se produce la lesión de tales principios, tarea en la que nos centraremos a continuación.

²³² RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., *El delito de cohecho...cit.*, pág. 36.

²³³ VALEIJE ÁLVAREZ, I., *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, EDERSA, Madrid, 1995, pág. 28.

²³⁴ FERNÁNDEZ CABRERA, M., *Corrupción en la función...cit.*, pág. 75. La citada penalista (*ibidem*, pág. 76) apunta, además, muy acertadamente, que los principios constitucionales permiten sintetizar mucha información en un solo concepto, por lo que metodológicamente resultan especialmente útiles.

²³⁵ BOIX REIG, F.J., “El principio de legalidad en la Constitución”, en *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, núm. 4, 1983, pág. 8. En el mismo sentido se pronuncia en BOIX REIG, F.J., “De nuevo sobre el principio de legalidad”, en *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, núm. 15, 1986, pág. 9.

5.3. Pero ¿qué ocurre con los deberes del cargo? El verdadero significado de estos en los delitos contra la Administración Pública

A pesar de habernos desmarcado de aquellas tesis que asocian la esencia de los delitos contenidos en dicho Título (y, por ende, que agotan la ofensividad de estos) con la infracción de deberes profesionales, es indudable que no le falta razón a BACIGALUPO ZAPATER cuando afirma que la legalidad en el ejercicio de la actividad administrativa requiere ineludiblemente del cumplimiento por el funcionario de los deberes inherentes a su cargo²³⁶.

En el mismo sentido, también GARCÍA ARÁN apunta que resulta difícil delimitar lo que es el correcto ejercicio de la función pública sin atender a los deberes propios del funcionario que la desempeña. Sin embargo, la clave, para la misma, radica en comprender que dicha labor de delimitación puede hacerse configurando objetivamente el deber en cuestión, y sin que necesariamente se centre el injusto en la lesión de la relación funcionarial. Los deberes del cargo, recuerda la autora, son, en fin, también los deberes en relación con el administrado, sin cuya concreción se difumina la propia función pública²³⁷. Al fin y al cabo, si el deber del cargo existe, es precisamente porque la Administración Pública precisa de una organización que pueda servir correctamente a los ciudadanos²³⁸.

De manera similar se pronuncia PORTILLA CONTRERAS, para el cual debe dotarse de un contenido material al incumplimiento del deber, de forma que no se sustancie formalmente. Ello podría conseguirse, por ejemplo, interpretando dicho incumplimiento del deber como equivalente al concepto de “perjuicio a los intereses generales de la comunidad” (que se manifiestan en la ilegalidad, ineficacia o parcialidad en el desarrollo de la actuación pública). No obstante, esto no lleva al citado penalista a concluir que toda infracción de un deber funcionarial conlleve necesariamente la conculcación de intereses generales, sino tan solo que tal afección debe ser comprobada en el caso concreto²³⁹.

²³⁶ BACIGALUPO ZAPATER, E., “Sobre la reforma...”, *cit.*, pág. 1099.

²³⁷ GARCÍA ARÁN, M., *La prevaricación judicial*, Tecnos, Madrid, 1990, pág. 37.

²³⁸ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *La prevaricación...* *cit.*, pág. 555.

²³⁹ PORTILLA CONTRERAS, G., *El delito de práctica ilegal de detención por funcionario público*, EDESA, Madrid, 1990, pág. 57-58.

Concebidos del modo en que apuntan estos autores y privados del carácter de *ratio essendi* de los delitos que nos ocupan, los deberes del cargo no aparecen ya como un indicio de totalitarismo estatal (cuestión que, recordemos, preocupaba enormemente a OCTAVIO DE TOLEDO), sino que, de acuerdo con lo indicado por FERNÁNDEZ CABRERA, en el seno de un Estado Social y Democrático de Derecho como el consagrado por la Constitución, “los deberes del cargo están dispuestos para que la actuación de los funcionarios se lleve a cabo en aras del interés general, para cumplir con los fines públicos dispuestos en las leyes y en la Constitución”²⁴⁰.

Por tanto, a nuestro modo de ver, lo criticable es identificar el corazón de los ilícitos que lesionan o ponen en peligro la Administración Pública en la infracción de deberes profesionales del funcionario que los comete. No lo es, sin embargo, subrayar el “papel estelar”²⁴¹ que estos cumplen en los delitos que nos ocupan. Y siguiendo la interpretación de RODRÍGUEZ PUERTA, entendemos que dicho papel será el de operar como los medios del menoscabo del bien jurídico verdaderamente protegido²⁴².

A lo que, de nuevo, FERNÁNDEZ CABRERA añade que “teniendo en cuenta que nos encontramos ante bienes jurídicos configurados normativamente, metodológicamente resulta adecuado inferir el bien jurídico protegido de los fines a los que sirven los deberes del cargo concretamente infringidos en cada uno de los tipos penales”²⁴³. Es decir, que la importancia de los deberes del cargo en los delitos contra la Administración Pública no se limita a su carácter de “medios comisivos” de los ataques sancionados en tales ilícitos, sino que también pueden operar como indicios de cuál es el valor en ellos protegido.

III. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL ART. 408 CP

1. Estado de la cuestión en la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia

A pesar de haber formado parte de nuestra tradición jurídico-penal desde el Código penal de 1822, la doctrina española todavía no ha alcanzado un consenso con respecto a cuál es el bien jurídico protegido en el delito de omisión del deber de perseguir delitos. Como ya se explicó, la abundante mayoría de penalistas parten de reconocer la

²⁴⁰ FERNÁNDEZ CABRERA, M., *Corrupción en la función...cit.*, pág. 48.

²⁴¹ Esta expresión es empleada por GARCÍA ESPAÑA, E., “Negociaciones y actividades prohibidas...”, *cit.*, pág. 54.

²⁴² RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., *El delito de cohecho...cit.*, pág. 33, nota 36.

²⁴³ FERNÁNDEZ CABRERA, M., *Corrupción en la función...cit.*, pág. 50.

existencia de un bien jurídico común o categorial a todos los tipos del Título XIX: el correcto funcionamiento de la Administración Pública; y en este sentido, abogan por la denominada “tesis de los bienes jurídicos intermedios”. En virtud de esta última, tal valor compartido debe ser matizado en cada precepto, de manera que se descubra, para cada tipo penal específico, el bien jurídico concretamente protegido en el mismo²⁴⁴.

En teoría, por tanto, todos los tipos que integran el Título XIX constituyen formas distintas de subvertir el correcto funcionamiento de la Administración Pública, marco protector que busca mantenerse a salvo en última instancia. Sin embargo, el art. 408 CP constituye un caso particular, pues, a diferencia de lo que sucede con el resto de los ilícitos recogidos en dicho Título, en el estudio de este delito, la doctrina tiende a entrelazar dos cuestiones fundamentales: el valor protegido en el mismo y la crítica a su actual ubicación sistemática entre los delitos con la Administración Pública.

Hasta tal punto se hallan unidas ambas problemáticas que, por lo general, los comentarios existentes sobre el art. 408 CP suelen limitarse a ponerlo en relación con la *ratio legis* (o, como la mayoría de la doctrina lo califica, con el “bien jurídico categorial”) del Título XX, esto es, de los delitos contra la Administración de Justicia. Es decir, dichos comentarios no llegan a entrar realmente a analizar el objeto protegido en el mismo, por lo que, en todos estos casos (a los que seguidamente aludiremos) casi podría decirse que la cuestión de delimitar el bien jurídico protegido en el art. 408 CP queda opacada por la crítica a su ubicación sistemática.

Tal proceder puede ser observado, por ejemplo, en los excelentes trabajos de CORCOY BIDASOLO y MIR PUIG, para los cuales el bien jurídico concreto protegido lo constituye el correcto desempeño de la función pública en relación con la criminalidad, pero tal desempeño se protege en tanto que, por su mediación, se prestan unos servicios a la comunidad, siendo los intereses directamente tutelados: el servicio de Administración de Justicia y el de Policía²⁴⁵. También GONZÁLEZ CUSSAC entiende que, siendo difícil la concreción del bien jurídico protegido en el art. 408 CP y habiendo varios intereses en juego que justifican la represión penal, todos ellos guardan relación, en el fondo, con “el correcto ejercicio de la función pública: la Administración de Justicia, el interés de la

²⁴⁴ ORTS BERENGUER, E., “Lección XXXVII. Delitos contra la Administración Pública...”, *cit.*, pág. 700.

²⁴⁵ CORCOY BIDASOLO, M., MIR PUIG, S. (Dir.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 893.

ciudadanía porque la policía la proteja, etc.”²⁴⁶. Igualmente, ORTS BERENGUER indica que, dado que el correcto desempeño de la función pública se protege en este delito en tanto que por su mediación se prestan unos servicios a la comunidad, sería más conveniente señalar directamente el servicio administrativo de justicia, así como el de policía, como los intereses inmediatamente tutelados²⁴⁷. Por su parte, QUERALT JIMÉNEZ califica de “incorrecta” la ubicación sistemática del delito del art. 408 CP, por hallarse tipificado entre los delitos genéricos contra la Administración Pública y no contra la de Justicia²⁴⁸. También LUZÓN PEÑA asevera contundentemente que “la omisión del funcionario de promover la persecución de delitos (...), al no provocar o incluso frustrar la actuación de la Justicia, atenta claramente a la recta administración de Justicia”²⁴⁹.

Nótese que, en todos estos comentarios sobre el art. 408 CP, la detección, por parte de los citados autores, de que “algo” en él lo vincula más al Título XX que al XIX da por terminado el análisis de su bien jurídico protegido sin que este haya llegado, en puridad, a producirse. Es decir, al comprobarse que el art. 408 CP no parece guardar relación con el que es considerado el “bien jurídico categorial” del Título XIX (el correcto funcionamiento de la Administración Pública), se reprocha al legislador la presencia de aquel en este Título, proponiéndose, de *lege ferenda*, un cambio de ubicación, pero sin pronunciarse acerca del valor salvaguardado en el tipo.

Pues bien, tal y como tendremos ocasión de aclarar más adelante, estamos de acuerdo con la crítica que la doctrina mayoritaria ha dirigido a la ubicación sistemática del art. 408 CP en el Título XIX, si bien creemos que tal conclusión no puede ser tomada

²⁴⁶ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “Lección XXXVII. Delitos contra la Administración Pública (I) Prevaricación. Abandono de destino y omisión del deber de perseguir delitos. Desobediencia y denegación de auxilio. Infidelidad en la custodia de documentos y violación de secretos”, en *Derecho Penal Parte Especial*, con GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Coord.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, pág. 743.

²⁴⁷ ORTS BERENGUER, E., “Consideraciones sobre los delitos de abandono de destino y omisión del deber de perseguir delitos y de desobediencia y denegación de auxilio”, en *Los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995*, con GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dir.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, pág. 345. Del mismo modo se pronuncia el citado autor en ORTS BERENGUER, E., “Lección XXXVII. Delitos contra la Administración Pública...”, *cit.*, pág. 679.

²⁴⁸ QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho Penal Español Parte Especial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 1237. De la misma opinión es SERRANO BUTRAGUEÑO, I., “Capítulo I. Introducción a los delitos contra la “realización” de la justicia”, en *Delitos contra la administración de justicia. Artículos 325 a 338 bis del Código Penal (acusación y denuncia falsa, falso testimonio y otros delitos)*, con SERRANO BUTRAGUEÑO, I., RUIZ VADILLO, E., CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. *et al.*, Editorial Comares, Granada, 1995, pág. 56.

²⁴⁹ LUZÓN PEÑA, D.M., “Consideraciones sobre la sistemática y alcance de los delitos contra la Administración de Justicia”, en *Estudios Penales. Libro Homenaje al Prof. J. Antón Oneca*, con ARROYO ZAPATERO, L. (Coord.), Universidad de Salamanca, 1992, pág. 781.

sin, en primer lugar, llevar a cabo una adecuada determinación del bien jurídico protegido en el tipo penal que nos ocupa, así como del estudio de la *ratio legis* del título al que se propone el desplazamiento del art. 408 CP, esto es, del Título XX.

Por su parte, la situación en la jurisprudencia no es demasiado diferente, si bien las referencias al bien jurídico protegido por el art. 408 CP en las resoluciones judiciales son mucho más escasas. En efecto, en muy pocos autos y sentencias se alude al mismo, debiendo tenerse en cuenta, además, la confusión que en ellas se muestra al conectar este precepto con el delito de prevaricación administrativa *ex* art. 404 CP, y, por ende, con el bien jurídico preservado por este último. Confusión que, en el fondo, implica realizar una interpretación *contra legem* del art. 408 CP más apegada a la configuración que de este se hacía en la legislación anterior al Código penal de 1995 que a su redacción actual.

Los fallos que incurren en tal embrollo entre normas penales se contradicen, además, al comenzar proclamando la vinculación del bien jurídico del tipo de omisión del deber de perseguir delitos al propio de la prevaricación, para ignorar después esa declarada vinculación y terminar indicando que “en cuanto al bien jurídico protegido se destaca en la doctrina que es el correcto desempeño de la función pública, matizándose por algún autor que como tal desempeño se protege en tanto que por su mediación se prestan un servicio a la comunidad, se concreta en el servicio de Administración de Justicia, así como el de policía, como los intereses inmediatamente tutelados”²⁵⁰. Es decir, se observa aquí la arbitrariedad del razonamiento efectuada por el Tribunal Supremo, pues, aunque comienza invocando, en teoría, el bien jurídico de la prevaricación como el salvaguardado también en el art. 408 CP, termina luego definiéndolo de forma completamente distinta, más conectada al Título XX (“Delitos contra la Administración de Justicia”), que al Título XIX (“Delitos contra la Administración Pública”) de nuestro texto punitivo.

Curiosamente, en algunas resoluciones judiciales emitidas con inmediata posterioridad a la promulgación del Código penal de 1995 sí se procedía de forma más correcta al deslindar el art. 408 CP de la prevaricación, identificando al bien jurídico

²⁵⁰ SSTs 773/2013, de 22 de octubre; y 342/2015, de 2 de junio. Fuera del TS se remite a este razonamiento: SAP Asturias 535/2015, de 25 de noviembre; SAP Cadiz 104/2015, de 13 de abril; SAP Málaga 254/2018, de 29 de junio (si bien estas dos últimas no la califican como prevaricación, sí reproducen el párrafo relativo al bien jurídico del delito).

protegido en este último de forma autónoma de la misma. Véase, a modo de ejemplo, este texto extraído de dos sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en el año 1998:

“En ambos casos la omisión de la diligencia debida para, como autoridad o funcionario, investigar, perseguir y aclarar la presunta infracción cometida por un tercero, se constituye en el eje definidor del tipo penal, aunque el respeto de la legalidad no venga a ser, al menos directamente, el objeto jurídico tutelado sino el correcto desempeño de funciones públicas transcendentales en la sociedad. El tipo penal, sancionado como ha sido dicho más benévolamente que en el Código anterior, no viene incluido dentro de la prevaricación, o como modalidad de la prevaricación, tal acontecía en el sistema legal anterior. Lo importante es, sin embargo, consignar que el delito supone una dejación de funciones públicas que genera importantes y graves perjuicios²⁵¹.

En definitiva, puede concluirse que el papel de la jurisprudencia española en la labor de delimitación del bien jurídico-penal protegido en el delito de omisión del deber de promover la persecución de delitos ha sido muy menor. Sin embargo, hemos querido referirnos igualmente al panorama actual de confusión jurisprudencial entre el art. 408 CP y el delito de prevaricación del art. 404 CP, habida cuenta de que dicho panorama provoca consecuencias relevantes en sede de tipicidad subjetiva del delito que nos ocupa. A dicha cuestión, sin embargo, nos referiremos más adelante, en el Capítulo Quinto de la presente tesis doctoral.

2. Excepciones al proceder doctrinal mayoritario: análisis crítico de las tesis de REBOLLO VARGAS, RUBIO LARA y TORRES FERNÁNDEZ

En lo que nos alcanza, las únicas propuestas doctrinales en relación con el art. 408 CP que han estudiado detenida y separadamente las problemáticas del bien jurídico protegido en dicho tipo penal, primero, y de su ubicación sistemática, después, son las pertenecientes a REBOLLO VARGAS, RUBIO LARA y TORRES FERNÁNDEZ. La heterogeneidad entre las posturas defendidas por dichos penalistas nos obliga a analizar individualmente cada una de las mismas. No obstante, empezaremos por estudiar las tesis de RUBIO LARA y TORRES FERNÁNDEZ, habida cuenta de las similitudes que existen entre ambas.

Para comenzar, es necesario aludir a la construcción dogmática elaborada por RUBIO LARA en torno al valor protegido en la omisión del deber de perseguir delitos. De acuerdo con la misma, el bien salvaguardado por el art. 408 CP es la seguridad ciudadana,

²⁵¹ SSTs 502/1998, de 6 de abril y 846/1998, de 17 de junio.

la cual viene amparada constitucionalmente en el art. 104 CE. Dicho bien jurídico protegido es definido por el presente autor como “el derecho de los ciudadanos a obtener determinadas prestaciones de los poderes públicos, y entre ellos el de auxilio y protección en caso de necesidad, concretado en cada uno de los bienes jurídicos individuales que se puedan ver vulnerados por la abstención de prestar auxilio por parte de la autoridad o funcionario público encargados de prestarlo”. De esta forma, en realidad, a través del delito que nos ocupa, se contribuiría a proteger la “seguridad ciudadana”, en cuanto “aquella prestación-obligación pública que está dirigida a evitar o perseguir delitos o males para las personas por la autoridad o funcionario público que tenga encomendada esta competencia, dependientes de una Administración pública”²⁵².

Ahora bien, varios son los inconvenientes que, entendemos, derivan de sostener la presente tesis, y que nos motivan a separarnos de la misma. De hecho, estos pueden ser enumerados al hilo de la mención de los elementos comunes que el citado autor menciona como justificantes de la necesidad de crear un título en el que se aglutinen los por él denominados “Delitos contra la seguridad ciudadana”.

En primer lugar, RUBIO LARA entiende que los tipos penales por él señalados (arts. 195, 408, 412 y 450 CP) comparten una misma identidad en cuanto a su naturaleza jurídica, pues todos obedecen a delitos de omisión pura o propia²⁵³. Sin embargo, con esta proclamación, el penalista deja de lado la situación de otros ilícitos penales, como el delito de abandono de destino (art. 407 CP), precepto en el que nos centraremos más adelante y que, pese a su naturaleza activa, mantiene una estrecha relación valorativa con los arts. 408, 412.3 y 450 CP. Ello debido a que, al igual que sucede en los mismos, en el art. 407 CP también se sancionan conductas de dejación de funciones públicas (en suma, pasividad funcional) relativas al fenómeno criminal (las cuales afectan tanto a la evitación como a la persecución delictiva).

El mero hecho de que los tipos penales enumerados por el autor compartan su naturaleza omisiva no nos parece motivo suficiente para justificar su agrupación en un único título. Para empezar, porque con semejante proceder se ignora, como ya se ha apuntado, la existencia de tipos penales que comparten una conexión valorativa innegable

²⁵² RUBIO LARA, P.A., “Delito de ausencia de los deberes del funcionario público de promover la persecución de los delitos y de sus responsables (art. 408 CP)”, en *La Ley Penal*, núm. 47, 2008, pág. 3.

²⁵³ *Ibidem*, pág. 2.

(tal es el caso del art. 407 CP) por el simple hecho de revestir carácter activo, pero también debido a que no puede dejarse de lado que la tesis del citado penalista da por sentada una relación de progresión o continuidad entre las funciones de evitación delictiva y la de persecución de delitos (pues, para el mismo, ambas son parte del más elevado cometido público de mantener la seguridad ciudadana), cuando hay diferencias esenciales entre estas que deben ponerse de manifiesto.

Por un lado, en la función pública de evitación delictiva, el funcionario, mediante su inacción, contribuye a la lesión de un determinado bien jurídico personal. Se trata, por consiguiente, de supuestos en los cuales un tercero realiza una conducta delictiva contra la víctima y, el funcionario público, pudiendo interceder para evitar la consumación del delito que todavía se halla en ejecución, decide no intervenir, coadyuvando de ese modo a que dicho bien jurídico resulte efectivamente lesionado. Supuestos como el descrito afectan, como puede verse, a una fase “predelictiva”, pues en ellos el delito todavía no ha terminado de ejecutarse. Por el contrario, en la función de persecución delictiva, el delito que debe perseguirse ya ha sido previamente consumado por un tercero, por lo que la intervención del funcionario público con relación al mismo resulta meramente *post* ejecutiva y se limita a no promover la investigación procesal que debe seguir a la comisión de cualquier delito.

Consecuentemente, desde nuestro punto de vista, las funciones públicas relativas a la evitación, por un lado, y a la persecución, por otro lado, de los delitos, son esencialmente diferentes. De tal modo que, en esta última, el funcionario público se limita a eludir el inicio conforme a la legalidad del procedimiento judicial de investigación relativo al delito omiso de perseguir. Se trata, como señalábamos, de una conducta omisiva *post* ejecutiva, como lo es también la tipificada en el art. 451 CP, precepto en el que se recoge el delito de encubrimiento. Por el contrario, los arts. 450 y 412.3 CP se refieren a comportamientos de colaboración omisiva con el autor del delito en la fase de ejecución del mismo, que, sin embargo, no llegan a alcanzar el peso suficiente para considerar “partícipe” al funcionario omitente.

Además, es menester tener en cuenta que los sujetos encargados de una y otra función pública son distintos. Por lo que hace a la función de promover la persecución delictiva, esta recae en distintos funcionarios y autoridades encargados especialmente del cumplimiento de tal deber. De ahí que el art. 408 CP se refiera a “la autoridad o funcionario público que, faltando a la obligación de su cargo, dejare intencionadamente

de promover la persecución de los delitos”. Por el contrario, el art. 450 CP alude al conjunto de la ciudadanía, en cuyo seno el legislador delega una tarea reservada, de normal, al cuerpo policial²⁵⁴. En efecto, el mantenimiento de la seguridad pública es atribuido a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad como competencia exclusiva, de acuerdo con los arts. 104.1 CE²⁵⁵ y 1.4 LOFCS²⁵⁶. Por ello, en el delito del art. 408 CP únicamente podría plantearse la seguridad ciudadana como bien jurídico protegido en el caso de que el sujeto activo del mismo fuese un miembro de la policía judicial, pero no con respecto al resto de posibles sujetos activos que el precepto prevé que pueden darse²⁵⁷.

En segundo lugar, tampoco creemos que la presente propuesta de ubicación sistemática sea demasiado clarificadora, por cuanto, en puridad, todos los delitos protegen más o menos directamente la seguridad ciudadana. O, como mínimo, indudablemente todos aquellos que preservan bienes jurídicos personales. Lo cual suscita, además, la cuestión de si solo es adecuado hablar de “seguridad ciudadana” cuando nos referimos a delitos que atacan o ponen en peligro bienes jurídicos personales, puesto que, en dicho caso, todavía sería más difícil defender tal bien jurídico en relación con el art. 408 CP, ya que este castiga la omisión del deber de perseguir cualquier delito. Con semejante configuración legal, ajena a que los valores salvaguardados por el ilícito dejado de perseguir sean o no personales, parece ponerse de manifiesto la intención del legislador de castigar esta conducta en tanto en cuanto genera un perjuicio a la Administración, y no

²⁵⁴ Así lo explica BORJA JIMÉNEZ, E., “Lección XXXIX. Delitos contra la Administración de Justicia”, en *Derecho Penal Parte Especial*, con GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, pág. 798: “en este sentido existe una especie de delegación del sistema penal en su función de seguridad ciudadana al administrado para evitar la consumación de estas infracciones penales mediante su intervención directa (impidiéndolas) o indirecta (acudiendo a la autoridad o sus agentes)”.

²⁵⁵ Art. 104. 1. CE: “Las Fuerzas y Cuerpos de seguridad, bajo la dependencia del Gobierno, tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana”.

²⁵⁶ Art. 1.4. LOFCS: “El mantenimiento de la Seguridad Pública se ejercerá por las distintas Administraciones Públicas a través de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad”.

²⁵⁷ Aportando gran claridad sobre esta cuestión, LUZÓN PEÑA, D.M., “Consideraciones sobre...”, *cit.*, pág. 788, entiende que: “más concretamente, frente a la argumentación de QUINTANO de que en el art. 338 bis CP se castiga el no suplir la acción de los órganos de la Justicia normalmente dedicados a tales actividades, R. Devesa responde que no se trata de suplir a la Justicia, sino a la acción policial, y del mismo modo Córdoba precisa que evitar delitos no es función de la Administración de Justicia, sino de la policía en su manifestación, además, no judicial, sino gubernativa. Y, efectivamente, la policía judicial tiene, según el art. 126, de la Constitución “las funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente”, mientras que la evitación de delitos encaja dentro de la misión de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana, que el art. 104 de la Constitución asigna a las fuerzas de seguridad como policía gubernativa”.

así en atención al bien jurídico concreto que se lesionó o puso en peligro por el delito no perseguido²⁵⁸.

Asimismo, entender que la seguridad ciudadana constituye el bien jurídico salvaguardado por el tipo penal del art. 408 CP implicaría promover una interpretación demasiado amplia del propio concepto de “seguridad ciudadana”, pues esta se ve fundamentalmente lesionada en un momento previo al de operar la presente conducta delictiva, a saber, el de realización y consumación de un delito. En nuestro ordenamiento jurídico, la seguridad ciudadana se encuentra definida como requisito indispensable para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas²⁵⁹. Por este motivo, una vez consumado el delito y finalizada la lesión sobre los derechos fundamentales y las libertades públicas, la seguridad ciudadana pasa, en nuestra opinión, a un segundo plano.

Evidentemente, puede alegarse que, aun cuando el delito ya ha sido consumado, todavía permanece cierta lesión a la seguridad ciudadana mientras no se actúe contra el sujeto activo del delito en cuestión. Sin embargo, una interpretación como esta llevaría a entender que el menoscabo de la seguridad pública constituye una suerte de efecto dañoso indirectamente causado por la comisión de cualquier delito que afecta a las fases iniciales (pre procesal y de instrucción) de la Administración de Justicia, siempre, claro está, que fuese cometido por una autoridad o funcionario público. Así, desde el mismo razonamiento, si se diese el caso de que un agente policial no solo no persiguiese un delito, sino que ayudase a los delincuentes a eludir la responsabilidad por el mismo – conducta subsumible en el art. 451.3 CP– también la seguridad ciudadana se vería en cierto modo lesionada, aun no constituyendo esta, por ello, el bien jurídico protegido por dicho tipo penal.

Además, estamos de acuerdo con SOTO NAVARRO, cuando, refiriéndose tanto a la seguridad pública como a las expectativas ciudadanas de ver garantizada la misma, sostiene que: “la seguridad en sí misma es un concepto vacío, que permitiría una ampliación sin límites de la intervención penal. Sólo cobra entidad suficiente en la medida

²⁵⁸ Contrariamente a lo que sucede en el art. 450 CP, el cual sí prevé una distinta graduación penológica en función de si los bienes jurídicos que contribuye a lesionar el sujeto activo con su inacción son personales o no.

²⁵⁹ Así se perfila el concepto de “seguridad ciudadana” en el art 1.1 Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana.

en que se la dote de un soporte material sólido, con capacidad para delimitar los tipos, y éste no es otro que los bienes jurídicos esenciales (generalmente de naturaleza individual) que se quieren preservar de formas de ataque indiscriminado”²⁶⁰.

Por no hablar de que la seguridad pública o ciudadana no constituye, en nuestra opinión, más que una manifestación de lo que AMELUNG denomina “bienes jurídicos aparentes”, tratándose estos de aquellos en los que, el lenguaje ordinario, mediante la reificación y la adopción de una perspectiva distanciada, oculta que detrás de aquello que se denomina “bien jurídico” no hay otra cosa que la propia norma de conducta, o incluso solo algún aspecto relacionado con su vigencia. Ciertamente, tal y como el citado penalista señala, la seguridad ciudadana no es sino la ausencia de peligro o amenaza, lo que, en el ámbito político-criminal quiere decir la inexistencia de puestas en peligro o lesiones de bienes jurídicos penalmente protegidos. Por ello, tal seguridad surge cuando se respetan las normas jurídico-penales y, en dicho sentido, resulta no ser más que la otra cara de la vigencia fáctica de normas²⁶¹.

Por su parte, una propuesta muy distinta a la recién analizada, aunque *a priori* pueda resultar parecida, es la realizada por TORRES FERNÁNDEZ. En contraposición a RUBIO LARA, para la presente autora las funciones de evitación y persecución de los delitos no son partes diferenciadas de una función pública común y superior a las mismas (el mantenimiento de la seguridad ciudadana), sino que existen entre ellas varias diferencias. De entre las cuales, quizás la más relevante la constituye su diverso fundamento constitucional: mientras que la evitación delictiva encuentra su razón de ser en el art. 104 CE, pues dicha actividad se integra en el contenido de la materia de titularidad estatal definida como “seguridad pública”; la persecución delictiva consiste en:

“Actuar jurídicamente contra el sujeto que ha delinquido para declarar su responsabilidad penal, posibilitando así el cumplimiento de los fines del proceso, instrumento necesario para la aplicación de la norma penal, como postulado del principio de legalidad que

²⁶⁰ SOTO NAVARRO, S., “Concreción y lesión...”, *cit.*, pág. 895. En sentido similar, ROXIN, C., “Was darf der Staat unter Strafe stellen? Zur Legittimation von Strafdrohungen”, in *Studi in onore di G. Marinucci*, con DOLCINI, E., PALIERO, C.E. (Dir.), Giuffrè Editore, Milano, 2006, pág. 729 y ss.

²⁶¹ AMELUNG, K., “El concepto bien jurídico...”, *cit.*, págs. 242-244. Asimismo, la “seguridad ciudadana” puede ser empleada fácilmente para justificar una extensión del *ius puniendi*, más que una restricción del mismo (como en principio, debe derivarse del concepto de bien jurídico-penal). Indudablemente, tal valor puede acabar deviniendo fácilmente, en cualquier sociedad, “una seguridad ciudadana falsa, meramente propagandística y una satisfacción inmediata, pero con pies de barro, de las demandas sociales de represión”. Esta última reflexión pertenece a ASENSIO MELLADO, J.M., “El proceso penal con todas las garantías”, en *Ius et veritas*, núm. 33, 2006, pág. 236.

alcanza a la imposición de las consecuencias jurídicas del delito mediante sentencia firme según se establece en el art. 3.1 del CP. En este aspecto están involucradas las funciones de investigación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente atribuidas a la Policía Judicial en el art. 126 de la CE, de acusación pública integrada en el ejercicio de la acción de la justicia atribuida al Ministerio Fiscal en el art. 124.1. de la CE y de enjuiciamiento de los acusados por los órganos del Poder Judicial, art. 117.3 de la CE²⁶².

También admite la citada penalista que los sujetos activos encargados de sendas funciones públicas no coinciden²⁶³. Cuestión distinta es que, a pesar de reconocer que nos hallamos ante funciones públicas distintas, entiende TORRES FERNÁNDEZ que cuando el art. 408 CP se refiere a “dejar intencionadamente de promover la persecución de los delitos de los que tenga noticia o de sus responsables”, lo hace en un sentido laxo, el cual abarca la actividad de persecución delictiva en sentido estricto, pero también la policial de prevención de la delincuencia²⁶⁴. Se trata esta de una cuestión cuyo tratamiento llevaremos a cabo a lo largo del Capítulo Tercero de la presente tesis doctoral, al abordar el estudio de la conducta tipificada en el art. 408 CP. No obstante, ya hemos adelantado anteriormente nuestro disenso con respecto a la exégesis efectuada por TORRES FERNÁNDEZ, pues consideramos que el art. 408 CP, en realidad, no integra la actividad de evitación delictiva, sino solamente la de persecución de los delitos *stricto sensu*.

A pesar de separarnos de TORRES FERNÁNDEZ en este último aspecto, sí nos adherimos a esta autora en lo relativo a su distinción material o cualitativa entre las funciones de evitación y persecución delictiva. Puesto que, por medio de este razonamiento, se aleja así del llevado a cabo por RUBIO LARA, de cuyas conclusiones se deduce que tanto una como otra función comparten un idéntico fundamento constitucional, no siendo más que formas o fases distintas del común objetivo de mantenimiento de la seguridad ciudadana en lo relativo al fenómeno criminal.

²⁶² TORRES FERNÁNDEZ, M.E., “La omisión de perseguir delitos del funcionario obligado a ello por razón de su cargo”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 2, 2001, pág. 1171.

²⁶³ *Ibidem*, pág. 1172.

²⁶⁴ De hecho, yendo más allá todavía entiende TORRES FERNÁNDEZ, M.E. (*ibidem*, pág. 171), que el ámbito del anterior art. 359 CP 1973 era menos extenso al del actual, puesto que el Código penal Texto Refundido de 1973 “limitaba su operatividad a dejar maliciosamente de promover la persecución y castigo de los delincuentes, que lo ceñía a la actividad dirigida a exigir responsabilidad penal correspondiente, lo que constituye la persecución penal en sentido estricto, quedando, por tanto, al margen la actuación administrativa para la prevención de delitos”.

Sin embargo, dicho todo lo anterior, lo cierto es que no podemos alinearnos con la conclusión a la que llega TORRES FERNÁNDEZ en términos del bien jurídico protegido en el art. 408 CP, ya que la citada autora cifra este en la “eficacia de los órganos administrativos competentes en las actividades de seguridad pública y de actuación de la justicia penal”. Pues bien, más allá de que, como ya hemos precisado, no creemos que sea correcto partir de que el art. 408 CP engloba tanto la preservación de la función de evitación delictiva como la de su persecución (pues, a nuestro parecer, solo se salvaguarda esta última), tampoco nos parece adecuado delimitar el valor protegido en el tipo penal que nos ocupa en la eficacia de ciertos órganos administrativos. Primero porque, tal y como se enuncia dicho bien, parece ponerse el foco de protección en los propios órganos de la Administración, y no en el servicio de interés general que estos prestan a los ciudadanos; y, segundo, porque no es más que otra forma de referirse al correcto funcionamiento de dichos órganos, lo cual plantea los mismos problemas que ya hemos puesto de manifiesto acerca de la falta de concreción de dicho bien jurídico y las dificultades con respecto a la determinación de su paradigma de lesión.

Para acabar, más acertada nos parece la tesis perteneciente a REBOLLO VARGAS. Así pues, aunque ya ha quedado claro que no coincidimos con este autor en lo relativo a reconocer la existencia de un bien jurídico categorial a los tipos penales del Título XIX, sí creemos que va bien encaminado cuando señala que el bien jurídico protegido en el art. 408 CP es “la legalidad en la persecución, y, por lo tanto, el sometimiento de esos funcionarios públicos obligados a perseguir delitos al imperio de la ley”²⁶⁵. Semejante conclusión se apoya en su esfuerzo por identificar el verdadero fin protector del art. 408 CP, en el cual reside una expectativa, por parte de la norma penal, de que el funcionario público persiga los delitos buscando el servicio a los intereses generales, tarea que solo puede realizar por medio de un respeto escrupuloso a la legalidad.

3. Toma de posición

3.1. El bien jurídico protegido en el art. 408 CP: el principio de legalidad procesal

²⁶⁵ REBOLLO VARGAS, R., “La omisión de promover la persecución de delitos. El artículo 408 del Código Penal”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 2, 1999, pág. 22. Esta tesis parece ser seguida, igualmente, por COLOMER BEA, D., “La tutela penal de las funciones...”, *cit.*, pág. 5.

Hasta aquí han sido varias las propuestas descartadas en torno al valor protegido por el tipo penal del art. 408 CP. Evidentemente, la referencia a la “seguridad ciudadana”, además de imprecisa, nos parece insatisfactoria desde el punto de vista de su concreción para poder alcanzar la calificación de bien jurídico-penal. Así, extrapolando *mutatis mutandis* la crítica que RODRÍGUEZ MOURULLO formuló frente a la solidaridad humana como bien jurídico del delito de omisión del deber de socorro, la seguridad nos parece también “un valor ético-social que posee una realidad pre-jurídica, pero que considerado en sí mismo todavía no nos dice nada respecto a los límites dentro de los cuales el legislador penal le concedió protección. Su pura invocación no nos aclara la medida en que la ley penal lo convirtió en bien jurídico protegido”²⁶⁶. Lo mismo sucede con la referencia a la confianza ciudadana, la cual, igualmente, puede ser, en cierto modo, el bien jurídico protegido en todos los delitos, incluso aquellos que atentan contra bienes individuales²⁶⁷.

Además, por motivos en los que ya hemos insistido, tampoco podemos aceptar que el valor salvaguardado en el art. 408 CP se cifre en términos del “correcto funcionamiento de la Administración”, sea de la Administración Pública o de la Administración de Justicia (para aquellos que proponen, de *lege ferenda*, el cambio de ubicación a esta), pues esta es una formulación que nada avanza en términos de interpretar críticamente el mencionado tipo penal, habida cuenta de su carácter demasiado abstracto y formal. Más preferible nos parece, según acabamos de adelantar en apartados anteriores, adherirnos al proceder de FERNÁNDEZ CABRERA en lo que respecta a identificar los concretos valores protegidos por los tipos penales del Título XIX con los principios del art. 103 CE²⁶⁸.

No obstante, en lo relativo al art. 408 CP se produce una importante peculiaridad, cual es la de que, como desarrollaremos más adelante, este precepto presenta una mayor conexión con los principios constitucionales que rigen la Administración de Justicia (art. 117.1 CE) que, con los propios de la Administración Pública, entendida esta de forma genérica (art. 103 CE)²⁶⁹. A lo sumo, puede alegarse que la esencia del delito de omisión

²⁶⁶ RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *La omisión de socorro en el Código Penal*, Tecnos, Madrid, 1966, pág. 138.

²⁶⁷ GARCÍA PÉREZ, O., *El encubrimiento y su problemática en el Código penal*, Atelier, Barcelona, 2008, pág. 53.

²⁶⁸ FERNÁNDEZ CABRERA, M., *Corrupción en la función...cit.*, pág. 75.

²⁶⁹ De ahí que múltiples autores hayan entrelazado la cuestión del bien jurídico protegido en este tipo penal con el de la ubicación sistemática del mismo. No es de extrañar semejante proceder, el cual, sin embargo,

del deber de perseguir delitos aparece más íntimamente relacionada, de entre los principios enumerados en el art. 103 CE, con el de legalidad. En este sentido se pronuncia, como se ha visto, REBOLLO VARGAS, pero incluso el citado autor conviene en que “sistemáticamente hubiera sido más acertada su inclusión entre los delitos contra la Administración de Justicia”, por lo que, igualmente, aprecia un ligamen más estrecho con esta última, y, por ende, con sus principios informadores.

En efecto, el tipo penal del art. 408 CP enseguida deja entrever el carácter nuclear que en el mismo cumple la función pública de perseguir los delitos y a sus responsables, siendo indispensable que esta sea ejercida por los servidores públicos competentes conforme a la plena legalidad. Entendido de forma práctica, el tipo penal del art. 408 CP constituye un ilícito cuya comisión obstaculiza o impide el regular inicio del proceso judicial que debe llevarse a cabo tras la comisión de cualquier delito. Tal obstaculización se produce, como ya se ha explicado, por medio del incumplimiento del deber de promover la persecución de los delitos, encomendado a ciertos funcionarios y autoridades. Semejante deber implica, en definitiva, el contribuir a la realización de la justicia a través de los mecanismos estatales existentes, cualquiera que fuere el resultado del hipotético proceso penal que el comportamiento omisivo obstaculiza: es decir, con independencia de que los hechos hubieran prescrito, o se realizaran amparados por una posible causa de justificación o exculpación²⁷⁰.

Por ello, es el principio de legalidad procesal el que, desde nuestra concepción personal, se erige en calidad de bien jurídico protegido en el art. 408 CP²⁷¹. Principio que debemos comenzar por aclarar terminológicamente, por cuanto la doctrina procesalista (y

como ya hemos indicado, incurre en un defecto de argumentación, por cuanto no se detiene a razonar cuál es, en efecto, el bien jurídico protegido en el art. 408 CP.

²⁷⁰ PORTILLA CONTRERAS, G., POMARES CINTAS, E., “Delitos de abandono de destino y de la omisión del deber de perseguir delitos”, en *Tratado de Derecho Penal Parte Especial III: Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia*, con ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 174.

²⁷¹ Una propuesta de delimitación del bien jurídico protegido en el art. 408 CP como la recién realizada es, a nuestro parecer, la más correcta, aunque debemos insistir en que parte de una interpretación específica de lo que significan los términos típicos “dejar de perseguir los delitos o sus responsables”, lo cual, de nuevo, se explorará más adelante en la presente tesis doctoral (*infra*, Capítulo Tercero). Por lo que ahora interesa, esta postura implica considerar que el presente tipo penal solo opera en un momento *ex post* a la comisión de los delitos, por lo que el verbo típico no podría incluir en su significado un deber de evitación o prevención de los mismos. Ello explicaría, además, la simetría que guarda el delito aquí estudiado con la modalidad de encubrimiento prevista en el art 451.3.b) CP. Simetría que no se produce, a nuestro parecer, con respecto a los delitos de los arts. 412.3 CP o 450 CP, que se referirían a una fase previa a la pre procesal, en la que el delito aún permanecería activo y, por tanto, su evitación resultaría todavía posible.

también la penalista) suele manejar indistintamente varias denominaciones (principios de “necesidad”, “oficialidad” y “legalidad procesal”) para referirse a lo mismo, de manera que optar por una u otra delimitación de dichos principios termina siendo simplemente, una opción clasificatoria²⁷².

En cualquier caso, en la presente tesis doctoral aludiremos al principio de legalidad procesal en un sentido similar al manejado pacíficamente por la doctrina alemana (*Legaliätsprinzip*)²⁷³ e italiana (*principio dell'obbligatorietà dell'azione penale*)²⁷⁴ lo cual implica distinguirlo claramente del principio de legalidad en su vertiente penal (sintetizable por medio del aforismo: *nullum crimen, nulla poena sine lege penali, praevia, stricta et scripta*)²⁷⁵. Evidentemente, sin embargo, teniendo en cuenta las diferencias existentes entre los modelos procesales alemán e italiano y el español, pues en aquellos no rige el sistema de monopolio de la acción penal por parte del ministerio fiscal, aunque, como bien precisa ARMENTA DEU, el principio de legalidad procesal se erige, igualmente, en nuestro ordenamiento jurídico, como garantía frente a los ciudadanos “máxime si la actuación se encomienda a la Fiscalía en régimen de monopolio, pero, asimismo, cuando concurre con la de los particulares como acusadores privados o particulares”²⁷⁶.

Asimismo, a efectos de su caracterización como bien jurídico-penal, consideramos que es necesario entender tal principio según el sentido otorgado al mismo por MONTERO AROCA. En efecto, el citado autor parte de que, con base en el principio de legalidad procesal, la existencia de un hecho aparentemente delictivo exige la puesta en marcha de la actividad jurisdiccional, pues es la legalidad la que debe determinar cuándo

²⁷² NIEVA FENOLL, J., *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*, B de f, Buenos Aires, 2012, pág. 19.

²⁷³ § 152.2 § 160, § 163 StPO. BECKEMPER, K., “El principio de oportunidad en el Derecho Penal Económico alemán”, en *Postmodernidad y proceso europeo: la oportunidad como principio informador del proceso judicial*, con CALAZA LÓPEZ, S., MUINELO COBO, J.C. (Dir.), Dykinson, Madrid, 2020, pág. 74, incide en la diferencia existente, en Alemania, entre el *Legalitätprinzip* (principio de legalidad procesal) y *Bestimmtheitsgrundsatz* (principio de legalidad en sentido penal).

²⁷⁴ A este principio nos referiremos *infra*, en el Capítulo Séptimo de la presente tesis doctoral, si bien adelantamos ya que su proclamación constitucional se produce en el art. 112 de la Constitución Italiana, en virtud del cual se dispone que “El Ministerio Fiscal tiene la obligación de ejercer la acción penal”.

²⁷⁵ RAMOS MÉNDEZ, F., *El sistema procesal español*, Bosch, Barcelona, 2000, págs. 65-66, reprocha que, al referirse al principio de legalidad, el campo penal es concebido “como el reino del principio de legalidad”, tal y como “si los demás sectores del ordenamiento jurídico fuesen la tierra de nadie”.

²⁷⁶ ARMENTA DEU, T., *Estudios sobre el proceso penal*, Rubinzal-Culzoni Editorial, Buenos Aires, 2008, pág. 38.

ha de iniciarse el proceso penal, no siendo admisibles criterios de oportunidad. El proceso penal no puede dejarse en su inicio a la decisión discrecional de nadie²⁷⁷.

Proponemos, así, una configuración del bien jurídico protegido en el tipo penal del art. 408 CP que es cifrada, en esencia, de manera idéntica a la esbozada por GILI PASCUAL en su análisis del delito de encubrimiento. De este modo, para el citado autor, el objeto preservado en este último ilícito es la necesidad, jurídicamente establecida, de seguimiento de un proceso penal tras la comisión de un hecho aparentemente delictivo²⁷⁸. Y dicho contenido creemos que se engloba, precisamente, en el seno del principio de legalidad procesal, tal y como venimos delimitando este último. También LIBANO BERISTAIN lleva a cabo la concreción del principio de legalidad procesal desde la perspectiva de que este, en su seno, aglutina tanto al subprincipio de oficialidad como al de necesidad²⁷⁹.

Por su parte, cabe precisar que esta concepción del bien jurídico protegido en el art. 408 CP, combinada con la interpretación del tipo objetivo de este precepto, a la cual nos referiremos en el Capítulo Tercero, nos conduce a vincular el principio de legalidad procesal con el procedimiento preliminar del proceso penal. No obstante, a esta cuestión aludiremos más detenidamente cuando disecionemos el significado técnico-jurídico del término “persecución” de los delitos, así como su relación con la investigación de estos. Por ahora, baste con señalar que el principio de legalidad procesal, en el sentido de principio que vincula a ciertas autoridades y funcionarios a perseguir el delito, no debe entenderse en sentido puramente formal, referente al ejercicio de la acción penal por parte del ministerio fiscal, sino al fundamento de dicho principio, cual es el de que, ocurrido un hecho que presenta indicios de delito, este sea debidamente investigado, de manera que pueda iniciarse el proceso penal correspondiente.

De ahí que, con carácter previo, hayamos aludido a la definición de este principio que esboza MONTERO AROCA, por cuanto la misma hace hincapié en la necesidad de que el proceso penal sea iniciado siempre que se cometa un delito, siendo esta la única manera

²⁷⁷ MONTERO AROCA, J., “Lección Primera. Los conceptos esenciales”, en *Derecho Jurisdiccional III Proceso Penal*, con MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.L., BARONA VILAR, S., *et al.*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 42.

²⁷⁸ GILI PASCUAL, A., *El encubrimiento...cit.*, pág. 222.

²⁷⁹ LIBANO BERISTAIN, A., *Los delitos semipúblicos y privados: aspectos sustantivos y procesales (adaptado a las reformas del Código Penal introducida por la Ley Orgánica 5/2010)*, Bosch, Barcelona, 2011, págs. 62-78.

posible de resolver el conflicto social inherente al hecho presuntamente delictivo, así como que tal inicio del proceso se sustancie conforme a la legalidad. El inicio del proceso se corresponde, en nuestro derecho procesal penal, con el llamado por la doctrina “procedimiento preliminar” (fase pre procesal y fase de instrucción), razón por la cual ponemos de manifiesto la vinculación entre el bien jurídico protegido en el art. 408 CP y el procedimiento preliminar del proceso penal.

Por supuesto, es menester mencionar que la plasmación constitucional del presente principio en los arts. 117.1 y 124.2 CE²⁸⁰ justifica la intervención del Derecho penal para la tutela de lo que constituye uno de los pilares fundamentales de nuestro sistema procesal, siendo el proceso, como se ha destacado en repetidas ocasiones, el medio a través del cual se materializa el derecho sustantivo²⁸¹. Indudablemente, el principio de legalidad procesal posee un alto valor desde el punto de vista de la idea de Estado de Derecho, y es considerado, a su vez, una garantía indispensable para toda administración de justicia que pretenda actuar con proporcionalidad, con independencia, frente a la posición del procesado y, por lo mismo, que quiera ser justa²⁸². En consecuencia, la conculcación del principio de legalidad procesal provoca un efecto vulnerador “en cascada” de toda una serie de principios y garantías del proceso penal²⁸³. Motivo por el cual, tiene sentido que el Código penal intervenga en aras de salvaguardar dicho principio, pues con ello se garantiza que no se vulneren otros, produciendo efectos sociales muy perjudiciales para el interés general.

3.2. *¿Se protege algún bien jurídico-penal individual en el art. 408?*

²⁸⁰ Nos adherimos, así, a aquel autorizado sector doctrinal que afirma la proclamación tácita del principio de legalidad procesal en los preceptos citados y, especialmente, en el art. 124 CE. Por todos, véase el comentario efectuado en: GIMENO SENDRA, V., *Manual de Derecho procesal penal*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2018, págs. 166-167; y LIBANO BERISTAIN, A., *Los delitos semipúblicos...cit.*, pág. 73.

²⁸¹ *Ídem*, pág. 232.

²⁸² POTT, C., “La pérdida de contenido del principio de legalidad y su manifestación en la relación entre el delito de encubrimiento por funcionario (§258.a StGB) y el sobreseimiento (§153 sigs. STPO)”, en *La insostenible situación del Derecho Penal*, con ROMEO CASABONA, C.M. (Dir.), Traducción de ÍÑIGO CORROZA, E., BENLLOCH PETIT, G., Comares, Granada, 1999, pág. 79.

²⁸³ De ahí que, cuando se teoriza sobre el fundamento de protección subyacente al tipo penal del art. 408 CP pueda plantearse que este radica, por ejemplo, en evitar la impunidad de los delitos. En este sentido, por ejemplo, POLAINO NAVARRETE, M., (Dir.), *Lecciones de Derecho Penal Parte Especial. Tomo II*. Tecnos, Valencia, 2011, pág. 292.

A) Exposición del problema: implicaciones de esta hipótesis en materia de consentimiento y consumación

Tras todo lo dicho, queda, no obstante, por responder los siguientes interrogantes: ¿es el principio de legalidad procesal el único valor protegido por el delito del art. 408 CP? ¿o acaso, junto al mismo, se preserva igualmente un objeto de naturaleza individual? Dicho de otro modo, ¿nos hallamos ante un delito pluriofensivo? El origen de estas preguntas radica en el reconocimiento de que la omisión castigada en el art. 408 CP puede conllevar un perjuicio para la víctima del delito no perseguido, la cual habría visto frustrado su derecho a acceder a la jurisdicción (*ius et procedatur*), encuadrable en el más amplio derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). La frustración de la viabilidad de tal derecho proviene del hecho de que la decisión tomada unilateralmente por el funcionario público (sujeto activo del delito), consistente en dejar de perseguir arbitrariamente el hecho presuntamente delictivo, se impone al curso procesal que derivaría de un escrupuloso respeto al principio de legalidad y que habría permitido a la víctima defender sus derechos e intereses legítimos por medio del acceso a la jurisdicción²⁸⁴.

Así pues, ciertamente, si bien no existe un derecho al “castigo” (o lo que es lo mismo, a la obtención de una sentencia condenatoria) por parte de la víctima de un delito, sí entra dentro de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva el “poner en marcha un proceso, substanciado de conformidad con las reglas del proceso justo, en el que se pueda obtener una respuesta motivada y fundada en derecho”, cualquiera que sea el contenido de la misma²⁸⁵. Desde este punto de vista, la víctima u ofendido del delito que se deja de perseguir se vería igualmente perjudicada por la omisión de la autoridad o funcionario público contemplada en el art. 408 CP, puesto que tal conducta obstaculiza o

²⁸⁴ Sintetiza de manera brillante la presente problemática GARCÍA-SOLÉ, M., *El delito de acusación y denuncia falsa*, Atelier, Barcelona, 2002, pág. 83, cuando indica que “la Administración de justicia, al activarse distorsionadoramente, alberga capacidad para la afectación de bienes jurídicos individuales convergentes en el proceso penal (...) Lo anterior determina que no quede orillado un efecto inevitable, concatenado al propio ataque de la Administración de justicia, que no es otro que el de la interrelación entre la indebida actividad jurisdiccional y los perjuicios que sobre los bienes jurídicos-individuales de la persona ofendida se pueden causar mediante la comisión de un delito de acusación y denuncia falsas. El problema entonces radica en cómo articular la tutela de esos bienes en el ámbito de protección de la norma”.

²⁸⁵ GÓMEZ COLOMER, J.L., “Lección Segunda. La competencia penal”, en *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*, con MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.L., BARONA VILAR, S., et. al., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 62.

incluso impide su derecho a acceder a la jurisdicción, entendido en su vertiente de “*ius et procedatur*”.

En esta línea, PORTILLA CONTRERAS y POMARES CINTA destacan, hasta en dos ocasiones, que la comisión del delito aquí estudiado compromete la viabilidad de la tutela judicial efectiva. Así puede observarse cuando afirman que el presente tipo penal “castiga al funcionario público por incumplir su obligación de iniciar o impulsar la acción de justicia (...), comprometiendo así la finalidad del proceso penal en el Estado de Derecho, y, con ello, la viabilidad de la tutela judicial efectiva”²⁸⁶, e igualmente cuando interpretan que el bien jurídico del presente delito debe estudiarse “en sintonía con el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) tal y como lo interpreta el Tribunal Constitucional”²⁸⁷.

Pues bien, coincidimos con la conexión resaltada por ambos penalistas entre el tipo penal del art. 408 CP y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. No obstante, ir más allá y sostener que el tipo penal de omisión del deber de perseguir delitos tiene carácter pluriofensivo, así como que el *ius et procedatur* de la víctima del delito omiso de perseguir es el segundo bien jurídico protegido por aquel tipo penal suscita problemas de cara a la consumación del mismo, así como a la relevancia que debe reconocérsele al consentimiento de la víctima a efectos de eludir la aplicación del tipo penal, tratándose este de un delito que protege también un bien jurídico supraindividual (en nuestro planteamiento: el principio de legalidad procesal). Ambas incógnitas se hallan profundamente conectadas, aunque comenzaremos aproximándonos a la segunda de las mismas, para luego referirnos a la primera.

Llegados a este punto, es menester advertir que la literatura jurídica española acerca de esta última cuestión es relativamente escasa, en contraposición a la alemana. Por supuesto, no nos referimos a que la doctrina española se haya pronunciado poco acerca de la problemática del consentimiento de la víctima de un delito y del reconocimiento de su relevancia bien como causa de exclusión de la tipicidad, bien como causa de justificación. Nada más lejos de la realidad. A lo que estamos aludiendo es a la existencia de reflexiones emitidas por autores españoles acerca del valor que merece el consentimiento de la víctima en aquellos delitos pluriofensivos que salvaguardan un bien

²⁸⁶ PORTILLA CONTRERAS, G., POMARES CINTAS, E., “Lección 6ª Delitos de abandono...”, *cit.*, pág. 175.

²⁸⁷ *Ídem*.

jurídico individual junto a uno de carácter supraindividual. Pues, con respecto a esta cuestión, los miembros de la doctrina española han tendido a pronunciarse tajantemente y desde un principio en sentido negativo a reconocer valor alguno a dicho consentimiento²⁸⁸.

En cambio, dentro de la doctrina penal alemana, como señalábamos, sí se ha abordado el tema que nos ocupa de forma extensa, en especial en relación, precisamente, con el planteamiento de supuestos de consentimiento de un particular (sujeto pasivo) en determinados delitos contra la Administración de Justicia. De este modo, ROXIN indica, primero, de manera general (refiriéndose a cualesquiera delitos) que: “está excluido de antemano un consentimiento en bienes jurídicos cuya lesión se dirige contra la comunidad. Incluso cuando es una persona individual la que resulta inmediatamente afectada por el hecho, ella no puede consentir en la lesión, porque el bien jurídico no está a su disposición”²⁸⁹. Esta máxima general de la que el renombrado autor alemán parte, es

²⁸⁸ Así, a modo de ejemplo, MIR PUIG, S., *Derecho Penal...cit.*, pág. 526, aludiendo a la posibilidad de reconocer eficacia al consentimiento de la víctima de un delito expresa que “nada de ello sucederá en los delitos contra la colectividad, puesto que en ellos se protegen bienes independientes de la voluntad de un individuo, aunque supongan que la acción recae sobre una persona concreta”; ORTS BERENGUER, E., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Introducción al Derecho Penal Parte General*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 194: “el consentimiento no posee una eficacia considerable en DP, para exonerar de responsabilidad, por el carácter público del DP, que impide su “privatización”, que las víctimas dispongan del mismo a su antojo; porque en el CP se protegen no pocos bienes jurídicos de titularidad colectiva o comunitaria, en los cuales el consentimiento de una persona, por más que resulte afectada por los hechos, es irrelevante”. También en la doctrina penal italiana se descarta desde un principio la posibilidad de reconocer valor eximente de responsabilidad penal al consentimiento de la víctima de delitos pluriofensivos que incluyan la tutela de un bien jurídico supraindividual: PADOVANI, T., *Diritto Penale*, Giuffrè, Milano, 2017, pág. 153; CARINGELLA, F., DELLA VALLE, F., DE PALMA, M., *Manuale di Diritto Penale Parte Generale*, Dike, Roma, 2020, pág. 772; MANTOVANI, F., FLORA, G., *Diritto Penale. Parte Generale*, Wolters Kluwer, 2023, pág. 250; CADOPPI, A., VENEZIANI, P., *Elementi di Diritto Penale...cit.*, pág. 307; CANESTRATI, S., CORNACCHIA, L., DE SIMONE, L., *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, Il Mulino, Bologna, 2017, pág. 577. Aun así, como diferencia con la doctrina española, varios penalistas italianos sí se cuestionan que esta solución sea verdaderamente eficaz y deba cumplirse en todo caso: ROMANO, B., *Diritto penale. Parte Generale*, Giuffrè, Milano, 2020: “tradicionalmente se considera que los bienes estatales y colectivos no están disponibles, al pertenecer a una identidad indistinta de personas. Sin embargo, contrariamente a lo que podría pensarse, tal conclusión no es automática (...) En términos generales, puede afirmarse, no obstante, que, en el caso de los bienes públicos y colectivos, el consentimiento no es relevante”; PAGLIARO, A., *Principi in diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2020, tras aludir al principio general de que no cabe el consentimiento en los delitos que afectan a intereses del Estado o bienes colectivos, indica, sin embargo que: “bajo esta perspectiva, se percibe la imprecisión del principio —acogido por toda la doctrina— según el cual el consentimiento no podría tener ninguna eficacia en los delitos que atentan directamente contra intereses del Estado o de otros entes públicos (delitos contra la personalidad del Estado, contra la administración pública, contra la administración de justicia, etc.)”.

²⁸⁹ ROXIN, C., *Derecho Penal Parte General Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Traducción de LUZÓN PEÑA, D.M., DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., DE VICENTE REMESAL, J., Civitas, Madrid, 1997, pág. 526, cita a modo de ejemplo el caso del delito de falso testimonio: “así, el perjurio concertado entre dos litigantes es punible, por tanto, a pesar del consentimiento de la otra parte, porque de una u otra forma resulta perjudicada la administración de justicia como bien jurídico protegido en los delitos de falso testimonio”.

objeto de matización por parte del mismo, pues a pesar de resultarle evidente, admite que “origina dificultades en su aplicación cuando el bien jurídico protegido es discutible o cuando un tipo protege tanto bienes jurídicos de la colectividad como del particular”, y cita, a continuación, el controvertido ejemplo del delito de acusación y denuncia falsas (§164).

En relación con dicho ilícito penal, explica ROXIN que, si el bien jurídico solo se liga a la Administración de Justicia, la cual habría que proteger para evitar que se dirija indebidamente la fase de instrucción contra determinadas personas (teoría de la Administración de Justicia), entonces carece totalmente de significado un consentimiento por parte del sospechoso; más bien dicho consentimiento aumenta el contenido de injusto del hecho en cuanto refuerza el engaño a la autoridad. Igualmente será irrelevante el consentimiento, aunque, de acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina alemana, se considere protegido a través del §164, junto a la Administración de Justicia, también al particular contra la persecución oficial injustificada, pero colocando ambos bienes jurídicos en una relación de alternatividad, de modo que el tipo ya estará realizado cuando se lesione uno de los dos (teoría de la alternatividad). El consentimiento deja entonces intacta la lesión de la Administración de Justicia, y con ello la punibilidad. Por el contrario, el consentimiento excluye una realización del tipo si ambos bienes jurídicos se consideran protegidos de forma cumulativa (teoría de la acumulación), de modo que solo la lesión simultánea de ambos cumple las exigencias del tipo de delito. Y, con más razón aún, será plenamente eficaz el consentimiento si se considera como bien jurídico protegido solamente el interés del particular en verse libre de denuncias injustificadas (teoría del bien individual)²⁹⁰.

A conclusiones similares llega MAURACH, para quien “el consentimiento en ataques contra bienes de la colectividad resulta inimaginable”, pero dicho axioma se ve exceptuado en determinadas “zonas fronterizas dentro de los hechos punibles contra la colectividad en las que no es tan patente la imposibilidad o irrelevancia del consentimiento”. Tales zonas se corresponden con aquellos casos en los que hechos

²⁹⁰ *Ibidem*, pág. 527. Por su parte, STERNBERG-LIEBEN, D., “Vorbemerkungen zu den §§ 32 ff.”, en SCHÖNKE/SCHRÖDER *Strafgesetzbuch Kommentar*, con V.V.A.A., H. Beck., München, 2019, págs. 592-593, introduce el siguiente matiz: “hay que distinguir entre los hechos que se basan tanto en intereses jurídicos individuales como universales: si se protegen alternativamente, el consentimiento generalmente se excluye (...) mientras que en el caso de la protección acumulativa, depende de las particularidades de los hechos respectivos si el consentimiento con respecto a la propiedad individual conduce al cese de la injusticia global y, por lo tanto, a la inaplicabilidad de la disposición en cuestión”.

punibles contra la colectividad atacan, a su vez, bienes jurídicos del individuo. De nuevo en relación con el delito de acusación falsa al que se refería ROXIN, el presente penalista termina por reconocer una eficacia limitada al consentimiento del individuo cuyo honor se ve atacado por dicho ilícito penal: “puesto que el tipo protege, si bien tan solo en segunda línea, el honor del sospechoso, puede el consentimiento ser eficaz para excluir la pena accesoria de publicación de la sentencia prevista en el §165”²⁹¹.

Trasladando estas reflexiones al caso particular del art. 408 CP y atendiendo a la literalidad de este precepto, podemos concluir que, aunque aparentemente al legislador solo parece importarle el valor supraindividual relativo al correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, en aquellos casos en los que se haya cometido un delito con víctima concreta, la omisión del deber de perseguir delitos conllevará necesariamente la obstrucción del ejercicio por parte de dicha víctima de su derecho de acceso a la jurisdicción (o *ius et procedatur*).

Ahora bien, ¿implica esto que el art. 408 CP salvaguarda dos bienes jurídicos diferenciados? Por un lado, el sostenimiento de una tesis como la aquí expuesta supondría mantener una concepción acumulativa de los dos bienes jurídicos protegidos en el art. 408 CP, y provocaría la, en un principio, chocante consecuencia de reconocerle eficacia y relevancia jurídico-penal al consentimiento de la víctima del delito omiso de perseguir. Y, por otro lado, se plantearía otro problema adicional, relativo a que la consumación del delito solo se produciría con la doble lesión simultánea de ambos bienes²⁹².

B) Valoración final

Pues bien, lo cierto es que no creemos que los problemas prácticos puestos de manifiesto, relativos a la eficacia del consentimiento particular y al momento de consumación del delito, sean los motivos por los que debe descartarse que el delito que aquí nos ocupa posee carácter pluriofensivo. Ello debido a que “fácilmente” pueden esgrimirse argumentos técnico-jurídicos gracias a los cuales se solucionen dichos problemas.

²⁹¹ MAURACH, R., *Tratado de Derecho Penal, Vol. II*, Traducción de CÓRDOBA RODA, J., Ariel, Barcelona, 1962, pág. 40.

²⁹² Cuestión distinta es cómo definamos tal lesión, problema al que nos referiremos *infra*.

Así, por ejemplo, en materia de consentimiento, podría impedirse que tuviera eficacia el de la víctima del delito omiso de perseguir simplemente argumentándose que, pese a hallarnos ante un delito pluriofensivo, el hecho de que el legislador haya escogido ubicar sistemáticamente al mismo en el Título XIX (“Delitos contra la Administración Pública”) es, en sí mismo, indicativo de la prevalencia otorgada al valor supraindividual protegido por el art. 408 CP frente al de corte individual²⁹³. Se podría, teóricamente, sostener que esta elección efectuada por el legislador precluye la posibilidad de reconocer relevancia al consentimiento de la víctima, pues siempre permanecería cierta lesión al principio de legalidad procesal y, por ende, indirectamente a la propia Administración de Justicia. Por lo que, aun mediando dicho consentimiento, la conducta del funcionario público que deja de perseguir intencionadamente un delito continuaría siendo delictiva²⁹⁴. Por su parte, con respecto a la consumación del art. 408 CP, esta última incógnita es todavía más sencilla de resolver, por cuanto, a lo sumo, de reconocer carácter de delito pluriofensivo al art. 408 CP podría interpretarse este en el sentido de sostener que la lesión ocasionada al bien jurídico individual vendría subsumida en la del valor supraindividual, dado que esta última conlleva forzosamente la de aquel.

En realidad, desde nuestro punto de vista, son otras las razones por la que debe aseverarse que el *ius et procedatur* carece del rango de bien jurídico-penal en el art. 408 CP:

En primer lugar, porque el principio de legalidad procesal ya sintetiza, en su seno, todo un conglomerado de principios, garantías y derechos procesales que se derrumban de atacarse aquel. Y, por supuesto, dentro de los mismos, puede (o no) verse afectado el *ius et procedatur* de las víctimas de un hecho delictivo, pero esto no es, a nuestro juicio, lo que se preserva directamente en el art. 408 CP. En efecto, en la medida en que este busca salvaguardar un principio que garantiza el servicio de los poderes públicos al interés

²⁹³ CADOPPI, A., VENEZIANI, P., *Elementi di diritto penale...cit.*, pág. 57, se refieren a esta segunda postura al indicar que: “es cierto que los delitos pluriofensivos parecen poner en crisis la concepción que considera vinculantes las titulaciones del Código. Pero también es cierto que, en relación con los delitos que lesionan varios bienes jurídicos, los redactores del Código realizaron una elección precisa, y ubicaron el tipo penal bajo el Título cuyo bien jurídico fue considerado prevalente respecto de los demás. (...) Así, en lo que respecta a la calumnia, los redactores del Código Rocco consideraron prevalente el bien jurídico de la administración de justicia sobre los de la libertad personal y la reputación. Por tanto, podría teóricamente considerarse vinculante la elección del legislador también respecto de los delitos pluriofensivos”.

²⁹⁴ Aunque semejante “solución” nos parecería indicativa, por sí misma, de que lo verdadera y principalmente protegido por el delito es un valor supraindividual, ostentando el individual un carácter puramente secundario.

general, indirectamente también protege los derechos de individuos particulares. No obstante, también indirectamente se protegen otros principios, como pueden ser los de imparcialidad, igualdad, etc. Con ello, se contempla una de las principales virtudes de presentan los principios como bienes jurídico-penales, y es su capacidad para sintetizar una gran cantidad de información en su interior, de manera que nos permita entender, por sí solo, cómo debe funcionar una institución jurídica en el conjunto del ordenamiento jurídico, y en relación con el sistema social²⁹⁵.

Sin embargo, el carácter indirecto de la protección de estos derechos hace que estos no sean aptos para ser erigidos como bienes jurídicos autónomos del art. 408 CP, el cual busca garantizar aquel principio que, por su alcance e importancia, sirve, a su vez, para la preservación de los demás. Al fin y al cabo, como bien sintetiza DURIGATO: “el interés cuya violación es esencial para que la norma se considere violada debe distinguirse cuidadosamente de los intereses que sólo reciben un beneficio indirecto de la protección jurídica”²⁹⁶. Es menester no perder de vista esta matización del significado de “pluriofensividad” apuntado por la autora italiana, pues, como añade GUARDIOLA GARCÍA, calificar como objetos de protección de un delito a aquellos bienes e intereses que solo son protegidos de forma secundaria o accesoria “da como resultado una determinación de bien jurídico totalmente inútil en cuanto a las funciones que se asignan al mismo, porque no logra sino distorsionar la comprensión del tipo. Apuntar a intereses diversos según los casos puede explicar la *ratio* de la norma, pero no permite identificar un bien jurídico con contenido material para cumplir sus funciones”²⁹⁷.

²⁹⁵ ATIENZA RODRÍGUEZ, M., RUIZ MANERO, J., “Sobre principios y reglas”, en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 10, 1991, pág. 114. Se cumple, así, la definición de los “principios” defendida por RAMOS MÉNDEZ, F., *Derecho y Proceso*, Bosch, Barcelona, 1979, pág. 263, y que se refiere a estos como “breves fórmulas que plasman el significado profundo de su existencia”. Pone de manifiesto tal virtud de los principios como bienes jurídicos: FERNÁNDEZ CABRERA, M., *Corrupción en la función...cit.*, pág. 76. Parece emplear este mismo razonamiento, aunque sin explicitarlo en su argumentación, COLÁS TURÉGANO, A., *El delito de realización arbitraria del propio derecho en el Código Penal de 1995*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 55, cuando aboga por erigir al principio de exclusividad como el bien jurídico protegido en el delito de realización arbitraria del propio derecho ex art. 455 CP.

²⁹⁶ DURIGATO, L., *Rilievi sul reato plurioffensivo*, CEDAM, Padova, 1972, pág. 18. Asimismo, especialmente interesante nos resulta, en este sentido, la precisión hecha por ORDEIG ORERO, M.J., *El delito de acusación y denuncia falsas*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 63: “lo que convierte un delito uniofensivo en pluriofensivo es la existencia de más de un objeto protegido de manera inmediata a través de su incriminación, y no la existencia de una pluralidad de lesiones de bienes jurídicos; esta afirmación parte de la confusión entre objeto de protección y objeto de lesión”.

²⁹⁷ GUARDIOLA GARCÍA, J., *La realización arbitraria del propio derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, págs. 214-215. Ello lleva al citado autor —en la línea de lo propuesto por DOVAL PAIS, A., *Delitos de fraude alimentario*, Aranzadi, Pamplona, 1996, págs. 218-220—, a restringir el concepto de “pluriofensividad” a

En segundo lugar, porque tal conclusión no es la que se desprende del tipo penal del art. 408 CP, ya que este sanciona al funcionario que deje de perseguir cualesquiera delitos, aunque estos carezcan de víctimas concretas o estas no estuvieran identificadas al llegar la *notitia criminis* al conocimiento de aquel. Tal circunstancia es, a nuestro parecer, reveladora de que lo que se busca preservar no es el *ius et procedatur*, que puede sufrir o no un atentado con la comisión del art. 408 CP, sino algo anterior y más amplio: el principio de legalidad procesal.

De hecho, en este sentido, resulta esclarecedora la comparación del tipo que nos ocupa con el ejemplo proporcionado por el delito de acusación y denuncia falsa (art. 456 CP), considerado por gran parte de la doctrina española como un ilícito pluriofensivo. Tal carácter pluriofensivo suele defenderse desde la óptica de que, como señala CÓRDOBA RODA, el hecho de que “si el delito (...) no es atribuido a un sujeto concreto no procede estimar la presente infracción”, resulta indicativo de que su injusto no puede agotarse en la mera ofensa contra la Administración de Justicia, sino que debe considerarse comprensivo, igualmente, del ataque al honor de la persona que sufre la acusación o denuncia falsa. Ciertamente, a pesar de que el carácter pluriofensivo del art. 456 CP es rechazado con razonables argumentos por varios autores²⁹⁸, lo cierto es que, al menos, su puesta en contraste con el art. 408 CP sirve para poner de manifiesto algo esencial: este último, a diferencia de aquel ilícito, no requiere que se ataque el *ius et procedatur* de persona concreta alguna para que exista el delito.

Asimismo, y a pesar de no ser un argumento concluyente, sino más bien complementario de los anteriores, lleva razón, a nuestro parecer, MAGALDI PATERNOSTRO cuando sugiere que si bien es cierto que existen delitos pluriofensivos “también que es el interés prevalente lo que condiciona su ubicación sistemática en el articulado del Código penal; o por lo menos así debe ser aceptado, de *lege lata*, para poder operar dogmáticamente sobre un conjunto normativo que es axioma para el intérprete”²⁹⁹. Es decir, y llevado al caso que nos ocupa, de la colocación del art. 408 CP en un Título (el XIX) que se refiere a delitos que atentan contra la Administración Pública, puede inferirse

“solo los delitos en los que necesaria, cumulativa y vinculadamente se produce la lesión de más de un bien jurídico”.

²⁹⁸ A este respecto, y sin ánimo de ahondar en la presente cuestión, véanse las críticas efectuadas a la tesis de la pluriofensividad de este delito por: MAGALDI PATERNOSTRO, M.J., “Aspectos esenciales de la acusación y la denuncia falsa”, en *ADCP*, Tomo 40, Fasc/Mes 1, 1987, págs. 37-72.

²⁹⁹ MAGALDI PATERNOSTRO, M.J., “Aspectos esenciales de la acusación...”, *cit.*, pág. 42.

una preminencia en la tutela penal de los intereses supraindividuales sobre la de los individuales que pudieran verse afectados colateralmente. En sentido similar, apunta nuevamente DURIGATTO que:

“Es necesario, en efecto, recordarlo: la categoría de los delitos contra la Administración de Justicia, o bien la de los delitos contra la Administración Pública, ofrecen numerosos ejemplos de situaciones en las que la atribuibilidad de la protección se remonta precisamente, directa e inmediatamente al Estado y al individuo; o sólo al individuo, pero no sin una entonación particular, pues el interés del Estado está siempre presente para subrayar, de hecho, el fondo sobre el cual el mismo bien jurídico debe ser encuadrado y reconstruido al mismo tiempo”³⁰⁰.

Por todo lo anterior, es nuestra opinión que el fundamento protector subyacente al delito del art. 408 CP no puede hallarse en la lesión del *ius et procedatur* (concreta vertiente del más amplio derecho fundamental a la tutela judicial efectiva ex art. 24 CP), sin perjuicio de que tal derecho se vea vulnerado en muchas ocasiones como consecuencia de la omisión dolosa del funcionario.

IV. LA UBICACIÓN SISTEMÁTICA DEL ART. 408 CP

1. Introducción: la inadecuación de la actual ubicación del art. 408 CP

Aunque ya hemos adelantado algunas de nuestras apreciaciones acerca de la actual ubicación sistemática del art. 408 CP en el Capítulo II del Título XIX del texto punitivo español, corresponde ahora entrar detalladamente a analizar tal cuestión. Sin ánimo de resultar repetitivos, consideramos menester insistir en que, doctrinalmente, la decisión legislativa de regular el delito que nos ocupa en el Título dedicado a los “Delitos contra la Administración Pública” no ha sido demasiado bien recibida. Hasta el punto de que, como se ha podido comprobar, la crítica doctrinal a la ubicación del art. 408 CP ha eclipsado la labor de delimitar su bien jurídico protegido.

Tal proceder se debe al hecho de que la práctica totalidad de la doctrina reconoce una mayor vinculación del tipo de omisión del deber de perseguir delitos con la Administración de Justicia que con la Administración Pública. En efecto, la crítica principal que se dirige contra esta decisión legislativa no suele venir ocasionada tanto por el hecho de que resulte improcedente la ubicación del delito del art. 408 CP entre los

³⁰⁰ DURIGATO, L., *Rilievi sul reato...cit.*, pág. 15.

delitos contra la Administración Pública, sino más bien porque sería más correcta, por su mayor concreción, la ubicación de aquel entre los delitos contra la Administración de Justicia.

De hecho, en el pasado reciente, el debate planteado llegó a alcanzar también al legislador penal, el cual, hasta en dos proyectos prelegislativos al actual Código penal, mostró su voluntad de ubicar junto con el resto de los delitos contra la Administración de Justicia el tipo penal de omisión del deber de perseguir delitos. Así sucedió en el Proyecto del Código penal de 1980, en el que se tipificaba el presente delito en el art. 495, ubicado dentro del Título XI referente a los delitos contra la Administración de Justicia, e igualmente en la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código penal de 1983, en la que se tipificaba en el art. 422, también entre los delitos contra la Administración de Justicia.

No obstante, en contraste con los proyectos prelegislativos señalados, la aprobación del Código penal de 1995 conllevó la ubicación del presente delito en el Título XIX. Esta decisión pudo deberse, en parte, al pasado como prevaricación (y, por tanto, como delito situado en el anterior Título VI, CP 1944) de este tipo penal. Ya se ha incidido anteriormente en las fuertes reminiscencias que la antigua naturaleza de prevaricación del delito del art. 408 CP continúa teniendo hoy en día sobre la interpretación jurisprudencial que se efectúa del mismo. No resultaría extraño, entonces, que el legislador, a pesar de haber modificado dicha naturaleza en el actual texto punitivo, hubiese considerado que su afinidad con la prevaricación administrativa continuase siendo lo suficientemente fuerte como para motivar que ambos delitos continuasen recogiendo en un mismo título.

2. La escasa vinculación del art. 408 CP con los restantes tipos penales recogidos en el Capítulo II, Título XIX, CP

La promulgación del Código penal de 1995 conllevó la modificación de la naturaleza del delito de omisión del deber de perseguir delitos, distinguiéndolo esencialmente de la prevaricación administrativa, ilícito penal al que había aparecido, hasta entonces, históricamente vinculado. De este modo, el delito que nos ocupa pasó a ser configurado como un tipo penal autónomo, y no ya como una figura prevaricadora específica. Consecuentemente, en lugar de situarse en el Capítulo I del Título XIX, destinado a “la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos”, pasó a contenerse en el Capítulo II, dedicado al “abandono de destino y la

omisión del deber de perseguir delitos”. Partió el legislador, entonces, de que el art. 408 CP guardaba una mayor conexión con los tipos penales recogidos en los arts. 407 y 409 CP, a saber: los delitos de abandono, individual o colectivo, de destino; que con el art. 404 CP, relativo a la prevaricación administrativa.

Semejante decisión parece haber respondido al hecho de que las tres conductas tipificadas en el señalado Capítulo II del Título XIX de nuestro texto punitivo constituyen supuestos de dejación de funciones públicas por parte de las autoridades y funcionarios. En concreto, las formas de dejación previstas en los arts. 407 y 408 CP consisten, esencialmente, en el quebrantamiento, activo u omisivo, de un deber funcional relacionado con la evitación o persecución delictiva conforme a los principios constitucionales. Caso diferente lo constituye el art. 409 CP, el cual, de forma más genérica, alude a la dejación colectiva y manifiestamente ilegal de servicios públicos, fueren o no estos esenciales.

La existencia de un nexo entre estos tres tipos penales que justifique suficientemente la decisión de agruparlos en un mismo Capítulo dentro del Título XIX ha sido objeto de cuestionamiento doctrinal. Verbigracia, ya hemos señalado que, para MUÑOZ CONDE, al tratarse de delitos cuyo núcleo reside en la dejación de funciones públicas, “se tipifican tres delitos distintos que no tienen entre sí más en común que el incumplimiento de determinados deberes de actuación en ciertos ámbitos o circunstancias”³⁰¹. Igualmente, MORILLAS CUEVA indica que existen escasos puntos de encuentro entre los delitos del Capítulo II del Título XIX CP, entendiendo que el único denominador común entre los mismos sería el incumplimiento de determinados deberes de actuación de los funcionarios o autoridades en concretos ámbitos de actuación. Este

³⁰¹ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal Parte Especial...cit.*, pág. 933. Una opinión similar es compartida por RUBIO LARA, P.A., “Delito de ausencia...”, *cit.*, pág. 2, quien asevera, con respecto al art. 408 CP, que: “no menos cierto resulta ser que este delito poco o nada tiene que ver con el delito de abandono de destino, pues no implica la necesidad del abandono de destino para omitir promover la persecución de los delitos y de sus responsables y solo se vincula con su Título, por razón del sujeto activo, que sería la autoridad o funcionario público que tenga atribuidas las funciones de promover la persecución de los delitos, y sus obligaciones para con la Administración Pública. Además, el delito de abandono de destino también está referido al abandono que tenga por objeto no ejecutar las penas correspondientes a estos delitos impuesta por la autoridad judicial competente, mientras que el delito de omisión del deber de perseguir los delitos solo hace referencia a la omisión de promover la persecución de todos los delitos, además de que incluye a sus responsables. También habría que añadir, como diferencia, que el art. 407 castiga, además de la no persecución de estos determinados delitos, el hecho de no impedirlos, cuestión no contemplada en el art. 408 del Código, pues este último se refiere exclusivamente a la no persecución, porque el delito ya está cometido. Lo único, aunque insuficiente, que les une a ambos tipos delictivos es su afinidad en cuanto a la pena y al carácter omisivo de la conducta”.

criterio es, según el citado autor, insuficiente para configurar un Capítulo que además parece tener como motivación prioritaria la vieja opción del cumplimiento de deber como objeto de protección y que se acerca más a infracciones disciplinarias que penales³⁰².

Por su parte, aunque MORALES PRATS y RODRÍGUEZ PUERTA admiten que “este cambio sistemático resulta «prima facie», de difícil justificación, pues es palmaria la afinidad del precepto comentado con el delito de prevaricación”, hallan el motivo que justifica tal desplazamiento al Capítulo II en la rebaja penológica que el legislador ha introducido en el art. 408 CP, así como en la naturaleza omisiva (de omisión propia, en concreto) que caracteriza a todos los supuestos recogidos en los arts. 407, 408 y 409 CP, lo que determina que “el elemento común a los delitos incluidos en este Capítulo es la dejación de funciones públicas, cuando este abandono genera graves perjuicios a la Administración y, por ende, a la sociedad”. Por ello, contrariamente a la opinión expresada por los autores antes enumerados, concluyen ambos penalistas que “parece acertado el emplazamiento de este delito, que si bien, como indicábamos más arriba, se asemeja al de prevaricación, tutela un aspecto distinto de la función pública”³⁰³.

Efectivamente, podría decirse que los arts. 407 y 408 CP sí se enlazan de forma relativamente afín, al aludir ambos a supuestos de dejación de dos funciones públicas que, no siendo idénticas, sí comparten elementos en común. Ello debido a que el abandono de destino solo adquiere relevancia penal, según el texto del art. 407 CP, cuando se produce con el propósito de no impedir, no perseguir o no castigar los delitos. Dado que el art. 408 CP recoge el delito de omisión del deber de promover la persecución de los delitos de los que el funcionario hubiera tenido conocimiento en el ejercicio de su cargo, es fácil constatar la relación entre ambos preceptos. Hasta tal punto se ha entendido así doctrinalmente, que varios autores indican que el art. 408 CP consagra un tipo penal de recogida en relación con el art. 407 CP, puesto que, mientras que en este último se

³⁰² MORILLAS CUEVA, L., “Lección 38. Delitos contra la Administración...”, *cit.*, págs. 869-870. A pesar de esto, el citado penalista reconoce “determinados avances de estructura y contenido en la nueva ubicación sistemática”.

³⁰³ RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., MORALES PRAT, F., “Título XIX. Delitos contra la Administración Pública”, en *Comentarios al Código Penal español, Vol. II*, con QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016, pág. 1295.

castigarían los abandonos activos de destino con el propósito indicado, en aquel se sancionarían los puramente omisivos³⁰⁴.

Se coincida o no en si el art. 408 CP mantiene una relación de subsidiariedad con respecto al delito de abandono de destino, lo cierto es que existe una innegable vinculación entre las funciones públicas específicamente protegidas en dichos delitos y la Administración de Justicia. Como bien sintetiza POLAINO NAVARRETE, “el funcionario público tiene la obligación de reaccionar jurídicamente de determinada forma frente al fenómeno de la criminalidad (...) El tipo legal garantiza el correcto ejercicio de la función, en relación al combate de la criminalidad, a fin de evitar la impunidad de los actos delictivos. La obligación del cargo ha de tener conexión con la prevención y la persecución de la criminalidad”³⁰⁵. Es por dicha razón que se han elaborado propuestas doctrinales con el objetivo de que los delitos reunidos en el Capítulo II del Título XIX, o al menos, los recogidos en los arts. 407 y 408 CP, sean reubicados sistemáticamente entre los delitos contra la Administración de Justicia, es decir, dentro del Título XX de nuestro Código penal³⁰⁶.

Por su parte, bastante más difusa es la relación existente entre los tipos penales de los arts. 408 CP y 409 CP. Aunque en ambos se producen formas de dejación de funciones públicas, estas no se hallan ligadas entre sí como en el caso del art. 407 CP y el art. 408 CP. Antes bien, el art. 409 CP tiende a ponerse en relación con el tipo penal de abandono de destino del art. 407 CP, pues en el fondo, constituye, en cierto modo, una forma

³⁰⁴ ESQUINAS VALVERDE, P., “Lección 29. Delitos contra la Administración Pública (I)”, en *Lecciones de Derecho Penal Parte Especial*, con MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, pág. 613: “se trata, en todo caso, de un tipo atenuado respecto al del art. 407 CP, puesto que no implica el abandono del destino, sino únicamente una omisión del deber de perseguir delitos por parte de aquella persona a quien le atañe dicha función”. También MORILLAS CUEVA, L., “Lección 38. Delitos contra la Administración...”, *cit.*, pág. 872, reconoce que existe una relación de gradualidad entre el art. 407 y 408, siendo este último el menos grave de los dos: “el art 408 CP presenta un nivel menor de gravedad de la conducta tipificada, aunque en línea parecida con los tipos anteriores del art 407 CP”. Por último, POLAINO NAVARRETE, M., “Lección 17. Introducción a los delitos contra la administración...”, *cit.*, pág. 291, dice que “la presente figura tipifica comportamientos que no han sido objeto de específica incriminación. Integra un tipo de recogida, en la medida en que los supuestos omisivos de la persecución de la criminalidad que no son subsumibles en los tipos de abandono de destino ... (407) vienen a encontrar tratamiento penal en el art. 408 CP”.

³⁰⁵ POLAINO NAVARRETE, M., “Lección 17. Introducción a los delitos contra la Administración...”, *cit.*, pág. 292.

³⁰⁶ QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho Penal...cit.*, pág. 1237, por ejemplo, señala que: “dos son los grupos de delitos aquí en juego, que, en esencia, se diferencian por su objeto y modo de ejecutarlo, siendo más específico el previsto en el art. 407. En todo caso, su ubicación es incorrecta, puesto que están entre los delitos genéricos contra la Administración Pública y no contra la de Justicia, de la que son idóneos tributarios”.

colectiva de llevarse a cabo el mismo (aunque más amplia, al ser relativa a la dejación de servicios públicos en general y no solo de las funciones públicas de prevención y persecución delictiva). Por consiguiente, los arts. 408 y 409 CP no presentan entre sí más afinidad que la de componer formas de dejación de funciones públicas.

Por todo lo recién explicado, para parte de la doctrina, la decisión de ubicar al delito de omisión del deber de perseguir delitos dentro del Capítulo II del Título XIX del Código penal fue difícilmente comprensible. En algunos casos, se protestaba por el hecho de haberse distanciado a este delito de la prevaricación administrativa³⁰⁷. En otros, sin embargo, se alegaba la mayor semejanza con el tipo de omisión del deber de impedir la comisión de delitos (arts. 450 CP) o incluso con el delito de denegación de auxilio cometido por funcionario público (art. 412.3 CP), ubicados en distintos puntos del Código

³⁰⁷ RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., MORALES PRATS, F., “Título XIX. Delitos contra la Administración...”, *cit.*, pág. 1295: “este cambio sistemático resulta, *«prima facie»*, de difícil justificación, pues es palmaria la afinidad del precepto comentado con el delito de prevaricación. No obstante, la nueva ubicación sistemática puede encontrar fundamento en el parentesco que la presente figura delictiva guarda con el resto de infracciones contempladas en el Capítulo II del Título XIX. (...) El elemento común a los delitos incluidos en este Capítulo es la dejación de funciones públicas, cuanto este abandono genera graves perjuicios a la Administración y, por ende, a la sociedad (STS 6 abril 1998)”. Por su parte, REBOLLO VARGAS, R., “La omisión...”, *cit.*, pág. 19, expresa que: “la primera nota a destacar en la omisión de promover la persecución de delitos es su cambio de ubicación sistemática con respecto al Código Penal precedente (...). Una modificación de esta entidad no es sencilla de comprender ni, quizás, de justificar. Entre otras razones, porque es evidente la relación o proximidad que puede llegar a existir entre un delito de prevaricación de funcionario público y una omisión del deber de perseguir delitos. Por el contrario, la afinidad con el delito de abandono de destino es menos patente de inicio. Sin embargo, se debe de tener en cuenta que los comportamientos junto a los que se agrupaba el abandono de destino (anticipación y prolongación de funciones públicas) han sido despenalizados, restando únicamente punible una parte de los descritos en el artículo 376 del Código Penal anterior”.

penal³⁰⁸. Por último, SÁNCHEZ-OSTIZ³⁰⁹ y TOMÁS VALIENTE³¹⁰ han sido los únicos penalistas en resaltar la estrecha similitud entre el delito de encubrimiento (art. 451 CP) y el que aquí nos ocupa, aludiendo al parecido del art. 408 CP con el ilícito penal de favorecimiento personal.

La naturaleza desligada de la prevaricación del art. 408 CP no solo ha causado perplejidad a la doctrina, sino que se ha hecho más evidente entre la jurisprudencia. En particular, en la del Tribunal Supremo puede observarse todavía una tendencia a seguir concibiendo al delito del art. 408 CP como una modalidad específica de la prevaricación administrativa genérica del art. 404 CP, trasladándole incluso algunas de las exigencias propias de esta última y que guardan relación, principalmente, con los elementos típicos subjetivos del delito. De este modo, en varias resoluciones judiciales³¹¹ se llega incluso

³⁰⁸ Algunos de los autores que ponen de manifiesto dicha vinculación son: REBOLLO VARGAS, R., “La omisión...”, *cit.*, pág. 19, quien advierte de la relación que el art. 408 CP presenta con el art. 407 CP, pero también con el art. 450 CP: “mientras que el tipo previsto en el artículo 409 está referido al abandono colectivo e ilegal de un servicio público, con lo que el perjudicado sería directamente el ciudadano que no puede recibir los servicios que la Administración Pública debe prestar, en cambio, el abandono de destino para no perseguir delitos o para no ejecutar penas (art. 407), y la omisión del deber de perseguir delitos (art. 408) tienen como característica común un perjuicio indudable para la Administración de Justicia. Por ello entiendo que, quizás, sistemáticamente hubiera sido más acertada su inclusión entre los delitos contra la Administración de Justicia, teniendo en cuenta que entre ellos se encuentra tipificada la omisión del deber de impedir delitos (art. 450)”;

RUBIO LARA, P.A., “Delito de ausencia...”, *cit.*, pág. 2, quien se refiere a la prevención delictiva y la persecución delictiva como fases sucesivas de un mismo *iter*, relacionado con el fenómeno delictivo y la posición que la función pública debe asumir frente al mismo; RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., MORALES PRATS, F., “Título XIX. Delitos contra la Administración...”, *cit.*, pág. 1295: “debe señalarse además la estrecha relación que guarda esta modalidad delictiva con el delito de omisión del deber de impedir delitos o de promover su persecución, artículo 450 CP. Aunque existen sustanciales diferencias entre ellos, por ejemplo, en cuanto a los sujetos activos —en uno es el funcionario y en el otro el particular—, las similitudes son también muchas, pues ambos sancionan conductas de obstrucción a la Administración de Justicia.”;

TORRES FERNÁNDEZ, M.E., “La omisión de perseguir delitos...”, *cit.*, pág. 1171, es tal vez la autora que más contundentemente asevera la existencia de un vínculo entre tales preceptos, tras considerar que: “la persecución de delitos, considerada en un sentido laxo, abarca la actividad no sólo de proceder judicialmente contra alguien -persecución en sentido estricto-, sino también la policial de prevención de la delincuencia (...) La interpretación del término “persecución” en su sentido amplio, en la que se comprenden tanto la prevención como el castigo de delitos, parece la más coherente con los fines de protección del Capítulo II, que alberga el precepto estudiado, y que alcanzan a toda la actividad estatal sobre el fenómeno criminal (...) No se olvide que el sentido amplio otorgado al vocablo “persecución” es el mismo con el que se emplea en la rúbrica del Capítulo II de los delitos contra la Administración de Justicia, que a juzgar por el contenido del art. 450.2 se refiere a la evitación de delitos”.

³⁰⁹ SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P., “Funcionario que no promueve la persecución de delitos: un caso entre el encubrimiento y la omisión del deber de perseguir delitos”, en *ADCP*, Vol. 49, Fasc. 3, 1996, págs. 1047-1082.

³¹⁰ TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., “La responsabilidad omisiva de los funcionarios públicos por la no evitación de delitos: un (no) sistema insostenible”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 22, 2019, pág. 210.

³¹¹ En las SSTs 773/2013, de 22 de octubre; 342/2015 de 2 de junio; 148/2016 de 25 de febrero; y en los ATS de 24 de marzo de 2021, ATS de 2 de julio de 2021 y ATS de 21 de julio de 2021, se califica expresamente como “prevaricación administrativa” la conducta del art. 408 CP. Las restantes resoluciones

al extremo de calificar expresamente a la omisión del deber de perseguir delitos como una “modalidad omisiva de prevaricación”³¹² y a expresarse que el tipo penal no se rellena “con la mera pasividad de un funcionario o de una autoridad en el ejercicio de sus funciones frente a un comportamiento tenido por una parte como antijurídica o contraria a la legalidad, sino que se requiere, además de la omisión del cumplimiento de una exigencia legal, que concurran los demás requisitos, objetivos y subjetivos, contemplados por el tipo penal del artículo 404 del Código penal”.

Paralelamente a la calificación recién señalada e incluso en alguna sentencia en que no se reconoce la misma³¹³, el Tribunal Supremo ha interpretado el tipo penal del art. 408 CP con base en criterios que constituyen auténticas reminiscencias de su pasado como prevaricación administrativa, ya que los atributos empleados por el Tribunal son los tradicionalmente vinculados a la injusticia de la resolución prevaricadora³¹⁴. Así ocurre cuando se hace referencia a que en el caso concreto debe producirse un especial “torcer el derecho” para que haya delito, o a que no basta con la mera dejación de funciones, sino que la omisión producida debe ser “patente, manifiesta y total”³¹⁵.

Así, aunque el actual art. 408 CP contiene, como se ha dicho, un delito eminentemente distinto del de prevaricación genérica del art. 404 CP, en la práctica jurisprudencial sigue apreciándose una estrecha dependencia del primero hacia este último, lo que tiene consecuencias importantes en cuanto al reforzamiento del dolo

judiciales consultadas exigen, como se ha señalado, la presencia de elementos típicos propios de la prevaricación al tipo del art. 408 CP, aunque sin calificar explícitamente como “prevaricación” este delito.

³¹² E incluso se obvia la “nueva” cláusula típica subjetiva “intencionadamente” señalándose todavía en su lugar que la tipicidad subjetiva del delito consiste en “dejar maliciosamente de promover la persecución y castigo de los delincuentes”.

³¹³ Así ocurre en la STS 502/1998, de 6 abril, en la cual se afirma tajantemente que el art. 408 CP no es una modalidad específica del delito de prevaricación del art. 404 CP como sí lo era su antecesor —art. 359 CP 1973— aunque sí se entiende exigible que la omisión sea “patente, total y manifiesta”.

³¹⁴ PORTILLA CONTRERAS G., POMARES CINTAS E., “Lección 6º Delitos de abandono...”, *cit.*, pág. 162.

³¹⁵ Para GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “Los delitos de los funcionarios públicos: Cuestiones generales. La prevaricación como figura residual”, en *Delitos de los Funcionarios Públicos*, con ORTOS BERENGUER, E. (Dir.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, pág. 68, todos los delitos relativos al ejercicio de la función pública encuentran su esencia en la idea de la “arbitrariedad”, que constituye el eje para el entendimiento del término “injusticia” que se contiene en el delito de prevaricación. Ello se debe a que, para la intervención del Derecho Penal no basta con dictar una resolución contraria a derecho, pues ello toparía con la misma concepción del sistema de recursos. Por tanto, se requiere algo más para que exista la “injusticia” requerida por el tipo, y ese algo más lo aporta la idea de arbitrariedad como equivalente a “torcer el derecho”, a “forzarlo”, en el sentido de tomar una decisión que se sitúa completamente fuera del Ordenamiento Jurídico y que jamás podría tener cabida en el mismo; que nunca podría convalidarse. Se trata de un parámetro interpretativo puramente objetivo y muy cercano a la noción de abuso del poder”.

exigible en el delito que nos ocupa, tal y como se analizará detalladamente en el Capítulo Quinto, relativo a la tipicidad subjetiva del delito que nos ocupa. Por el momento, baste con señalar que el escenario descrito pone de manifiesto que la ubicación actual del art. 408 CP no resulta pacífica ni entre la doctrina ni tampoco en sede jurisprudencial.

Además, la relación del art. 408 CP con los restantes tipos penales que se recogen en el Capítulo II del Título XIX no es lo suficientemente intensa *per se* como para sostener la mejor localización de este delito en dicho Título. Al fin y al cabo, ya ha tenido oportunidad de comprobarse que la conexión entre la omisión del deber de perseguir delitos y el tipo penal de abandono colectivo de servicios del art. 409 CP es prácticamente inexistente. Sin embargo, ciertamente no puede ignorarse sin más la vinculación con el delito de abandono de destino previsto en el art. 407 CP, pues ambos ilícitos penales tienen en común el hecho de que basan su esencia en la dejación de funciones públicas relacionadas con el fenómeno criminal.

No obstante, con respecto a este extremo debe tenerse en consideración que dicho nexo entre ambos delitos no se predica exclusivamente de estos, sino que también se halla presente en otros distintos, dispersos a lo largo de nuestro Código penal. Así, por ejemplo, el art. 412.3 CP castiga con penas de inhabilitación especial y multa al 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, la integridad, libertad sexual, salud o libertad de las personas, se abstuviera de prestarlo, y con penas de suspensión de empleo y multa a aquel funcionario cuya abstención se produjera en relación con cualquier otro delito o mal. Sin duda, resulta incuestionable la concurrencia en este precepto también del elemento de dejación de funciones públicas, relacionado específicamente, asimismo, con el fenómeno de la criminalidad.

El fenómeno recién descrito, en virtud del cual proliferan desorganizadamente a lo largo de nuestro Código penal distintos tipos penales que se refieren a dejaciones de funciones públicas alusivas al fenómeno criminal, nos sirve para introducir el caótico panorama legislativo del texto punitivo español en relación con aquellos casos en los que, habiéndose cometido un delito por un sujeto, no se realiza por la autoridad o funcionario público la actividad indicada en cada caso para neutralizarlo o para, cuanto menos, poner en marcha el procedimiento dirigido a ello³¹⁶. Dicho panorama es expuesto y criticado de

³¹⁶ TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., “La responsabilidad omisiva...”, *cit.*, pág. 183.

forma sobresaliente por la penalista TOMÁS VALIENTE, quien pone de manifiesto la existencia de “una serie de disfunciones sistemáticas e incoherencias punitivas” en la forma que tiene nuestro Código de regular este tipo de delitos. Disfunciones e incoherencias que, además, resultan agravadas por la interpretación jurisprudencial que de estos ilícitos se ha llevado a cabo³¹⁷.

Tal y como apunta esta autora, existen, en realidad, numerosos tipos penales que, en ámbitos muy diversos, se ocupan expresamente de sancionar penalmente conductas de funcionarios públicos consistentes en la no actuación de estos conforme a la legalidad ante ilícitos cometidos por terceras personas. Algunos de ellos se refieren a la función de prevención o evitación de los delitos (así, los arts. 176, 407, 412.3 y 450 CP), mientras que otros afectan a la de persecución de los mismos (arts. 407 y 408 CP)³¹⁸.

Por ende, aunque el art. 407 CP no constituye, en principio, un delito omisivo (pues la conducta en él tipificada consiste en abandonar el destino con el propósito descrito en dicho precepto y, por tanto, posee carácter activo), sí que comparte con los recién enumerados una misma funcionalidad: la de castigar la falta de reacción debida del funcionario público ante los delitos cometidos por terceras personas, tanto si dicha inacción supone la no evitación de los mismos como su falta de persecución procesal.

Todo lo explicado evidencia que basar la necesidad de continuar manteniendo la actual ubicación del art. 408 CP en la conexión que el mismo guarda con los arts. 407 y 409 CP no constituye un argumento de peso suficiente, por cuanto, habida cuenta de la dispersa y caótica existencia de tipos penales como los anteriormente explicados a lo largo de todo el Código, tal motivo podría conducir a afirmar la necesidad de crear un Título aparte que aglutinase todos estos comportamientos de dejación o pasividad funcional ante la prestación y el desarrollo de servicios públicos³¹⁹.

3. Algunas precisiones acerca del Título XX

³¹⁷ *Ídem*. El mismo fenómeno es puesto de manifiesto por RUBIO LARA, P.A., “Delito de ausencia...”, *cit.*, pág. 2, quien asegura que: “se hace necesario advertir que, dentro de nuestro Código Penal, se ha tipificado una secuencia de tipos delictivos que hacen referencia a la evitación y persecución de delitos, encontrándose dispersos dentro del mismo y sin que exista una estructura y sistemática adecuada que los agrupe”.

³¹⁸ *Ibidem*, pág. 184.

³¹⁹ Esta realidad es, precisamente, la que lleva a RUBIO LARA, P.A., “Delito de ausencia...”, *cit.*, pág. 2, a proponer la unificación de la mayoría de los delitos enumerados (a excepción del art. 176 CP, sobre el cual no se pronuncia, y con expresa inclusión del delito de omisión del deber de socorro *ex art.* 195 CP), en un nuevo título destinado a recoger los “delitos contra la seguridad ciudadana”.

Como se ha visto, la doctrina mayoritaria pone de manifiesto la estrecha conexión existente entre la omisión del deber de perseguir delitos y el Título XX de nuestro Código penal, relativo a los “Delitos contra la Administración de Justicia”. Para analizar la conveniencia, de *lege ferenda*, del cambio de ubicación sistemática que aquella propone resulta necesario, empero, realizar ciertas precisiones acerca del contenido y la esencia de dicho título. Precisiones que a menudo se obvian, pese a ser imprescindibles para comprender por qué existe dicha supuesta vinculación entre el art. 408 CP y los delitos que atentan contra la Administración de Justicia.

Y, en este punto, cabe destacar que tradicionalmente se ha reprochado a dicho título su defectuosa sistematización, así como su tortuosa evolución histórica, caracterizada por una desconcertante movilidad de los tipos penales incluidos en él, lo que ha permitido calificarlo, en ocasiones, como título “permanentemente abierto”³²⁰. Así como, además, doctrinalmente se ha subrayado que el mismo adolece de una cierta vaguedad e imprecisión respecto al bien jurídico en él protegido³²¹.

Verbigracia, MUÑOZ CONDE critica que algunos de los delitos que se contienen en el Título XX afectan más a otros bienes jurídicos (por ejemplo, personales) que a la Administración de Justicia misma³²². También ORTS BERENGUER concluye que “las figuras integradas en el Título XX no son propiamente, al menos no lo son todas, delitos contra la Administración de Justicia, pues desde luego no es este el bien jurídico tutelado en todas ellas”³²³, así como MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS sostiene que “evidentemente, la disparidad de conductas que integran el Título XX impide que todas ellas puedan reconducirse a un único bien jurídico”³²⁴. Es común entre la doctrina española, por consiguiente, señalar que no existe un único bien jurídico común a todas las figuras delictivas tipificadas en el Título XX. No obstante, todos los autores terminan

³²⁰ GARCÍA ARÁN, M., “Consideraciones sobre los delitos contra la Administración de Justicia en el Proyecto de Código penal de 1992”, en *Política Criminal y reforma penal: homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, con V.V.A.A., EDESA, Madrid, 1993, pág. 519.

³²¹ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal Parte Especial...cit.*, pág. 927.

³²² *Ídem*.

³²³ ORTS BERENGUER, E., “Lección XXXIX. Delitos contra la Administración de Justicia”, en *Derecho Penal Parte Especial*, con GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Coord.), Tirant Lo Blanch, Valencia 2022, pág. 741.

³²⁴ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., “Lección 31. Delitos contra la Administración de Justicia (I)”, en *Lecciones de Derecho Penal Parte Especial*, con MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, pág. 660.

concluyendo que sí existe una conexión, directa o indirecta, de dichos ilícitos penales con el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia³²⁵.

Ello nos lleva a la siguiente cuestión que deseamos precisar, la relativa al bien jurídico categorial salvaguardado, de acuerdo con la doctrina dominante, en el Título XX. En efecto, como sucede con el Título XIX, la cuestión, una vez más, ha de partir de determinar si la “Administración de Justicia” (o el “correcto funcionamiento” de la misma) puede o debe ser entendida en términos de bien jurídico categorial o común a todos los tipos penales recogidos en el Título XX o si, por el contrario, debe reconocérsele un mero valor de *ratio legis*, marco protector o criterio de agrupación de los mismos. Dicho de otro modo, ¿puede afirmarse que la rúbrica del Título XX constituye el bien jurídico común a todos los delitos contenidos en el mismo?

Pues bien, siguiendo un razonamiento idéntico al que hemos realizado sobre el Título XIX previamente en este mismo Capítulo, no consideramos que resulte adecuado erigir “el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia” en calidad de auténtico bien jurídico categorial del Título XX y ello, porque, como pone de manifiesto ÁLVAREZ GARCÍA, no serviría de nada “pues o sería demasiado genérico (y en ese caso no estaría en condiciones de cumplir función dogmática alguna) o excesivamente concreto (y en ese supuesto resultaría incapaz de abarcar todos los injustos reunidos en el correspondiente Título)”³²⁶. Tal y como hemos razonado con respecto al Título XIX, ello no implica privar de sus importantes funciones sistemáticas o clasificatorias a la rúbrica dada por el legislador al Título XX, sino sencillamente afirmar que los verdaderos bienes jurídicos han de buscarse en cada uno de los concretos tipos penales. La conclusión es, consiguientemente, la apuntada, de nuevo, por ÁLVAREZ GARCÍA:

³²⁵ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal Parte Especial...cit.*, pág. 927: “lo que les da sentido y autonomía es su relación con la Administración de Justicia y, al mismo tiempo, con el Poder Judicial, que es el encargado dentro del esquema de la división de poderes de esta importante función del Estado de Derecho”. Asimismo, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., “Lección 31...”, *cit.*, pág. 659, apunta que: “el Estado encomienda al Poder Judicial la función de administrar justicia a través de los órganos judiciales (juzgados y Tribunales), que deben resolver los conflictos de manera imparcial y sujetos exclusivamente al imperio de la ley (art. 117 CE). Estos órganos judiciales otorgan a todas las personas “tutela efectiva... en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión” (art. 24. 1 CE) y, además, “controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa” (art. 106.1 CE). Esta importante función constitucional es garantizada por el Derecho Penal a través de numerosas figuras delictivas que, de una manera directa o indirecta, perturban el ejercicio de esta institución del Estado, la administración de justicia, aunque desde una perspectiva muy amplia”.

³²⁶ ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., “Lección 21. Introducción a los delitos contra la Administración de Justicia”, en *Tratado de Derecho Penal Español. Parte Especial. III Delitos contra las Administraciones Públicas y de Justicia*, con ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 790.

“Es inútil tratar de encontrar un bien jurídico común a todos los delitos que están acogidos en el Título XX del CP, y cuando se intenta se incurre en alguno de los siguientes defectos: a) o, como indicábamos más arriba, se identifica como tal una referencia que por su evanescencia, indeterminación o generalidad es incapaz de cumplir las múltiples funciones dogmáticas que le están asignadas al concepto de bien jurídico, o b) se construye como bien jurídico uno tan concreto que es capaz, únicamente, de abarcar algunas de las tipologías presentes en el Título, lo que fuerza a sus patrocinadores a proponer la expulsión del Título de las figuras que no encajan en su propuesta: es decir, “si no estás de acuerdo te vas”, lo que es expresión de fracaso sistemático. Por todo esto, insistimos, la única alternativa es prescindir de esfuerzos baldíos y asumir que sólo es posible identificar, en este caso, criterios clasificatorios y no bienes jurídicos globales”³²⁷.

Nos encontramos, por tanto, ante una mera *ratio legis*, marco protector o criterio aglutinante dotado de una importante función sistemática, pero no de la consideración de verdadero “bien jurídico-penal”. Dicha *ratio legis* ha sido brillantemente definida por BORJA JIMÉNEZ (pese a distanciarnos de este autor en el hecho de que él sí la eleva al rango de bien jurídico genérico u objeto de tutela global del Título XX). El presente autor opina que la “Administración de Justicia” queda delimitada en dos sentidos distintos: el funcional (en tanto normal funcionamiento del engranaje del sistema jurisdiccional), y el valorativo (en tanto valor justicia). Siendo estos, dos aspectos de la definición que se complementan y afirman mutuamente: “pues si el respeto por la administración de justicia decae hasta mínimos insoportables, acaecen conductas degenerativas que hacen imposible su normal funcionamiento. Y, viceversa, el menoscabo injustificado de los

³²⁷ *Ibidem*, pág. 792. Coincidimos con el presente penalista en que solo una tesis como la expuesta logra impedir la banalización del concepto de bien jurídico-penal. Además, con una propuesta como la elaborada por ÁLVAREZ GARCÍA se consigue explicar la ubicación del delito de omisión del deber de impedir delitos (art. 450 CP) en el Título de los “Delitos contra la Administración de Justicia”, cuestión que ha sido tradicionalmente polémica y a la que el presente penalista se aproxima del siguiente modo (*ibidem*, págs. 793-794): “sin embargo, como mero criterio clasificador sí puede admitirse la referencia a la Administración de Justicia, en tanto que la omisión de las acciones ordenadas supone no tanto un menosprecio a la Justicia —como por el contrario afirman MAGALDI y GARCÍA ARÁN—, dado que el ataque no evitado no tiene por qué suponer forma privada de resolución de conflictos, sino sencillamente falta de realización del ideal de Justicia entendido como ausencia de contribución a la preservación del Derecho (además ¿por qué no se va a considerar que una de las funciones de la Administración de Justicia sea la de evitar la comisión de delitos? ¿es que acaso la Administración de Justicia no realiza funciones preventivas?)”. No obstante, el propio autor termina reconociendo que “en todo caso pareciera que estos tipos poseen una vinculación más fuerte con el delito de omisión del deber de socorro, y en ese sentido no sería inconveniente que migraran al Título IX del Libro II del CP”.

legítimos intereses de quienes recurren al sistema judicial provoca en última instancia una devaluación de la dignidad de su función”³²⁸.

Si el sentido funcional que debe otorgarse a la “Administración de Justicia” es hoy prácticamente pacífico entre la doctrina, no lo es tanto el relativo al reconocimiento de una dimensión axiológica (referencia al valor justicia) perteneciente, igualmente, a dicha institución. Efectivamente, la doctrina parte de que la Administración de Justicia puede entenderse, esencialmente, en cuatro sentidos, según destaca QUINTERO OLIVARES: como parte de la Administración Pública (noción que venimos rechazando); como actividad propia del Poder Judicial; como ideal de justicia que debe ser realizado; y, finalmente, como acatamiento y respeto al Poder Judicial y a sus decisiones³²⁹.

De entre todas estas acepciones enumeradas, la suscrita por una abundante mayoría doctrinal es la referente a la Administración de Justicia como actividad o función jurisdiccional con referencia objetiva en el texto constitucional (art. 117.2 CE), promovida especialmente por MAGALDI PATERNOSTRO y GARCÍA ARÁN, y a la que después se han añadido más o menos matices por otros autores³³⁰. En particular, nos interesa especialmente destacar la delimitación funcional del concepto examinado que esboza GARCÍA PÉREZ y que lo sintetiza en los siguientes términos: “la función jurisdiccional que consiste en la solución irrevocable y en un tiempo razonable de un conflicto social mediante la aplicación del Derecho a través del cauce del proceso”.

No obstante, el incuestionable avance que supone, a nivel democrático, definir la Administración de Justicia como función jurisdiccional, no obsta, desde nuestro punto de vista, a reconocerle a la misma cierta dimensión valorativa. El propio QUINTERO OLIVARES observa que, en todos los tipos penales contra la Administración de Justicia está tan

³²⁸ BORJA JIMÉNEZ, E., “Lección XXXIX. Delitos contra la Administración...”, *cit.*, págs. 789-790. De manera similar, QUINTERO OLIVARES, G., “Los delitos contra la Administración de Justicia”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 79, 1980, pág. 194, considera que: “lo único que estos tipos encuentran en común es una vaga relación con el fin último de justicia, entendida a veces como función, a veces como realización de un ideal —que se alcance o no es otra cosa—, y a veces como deber de sumisión o de colaboración con ella”.

³²⁹ QUINTERO OLIVARES, G., “Los delitos contra la administración...”, *cit.*, págs. 192-194

³³⁰ GARCÍA ARÁN, M., MAGALDI PATERNOSTRO, M.J., “Los delitos contra la Administración de Justicia ante la reforma penal”, en *Documentación Jurídica*, núm. 37 a 40, 1983, pág. 1119-1194. Sin ánimo de ser exhaustivos, se suscribe esta concepción de la “Administración de Justicia” en: CANTARERO BANDRÉS, R., *Administración de Justicia y obstruccionismo judicial*, Trotta, Madrid, 1995, págs. 25 y ss.; DÍAZ PITA, M.M., *El delito de acusación y denuncia falsas: problemas fundamentales*, PPU, Barcelona, 1996; GILI PASCUAL, A., *El encubrimiento...cit.*, págs. 168 y ss.; ROVIRA TORRES, O., *El encubrimiento*, Bosch, Barcelona, 2006, pág. 8; PÉREZ GARCÍA, O., *El encubrimiento...cit.*, pág. 41.

presente la idea de actividad, como late la de “realización de un ideal”³³¹. Y, en efecto, desde nuestra concepción personal tiene razón BORJA JIMÉNEZ cuando pone de relieve el destacado carácter que el valor justicia juega en el Título XX³³². Si bien, creemos que aún debe ser matizada su aseveración, ya que, como bien indica ÁLVAREZ GARCÍA, la referencia es adecuada únicamente cuando la alusión a la “Justicia” es entendida en el sentido de realización del Derecho positivo, “y no como un “ideal de Justicia” fácilmente manipulable moral o ideológicamente (cuando no abiertamente antidemocrático), y difícilmente abarcable”³³³.

4. Propuesta de *lege ferenda*: sobre el necesario traslado del art. 408 CP al Título XX

El objetivo del presente apartado es explicar por qué, en nuestra opinión, lleva razón la doctrina mayoritaria en su afirmación de que el tipo penal del art. 408 CP debería situarse entre los “Delitos contra la Administración de Justicia”, esto es, en el Título XX del texto punitivo español. Y, en este sentido, para empezar, es preciso atender al fin que cumple la salvaguarda penal del principio de legalidad procesal y que consiste en asegurar que, cometido un delito, el proceso de investigación y, en su caso, enjuiciamiento del mismo sea debida y regularmente iniciado, sin que tal curso dependa de nada más que de la más estricta legalidad y sin que, por consiguiente, la decisión de comenzar el proceso pueda recaer en ningún individuo. Dicha vulneración de la legalidad afecta de forma directa únicamente a la Administración de Justicia (y no, por las razones que seguidamente se explicarán, a la Pública), pues compromete su pilar fundamental de funcionamiento y auténtica *ratio essendi* de la misma.

A este respecto, recuérdese que los distintos autores que proponen, de *lege ferenda*, tal cambio de ubicación sistemática no lo hacen por negar tajantemente la vinculación del art. 408 CP con la esencia del Título XIX, sino más bien porque consideran que dicha conexión es mucho más intensa con la del Título XX³³⁴. Semejante

³³¹ QUINTERO OLIVARES, G., “Los delitos contra la administración...”, *cit.*, pág. 194.

³³² GILI PASCUAL, A., *El encubrimiento...cit.*, pág. 168, rechaza la referencia al valor justicia por su inadecuación para servir a los fines limitadores del *ius puniendi* propios del bien jurídico. No obstante, hemos de aclarar que el hecho de que el ideal de justicia sea demasiado amplio y vago para ser el objeto de la tutela penal, cosa que no discutimos, no afecta a nuestra propuesta de delimitación de la “Administración de Justicia”, puesto que solo reconocemos a la rúbrica del Título XX carácter de *ratio legis*.

³³³ ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., “Lección 21. Introducción...”, *cit.*, pág. 791.

³³⁴ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “Lección XXXVII. Delitos contra la Administración...”, *cit.*, pág. 743; ORTS BERENGUER, E., “Consideraciones sobre los delitos...”, *cit.*, pág. 345. Del mismo modo se pronuncia el citado autor en ORTS BERENGUER, E., “Lección XXXVII. Delitos contra la Administración Pública...”, *cit.*, pág. 679; QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho Penal...cit.*, pág. 1237; SERRANO BUTRAGUEÑO, I., “Capítulo I.

propuesta, que sostiene que es apropiada la ubicación del art. 408 CP en el Título XIX, pero más en el XX, parte de una concepción particular de la relación que une a ambos títulos. De acuerdo con esta concepción, dicha relación es de género y especie respectivamente e implica entender que, mientras que el primero se corresponde con la protección de la función pública como actividad de prestación a los administrados, el segundo se destina a la protección de una parte especialmente relevante del ejercicio de funciones públicas (la función jurisdiccional)³³⁵.

Sin embargo, esta forma de ligar los títulos mencionados ha sido cuestionada por RAMOS TAPIA, quien, a nuestro parecer acertadamente, sostiene que, en realidad, en varios de los delitos ubicados en aquel (de entre los cuales la citada autora se centra, particularmente, en el de prevaricación judicial), el término “Administración de Justicia” empleado no debe entenderse ni como una parte de la Administración Pública, ni como una administración distinta, pero sometida a los mismos principios que rigen aquella. Por el contrario, la acepción de Administración de Justicia a la que se refiere aquí el Código penal es la de “institución cuya finalidad es la realización del Derecho, el *ius dicere*, en la que el juez actúa no como un órgano del Estado sino del Derecho”³³⁶.

Todo lo cual, le lleva a concluir que la figura de la prevaricación judicial es esencialmente distinta a la de la prevaricación administrativa genérica, por cuanto, aunque en ambas se proteja la “legalidad”, esta no posee el mismo significado en una y otra institución. Para la Administración Pública, el respeto a la legalidad es un límite en su actividad administrativa, cuyo objetivo es servir a los intereses generales; mientras

Introducción a los delitos...”, *cit.*, pág. 56; LUZÓN PEÑA, D.M., “Consideraciones sobre la sistemática...”, *cit.*, pág. 781. Por su parte, de hecho, aunque no se pronuncien expresamente sobre su postura en torno a la ubicación sistemática del presente tipo penal, otros autores vinculan tan estrechamente el bien jurídico protegido en el art. 408 CP con la Administración de Justicia y de Policía que parecen, tácitamente, hallarse en la misma línea que los anteriormente señalados. Así ocurre con CORCOY BIDASOLO, M., MIR PUIG, S. (Dir.), *Comentarios...* *cit.*, pág. 893, pues, a pesar de que no entran a criticar directamente la ubicación del tipo legal, consideran que el correcto desempeño de la función pública se protege tutelando el interés común relativo al servicio de la Administración de Justicia y de Policía. Lo mismo sucede con RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., MORALES PRATS, F., “Título XIX. Delitos contra la Administración...”, *cit.*, pág. 1295, quienes, aunque se manifiestan a favor de la ubicación del delito en el Título XIX, admiten que debería llevarse a cabo una reflexión más en profundidad sobre la conveniencia de incluir ambas modalidades entre los delitos contra la Administración de Justicia.

³³⁵ GARCÍA ARÁN, M., *La prevaricación...* *cit.*, pág. 54; GARCÍA ARÁN, M., “Consideraciones sobre los delitos...”, *cit.*, pág. 521.

³³⁶ RAMOS TAPIA, I.M., *El delito de prevaricación judicial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 122-123. También GILI PASCUAL, A., *El encubrimiento...* *cit.*, pág. 166, coincide con la citada autora y resalta que “la explicación de la protección de la Administración de Justicia como parte de la Administración Pública es una solución inapropiada”.

que, para los jueces (y, añadiríamos: por extensión, también para todos los órganos colaboradores con los mismos que hacen posible la realización del Derecho en el sentido apuntado por la autora): “el sometimiento al Derecho es la esencia de su actividad, el núcleo de su posición constitucional, pues la potestad jurisdiccional tiene como objetivo único la aplicación del Derecho”³³⁷.

Ciertamente, estamos de acuerdo con RAMOS TAPIA en que los Títulos XIX y XIX no son meramente caras distintas de una misma moneda. Por el contrario, las diferencias existentes entre los conceptos de “Administración Pública” y “Administración de Justicia” hacen que debamos ser más contundentes en nuestro juicio que la doctrina mayoritaria: no es que el art. 408 CP haría mejor en ubicarse en el Título XX, sino que, a nuestro juicio, debe trasladarse innegablemente al mismo.

La razón que nos lleva a tan tajante conclusión es similar a la apuntada por la citada autora, y nos sirve, asimismo, para exponer por qué fue acertada la decisión legislativa de separar al art. 408 CP del delito de prevaricación administrativa: el sentido que opera el principio de legalidad procesal en el proceder de los sujetos activos del art. 408 CP (a cuya concreción nos dedicaremos en el Capítulo Cuarto de la presente tesis doctrinal) no es el mismo que el cumplido en la figura delictiva prevaricadora. En efecto, como bien apunta asimismo CANTARERO BANDRÉS:

“La actividad jurisdiccional, y, en este sentido, el Poder Judicial, en razón de las garantías y derechos constitucionales y procesales, se desarrolla en el ejercicio de un fin autónomo frente a las de la Administración como conjunto de tareas del Estado; aún más, la propia Administración puede verse sujeta a la Administración de Justicia tanto como el sujeto individual. La actividad jurisdiccional está, pues, entonces, informada por principios para cuya actuación y garantía necesita de una tutela rigurosa y de naturaleza distinta a la de cualquier otra actividad pública en el seno de la Administración del Estado”³³⁸.

Por su parte, afirmada la necesidad de trasladar el delito que nos ocupa al Título XX y con el fin de formular una propuesta de *lege ferenda* dotada de la suficiente concreción, consideramos esencial hacer referencia al encaje que podría darse, en nuestra opinión, al art. 408 CP dentro de la sistemática interna propia de tal título. Para ello, debe tenerse en cuenta que la propuesta más desarrollada y, a nuestro parecer, acertada, de

³³⁷ *Ídem*.

³³⁸ CANTARERO BANDRÉS, R., *Administración de Justicia...cit.*, pág. 25.

sistematización de las figuras delictivas recogidas en el Título XX es la elaborada por QUINTANO RIPOLLÉS, quien atiende a la propia dinámica procesal o fases en las que se divide el proceso o actúa la Administración de Justicia, las cuales se verían afectadas o puestas en peligro por los: delitos que afectan a la fase pre procesal (omisión del deber de impedir delitos y de realización arbitraria), aquellos que provocan el nacimiento indebido del proceso (acusación y denuncia falsas), otros que inciden en la fase probatoria (falso testimonio) y, finalmente, en la fase ejecutiva (quebrantamiento y evasión de presos)³³⁹.

Contra dicha propuesta de sistematización se han invocado varias críticas, las cuales, a pesar de sus diferencias, coinciden en resaltar el carácter excesivamente “formalista” de aquella, especialmente por el hecho de partir de un concepto de proceso estrictamente formal y basado, casi en exclusiva en el proceso civil, sin atender a las características especiales del proceso penal³⁴⁰. Además, se alega que tampoco tiene en cuenta QUINTANO RIPOLLÉS los presupuestos y principios del propio proceso³⁴¹.

No obstante, estos reproches tienen sentido en caso de elevar tal opción clasificatoria al rango de bien jurídico-penal, pero no así cuando se suscribe la misma con fines puramente sistemáticos y entendiendo que solo se muestra útil “para la crítica del título y las propuestas de *lege ferenda* antes que para descartar lo señalado como bien jurídico protegido”³⁴². Aclarada esta limitación de la función que cumple la clasificación mencionada, resulta posible destacar su carácter respetuoso con los diversos momentos de realización de la Justicia y de la dinámica procesal³⁴³. Virtudes que, posiblemente, han llevado a que, aunque formulándole muchos matices o rechazando algunos aspectos de ella, se haya convertido en una propuesta seguida por una abundante mayoría doctrinal³⁴⁴.

³³⁹ QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Curso de Derecho Penal...cit.*, pág. 570 y ss.

³⁴⁰ DÍAZ PITA, M.M., *El delito de acusación y denuncia...cit.*, pág. 27.

³⁴¹ GARCÍA ARÁN, M., MAGALDI PATERNOSTRO, M.J., “Los delitos contra la Administración de Justicia...”, *cit.*, pág. 1126.

³⁴² *Ibidem*, pág. 1121, nota 11. No se nos escapa que, en el texto citado, esta crítica aparece dirigida contra la clasificación —antes señalada— de QUINTERO OLIVARES. Sin embargo, nos parece perfectamente trasladable a la esbozada por QUINTANO RIPOLLÉS, además de servirnos para exponer con claridad la utilidad práctica que le atribuimos a esta.

³⁴³ ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., “Lección 21. Introducción...”, *cit.*, pág. 792.

³⁴⁴ *Ibidem*, pág. 794. Del mismo parecer es BORJA JIMÉNEZ, E., “Lección XXXIX. Delitos contra la Administración...”, *cit.*, pág. 790. Por su parte, GARCÍA ARÁN, M., “Consideraciones sobre los delitos...”, *cit.*, pág. 520, considera que: “sin embargo, en el planteamiento de QUINTANO RIPOLLÉS se aceptan como lesivos de la fase “pre-procesal” los delitos de omisión del deber de impedir delitos y la realización arbitraria del propio derecho, lo que supone un concepto amplísimo de Administración de Justicia que desborda lo que constituye estrictamente el ejercicio de la función. Por ello, entiendo preferible referirse directamente

Por ello, resulta de interés referirse al encaje que el tipo de omisión del deber de perseguir delitos podría encontrar, de *lege ferenda*, dentro de esta propuesta. Si bien en este punto —y al menos en lo relativo al art. 408 CP— nos parecen relevantes los cambios incorporados a esta por BORJA JIMÉNEZ, pues el presente penalista se refiere a la primera fase procesal del esquema sistemático como aquel grupo de “delitos que perturban o impiden el nacimiento de actuaciones procesales debidas”³⁴⁵, incluyendo dentro de esta no solo la omisión del deber de impedir delitos o la realización arbitraria del propio derecho, sino también la omisión del deber de perseguir los ilícitos penales y el encubrimiento³⁴⁶.

En efecto, y aunque excede de nuestro objeto de investigación el pronunciarnos acerca de la conveniencia de ubicar los delitos de omisión del deber de impedir delitos en el Título XX —aspecto este tremendamente discutido en la doctrina—, sí podemos aseverar que nos parece más correcta que la opción actual el situar al tipo del art. 408 CP en el inicio del Título XX, esto es, en un primer capítulo del mismo que lo regule conjuntamente con el ilícito de encubrimiento, habida cuenta de la similitud innegable con este último (y, sobre todo, con su modalidad típica de favorecimiento personal).

V. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL ART. 408 CP

1. Estado de la cuestión en la doctrina y valoración crítica

La mera lectura de los trabajos vertidos acerca del tipo penal del art. 408 CP permite atisbar la falta de interés que ha merecido la cuestión de su naturaleza jurídica. En efecto, pese a que del pensamiento de algunos autores parece inferirse la idea de peligro o la de lesión³⁴⁷, lo cierto es que los únicos penalistas que se han pronunciado

a dicho ejercicio, desempeñado, eso sí, a través del estricto cauce procesal como requisito imprescindible del mismo”.

³⁴⁵ En lugar de mantener una referencia genérica a los delitos que atentan contra la fase pre procesal, según el modelo propuesto por QUINTANO RIPOLLÉS, al que nos acabamos de referir.

³⁴⁶ BORJA JIMÉNEZ, E., “Lección XXXIX. Delitos contra la Administración...”, *cit.*, pág. 790.

³⁴⁷ A modo de ejemplo, en el pensamiento de REBOLLO VARGAS, R., “La omisión...”, *cit.*, antes citado, parece estar presente la idea de lesión. Así, aunque en ningún momento el citado autor lo proclama expresamente, sí parte de que, al protegerse la legalidad en la persecución, lo que se salvaguarda en realidad es el mandato constitucional de actuación con sometimiento pleno a la ley y al derecho. Tal concepción del bien jurídico protegido en el art. 408 CP permite inferir que, siguiendo su razonamiento, cualquier falta de sometimiento a la ley por parte de un funcionario, en lo respectivo a la función de perseguir los delitos, resulta en una lesión de aquel.

expresamente sobre si el delito de omisión del deber de promover la persecución de los delitos es un ilícito de lesión o de peligro son PORTILLA CONTRERAS y POMARES CINTAS.

Pues bien, previamente a referirnos a la tesis esbozada por ambos autores, es necesario recordar que, a lo largo de los anteriores apartados hemos tratado de hacer hincapié en el rol fundamental que cumple la infracción del deber funcional de promover la persecución de los delitos en el art. 408 CP. Hasta tal punto es así, que hemos llegado a concluir, en la presente tesis doctoral, que corresponde atribuir a tal deber la función de medio comisivo del delito, habida cuenta de que la realización de la conducta típica requiere ineludiblemente que se produzca el quebranto de la obligación inherente al cargo público (de ahí que el tipo penal indique expresamente que la omisión debe producirse por el sujeto activo “faltando a la obligación de su cargo”).

A partir de aquí, a la doctrina le ha preocupado enormemente la cuestión de dilucidar si, en aquellos delitos en los que ocupa un papel central la infracción de deberes, hace falta algo más aparte de dicho elemento de quebrantamiento para verificar la tipicidad, o si el mero hecho de que el sujeto activo omita el deber de perseguir un delito es, por sí solo, determinante de la presencia de tales ilícitos, sin que sea necesario exigir nada más. Esta preocupación, evidentemente, ha alcanzado al tipo penal que nos ocupa y, ha sido expresada, principalmente, por OCTAVIO DE TOLEDO, quien, en relación con el antecesor normativo del art. 408 CP (el art. 359 CP 1973), denunciaba ya que no debía ser contemplado como un delito que se verificase con el mero quebrantamiento de un deber, pues su antijuridicidad no podía limitarse exclusivamente a la infracción del deber realizada al faltar el funcionario a la obligación de su cargo, sino que era necesario determinar el bien jurídico atacado por la conducta descrita en el tipo. Caso contrario, podría terminar cayéndose en un automatismo formalista en la determinación de la existencia del delito, sobre la comprobación única de que el deber, habiéndolo, ha sido incumplido³⁴⁸.

En dicho contexto y con el fin de combatir semejante riesgo y dotar de antijuridicidad material al art. 408 CP, PORTILLA CONTRERAS y POMARES CINTA apuntan que la omisión tipificada en tal precepto no se agota con la infracción del deber del cargo. Por el contrario, resulta necesario que la inactividad del sujeto obligado sea idónea para imposibilitar la averiguación, esclarecimiento o investigación del hecho indiciario de

³⁴⁸ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *La prevaricación...cit.*, pág. 583.

delito o de los posibles implicados en el mismo, obstaculizando un hipotético proceso penal, y, por ende, la viabilidad de la tutela judicial efectiva. A tal efecto concluyen que la dejación de funciones públicas relativas a la tarea de persecución de delitos tendrá relevancia penal siempre que el comportamiento omisivo sea, además, idóneo para perjudicar algún interés esencial dentro del conjunto de los intereses generales a los que la Administración Pública debe servir³⁴⁹.

Pues bien, una interpretación como la seguida por estos autores implica configurar al tipo de omisión del deber de perseguir delitos como un delito de peligro hipotético o de aptitud³⁵⁰, y, en consecuencia, de peligro abstracto, según la cual el tipo penal no reclamaría la producción de un peligro efectivo, pero sí una acción apta para producir un peligro del bien jurídico como elemento material integrante del tipo del delito³⁵¹.

Ahora bien, resulta curioso (y relativamente frecuente) que aquellos autores que más expresan su preocupación de evitar configurar como formales a ciertas figuras delictivas terminan recurriendo, para eludir tal riesgo, a estructuras incriminadoras de peligro. No solo a estructuras de peligro sino, en particular, a las denominadas “de peligro hipotético o de aptitud”, las cuales, pese a que su específico carácter, concreto o abstracto, ha sido fuertemente discutido, parecen responder más bien a las características propias de los delitos de peligro abstracto.

En efecto, los delitos de peligro hipotético o de aptitud, promovidos en nuestro país principalmente por TORÍO LÓPEZ son, de acuerdo con este penalista, aquellos “en los que el tipo no reclama tampoco, a diferencia de lo que sucede en los delitos de peligro concreto, la producción de un peligro efectivo, pero sí de una acción apta para producir un peligro del bien jurídico como elemento material integrante del tipo de delito”. O, de

³⁴⁹ PORTILLA CONTRERAS G., POMARES CINTAS E., “Lección 6ª Delitos de abandono...”, *cit.*, pág. 183.

³⁵⁰ De hecho, GÓMEZ TOMILLO M., “Contribución a la teoría de los delitos de peligro hipotético-aptitud abstracta. Los delitos de tenencia como paradigma de peligro abstracto puro”, en *Estudios Penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, con CARBONELL MATEU, J.C., DEL ROSAL BLANCO, B., MORILLAS CUEVA, L., *et al.*, Dykinson, Madrid, 2006, pág. 465, señala que el catálogo de delitos susceptibles de ser calificados como de aptitud abstracta es amplísimo, hasta el punto de que puede afirmarse que constituyen el grupo más importante dentro de los delitos de peligro. A título ejemplificativo dicho autor cita delitos que guardan un fuerte paralelismo con el art 408 CP, como, por ejemplo, el delito de denegación o abandono de los servicios sanitarios o el delito de omisión del deber de impedir determinados delitos (cuya relación con el art 408 CP es evidente, hasta el punto de no ser siempre clara la delimitación entre sus respectivos ámbitos típicos).

³⁵¹ TORÍO LÓPEZ, A., “Los delitos de peligro hipotético (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)”, en *ADCP*, Tomo 34, Fasc/Mens 2-3, 1981, pág. 14.

manera más concisa, en palabras de TIEDEMANN, estos ilícitos serían “menos que un delito de peligro concreto y más que un delito de peligro abstracto”³⁵².

Lo cierto es que la discutida existencia de los tipos de peligro hipotético o de aptitud se enmarca en un contexto doctrinal dominante caracterizado por el mantenimiento de una tesis muy tajante con respecto a los delitos de peligro abstracto, en virtud de la cual se sostiene que, en ellos, el injusto se constituye en todo caso sobre el propio desvalor de la acción. De este modo, el requisito de la “aptitud” propio de los delitos de peligro hipotético añadiría una exigencia que no es propia de los de peligro abstracto, y que vendría a remediar el hecho de que el peligro en estos últimos ilícitos no es más que la *ratio legis* por la que resultan castigados, así como que, a menudo, su tipificación se basa únicamente en presunciones *iuris tantum*³⁵³. En consecuencia, los tipos de peligro hipotético constituirían un auténtico avance en comparación a los de mero peligro abstracto.

No obstante, en este punto, debemos expresar nuestro acuerdo con GARCÍA PÉREZ en su apreciación de que, si la función del Derecho penal es proteger bienes jurídicos, este no debería recoger en los tipos comportamientos que no sean idóneos para lesionarlos o ponerlos en peligro³⁵⁴. Ello implica que, pese a que la práctica seguida en el Código penal lo dificulte, debe exigirse la idoneidad en todo delito de peligro abstracto. O, dicho de otra manera, que, en el momento de la comisión de uno de dichos ilícitos, debe comprobarse que, al menos, y aunque lejanamente con respecto a la posibilidad de lesión del bien jurídico protegido, la conducta típica fue llevada a cabo de tal manera que se mostró idónea *ex ante* para alcanzar eventualmente aquel resultado lesivo. Esta, nos parece, es la interpretación más garantista conforme al principio de lesividad.

Por dicho motivo, ya adelantamos que no nos parece adecuada la delimitación del art. 408 CP como un tipo de peligro hipotético o de aptitud, pues tal calificación no constituye, realmente, un avance con respecto a la caracterización del art. 408 CP como delito de peligro abstracto. Es comprensible, empero, que esta sea la calificación establecida por los citados penalistas, habida cuenta de que todos ellos sostienen una

³⁵² TIEDEMANN, K., *Lecciones de Derecho Penal Económico (comunitario, español, alemán)*, Traducción de MARTÍN LÓPEZ, T., PPU, Barcelona, 1993, pág. 182.

³⁵³ TEIJÓN ALCALÁ, M., “Los delitos de peligro en el derecho penal contemporáneo”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 25-29, 2023, pág. 11

³⁵⁴ GARCÍA PÉREZ, O., *El encubrimiento...cit.*, pág. 48.

concepción muy amplia del bien jurídico protegido en aquel delito, relacionado con el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia.

Con respecto a tan ideal y abstracto valor, y especialmente, además, definiendo de forma naturalística y no normativa el concepto de lesión del bien jurídico, es lógico que, a lo sumo, pueda concebirse al tipo penal que nos ocupa como a un delito de peligro hipotético. Y, de hecho, gracias a esta estructura de incriminación, al menos se consigue una incuestionable ventaja, pues pasa a sumarse al incumplimiento del deber de promover delitos un elemento típico adicional, lo que evita, según el razonamiento de estos autores, que nos movamos en el terreno de los tan denostables delitos formales.

2. Punto de partida del razonamiento aquí efectuado: el carácter lesionable de los bienes jurídicos supraindividuales

Como hemos apuntado, coincidimos con FERNÁNDEZ CABRERA en que los bienes jurídicos concretamente protegidos en los delitos contra la Administración Pública coinciden con los principios constitucionales derivados del art. 103 CE, y extrapolamos este razonamiento a los tipos penales que atentan contra la Administración de Justicia. Si bien, por supuesto, dichos ilícitos buscarán salvaguardar principios rectores de esta última, consagrados también constitucionalmente (y, en el caso del art. 408 CP, en particular, a los contenidos en los arts. 24 y 117.1 CE).

A este respecto, es necesario aclarar que el hecho de que los principios constitucionales continúen siendo bienes jurídicos institucionales no implica que nuestro rechazo del “correcto funcionamiento de la Administración Pública” como bien jurídico protegido en los delitos del Título XIX haya sido en vano, puesto que, como enseguida verá, es mucho más sencillo establecer parámetros de lesión de principios constitucionales en su interacción con actividades públicas concretas, que hacerlo en el caso de que se hable, en general, de la función pública como ideal abstracto. En este último caso, lleva razón la doctrina mayoritaria en que la lesión no será posible a través de una acción individual.

Hecha esta aclaración, y partiendo de que nos hemos adherido a la tesis que afirma el carácter lesionable de los bienes jurídicos institucionales, corresponde ahora que nos pronunciemos acerca de cuáles son los criterios de determinación de la lesión en los mismos. Y, en este punto, señala la citada penalista que “hay que comprobar si la

infracción del principio produce efectos en el sistema social”. La cuestión que queda por resolver es, evidentemente, la de cómo debe hacerse tal comprobación.

Para llevar a cabo esta labor, conviene traer a colación las reflexiones de SOTO NAVARRO y VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS —a las que ya hemos hecho alusión anteriormente— en relación con la posible lesión en este tipo de bienes. A este respecto, recuérdese que la primera busca delimitar criterios de carácter sociológico cuya verificación nos permita saber cuándo ha sido lesionado un bien jurídico supraindividual. Igualmente, lo que VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS califica de “mal ejercicio” de una concreta función pública no es otra cosa, en nuestra opinión, que una forma abstracta de englobar los efectos sociales adversos derivados de dicho incorrecto ejercicio y que enumera SOTO NAVARRO: obstaculización o impedimento de que la función se lleve a cabo conforme a los principios administrativos consagrados en el art. 103.1 CE y perjuicio a las posibilidades de acción (o posibilidades del uso de la función) del particular frente al cual se desarrolla viciadamente el servicio público afectado. Y dichos efectos, a su vez, constituirían el “perfil de extralimitación” representativo de un “vicio o coeficiente de parcialidad, de ilegalidad, de ineficacia que justifican las exigencias de tutela jurídico-penal” al que se refiere VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS.

En definitiva, ambos autores participan de una concepción “normativa” y no naturalística del concepto de “lesión”, a la que aquí nos sumamos. Con respecto a la misma, ROXIN afirma que, para hablar de una lesión en los bienes jurídicos supraindividuales no hace falta que el sistema global al que hacen referencia quede perjudicado, sino que basta con un daño o deterioro puntual al mismo³⁵⁵. Es decir, el significado destructivo que la “lesión” del bien jurídico “vida humana” adquiere en los

³⁵⁵ ROXIN, C., *Derecho Penal...cit.*, págs. 83-85. El célebre penalista proporciona el ejemplo del delito de falso testimonio, acerca del cual asevera que una única declaración falsa sería suficiente para poder hablar de una lesión de la pureza de la Administración de Justicia, siendo irrelevante que no se haya dañado globalmente a dicha Administración de forma global. En el fondo, así, las posturas concretamente diseñadas por autores como SOTO NAVARRO o VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, no serían sino formas específicas de delimitar su propia concepción normativa del concepto de “lesión” de los bienes jurídico-penales. En España, además de los autores ya mencionados en el texto, ha suscrito también una concepción normativa del concepto de “lesión” de los bienes jurídico-penales, Díez Ripollés, J.L., “El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista”, en *Jueces para la democracia*, núm. 30, 1997, pág. 16, para el cual: “las unidades socialmente delimitadas que constituyen las formas de manifestación del substrato de bien jurídico pueden ser dañadas de un modo empírico-socialmente constatable, dando lugar, por lo general a la privación de la posibilidad de realizar determinados comportamientos sociales. De manera que para poder hablar de la lesión de un bien jurídico no sería necesario acreditar que se ha producido la desaparición de la realidad social preexistente que integra el substrato del bien jurídico”.

delitos de homicidio o asesinato, da paso en otros tipos penales como los que se está teniendo oportunidad de analizar al sentido de mera “afectación” puntual³⁵⁶.

No obstante, llegados a este punto, es menester remitirnos a la advertencia formulada por PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, quien a pesar de adherirse a aquella concepción normativa de “lesión” de los bienes jurídico-penales que la entiende como “afectación” de los mismos, pone de manifiesto el posible riesgo que este concepto podría conllevar, causando una difuminación de la frontera entre la lesión y el peligro, pues en el discurso doctrinal se emplea a menudo tal expresión como término que abarca ambos conceptos. Por dicho motivo, la citada penalista concluye que, más allá de las definiciones generales de la lesión como afectación, perturbación, deterioro o menoscabo, parece conveniente que se defina el concreto contenido de tal efecto perturbador para cada bien jurídico específico —lo cual requiere un análisis de parte especial— y se utilice como punto de referencia para la determinación del peligro³⁵⁷.

Precisamente, a esta tarea de determinación pretendemos dedicarnos, trasladando todo lo anterior al caso concreto de los delitos contra la Administración Pública. Al llevar a cabo dicha labor de examen de los distintos tipos penales del Título XIX, enseguida se aprecia que, en varios de ellos —entre los cuales se incluye el art. 408 CP—, los principios constitucionales proyectan su eficacia en relación con actividades públicas específicas, cuyo ejercicio legítimo y “correcto” se condiciona al cumplimiento de los mismos. En otros, por el contrario, la conculcación de tales principios puede darse en múltiples ámbitos (es el caso del delito de cohecho o del tráfico de influencias, por ejemplo). En unos y en otros tipos penales, sin embargo, la lesión de los principios constitucionales inherentes a los mismos no puede entenderse producida únicamente cuando un funcionario incumpla su deber profesional, sino que debe comprobarse que tal incumplimiento haya producido efectos dañosos en el sistema social³⁵⁸.

³⁵⁶ En este sentido se pronuncia CORCOY BIDASOLO, M., *Delitos de peligro...cit.*, pág. 31. En este punto coincidimos con PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, C., “¿Pueden los bienes jurídicos supraindividuales ser lesionados mediante conductas individuales?”, en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 26, 2018, pág. 26, para la cual: “en definitiva, esta concepción normativa de lesión y el rechazo de la tradicional se perfila como la opción más coherente, pues evita, de una parte, el desfase entre la definición puramente teórica de la lesión y su aplicación práctica a los diferentes tipos penales de la parte especial, y, de otra parte, el manejo de varios conceptos teóricos diferentes de lesión según el bien sea individual o supraindividual”.

³⁵⁷ PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, C., “¿Pueden los bienes jurídicos...?”, *cit.*, págs. 26-27.

³⁵⁸ FERNÁNDEZ CABRERA, M., *Corrupción en la función...cit.*, pág. 95.

A partir de tal premisa, el debate deberá orientarse, en sede de cada ilícito penal concreto, a delimitar cuándo esos efectos dañosos o esa perturbación de la actividad pública merecen ser conceptualizados como “lesión” del bien jurídico protegido, o como simple “puesta en peligro” del mismo. Sin embargo, creemos que dicha tarea se presenta más sencilla en los primeros tipos penales identificados, es decir, aquellos en los que, como ocurre con el art. 408 CP, lo que importa al ordenamiento jurídico es que una actividad pública específica se ejerza conforme a los parámetros constitucionales que definen su corrección y, en particular, en aquel, respetando la legalidad procesal.

3. Toma de posición acerca de la naturaleza jurídica del art. 408 CP

A los efectos de pronunciarnos ya sobre la naturaleza jurídica del tipo penal de omisión del deber de perseguir delitos, cabe señalar que dos son las tesis que hemos barajado en esta tarea, partiendo de la premisa de que, para nosotros, el bien jurídico-penal protegido por el art. 408 CP se corresponde con el fundamental principio de legalidad procesal. Ambas tesis pueden ser razonables de cara a la determinación de la naturaleza jurídica del mismo, bien como delito de lesión, bien como delito de peligro. No obstante, como enseguida veremos, la razón de que nos hayamos decantado hacia una en concreto, en detrimento de la tesis alternativa, responde al hecho de que la opción elegida resulta, a nuestro modo de ver, mucho más garantista.

Sin embargo, antes de presentarlas, es menester aclarar que, para la articulación de ambas tesis, nos hemos basado en construcciones efectuadas por varios penalistas en sus estudios relativos a otros tipos penales que presentan una fuerte conexión con el presente:

En efecto, en primer lugar, hallamos la posición teórica defendida por FERNÁNDEZ CABRERA, que, en el ámbito del delito de negociaciones prohibidas, erige a este ilícito penal como de lesión, tras argumentar que la lesión del principio de imparcialidad (designado por ella como bien jurídico de tal tipo penal) por el funcionario, producida por medio del incumplimiento de los deberes correspondientes y dirigidos a la preservación de tal principio, tiene lugar siempre que tal quebrantamiento sea más que la verificación de una actitud de predisposición interna del sujeto, pues, además, debe materializarse en una actuación parcial del mismo que produce efectos dañosos en el sistema social. Tal y como la citada autora explica, dicha actuación puede adquirir la forma de una “resolución, informe, asesoramiento, agilización de un trámite o cualquier otra actuación que sirva

para colocar a un sujeto en una posición injustamente ventajosa para recibir un beneficio administrativo, pues de lo contrario se vulneraría el principio de lesividad”. Por último, apunta que, en la medida en que la emisión de un acto parcial por un funcionario, incluso aunque la resolución a la que iba encaminado no haya salido adelante, constituye un trato desigual por parte de la Administración a quienes participan en el procedimiento y desde ese momento se irrogan efectos negativos al sistema social³⁵⁹.

A esta misma conclusión puede llegarse, por cierto, si nos adherimos a la postura de VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, puesto que, indudablemente, el no promover la persecución de delitos equivale a un “mal ejercicio” de la función. Esto es, y trasladando el razonamiento del citado autor a la omisión tipificada en el art. 408 CP, puede afirmarse que este constituye la “expresión de un desarrollo irregular, incorrecto, ilegal, abusivo, de los procedimientos administrativos”³⁶⁰.

En segundo lugar, GARCÍA PÉREZ, en relación con el delito de encubrimiento, sostiene su carácter de peligro concreto, aduciendo que la lesión del bien jurídico protegido en el mismo (relacionado con el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia en su vertiente persecutoria de delitos) puede cifrarse bien en el momento en que el proceso es impedido o bien, al menos, retrasado por tiempo considerable. A continuación, en línea con lo apuntado, con respecto al mismo delito por GILI PASCUAL, indica que el art. 451 CP claramente no prevé la producción de tal resultado de lesión. De hecho, este último autor indica que la configuración del encubrimiento como delito de resultado lesivo es problemática, habida cuenta de que “la multitud de circunstancias que pueden influir en el retraso de un proceso penal complicará especialmente la detección y aislamiento de uno de sus factores (el aportado por el favorecedor) de forma tal que permita imputar a su intervención ese “resultado” desvalorado”³⁶¹.

No obstante, lo que hacen dichos autores es delimitar como lesión tales resultados de retraso o impedimento del proceso, señalando, a continuación, que el tipo por ellos analizado no lo comprende, pero sí incluye la puesta en peligro del bien jurídico, aumentando considerablemente el riesgo de lesión de este. En este sentido, GARCÍA PÉREZ sugiere que, aunque el tipo del art. 451 excluye la lesión, no puede decirse lo mismo sobre

³⁵⁹ FERNÁNDEZ CABRERA, M., *Corrupción en la función...cit.*, pág. 96.

³⁶⁰ VÁZQUEZ- PORTOMEÑE SEIJAS, F., *Los delitos contra la Administración... cit.*, pág. 394.

³⁶¹ GILI PASCUAL, A., *El encubrimiento...cit.*, pág. 295.

el peligro concreto. El encubrimiento no se conforma, para este penalista, con una conducta que cree un riesgo idóneo, o sea, con una acción peligrosa, sino que requiere, además, que ésta repercuta sobre un bien jurídico concreto: “así se desprende del requisito de que se haya cometido objetivamente un delito, lo que ya determina la existencia de un conflicto social por resolver en relación al cual se realiza un comportamiento idóneo para ponerlo en peligro (...) Estamos en presencia de un prototipo de situación en el que ya no se puede confiar en que se pueda resolver el conflicto o en el que ya no hay seguridad de que con los medios normales de la Administración de Justicia quepa conseguir su solución”³⁶².

Pues bien, en la presente tesis doctoral y por los motivos que enseguida se señalarán, hemos decidido suscribir la primera de las tesis expuestas, esto es, la esbozada por FERNÁNDEZ CABRERA. En consecuencia, la aplicación *mutatis mutandi* de dicha tesis al ámbito del art. 408 CP conlleva la caracterización de este último como delito de lesión. De tal modo que, a nuestro juicio, la falta de acatamiento del funcionario público al deber de promover la persecución de delitos, desde el momento en que produce consecuencias externas reales (siquiera consistan estas, solamente, en haber dispensado a un ciudadano un trato desigual que le dificulta el acceso a la justicia), constituye una lesión del principio de legalidad procesal.

Es esta, en nuestra opinión, la tesis más garantista y por la que optamos. No desconocemos, sin embargo, que semejante postura puede parecer, *a priori*, algo formalista, así como generar la impresión de que caemos peligrosamente en el pedregoso terreno de los “delitos formales”, basados en el mero incumplimiento de un deber. No obstante, a nuestro juicio pueden esgrimirse la siguiente crítica en respuesta a dicho temor:

Por un lado, debe tenerse en cuenta que hemos delimitado como bien jurídico protegido en el art. 408 CP al principio de legalidad procesal, siendo este el pilar fundamental de nuestro proceso penal, pues solo el respeto del mismo garantiza el cumplimiento de: 1) fines preventivo-generales, ya que si los operadores jurídicos encargados de perseguir los delitos dejaran de hacerlo, el Estado pasaría a ser “corrupto”, y, consecuentemente, la ciudadanía dejaría de confiar en él y en que el incumplimiento de las normas produjera consecuencias reales; 2) la tutela judicial efectiva, en su vertiente

³⁶² GARCÍA PÉREZ, O., *El encubrimiento...cit.*, pág. 56.

de *ius et procedatur*, pues si el funcionario deja de tramitar una denuncia o cierra arbitraria e injustamente una investigación penal, ello puede, bien impedir el acceso a la jurisdicción por parte de los ciudadanos, de modo que estos se inhiban de volver a denunciar los hechos, al confiar en las instituciones y creer erróneamente en que si no se han perseguido es porque no correspondía hacerlo, o bien únicamente dificultar dicho acceso, aunque, incluso en este escenario, se obliga a un particular a “mendigar” la tutela judicial efectiva, forzándole a reiterar su denuncia ante otra instancia competente para su recepción; 3) todo un conglomerado de principios que dependen del de legalidad para su efectivo cumplimiento.

La definición de dicho bien jurídico, de relevancia constitucional, ya dificulta que nos hallemos ante un delito formal, pues este es asociado al mero quebrantamiento de un deber y al castigo penal por dicha actitud de desobediencia. No obstante, lo que ponemos de manifiesto en la presente tesis doctoral es que el art. 408 CP no es un ilícito formal ni de mera desobediencia, pues el deber de promover la persecución de los delitos es el medio de ataque al bien jurídico protegido en el mismo, en los términos en que hemos venido definiendo este. Es decir, lo que se castiga no es simplemente que el funcionario desobedezca dicho principio, sino que ello se traduzca en efectos dañosos externos. En definitiva, el tipo penal del art. 408 CP no se basa únicamente en dicho quebrantamiento de deberes, puesto que el castigo del incumplimiento del deber de promover la persecución de los delitos se justifica en la salvaguarda del principio de legalidad procesal.

Por otro lado, tampoco creemos que sea recomendable incurrir en una suerte de “demonización” del papel nuclear que la infracción de deberes cumple en ciertos tipos penales, ni en colocar a esta como antagonista de nuestro Estado democrático y de derecho³⁶³. En efecto, si bien es comprensible que tal elemento evoque a la realidad de los delitos formales, lo cierto es que, en el caso del art. 408 CP, la conculcación del deber supone la del propio principio subyacente al mismo. Lo que, partiendo de la naturaleza esencial que reviste este último para el ordenamiento jurídico, eleva el cumplimiento de

³⁶³ Como bien apunta ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., “Las desobediencias en Derecho Penal”, en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 4, 2012, pág. 213, el castigo ante la infracción de deberes inherentes a un cargo público es legítimo en un estado democrático, habida cuenta de que “a diferencia de lo que sucede en los regímenes autoritarios, en la democracia existe suficiente legitimidad para poder imponer normas de conducta, imposiciones que no pueden ser interpretadas como iniquidades –tal y como sucede siempre en las dictaduras– sino como plasmación de la voluntad general expresada en normas de conducta generadas en los Parlamentos”.

aquel, a su vez, a condición fundamental para el funcionamiento conforme a parámetros constitucionales de la función pública de perseguir los delitos. De este modo, el elemento relativo al quebrantamiento de deberes no constituye el objeto de protección penal, sino que su existencia se orienta al servicio o la tutela de un auténtico bien jurídico³⁶⁴.

Ciertamente, podría definirse el paradigma de la lesión del principio de legalidad procesal en el resultado de que el proceso se vea impedido o retrasado por tiempo considerable, en el sentido promovido por GILI PASCUAL o GARCÍA PÉREZ con respecto al delito de encubrimiento. No obstante, creemos que tal razonamiento, en la medida en que obliga a configurar al delito como de peligro, aun siendo concreto, poco avance supone con respecto a las tesis que inicialmente hemos rechazado, referentes a los delitos acumulativos o a aquellos con bienes jurídicos intermedios.

³⁶⁴ VIRTO LARRUSCAIN, M.J., “El delito de prevaricación del funcionario público”, en *Delitos contra la Administración Pública*, con ASÚA BATARRITA, A. (Ed.), Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1997, pág. 139. E incluso, en esta línea, RAGA I VIVES, A., *El delito de desobediencia por enriquecimiento injustificado de autoridades. Estudio de la figura y de sus límites constitucionales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2025, págs. 220 y 394, con respecto al bien jurídico-penal protegido en el delito de enriquecimiento ilícito, defiende que este se corresponde con el principio de autoridad, y explica cómo su ligamen con la salvaguarda de una función pública específica evita concebirlo como una figura de tintes autoritarios. En concreto, tal principio se dirigiría, según la citada autora, a garantizar la transparencia de quienes ejercen funciones públicas. Es decir, incluso en una figura delictiva basada en la desobediencia, se justifica que “no existe principio de autoridad en un sentido democrático que pueda entenderse al margen del fortalecimiento de los derechos fundamentales”.

CAPÍTULO TERCERO

EL TIPO OBJETIVO DEL DELITO DE OMISIÓN DEL DEBER DE PERSEGUIR

DELITOS (I): LA CONDUCTA TÍPICA

I. INTRODUCCIÓN

Una vez delimitado el bien jurídico protegido en el art. 408 CP, el siguiente paso lógico, desde el punto de vista dogmático, no puede ser otro que el de analizar pormenorizadamente los distintos elementos que componen el tipo objetivo del delito de omisión del deber de perseguir delitos. De entre ellos, el primero que será estudiado es el relativo al preciso alcance y significado que debe otorgarse a la conducta tipificada en el susodicho tipo penal, consistente, de acuerdo con su redacción, en dejar de promover la persecución de los delitos de los que tuviera noticia el sujeto activo, o de sus responsables, faltando a la obligación de su cargo.

Expresándolo de forma muy sintética, la realización íntegra del tipo contenido en el art. 408 CP requiere: en primer lugar, que el sujeto activo tome conocimiento, en el ejercicio de sus funciones, de una *notitia criminis*, es decir, de la comisión de un delito por parte de un tercero; y, en segundo lugar, que, una vez conocida la *notitia criminis*, el sujeto omita el cumplimiento de su deber de promover la persecución del delito perpetrado. Por ello, para poder llevar a cabo una aproximación adecuada a la conducta típica del delito que nos ocupa deberemos dedicarnos a estudiar separadamente ambas cuestiones. Y, como ya se sospechará, pese a haber expresado los dos componentes delimitadores de la conducta típica del art. 408 CP de una manera tan concisa y, aparentemente simple, su estudio no resulta en absoluto sencillo.

Para empezar, la naturaleza eminentemente omisiva del verbo típico empleado en el precepto (“dejare de promover la persecución”) constituye la primera complicación que suscita el estudio del mismo. Complejidad que se ve agravada al no coincidir exactamente la estructura de dicha omisión típica con la que presentan las dos grandes clases de delitos omisivos reconocidos por nuestra doctrina y jurisprudencia: los delitos de omisión pura o propia y los de comisión por omisión. Por contra, el art. 408 CP participa de una serie de rasgos que lo sitúan, como veremos, en un punto intermedio de gravedad entre ambas categorías de omisiones delictivas, en el que, pese a haberse reconocido por el legislador

la posición de garantía ostentada por el sujeto activo –siendo entonces más grave, en principio, la conducta típica que la recogida en un delito de omisión pura–, no parece haber llegado a apreciarse por el mismo la existencia de verdadera equivalencia valorativa entre la omisión realizada y la causación activa del resultado –hallándonos, así, ante un comportamiento de menor gravedad que el incluido en los delitos de comisión por omisión–. Este aparente *tertium genus* entre ambas construcciones clásicas de la omisión delictiva ante el que aparentemente nos encontramos presenta sus propias particularidades, en cuyo estudio nos tendremos que detener partiendo de la dificultad añadida que supone el menor escrutinio que han recibido estas manifestaciones omisivas típicas (en contraposición con las dos clases tradicionales de omisión) por nuestra doctrina y, aún menos, por nuestra jurisprudencia.

Los problemas suscitados por el carácter omisivo de la conducta típica recogida en el art. 408 CP no se agotan en su falta de coincidencia total con los dos géneros tradicionales de delitos omisivos, sino que se reflejan igualmente en la discusión existente en torno a si aquella admite o no, dentro de su ámbito típico, la realización de conductas activas que, materialmente, conllevan la no persecución de los delitos o de sus responsables por los funcionarios encargados a ello. Además, evidentemente, deberemos meditar acerca del significado de los términos “promover la persecución de los delitos” y “promover la persecución de los responsables de dichos delitos”. Solo definiendo exactamente el alcance de tales comportamientos y el modo en que han de interpretarse, podremos discutir sobre cuándo se produce una omisión de estos.

Dicho de otra manera, solo puede saberse si se ha dejado de perseguir un delito una vez definido en qué consiste perseguir los delitos y a qué tareas concretas obliga tal función pública, así como si tales obligaciones se proyectan sobre todos los delitos existentes o exclusivamente sobre los perseguibles de oficio o los de mayor gravedad. Asimismo, se determinará si consideramos equivalentes la conducta de perseguir los delitos y la de promover su persecución, como también si nos parece o no superflua la referencia a los “responsables” efectuada en el art. 408 CP. En fin, todos los interrogantes mencionados serán objeto de estudio en el Capítulo III de la presente tesis doctoral.

II. EL VERBO TÍPICO “DEJAR DE PROMOVER” LA PERSECUCIÓN DE LOS DELITOS O DE SUS RESPONSABLES

1. El debate doctrinal y jurisprudencial en torno al verbo típico del art. 408 CP

Todas las obras doctrinales y resoluciones judiciales vertidas con respecto al tipo penal del art. 408 CP han coincidido siempre en afirmar su naturaleza omisiva. El verbo típico “dejar de” que aparece en el citado precepto ha sido entendido, tradicionalmente, como expresivo de cualquier conducta de inacción del sujeto activo en lo que al desarrollo de la función pública de perseguir delitos, encomendada al mismo, se refiere. Es decir, “dejar de promover la persecución de delitos” ha tendido a interpretarse pacíficamente en clave de “no promover la persecución de delitos”.

No obstante, tal unanimidad de opiniones se desvanece al abordar la cuestión de si dicho verbo típico, en principio omisivo, admite o no en su seno la integración de conductas activas que supongan idéntico resultado lesivo para el bien jurídico protegido, y que equivalgan, igualmente, a la no persecución de los delitos. Verbigracia, CÓRDOBA RODA alega que el “dejar de promover la persecución” puede manifestarse en una pura y simple omisión o en una acción de contenido positivo. Como ejemplos de la primera posibilidad, el citado autor hace referencia a los supuestos de dejar de denunciar, dejar de prestar un auxilio previamente reclamado, no detener al responsable, y no instruir el atestado correspondiente. A continuación, califica de paradigma de la comisión del art. 408 CP a través de un “hacer” o conducta positiva la hipótesis de ordenar indebidamente el archivo de unas actuaciones, la de redacción de unos documentos que ocultaron la perpetración de un delito y la de puesta en libertad al responsable del delito³⁶⁵.

Por el momento, no nos ocuparemos del análisis que merece cada una de las modalidades de conducta propuestas por el presente penalista, pues, como se verá, no es tan claro que las mismas determinen la aplicación del art. 408 CP. Sin embargo, sí resulta ahora muy pertinente la conclusión arrojada por el mismo, que apunta a que el verbo típico del art. 408 puede cometerse de forma no solo omisiva, sino también activa. Conclusión que comparte asimismo GÓMEZ TOMILLO, quien, directamente califica al art. 408 CP como una “infracción ambigua”, pues su perpetración puede llevarse a cabo tanto activa como pasivamente³⁶⁶.

³⁶⁵ CÓRDOBA RODA, J., “Arts. 404 a 445”, en *Comentarios al Código Penal. Parte Especial, Tomo II*, con CÓRDOBA RODA, J., GARCÍA ARÁN, M. (Dir.), Marcial Pons, Madrid, 2004, pág. 1933. Por su parte, QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho Penal...cit.*, pág. 1238, aunque no analiza expresamente esta cuestión, al igual que los dos autores antes citados, sí que contempla entre los ejemplos de conductas subsumibles en el ámbito típico del art. 408 CP algunas modalidades de comisión activas, como confeccionar atestados mendaces o recogerlos inexactamente o con huecos relevantes.

³⁶⁶ GÓMEZ TOMILLO, M., “Capítulo II. Del abandono de destino y de la omisión del deber de perseguir delitos”, en *Comentarios al Código Penal*, con GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), Lex nova, Valladolid, 2011, pág.

Mientras que varios autores no llegan a examinar el interrogante descrito, otros parecen descartar que la conducta típica del art. 408 CP pueda presentarse de manera activa. Entre los mejores exponentes de esta última corriente de opinión se encuentran: RUBIO LARA cuando indica que “la omisión del deber de promover la persecución de los delitos o de sus responsables supone el efectivo abandono de la obligación inherente al cargo del sujeto activo de una forma total, de modo que este no llegue a practicar ninguna conducta tendente a la persecución del delito o de sus responsables”³⁶⁷; y REBOLLO VARGAS, quien aclara que dentro del ámbito típico del art. 408 CP solo se deben ubicar los casos de abandono o dejación de la función persecutoria de los delitos que supongan la ausencia objetiva de un comportamiento debido y encaminado, precisamente, a la persecución del delito en cuestión que hubiese cometido un tercero. Según este penalista, deben dejarse fuera del tipo penal que nos ocupa los denominados por él “actos de obstrucción”, es decir, aquellas conductas que conllevan la prestación de un acto diverso al preceptivo, que es realizado para cumplir formalmente con un mandato, pero, a la vez, ejecutado con el propósito de eludir un deber³⁶⁸.

La jurisprudencia, finalmente, resulta algo confusa en su aproximación a esta materia. Para empezar, es menester advertir de que ha habido escasos pronunciamientos judiciales acerca de la cuestión que nos ocupa, pero es que, además, en ellos afloran las contradicciones, a menudo contenidas en resoluciones emitidas por un mismo órgano. Como punto de partida, cabe señalar que en prácticamente todas esas resoluciones se califica pacíficamente al delito del art. 408 CP como una “omisión propia o pura”³⁶⁹. Sin

1552. Más confusas son las explicaciones dadas por MORALES PRATS, F., RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., “Título XIX. Delitos contra la Administración...”, *cit.*, pág. 1668, quienes, a pesar de afirmar que la conducta típica del art. 408 CP consiste en llevar a cabo un “efectivo abandono o dejación de funciones, de modo que no se lleve a cabo conducta alguna tendente a la persecución del delito”, ofrecen luego como ejemplo de tal comportamiento uno activo: la ilícita puesta en libertad de los responsables del delito.

³⁶⁷ RUBIO LARA, P.A., “Delito de ausencia...”, *cit.*, pág. 3. En contra del razonamiento llevado a cabo por el presente autor, PORTILLA CONTRERAS, G., POMARES CINTAS, E., “Delitos de abandono...”, *cit.*, pág. 182, señalan (acertadamente a nuestro parecer) que el hecho de que el art. 408 CP sancione la efectiva dejación de la función persecutoria que le corresponde al omitente no significa que deba ser “patente, manifiesta y total”, pues dichos términos “aplicados al delito omisivo del 408 no son sino reminiscencias de su pasado como modalidad delictiva de prevaricación, porque tales atributos se vinculan a la injusticia de la resolución prevaricadora (arts. 404, 446 CP). También realiza la omisión típica el sujeto obligado que contribuye parcialmente a la investigación de los hechos de que se traten, esto es, limitándola a la indagación sobre determinados delitos y posibles responsables, y excluyendo otros cuya existencia, asimismo, conoce”.

³⁶⁸ REBOLLO VARGAS, R., “La omisión...”, *cit.*, pág. 35.

³⁶⁹ Así se ha reiterado recientemente en las siguientes resoluciones del Tribunal Supremo: STS 773/2013, de 22 de octubre; STS 342/2015, de 2 de junio, STS 542/2016, de 20 de junio, STS 644/2016, de 14 de julio; ATS 20778/2023, de 15 de diciembre; así como en las sentencias emitidas por distintas Audiencias Provinciales: SAP Málaga 254/2018, de 29 de junio; SAP Melilla 9/2024, de 30 de mayo; SAP La Rioja

embargo, las diferencias se producen en un plano de análisis posterior, referente a la decisión de si es posible cometer de manera activa o solo de forma pasiva el tipo penal objeto de estudio.

Por un lado, el Tribunal Supremo afirma en sucesivas ocasiones que la dejación de funciones inherente al art. 408 CP ha de ser “patente, manifiesta y total”³⁷⁰, no terminando de aclarar si con ello se adscribe a la última postura doctrinal que hemos enumerado, en la cual se concluía que la omisión debía ser absoluta, en el sentido de consistir en la abstención de cualquier comportamiento activo, o si, por el contrario, deja abierta la posibilidad de admitir formas de comisión activas del art. 408 CP.

Pese a que el empleo de los adjetivos “patente, manifiesta y total” parece descartar, en principio, la preferencia del Tribunal por esta última tesis³⁷¹, a la propia declaración de tales atributos le sigue, dentro de las mismas resoluciones, la aseveración de que, entre las modalidades de conducta que admite dicho precepto, se halla no proceder a la detención del responsable, no instruir el atestado, así como también poner en libertad, ilícitamente al responsable del delito. Esta última conducta, incluida entre los ejemplos de formas de comisión del art. 408 CP según el Tribunal Supremo, se caracteriza por su

103/2024, de 17 de mayo; SAP Ciudad Real 68/2024, de 29 de febrero. Curiosamente, aunque remitiéndose, en teoría, a la doctrina del Tribunal Supremo acerca de esta cuestión, la STSJ Baleares 60/2023, de 15 de noviembre, califica al presente tipo penal como un delito de omisión pura de garante.

³⁷⁰ En este punto, hallamos dos clases de sentencias emitidas por el Tribunal Supremo: en primer lugar, aquellas en las que se continúa calificando al art. 408 CP como una modalidad específica de prevaricación administrativa, señalándose que el tipo penal “no se rellena con la mera pasividad de un funcionario o de una autoridad en el ejercicio de sus funciones frente a un comportamiento tenido por una parte como antijurídica o contraria a la legalidad, sino que se requiere, además de la omisión del cumplimiento de una exigencia legal, que concurran los demás requisitos, objetivos y subjetivos, contemplados por el tipo penal del artículo 404 del Código Penal” (así sucede en las: STS 773/2013, de 22 de octubre; STS 773/2013, de 22 de octubre; STS 342/2015, de 2 de junio; STS 148/2016, de 25 de febrero; ATS de 24 de marzo de 2021 y ATS de 21 de julio de 2021; ATS de 18 de abril de 2024). En segundo lugar, las restantes resoluciones judiciales consultadas exigen, como se ha señalado, la presencia de elementos típicos propios de la prevaricación al tipo del art. 408 CP, aunque sin calificar explícitamente como “prevaricación” este delito. Es decir, en ellas, el Tribunal Supremo ha interpretado el tipo penal del art. 408 CP con base a criterios que constituyen auténticas reminiscencias de su pasado como prevaricación administrativa. Así ocurre cuando se hace referencia a que en el caso concreto debe producirse un especial “torcer el derecho” para que haya delito o que no basta con la mera dejación de funciones, sino que la omisión producida debe ser “patente, manifiesta y total”. Verbigracia, véase la STS 502/1998, de 6 abril, en la cual se afirma tajantemente que el art. 408 CP no es una modalidad específica del delito de prevaricación del art. 404 CP como sí lo era su antecesor –art. 359 CP 1973- aunque sí se entiende exigible que la omisión sea “patente, total y manifiesta”.

³⁷¹ De hecho, RUBIO LARA y REBOLLO VARGAS, al afirmar el carácter absoluto de la omisión inherente al art. 408 CP reproducen los adjetivos “patente, manifiesta y total” que emplea el Tribunal Supremo, de lo que puede deducirse que comparten que el hecho de que tales atributos se exijan en dicha omisión impide admitir formas de comisión activas en el tipo penal que nos ocupa.

carácter activo, lo que puede contrastar con la calificación de tal tipo penal, de nuevo, como una omisión “patente, manifiesta y total”.

En síntesis, el Tribunal Supremo mantiene una línea argumental poco clara en torno a la cuestión de si admite o no formas de comisión activas en el delito omisivo del art. 408 CP. Semejante ambigüedad en su aproximación a la misma ha contribuido a generar una situación de inseguridad jurídica en el tratamiento de esta materia por sentencias y autos posteriores, provenientes de distintos órganos jurisdiccionales, que interpretan tales disquisiciones del Tribunal Supremo en sentidos opuestos.

Así pues, hallamos resoluciones judiciales que entienden la declaración anterior del Tribunal Supremo en el sentido de que debe excluirse del art. 408 CP toda forma de comisión activa de su conducta, puesto que la actividad del funcionario (aunque sea errónea o incluso ilegal) descarta que pueda hablarse de una dejación de funciones patente, manifiesta y total. A esta conclusión llega, por ejemplo, la Audiencia Provincial de Burgos en su Auto 208/2021, de 17 de marzo, que con respecto a la imputación a un agente policial de un delito de omisión del deber de perseguir delitos del art. 408 CP, termina pronunciándose denegando tal imputación, por considerar que por mucho que la parte apelante no estuviera de acuerdo con las diligencias practicadas por el agente ni con el trato dispensado por el mismo a aquel, “no podemos decir que por el agente no se practicasen diligencias tendentes a la investigación de los hechos denunciados”. Como puede observarse, la práctica de ciertas diligencias excluye, a consideración de la Audiencia, que nos hallemos ante una verdadera omisión del deber de promover la persecución de delitos³⁷².

Sin embargo, un criterio contrario se sostiene en otras resoluciones, que sí aceptan la existencia de formas de comisión activa integrables en el tipo omisivo del art. 408 CP. Verbigracia, la STS 1080/2010, de 20 de octubre, declara contundentemente que:

³⁷² Por su parte, parece insinuarse un criterio similar en la STS 644/2016, de 14 de julio. En efecto, aunque en esta finalmente se castiga al agente policial omitente por el art. 408 CP, se advierte de que dado que dicho funcionario no se limitó a omitir la práctica de las pruebas de alcoholemia debidas a su jefe sino que además, realizó otras conductas activas (como modificar la declaración que el denunciante había prestado y su sustitución por otra, entre otras), habría sido más apropiado el castigo por vía de otro tipo penal (el cual no es posible ya en casación), ya que “se describe una actuación consciente y voluntaria por su parte que incluso fue más allá de la conducta omisiva que requiere el tipo penal aplicado”. Asimismo, más claramente, el ATSJ de Extremadura, 1/2024, de 27 de febrero, entiende que “en ningún caso de los expuestos en la querella aprecia esta Sala que esa inactividad sea tan ostentosa como para entender que nos encontramos ante un delito de prevaricación por omisión, o un delito de inactividad ante la obligación de perseguir determinadas conductas ilícitas”.

“El tipo penal se satisface por la concurrencia de la omisión consistente en la no promoción de la persecución. La obstrucción para la efectividad de ésta va incluso más allá de la mera inhibición omisiva de actos que se dirijan a facilitarla. Sin que aquella obstrucción se desvanezca por la parcial contribución a la investigación que el acusado procuró desviar a otros objetivos. En efecto, la parcial persecución es compatible con la parcial falta de promoción. Y ésta no deja de ser típica por parcial. Lo que ocurre tanto cuando se circunscribe a algunos de los eventuales responsables, con elusión de otros, cuanto si se demora en el tiempo la efectividad de la persecución”³⁷³.

En suma, y como ha podido observarse, el panorama jurisprudencial descrito no ofrece criterios de resolución claros ni uniformes al atajar la incógnita referente al posible carácter activo o meramente omisivo del delito de omisión del deber perseguir delitos.

2. La cuestión normológica implicada en el fondo del debate. La tesis de SILVA SÁNCHEZ

La controvertida cuestión de dogmática penal que, en el fondo, subyace a estas divergencias doctrinales y jurisprudenciales es más profunda y de mayor complejidad que la concretamente vertida en relación con el art. 408 CP (la cual no constituye, en realidad, más que una de las puntas del iceberg) y se refiere a lo que SILVA SÁNCHEZ denomina la “cuestión normológica implicada”³⁷⁴. En efecto, al debate suscitado en torno a si los tipos penales contienen únicamente mandatos (presentes en la omisión) o infracciones (propias de la comisión) o si pueden integrar ambos en su seno, se aproxima el citado autor arribando a unas conclusiones a las que enseguida nos referiremos.

Ab initio, tal discusión depende de si se sostiene o se rechaza un distinto concepto prejurídico de acción y de omisión³⁷⁵ y, en este sentido, comenzaremos nuestro análisis

³⁷³ Similar razonamiento puede detectarse en el ATS de 18 de abril de 2024, en el que se consideran subsumibles en el tipo penal de omisión del deber de perseguir delitos conductas activas hechas por el condenado que buscaban manifiestamente desviar el proceso e incumplir su deber: “en efecto, como exponía la Sala de apelación, los hechos declarados probados colman las exigencias típicas del delito por el que ha sido condenado, ya que el acusado tenía conocimiento de que existían dos órdenes de busca y captura contra su primo y las ignoró, tramitándole el pasaporte y el DNI en dos días diferentes, impidiendo de este modo que fuera localizado y, por tanto, impidiendo su persecución. Y es que, como se explicita, la localización de éste resultaba imprescindible en ese momento para continuar con la tramitación de la causa, con independencia de cual fuera el resultado final de la misma”.

³⁷⁴ SILVA SÁNCHEZ, J.M., *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Bosch Editorial, Barcelona, 1986, págs. 158-164. Por su parte, DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., *Omisión e injerencia en Derecho penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 680, se refiere a esta problemática como “el problema de tipicidad formal: ¿hacen referencia los verbos típicos sólo a acciones o también a omisiones?”.

³⁷⁵ La bibliografía vertida en torno a esta cuestión es ingente. Sin embargo, de entre la misma, aclaramos que nos adscribimos a la línea propuesta por aquellos autores proclives a relativizar la importancia de la

mediante la referencia a las reflexiones llevadas a cabo, de nuevo, por SILVA SÁNCHEZ a este respecto. El mismo niega la diferencia conceptual prejurídica entre acción y omisión y se aproxima a la distinción entre ambas nociones partiendo de que con anterioridad al tipo solo existen acciones (“se trata de decidir si a la conducta del sujeto, siempre positiva, es posible imputarle en el caso concreto una comisión o una omisión”³⁷⁶) y de que la diferenciación entre estas y las omisiones es de imputación³⁷⁷. Por ello, en realidad, los conceptos de acción y omisión, lejos de contraponerse, se sitúan en niveles sistemáticos

búsqueda de un concepto prejurídico de acción, y a aseverar que lo relevante es la acción (u omisión) típica, aunque, como indica ROXIN, C., *Derecho Penal...cit.*, págs. 251 y ss., no deba negarse la importancia de la acción humana como categoría previa a la tipicidad, y como manifestación de la personalidad. En la misma línea se pronuncian, entre otros, HUERTA TOCILDO, S., *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, Ministerio de Justicia. Centro de Publicaciones, Madrid, 1987, pág. 308: “lo que dota de esencia a la omisión es, precisamente, la valoración jurídica (...) Ello supone el abandono, por innecesario, de un concepto superior de acción que sirva de base y de enlace a las restantes características del delito, y su sustitución por una teoría del tipo, en la que la acción –u omisión– no tengan otro sentido que el de “acción típica”; y MIR PUIG, S., *Derecho Penal...cit.*, pág. 194: “la discusión doctrinal esbozada, en sus rasgos esenciales, en torno al concepto de acción, ha sido en los últimos tiempos tan intensa que ha exagerado la importancia de dicho concepto para la teoría del delito”, aunque este último autor sí afirma la existencia de un concepto ontológico y prejurídico de acción, rechaza que tales cualidades puedan predicarse a su vez del de omisión: “la acción y la omisión se mueven en planos distintos: ontológico y prejurídico el de la acción, y jurídico el de la omisión”. Por último, explica muy claramente la razón de ser de estas tesis DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., *Omisión e injerencia...cit.*, pág. 675: “la diferencia ontológica entre acción causal y omisión deja de ser relevante. Las conductas del conductor que acelera su coche para atropellar a alguien y la que no lo frena con el mismo fin son, efectivamente, distintas en el plano ontológico (como lo son las de atropellar a otro con un coche o con un camión), pero esos datos ontológicos son ajenos al lenguaje del tipo penal”.

³⁷⁶ SILVA SÁNCHEZ, J.M., *El delito de omisión...cit.*, págs. 158-164. Aunque existiendo importantes diferencias en las conclusiones de uno y otro, puede decirse que esta particular reflexión del citado autor coincide con la efectuada por su maestro MIR PUIG, S., *Derecho Penal...cit.*, pág. 199: “en el plano ontológico y prejurídico sólo hay acciones y comportamientos positivos, los cuales pueden, al nivel jurídico, realizar tanto un tipo de acción como un tipo de omisión (...) La omisión requiere, como uno de sus presupuestos, un comportamiento humano positivo”.

³⁷⁷ SILVA SÁNCHEZ, J.M., *El delito de omisión...cit.*, págs. 158-164. Resume su postura de modo muy claro el mismo autor en SILVA SÁNCHEZ, J.M., “Comisión y omisión: criterios de distinción”, en *Cuadernos de Derecho Judicial. La comisión por omisión*, con GIMBERNAT ORDEIG, E. (Dir.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, pág. 13: “los conceptos de acción y omisión no se contraponen, sino que se sitúan en niveles sistemáticos distintos. En el plano del ser, sólo hay procesos causales, algunos de los cuales, que son capaces de sentido, esto es, interpretables y no meramente explicables, reciben el nombre de acciones. Estas, al ser contempladas desde perspectivas normativas (es decir, a partir de algún sistema de normas, sea éste del género que sea), pueden manifestarse como comisiones o como omisiones”. Por su parte, la tesis de SILVA SÁNCHEZ recién expuesta es enmarcada por DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., *Omisión e injerencia...cit.*, pág. 673-674, en un contexto de evolución histórica de la doctrina alemana y española en torno a la fundamentación de los delitos activos y omisivos. En particular, señala que: “como no cabe hablar de dos delitos distintos al tratar, p. ej., un homicidio producido al atropellar a alguien acelerando y otro producido no frenando, se tiende a una concepción de realización típica unitaria, de la que sólo son concretas modalidades la activa y la omisiva, y donde la diferencia ontológica entre ellas no es relevante en la definición de los elementos normativos que la constituyen (...) Si no hay un sustrato ontológico común a todas las conductas “físicamente capaces” de cometer delitos (al menos: si, en cualquier caso, no lo es la acción mecánicamente causal de un resultado), ya no se da un elemento ontológico esencial en la definición de la conducta típica, diferente en las modalidades “activa” y “omisiva”. El eje se traslada a la “imputación objetiva”, “elementos normativos de la tipicidad” o comoquiera que las diversas doctrinas denominen ese núcleo de definición del tipo”.

distintos³⁷⁸. Consecuentemente, la omisión surge en virtud de un juicio de imputación que se produce en el tipo, mediante el cual se atribuye a la conducta de un sujeto la no realización de una prestación positiva estimada *ex ante* como necesaria para la salvaguarda de un bien jurídico. Por ello, lo decisivo en los tipos de omisión será la obtención de prestaciones positivas de unos individuos en favor de otros con el fin de mejorar o potenciar sus situaciones jurídicas, frente a lo propio de la comisión, que coincidirá con la evitación de intromisiones lesivas de unos individuos en la esfera jurídica de otros.

Es decir, la omisión no es algo que exista antes del juicio de imputación típica, sino que, por el contrario, surge precisamente en virtud de un juicio de imputación que se produce en el tipo. Mediante dicho juicio se atribuye (imputa) a la conducta del sujeto la no realización de una prestación positiva estimada *ex ante* como necesaria para la salvaguarda de un bien jurídico (concepto material). De ello se deduce que el concepto de omisión surge, pues, vinculado a un determinado contenido prescriptivo y no a una forma prescriptiva (pues sería absurdo que algo apareciera como comisión u omisión en virtud de meras transformaciones lingüísticas). Es por ello que, tal y como aclara el citado autor, tanto el contenido material del mandato (prestación positiva para mejorar la situación de bienes jurídicos ajenos) como el de la prohibición (inhibición del propio comportamiento para respetar la indemnidad de la esfera de valores de un tercero) pueden expresarse mediante formas preceptivas y prohibitivas, aunque admite que lo normal, por meras razones de técnica legislativa, es la vinculación entre contenido de mandato y forma de mandato; y entre contenido de prohibición y forma de prohibición³⁷⁹.

Es menester indicar, además, que la alusión a un concepto “material” de omisión por parte de este penalista se explica por el hecho de que, como él mismo reconoce:

“En él no se alude a la omisión como un supuesto en que simplemente se imputa la no-realización de la conducta indicada (descrita) en el tipo (perspectiva formal). Además, se señala que tal conducta ha de consistir en una prestación positiva de salvaguarda de un bien jurídico. A mí juicio, solo un concepto que integre esta perspectiva material está en condiciones de aprehender la realidad políticocriminal de la omisión. Tal realidad es precisamente la que explica que en el Estado liberal el omisivo aparezca como un

³⁷⁸ SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Estudios sobre los delitos de omisión*, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2004, pág. 15.

³⁷⁹ SILVA SÁNCHEZ, J.M., *El delito de omisión...cit.*, págs. 158-164.

fenómeno de menor importancia en el ámbito jurídicopenal (...) Por estas mismas razones, la omisión adquiere mayor relevancia en el Derecho Penal a medida que, con el tránsito al Estado Social, se hace más intenso el interés por una tutela no sólo negativa de ciertos bienes. Junto al principio de protección negativa (o principio de libertad), se advierte la tendencia a la afirmación de un principio de solidaridad”³⁸⁰.

Pues bien, nos adherimos plenamente a las conclusiones a las que llega SILVA SÁNCHEZ, aunque, por no constituir el objeto de la presente tesis doctoral y tratándose de uno de los problemas más complejos jamás debatidos en el marco de la teoría del delito, creemos más precavido no pronunciarnos, por ahora, sobre el rechazo del mismo a la existencia de un concepto prejurídico de acción y omisión³⁸¹. Ello debido a que, como apunta MIR PUIG, si bien debe relativizarse la utilidad real de hallar el concepto prejurídico de acción (y afirmarse la de su concepto típico o jurídico), tampoco parece estar justificado renunciar a su búsqueda, estribando la solución correcta en alcanzar una vía media, que restituya la acción a sus verdaderos límites³⁸².

3. Aplicación de las anteriores consideraciones al tipo penal del art. 408 CP

3.1. El carácter indudablemente omisivo del art. 408 CP

Una vez comprendidas las tan necesarias cavilaciones teóricas que se han expuesto, corresponde ahora trasladar las mismas al concreto ámbito típico del art. 408 CP, tarea que nos debe conducir a confirmar el carácter omisivo de dicho tipo penal. Ciertamente, atendiendo al texto del art. 408 CP, enseguida se desprende que en él se imputa al sujeto activo la no realización de una prestación positiva estimada *ex ante* como necesaria para la protección del bien jurídico que, según hemos desarrollado pormenorizadamente *supra* en el Capítulo Segundo, creemos que busca preservarse en el art. 408 CP, a saber, el principio de legalidad procesal, esencial para procurar el correcto inicio y desarrollo de la primera fase de todo proceso penal, lo que comprende la fase

³⁸⁰ *Ibidem*, pág. 146.

³⁸¹ Para SILVA SÁNCHEZ, J.M., *El delito de omisión...cit.*, pág. 124, uno de los resultados de su investigación culmina en el: “rechazo de las concepciones ontológicas en la resolución de las cuestiones propias del “carácter de acción”. El “ser acción” o no serlo no constituye algo absoluto, sino relativo, que depende del punto de vista adoptado. En definitiva, pues, no sería, en nuestro caso, algo a resolver con independencia de las referencias normativas, sino de modo íntimamente ligado a ellas”, así como, de nuevo (*ibidem*, pág. 133): “lo que los tipos interpretan (imputan) como homicidios, lesiones, etc..., no siempre coincide con lo que en lenguaje usual se estiman “conductas de matar” o “lesionar”. Ello se debe a que tal interpretación es de carácter atributivo, adscriptivo. Consiguientemente, y por tratarse del Derecho Penal, se halla muy determinada por criterios normativos, específicamente jurídico-penales”.

³⁸² MIR PUIG, S., *Derecho Penal...cit.*, pág. 195.

preprocesal y la de instrucción *stricto sensu*; así como para salvaguardar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de las posibles víctimas de un delito en su vertiente de *ius et procedatur*, junto a toda otra constelación de principios dependientes del respeto de aquel (igualdad, objetividad, imparcialidad, etc.).

Consecuentemente, si lo esencial del concepto de la omisión se halla en el diferente contenido prescriptivo subyacente al mismo, o sea, el contenido del “deber” concreto-individual del sujeto³⁸³, la redacción del art. 408 CP y su referencia a “dejar de promover la persecución de los delitos” no deja lugar a dudas acerca de su esencia omisiva. Definitivamente, el verbo típico empleado en este precepto equivale, en su significado, a que el sujeto activo no promueva la persecución de los delitos.

La cuestión pendiente de análisis es la de si, pese a la naturaleza omisiva del art. 408 CP, su verbo típico admite modalidades de comisión activas. Dicho de otra manera, hemos de examinar si “no promover la persecución de los delitos” implica pasividad absoluta por parte del sujeto omitente (no hacer en su sentido más estricto posible, sugerido por RUBIO LARA o REBOLLO VARGAS) o funciona, en cambio, como marco semántico de conductas típicas activas y omisivas, todas las cuales conducen a ese incumplimiento del deber funcional (no prestación de un deber positivo) que a su vez culmina en los resultados lesivos sobre el bien jurídico protegido que buscan evitarse por medio de la represión penal. A esta aparentemente anómala situación se ha referido parte de la doctrina alemana bajo la denominación de “omisión por comisión”, institución que funcionaría como contraposición frente a la figura típica de la comisión por omisión³⁸⁴. Si en virtud de esta última se afirma la posibilidad de imputar por omisión la realización

³⁸³ SILVA SÁNCHEZ, J.M., *El delito de omisión...cit.*, pág. 149.

³⁸⁴ OVERBECK, V., “Unterlassung durch Begehung” en *GS*, 88, 1922, págs. 319 y ss.; ANDROULAKIS, N., *Studien zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte*, München und Berlin: Beck'sche, 1963, pág. 112 y 156; MEYER-BAHLBURG, H., *Unterlassen durch Begehen. Die Garantenstellungen bei den unechten Unterlassungsdelikten*, *GA*, 1968, pág. 49; ROXIN, C., *Problemas básicos del Derecho penal*, Traducción de LUZÓN PEÑA, D.M., Reus, Madrid, 1976, págs. 228-230, distingue hasta tres casos diferentes de “omisión por comisión”, apoyando la consagración de esta categoría típica. En concreto, reconoce aquellos supuestos en los que alguien obligado a obrar impide, mediante un hacer positivo, el cumplimiento del imperativo que él mismo ya había puesto en marcha; otro, propuesto por MEYER-BAHLBURG y suscrito por el propio ROXIN, relativo a una suerte de *omissio libera in causa*; y, por último, la participación activa en un delito de omisión; GOESSEL, K.H., *Dos estudios sobre la teoría del delito*, Temis, Bogotá, 1984, pág. 50: “se pone de manifiesto lo siguiente: los delitos de omisión también pueden ser realizados por acción (...) Esta opinión no es, ciertamente, compartida por la generalidad, pero cada vez se impone más, y con razón”. En la doctrina española, se ha ocupado profundamente del estudio de esta posible figura GIMBERNAT ORDEIG, E., “La causalidad en la omisión impropia y la llamada “omisión por comisión”, en *ADCP*, Vol. LIII, 2000, pág. 72 y ss.

de tipos tradicionalmente estimados “comisivos”, aquella afirmaría la posibilidad de cometer delitos de omisión, en determinados casos, mediante ciertas acciones³⁸⁵.

Pese a lo sugerente de esta propuesta, ofrecida por algunos miembros de la dogmática germánica, hemos de sumarnos, una vez más, al rechazo de la misma llevado a cabo por SILVA SÁNCHEZ, basándonos en que, bajo su entendimiento de que con anterioridad al tipo penal solo hay comportamientos positivos o acciones y de que, consecuentemente, la distinción entre omisión y comisión no es más que de formas de imputación, no es necesario construir específicamente la figura de la “omisión por comisión” puesto que lo que en ella se presenta como excepcional es, en el razonamiento del citado penalista, la regla general³⁸⁶. Así, como bien indica GIMBERNAT ORDEIG, aunque en los delitos omisivos haya una acción del omitente esta puede considerarse, en verdad, irrelevante para cumplir el tipo omisivo, el cual se sigue realizando mediante una inactividad³⁸⁷.

En síntesis, lo importante es que el contenido normológico subyacente a un tipo penal sea prescriptivo (esto es, consista en conseguir prestaciones positivas a una esfera de bienes jurídicos) y suponga la imputación de una omisión al sujeto, sin que ello impida que el legislador haya decidido emplear fórmulas lingüísticas activas u omisivas al describir las conductas tipificadas. Ciertamente, y en desarrollo de esta tesis, resulta pertinente traer aquí a colación la conclusión expuesta por COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, en relación con los supuestos de comisión por omisión y extrapolable a los que aquí examinamos (los llamados por parte de la doctrina alemana supuestos de “omisión por comisión”). Según ambos autores:

“Los verbos típicos no remiten como sustrato a una realidad puramente naturalística, sino, como ya se ha puesto de manifiesto, a una realidad dotada de significado social. Cuando jurídicamente decimos que alguien ha matado, no queremos expresar con ello que haya realizado una acción positiva de la que, como consecuencia, derivase la muerte, sino que la muerte de otro es imputable objetivamente a su conducta. Y la muerte será imputable objetivamente a su conducta, tanto si el autor ha producido efectivamente el resultado

³⁸⁵ SILVA SÁNCHEZ, J.M., *El delito de omisión...cit.*, pág. 203.

³⁸⁶ *Ibidem*, pág. 204.

³⁸⁷ GIMBERNAT ORDEIG, E., “La causalidad en la omisión impropia...”, *cit.*, pág. 77.

dañoso, cuanto si, pese a ocupar una posición de garante, desde la que asumía la tutela del bien, ha dejado que se produzca”³⁸⁸.

Estas reflexiones, entendidas *a sensu contrario*, implican optar por la priorización del significado social de la realidad tipificada en cualquier tipo penal frente a su sentido puramente naturalístico o causal³⁸⁹. Y en el caso que nos ocupa, el del art. 408 CP, admitir que cabe indistintamente de forma activa y pasiva “dejar de promover la persecución de los delitos”, no solo no desborda el significado dado en el lenguaje ordinario al verbo típico “dejar de (llevar a cabo una prestación positiva)”, sino que se concilia mejor con este. De hecho, el Diccionario de la Real Academia Española confiere al verbo “dejar” varias acepciones, de entre las cuales resaltamos aquí las siguientes: retirarse o apartarse de algo, consentir, permitir o no impedir, desamparar y abandonar e interrumpir una acción. Todas las cuales sirven para fundamentar la tesis que venimos sosteniendo, que encontraría todavía un argumento más a su favor, al que enseguida nos referiremos. Y es que, en definitiva, entendemos aquí que el verbo típico “dejar de promover la persecución de los delitos” funciona como paraguas semántico de distintas modalidades posibles de comisión, tanto omisivas como activas.

³⁸⁸ COBO DEL ROSAL, M., VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho Penal. Parte general*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1991, pág. 303, esta tesis ya era defendida por los citados autores antes de que VIVES ANTÓN desarrollara su concepción significativa de la acción, quien la mantuvo también a partir de esta; GIMBERNAT ORDEIG, E., “El delito de omisión impropia”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 4, 1999, págs. 533-534; GRACIA MARTÍN, L., “La comisión por omisión en el derecho penal español”, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 1, 1999, págs. 138-139. Resulta también muy acertada la corrección que hace DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., *Omisión e injerencia...cit.*, pág. 688, de la tesis de la subsumibilidad directa compartida por los autores recién citados. Pese a apoyar la mencionada tesis, DOPICO GÓMEZ-ALLER advierte del carácter polisémico del verbo “causar”, el cual no solo se corresponde con la acepción de “irrogar o infligir daños”, sino también con la de “interponer una condición causal mecánica positiva”. De entre ambos significados, solo debe interpretarse el verbo “causar” en aquel sentido de infligir daños, de manera que: “si queda claro que el tipo penal que prohíbe “causar” lesiones lo que prohíbe es “infligir” lesiones (realizar una conducta a la que le sean imputables lesiones); y habiendo al menos dos acepciones posibles del término “causar” (por una parte, irrogar o infligir; por otra, interponer una condición causal mecánica positiva), parece evidente que es erróneo interpretar el verbo “causar” en el segundo de los sentidos, es decir, de un modo que conforme a la doctrina unánime, es absolutamente incapaz de describir el ámbito típico”.

³⁸⁹ Como bien precisa SILVA SÁNCHEZ, J.M., *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, Bosch Editorial, Barcelona, 1997, pág. 61: “basta con pensar, siempre en el nivel del lenguaje ordinario, en el caso clásico de la madre que deja morir de inanición a su hijo recién nacido por no amamantarle: no parece posible pensar que el ámbito de sentido posible del término español “matar” no abarque estos casos, que no se le pueda llamar a eso “matar” sin vulnerar las reglas semánticas del español. La interpretación reduccionista-descriptiva-causalista no se corresponde, pues, con un adecuado entendimiento del criterio gramatical semántico como marco de la construcción dogmática de los tipos, sino que constituye una mera secuela de la influencia desplegada en su día por las tesis del causalismo naturalista y del concepto unitario de autor; superadas éstas –superación que parece indiscutible– es perfectamente posible prescindir de aquella desde las perspectivas contemporáneas”.

Continuando con los ejemplos proporcionados por CÓRDOBA RODA, se deja de promover la persecución de los delitos tanto si no se tramita en absoluto una denuncia como si se tramita electrónicamente para, a continuación, borrar todo rastro de la misma. Así, trasladando esta reflexión al delito omisivo del art. 408 CP, lo que permite subsumir la conducta en el mismo es la no persecución de los delitos de los que tuviere noticia el funcionario público, o sea, por ejemplo, no el mero hecho *per se* de borrar electrónicamente la denuncia interpuesta, sino los efectos que ello implica y que provocan la lesión de bien jurídico-penal en conflicto.

3.2. Sobre las modalidades activas de “dejar de promover la persecución de los delitos”. A propósito del abandono de destino

Llevando el anterior razonamiento hasta sus últimas consecuencias, puede afirmarse que también se deja de promover la persecución de los delitos cuando, sabiendo que deben hacerse determinadas pesquisas o diligencias de investigación pre procesales, o durante la instrucción de un proceso penal, el funcionario abandona su puesto de trabajo, a sabiendas de que es el único competente para realizar tales actos y de que su ausencia determinará, como mínimo, el retraso en la práctica de los mismos y, más probablemente, su omisión³⁹⁰. Es decir, no es descabellado considerar que, entre las formas en las que un funcionario público puede dejar de promover la persecución delictiva, se incluye la conducta activa consistente en el abandono de su cargo o destino con tal propósito.

Ahora bien, semejante modalidad típica activa de dejar de promover la persecución de los delitos viene específicamente castigada en el art. 407 CP, que sanciona con penas de prisión e inhabilitación absoluta a la autoridad o funcionario público que abandonare su destino con el propósito de no perseguir cualquiera de los delitos comprendidos en los Títulos XXI, XXII, XXIII y XXIV, y con la pena de inhabilitación especial de uno a tres años si el abandono se hubiera realizado para no perseguir cualquier otro delito. Este tipo penal de abandono de destino, recogido en el art. 407 CP, plantea numerosos problemas interpretativos, de entre los cuales, en la presente tesis doctoral,

³⁹⁰ No es nuestro propósito, todavía, pronunciarnos acerca de si los supuestos descritos pueden subsumirse en el art. 408 CP, pues ello no depende solamente de si las conductas activas u omisivas ejecutadas constituyen una forma de “dejar de promover la persecución de los delitos” según el lenguaje ordinario. Nos hallamos aún ante un plano de análisis previo al de cuáles son las posibles conductas típicas específicas por medio de las cuales puede cometerse el art. 408 CP. Este último objeto de análisis requerirá, como veremos, atender minuciosamente al sistema de reparto de competencias a través de las cuales la LECrim articula el deber de promover la persecución de delitos, y se realizará *infra*, en el Capítulo Cuarto de la presente tesis doctoral.

solo pretendemos poner de manifiesto una serie de ellos, referidos a su ámbito típico objetivo y a su delimitación con el art. 408 CP.

Pues bien, de la lectura de aquel puede constatarse que el legislador ha atribuido penas más graves a la conducta de abandono del destino para no perseguir delitos que las que corresponderían de la aplicación del art. 408 CP, precepto que quedaría disponible para sancionar la mera no persecución de delitos en la cual no media previo abandono. Por ello, en opinión de la doctrina mayoritaria³⁹¹, con la que coincidimos plenamente, entre los delitos de los arts. 407 y 408 CP se habría articulado un concurso de normas a resolver por el principio de especialidad (art. 8.1 CP). Según esta tesis, “abandonar el destino para no perseguir delitos” constituye una forma activa, cualificada penológicamente por nuestro legislador, pero integrable, a su vez, dentro de la más genérica conducta de “no promover la persecución de los delitos” del art. 408 CP.

El art. 407 CP es, efectivamente, a nuestro modo de ver, un precepto especial que desplaza al art. 408 CP cuando el funcionario, con el propósito de no perseguir un delito, abandona además su destino. De tal modo, este último tipo penal permanece para el castigo de todas las modalidades omisivas de conducta encuadrables en el verbo típico “dejar de promover la persecución de los delitos”, así como también para aquellos comportamientos activos que no consisten en un abandono del destino y que son plenamente subsumibles en aquel verbo típico, pues producen iguales efectos lesivos sobre el bien jurídico tutelado en el art. 408 CP y oscilan en torno a la no realización de

³⁹¹ En efecto, la doctrina ha afirmado mayoritariamente que la única diferencia entre el abandono de destino para no perseguir delitos y la omisión del deber de perseguir delitos radica en el medio tipificado en el art. 407 CP para omitir la persecución (esto es, abandonar el destino): MORALES PRATS, F., RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., “Título XIX. Delitos contra la Administración...”, *cit.*, pág. 1668; RUBIO LARA, P.A., “Delito de ausencia...”, *cit.*, págs. 1-2, pese a apreciar que poco o nada tienen que ver los delitos de los arts. 407 CP y 408 CP, reconoce que este último “no implica la necesidad del abandono de destino para omitir promover la persecución de los delitos y de sus responsables”, admitiendo entonces que el art. 407 CP incluye en su ámbito precisamente tal quebranto de la labor persecutoria cuando se lleve a cabo a través del abandono de destino; REBOLLO VARGAS, R., “La omisión...”, *cit.*, págs. 42-43: “en lo que se refiere a las similitudes con la omisión de promover la persecución de delitos, éstas se pueden circunscribir a cuando el abandono de destino tiene lugar para no perseguir delitos. Sin embargo, y a la vez, mientras que el artículo 407 requiere un inicial abandono de destino con el propósito de no perseguir delitos, el artículo 408 no exige tal abandono de destino, sino que se refiere a dejar de promover la persecución. En definitiva, si bien es cierto que entre ambos existe una relación: la de no perseguir delitos, también es verdad que se trata de hipótesis nítidamente diferenciadas en cuanto a que la una exige para la consumación del tipo un previo abandono de destino. Requisito que, lógicamente, no es requerido en el otro supuesto”; ORTS BERENGUER, E., “Consideraciones sobre los delitos...”, *cit.*, pág. 347; MORILLAS CUEVA, L., “Lección 38. Delitos contra la Administración...”, *cit.*, pág. 872; FEIJOO SÁNCHEZ, B., “Artículo 408”, en *Comentarios al Código Penal, Tomo II*, con CUERDA ARNAU, M.L. (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, pág. 2562.

una prestación positiva: el incumplimiento del deber de promover la persecución de los delitos (un ejemplo lo proporciona, precisamente, el escenario antes descrito, consistente en borrar electrónicamente la denuncia de un delito interpuesta por un particular).

Creemos que la solución recién descrita es la más racional cuando trata de resolverse qué relación media entre ambos tipos penales examinados. Solución que, además, vendría reforzada por el hecho de aparecer contenidos los dos preceptos en el mismo Capítulo II del Título XIX, así como por la proximidad típica que acerca de los mismos ha puesto de manifiesto siempre la doctrina dominante. Y, sobre todo, defender que el carácter omisivo del verbo típico “dejar de promover la persecución” no impide admitir que este pueda materializarse en formas de comisión tanto activas como omisivas, así como afirmar la existencia de una relación de especialidad entre los arts. 407 y 408 CP, no solo resulta más coherente con el sentido comúnmente atribuido a dicho verbo, sino que, además, evita que se produzca un resultado punible ilógico: la punición exclusiva de aquellas omisiones puras que implican dejar de perseguir los delitos por vía del art. 408 CP y la consiguiente impunidad de los posibles comportamientos activos cuya subsunción podría plantearse, por razones valorativas, en dicho mismo precepto, con la única salvedad, evidentemente, de la conducta activa consistente en el abandono de destino para no perseguir delitos, que sí vendría sancionada (solo ella y ninguna otra, de manera incomprensible) por el art. 407 CP³⁹².

Sin embargo, es cierto que esta propuesta hermenéutica no carece de defectos. El art. 407 CP presenta varias diferencias con el art. 408 CP que dificultan levemente la vinculación entre ambos a través de la regla de especialidad. Para empezar, en aquel, el abandono de destino con el propósito de no perseguir delitos se castiga de forma diferente en función de la clase de delito cuya persecución se omite. De modo que, de ubicarse este en los Títulos XXI, XXII, XXIII y XXIV de nuestro texto punitivo, la pena será significativamente más elevada que de tratarse de un delito ubicado en cualquier otro Título. La introducción de este criterio de diferenciación penológica en el art. 407 CP marca una fuerte asimetría con la estructura del art. 408 CP, la cual sanciona con idéntica pena la conducta de dejar de promover la persecución de cualquier delito, sin distinguir entre grupos concretos de estos. Por si fuera poco, pertenezca a uno u otro título de nuestro

³⁹² Además, con una tesis diferente a la expuesta creemos que deja sin explicarse qué relación existe entre los tipos penales de los arts. 407 y 408 CP.

Código aquel delito que se deja de perseguir por medio del abandono de destino, las penas a imponer son en todo caso más altas que la prevista en el art. 408 CP (consistente en una pena de inhabilitación especial de 6 meses a 2 años).

Resulta, en fin, difícil de comprender por qué se ha valorado legalmente como un medio mucho más grave de dejar de perseguir delitos el abandono de destino (merecedor, máxime, de ser elevado a la categoría de delito autónomo, separado del art. 408 CP y sancionado incluso con penas de prisión), frente a las restantes modalidades activas u omisivas a través de las cuales puede realizarse la misma dejación de funciones públicas y obtenerse idéntico resultado lesivo.

Podemos especular con que, posiblemente, al redactar el art. 407 CP, el legislador tomó como referencia el abandono del destino que se perpetra con el propósito de no impedir la comisión de delitos. Con respecto a la omisión de esta labor pública sí tiene más sentido la imposición de las penas más elevadas que prevé aquel precepto, dado que todavía hay bienes jurídicos cuya lesión podría evitarse si el sujeto activo no abandonara su destino. En este contexto, la responsabilidad de preservar la indemnidad de estos y neutralizar la situación de peligro en la que se encuentran recae sobre el funcionario omitente. Este razonamiento sirve también explicar de forma plausible el sentido de la gradación penológica que introduce el art. 407 CP en atención a las clases de delitos que no se han evitado o que han dejado de perseguirse por medio del abandono. Ya que resulta más proporcionado castigar con penas más altas al que abandona su cargo para no impedir un delito contra la vida que al que abandona su cargo para no impedir un delito de hurto de uso de vehículos³⁹³.

Para acabar, cabe destacar que, empleando un criterio hermenéutico de carácter sistemático se favorece también la interpretación del verbo “abandonar” como una modalidad de comisión activa de un comportamiento típico omisivo (dejar de evitar delitos *ex art.* 412.3 CP o dejar de promover la persecución de delitos *ex art.* 408 CP) que

³⁹³ Debe advertirse, sin embargo, que esta lógica es seguida solo parcialmente por el art. 407 CP, puesto que, aunque sí varían las penas a imponer en función de qué delito se hubiera cometido, no se establece una redacción simétrica a la del art. 412.3 CP el cual, al tipificar la no evitación de delitos por un funcionario público, previo requerimiento de un particular, distingue entre si el delito no evitado atentase contra la vida (y en este caso le asigna la pena más elevada), contra otros bienes personales y, finalmente, contra cualquier otro bien jurídico. Por el contrario, el art. 407 CP reserva las penas más elevadas a los casos de abandono de destino para no evitar la comisión de delitos contra la constitución (Título XXI), contra el orden público (Título XXII), de traición y contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la Defensa Nacional (Título XXIII) y contra la comunidad internacional (Título XXIV).

simplemente habría sido elevada a la categoría de delito autónomo por constituir, el abandono, un medio comisivo valorado legalmente como más reprochable y merecedor de penas más elevadas³⁹⁴. Semejante interpretación deriva de la regulación acometida en otros preceptos del Código penal, pues es frecuente que en un mismo tipo se castiguen conjuntamente todas sus modalidades de conducta activas y omisivas, nombrando explícitamente el abandono del servicio como una de ellas. Así ocurre, por ejemplo, en los tipos penales de denegación de asistencia sanitaria *ex art. 196 CP*³⁹⁵ y de abandono o incumplimiento de deberes en las mesas electorales *ex art. 143 LOREG*³⁹⁶.

4. Técnicas de tipificación de las omisiones penalmente relevantes: la omisión pura, la comisión por omisión y otras omisiones de gravedad intermedia

La extraordinaria complejidad que comportan los delitos omisivos, por mucho arraigo que tengan en nuestra tradición normativa y a pesar de estar expresamente regulados en nuestro Código penal, ha sido un aspecto frecuentemente destacado por la doctrina penalista. No en vano señala LASCURAÍN SÁNCHEZ que “la punición de los comportamientos omisivos sigue deparando una cierta extrañeza que mueve inmediatamente a la reflexión acerca de su justicia”³⁹⁷. Ciertamente, incluso en los delitos

³⁹⁴ Esta valoración legal no se da siempre a lo largo de nuestro Código penal. Este, en ocasiones, sí reputa el abandono de destino como una forma de incumplimiento funcional especialmente reprochable y merecedora de mayores penas, pero no así en otras. Ejemplo de la primera lo proporciona el art. 229 CP, donde el abandono se tipifica como una forma más grave de dejar de cumplir los deberes legales inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar (precisamente, los tipos penales que sancionan otras formas de quebrantar tales obligaciones emplean el verbo “dejar de”). No obstante, ya se ha visto cómo, sin ir más lejos, en el art. 143 LOREG, se identifican abandono de destino para dejar de concurrir y desempeñar las funciones correspondientes y cualquier otra dejación de las mismas como idénticas valorativamente y, por ende, merecedoras de la misma pena. Por cierto, lo mismo sucede en el art. 196 CP, que tipifica conjuntamente la denegación de asistencia sanitaria y el abandono de los servicios sanitarios. Este último, como es evidente, se castiga en tanto en cuenta sirve como medio para dejar de prestar la asistencia sanitaria a la que se refiere el precepto.

³⁹⁵ Art. 196 CP: “El profesional que, estando obligado a ello, denegare asistencia sanitaria o abandonare los servicios sanitarios, cuando de la denegación o abandono se derive riesgo grave para la salud de las personas, será castigado con las penas del artículo precedente en su mitad superior y con la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, por tiempo de seis meses a tres años”.

³⁹⁶ Art. 143 LOREG: “El Presidente y los Vocales de las Mesas Electorales así como sus respectivos suplentes que dejen de concurrir o desempeñar sus funciones, las abandonen sin causa legítima o incumplan sin causa justificada las obligaciones de excusa o aviso previo que les impone esta Ley, incurrirán en la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a veinticuatro meses”. A nuestro parecer, la mención separada de la dejación y el abandono en el art. 143 LOREG o en el art. 196 CP no se debe a que sean conductas esencialmente diferentes, sino a que, dado que varios puntos del Código penal se sanciona más gravemente el abandono que la simple dejación, aquí se quiere resaltar que ambas se han valorado como igual de graves, pese a que el abandono suela estar asociado a mayor reprochabilidad y tienda a estimarse que merece un trato punitivo más severo.

³⁹⁷ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía*, Civitas, Madrid, 2002, pág. 17. En sentido similar, LACRUZ LÓPEZ, J.M., “Lección 12. El delito como conducta típica.

omisivos más paradigmáticos (verbigracia, la omisión del deber de socorro) sigue haciéndose latente cierta “extrañeza”, debiéndose esta, en palabras de QUINTERO OLIVARES, a que las formulaciones técnicas (tales como los conceptos de dolo y de culpa, de causalidad e imputación), nacieron pensando en el delito de acción, e incluso podría decirse que en el delito de acción y de resultado. Consecuentemente, cuando todo eso tuvo que transportarse al ámbito del delito omisivo, en el que faltaba el actuar exterior “surgieron los complejos problemas dogmáticos que tanta literatura han provocado”³⁹⁸.

Las dificultades inherentes al estudio dogmático del fenómeno delictivo omisivo no han impedido a la doctrina dividir el grueso de los delitos omisivos en torno a dos grandes categorías o técnicas de incriminación: los delitos de omisión pura o propia y los delitos de comisión por omisión u omisión impropia³⁹⁹. Categorías, ambas, que parecen ser aceptadas prácticamente de manera unánime a nivel doctrinal (y, desde luego, a nivel jurisprudencial), aunque cada autor difiera después con el resto a la hora de especificar los criterios que deben servir para separar una clase de omisión de la otra. Debe matizarse, llegados a este punto, que aun teniendo una importancia indiscutible estas divergencias de opinión entre sectores doctrinales, lo cierto es que en la presente tesis doctoral no ahondaremos en las mismas, sino que nos limitaremos a enumerar los caracteres pacíficamente atribuidos a los mencionados delitos de omisión pura, así como a los delitos de comisión por omisión. Seguimos, así, el ejemplo marcado por GIMBERNAT ORDEIG, para el cual:

“En una materia en la que, desgraciadamente, nada aparece como definitivamente consolidado, ni siquiera existe unanimidad sobre lo que deba ser considerado delito de omisión impropia (o de comisión por omisión) y delito de omisión propia (o pura). Por ello, y para poder llegar, en lo posible, a una delimitación entre una (impropia) y otra (propia) forma de manifestarse el delito de omisión, vamos a partir de dos supuestos en los que existe unanimidad en que pertenecen, respectivamente, a aquella y a esta

IV: Los tipos de lo injusto de los delitos de omisión”, en *Curso de Derecho Penal Parte General*, con GIL GIL, A., LACRUZ LÓPEZ, J.M., MELENDO PARDOS, M., *et al.*, Dykinson, Madrid, 2011, pág. 277, indica que a pesar de haberse producido en los últimos tiempos, especialmente en sede de Derecho penal económico, un relevante aumento de los delitos omisivos “este impulso no ha sido suficiente para evitar que aún sea posible afirmar que la teoría de los delitos de omisión es la hermana pobre de la teoría jurídica del delito”.

³⁹⁸ QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del Derecho Penal*, Thomson Reuters, Navarra, 2010, pág. 389.

³⁹⁹ Tal y como apunta SILVA SÁNCHEZ, J.M., *El delito de omisión...cit.*, pág. 311, entre ambos grupos de omisiones penales es posible advertir diferencias en los planos político-criminal, axiológico, jurídico-dogmático y del derecho positivo, que son las que justifican, precisamente, la necesidad de fijar una frontera clara que sirva para su distinción.

categoría, para, sobre esas bases, intentar ir avanzando en el contenido de cada una de ellas. Y así, mientras nadie duda que la madre que permite que su hijo pequeño muera de inanición, porque aquella no alimenta a éste, comete una omisión impropia, nadie duda tampoco que si una persona cualquiera no auxilia a quien se halla desamparado y en peligro manifiesto y grave -porque, por ejemplo, acaba de sufrir un infarto en plena calle, y el omitente pasa de largo ante él, sin socorrerle- aquella es responsable de una omisión propia del deber de socorro tipificada expresamente como delito en el art. 195.1 CP⁴⁰⁰.

Desde luego, al margen de los mencionados debates doctrinales, podemos afirmar que, en general, se define a los delitos de omisión pura o propia como aquellos en los que el objeto de la sanción penal es el mero (o puro) incumplimiento por parte de cualquier ciudadano del mandato de actuar que el legislador penal le impone para intentar reducir o evitar los peligros que se ciernen sobre un bien jurídico ajeno, sin posibilidad de atribuir al omitente el resultado material lesivo que pueda sufrir el bien jurídico⁴⁰¹. Dentro de esta primera clase de omisiones típicas se sitúan, entre otros, los delitos de omisión del deber de socorro (arts. 195.1 y 2 CP), y los de dejación del deber de impedir delitos (art. 450 CP). Las omisiones puras constituyen además delitos expresamente tipificados, así como también delitos comunes, en la medida en que el mandato establecido en las mismas está dirigido a todos los ciudadanos, pudiendo entenderse aquel como una imposición legal con trascendencia jurídica no asumida directa y específicamente por el sujeto omitente⁴⁰²,

⁴⁰⁰ GIMBERNAT ORDEIG, E., “La distinción entre los delitos propios (puros) y delitos impropios de omisión (o de comisión por omisión)”, en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, con DIEZ RIPOLLÉS, J.L., ROMEO CASABONA, C.M., GRACIA MARTÍN, L., et al., Tecnos, Madrid, 2002, págs. 685-686.

⁴⁰¹ La presente definición ha sido elaborada a partir de las proporcionadas por: GIMBERNAT ORDEIG, E., “La distinción entre los delitos propios...”, *cit.*, pág. 695-697, quien, a nuestro parecer, acertadamente puntualiza que “a la omisión propia se le imputa el riesgo no disminuido por la no ejecución de la acción exigida”, de manera que al omitente se le castigará siempre por el correspondiente delito de peligro y nunca por un delito de lesión; BUSTOS RUBIO, M., “Limitación de mandato en los delitos de omisión propia: una reivindicación desde las ideas de Derecho penal mínimo e inexigibilidad”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 112, época II, 2014, pág. 97; LACRUZ LÓPEZ, J.M., “Lección 12. El delito como conducta típica...”, *cit.*, pág. 281; y ESQUINAS VALVERDE, P., “Revisitando los delitos propios de omisión a la luz de la doctrina clásica y de la más reciente”, en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 41, 2024, pág. 18.

⁴⁰² SOLARECHE, E., “Delitos de omisión pura y sistema del Derecho penal”, en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, con DIEZ RIPOLLÉS, J.L., ROMEO CASABONA, C.M., GRACIA MARTÍN, L., et al., Tecnos, Madrid, 2002, pág. 1001. Por su parte, SILVA SÁNCHEZ, J.M., *El delito de omisión...cit.*, pág. 169, explica que, pese a que en toda omisión lo característico sería la falta de una prestación positiva típicamente requerida para la salvaguarda de un bien jurídico, el fundamento material de esta exigencia típica subyacente a la omisión no es siempre idéntico, pues el principio de solidaridad opera de modo muy distinto en los casos de omisión pura y en los de comisión por omisión. Si parece suficiente para fundamentar los primeros, no lo es, de acuerdo con este autor, para el caso de los segundos.

de manera que no se tratará este de un garante, sino, simple y llanamente, de un sujeto al que la ley le ha impuesto un deber activo⁴⁰³.

Por su parte, en el Código penal se reconoce, igualmente, una segunda modalidad de omisiones penalmente relevantes: los delitos de comisión por omisión. Esta categoría engloba todos aquellos delitos cuyo tipo, sin contener una descripción expresa de una omisión, tiene el sentido de prohibir cualesquiera conductas, activas u omisivas, que conlleven la producción de un determinado resultado⁴⁰⁴. Al no encontrarse expresamente recogidos en la parte especial del Código penal, los delitos de comisión por omisión han planteado, desde siempre, agudos problemas de compatibilidad con el principio de legalidad y, por consiguiente, con uno de los postulados fundamentales del Estado de Derecho⁴⁰⁵. No obstante, las dudas de legalidad que podía desplegar esta técnica de incriminación penal de la omisión se desvanecieron definitivamente cuando el Código penal de 1995 introdujo la cláusula general de tipificación del art. 11 CP, si bien no desaparecieron los problemas relacionados con la misma⁴⁰⁶.

Es definitiva, en los delitos de comisión por omisión se obtiene, no actuando, el resultado que se provocaría por actuación o por comisión directa, lo cual, en nuestro ordenamiento jurídico, ha determinado que esta clase de omisión se vincule y solo pueda concebirse en los delitos de resultado material. La atribución del resultado material al omitente se debe a que, a diferencia de lo que sucede en los delitos de omisión pura, en

⁴⁰³ ESQUINAS VALVERDE, P., “Revisitando los delitos...”, *cit.*, pág. 19.

⁴⁰⁴ RODRÍGUEZ MOURULLO, G., “La cláusula general sobre la comisión por omisión”, en *Política Criminal y Reforma Penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, con V.V.A.A., EDESA, Madrid, 1993, pág. 907.

⁴⁰⁵ GRACIA MARTÍN, L., “La comisión por omisión...”, *cit.*, pág. 125. A esta apreciación responde, a nuestro modo de ver, acertadamente, VIVES ANTÓN, T.S., *Fundamentos del Sistema...cit.*, pág. 609: “este punto de vista ni era unánime ni, quizás mayoritario. Un importante sector doctrinal –y, desde luego, en general la jurisprudencia– consideraba factible, desde la perspectiva del principio de legalidad, el castigo de conductas naturalmente omisivas conforme a tipos activos porque en determinados supuestos adquirirían, conforme a los usos lingüísticos de los verbos típicos, un significado de acción positivo”.

⁴⁰⁶ Por el contrario, las (múltiples) problemáticas que suscita la comisión por omisión permanecen. En palabras de LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., “Omisiones equivalentes”, en *Estudios de Derecho Penal: homenaje al Profesor Santiago Mir Puig*, con SILVA SÁNCHEZ, J.M., QUERALT JIMÉNEZ, J.J., CORCOY BIDASOLO, M., *et al.* (Coord.), B de F, Buenos Aires, 2017, pág. 673: “en socorro de mis incertidumbres (...) debería haber venido en 1995 el art. 11 del entonces nuevo Código Penal, objeto de reflexión y debate por algunos de nuestros mejores investigadores. Pero hétenos aquí que el bálsamo provocó más escozores y que de este precepto se discutió y se sigue discutiendo todo: su función (si de extensión de la tipicidad o de clarificación de los criterios para su constatación), su objeto (cuáles son los delitos “que consisten en la producción de un resultado”), y sus reglas (“si su rancia descripción de posiciones de garantía es un marco, un catálogo vinculante o una ejemplificación; si la “equivalencia” con la realización activa del tipo es la consecuencia de la infracción de un deber de garantía o un juicio adicional para la tipicidad; en este último caso, cuál es el baremo para comprobar ese igual desvalor)”.

la comisión por omisión aquel se encuentra especialmente vinculado al bien jurídico en peligro, en calidad de garante de la indemnidad del mismo⁴⁰⁷. Es, precisamente, de esta posición de garantía, de la que surge el deber de evitación del resultado lesivo sobre el bien jurídico protegido⁴⁰⁸. Posición de garantía, por cierto, que regula nuestro texto punitivo en el art. 11 CP, limitando las fuentes de dichos mandatos especiales de salvaguarda de un bien jurídico a la ley, el contrato y a la injerencia o actuación peligrosa precedente⁴⁰⁹.

Sin embargo, debe puntualizarse que la mera constatación de que el omitente es “garante” no basta para asegurar que nos hallamos ante un verdadero delito de comisión por omisión. Como indicó RODRÍGUEZ MOURULLO, sintetizando el pensamiento mayoritario de nuestra doctrina acerca de este extremo:

“Es verdad que estas acciones y estas omisiones pueden llegar a tener, desde el punto de vista social, exactamente el mismo significado (tan infanticida es la madre que mata al recién nacido sumergiéndolo en la bañera como la que lo deja morir no atándolo el cordón umbilical), pero, en todo caso, desde la perspectiva naturalística, la entidad de unas y otras es diversa. De ahí que tenga que intervenir el Derecho para determinar bajo qué presupuestos se valora igual lo que naturalísticamente es diverso, es decir, se equipara la omisión que no impide un resultado a la acción que positivamente lo causa”⁴¹⁰.

Por tales motivos, la equiparación entre la omisión de no impedir un resultado y la causación activa del mismo depende todavía de que pueda estimarse que la posición de garante seguida de la no realización de la conducta esperada equivale, axiológica o

⁴⁰⁷ GRACIA MARTÍN, L., “La comisión por omisión...”, *cit.*, pág. 125.

⁴⁰⁸ GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., *Teoría Jurídica del Delito. Derecho Penal Parte General*, Civitas, Madrid, 1985, pág. 591; RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho Penal Parte General*, Dykinson, Madrid, 1995, pág. 387.

⁴⁰⁹ No abordaremos en la presente tesis doctoral la cuestión, tan debatida doctrinalmente, de si el art. 11 CP es un *numerus clausus* o si tan solo enumera esas tres fuentes de obtención de la posición de garantía a modo ejemplificativo. Entre los numerosos autores que la han estudiado en profundidad, a modo de ejemplo, nos remitimos a las siguientes palabras de ALASTUEY DOBON, M.C., “Delitos de comisión por omisión en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en *ADCP*, Tomo 45, Fasc. 3, 1992, págs. 970-971: “cuándo debe reconocerse la existencia de esta posición en un sujeto o cuáles son las fuentes de la misma, es un tema también discutido. Con carácter general, sus fuentes han sido clasificadas por la doctrina de dos formas: desde un punto de vista formal y desde un punto de vista material. Desde el primero, se distingue entre posiciones de garante con fundamentación legal, contractual y con origen en el hacer precedente peligroso o injerencia. Desde el segundo, se establece una subdivisión atendiendo a si el sujeto “activo” se encuentra en posición de protección de un determinado bien jurídico o bien en posición de vigilancia de una fuente de peligro. Esta última clasificación resulta mucho más amplia y minuciosa”.

⁴¹⁰ RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho Penal. Parte General*, Civitas, Madrid, 1978, pág. 308.

valorativamente, “según el sentido del texto de la ley, a su causación”⁴¹¹. En efecto, la realización por omisión de los tipos de la parte especial tradicional y equívocamente denominados causales o comisivos implica la necesidad de lograr una equivalencia total, correspondencia perfecta –identidad estructural– entre aquella y la de realización típica activa. La “Ley” a la que se refiere el precepto debe ser necesariamente aquella de cuya aplicación habla el art. 11 CP, es decir: el Código penal y, en concreto, el concreto tipo penal de que se trate.

Para hablar de comisión por omisión, el art. 11 CP exige, así, que la omisión sea igualmente típica, es decir, formal y materialmente típica del mismo modo que la acción⁴¹². En este punto, cabe recordar que nos adherimos a la tesis expuesta por SILVA SÁNCHEZ, según la cual la equivalencia que debe existir para poder hablar de comisión por omisión “no se trata, en consecuencia, tan solo de una equivalencia axiológica. Desde nuestra perspectiva se trata, más bien, de hallar los casos en que la no realización de una prestación positiva constituye (tiene el sentido de) una intromisión en la esfera jurídica ajena de estructura idéntica a las creaciones activas de riesgo”⁴¹³.

Pues bien, un importante sector de la doctrina ha puesto de manifiesto que la anterior clasificación bipartita de las omisiones típicas no consigue explicar la existencia de un grupo nada desdeñable de delitos omisivos que se recogen en nuestro Código. En concreto, ocasionan perplejidad ciertos tipos penales que, pese a venir expresamente tipificados en aquel y aunque en ellos no se castiga al omitente por el resultado lesivo material sufrido por la víctima a causa de su omisión –rasgos ambos característicos de las

⁴¹¹ Para un estudio detallado de la materia planteada, la cual excede el objeto de investigación de la presente tesis doctoral, véase: CARBONELL MATEU, J.C., “La equivalencia significativa en la comisión por omisión”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 113, 2014, págs. 5-44; RUEDA MARTÍN, M.A., “Sobre la necesidad de exigir una posición de garante para atribuir una responsabilidad penal”, en *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, núm. 1, 2015, pág. 11: “la existencia de una posición de garante definida según determinadas fuentes formales, como la ley, el contrato y el actuar precedente peligroso (injerencia), o según una relación material permanente de un sujeto con un bien jurídico o con campos de peligro en virtud de las funciones que aquel desempeña, no puede hacer surgir *per se* un concreto deber de actuar porque se configura con carácter previo y anterior a la situación en la que surge dicho deber y sin tener en cuenta las circunstancias específicas en las que tiene lugar la lesión del bien jurídico. El hecho de ser padre, cónyuge, hijo, socorrista en una playa, médico, etc., sólo indica una cualidad que concurre en determinadas personas por la que les atribuyen, con carácter general, determinadas obligaciones que deben cumplir en la vida social, de modo que tienen un deber de actuar genérico. La pregunta que se plantea es si la omisión del mencionado deber de actuar genérico fundamenta una comisión por omisión”.

⁴¹² DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Comisión por omisión y principio de legalidad. El artículo 11 CP como cláusula interpretativa auténtica”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. Extra-2, 2004, pág. 299.

⁴¹³ SILVA SÁNCHEZ, J.M., *El delito de omisión...cit.*, pág. 307.

omisiones puras—, se distancian de estas últimas por el hecho de aparecer vinculado el sujeto activo al bien jurídico protegido a través de una posición de garantía, lo que, evidentemente, recuerda a la figura de la comisión por omisión. Ejemplos de este curioso *tertium genus* lo constituyen, a modo de ejemplo, los tipos de omisión del deber de socorro por el responsable imprudente o fortuito del accidente (art. 195.3 CP) y de denegación de asistencia sanitaria (art. 196 CP).

La estructura de estas omisiones típicas parece responder a la apreciación, hecha por el legislador penal, de que, en ellas, si bien se da la posición de garantía, no se acredita verdadera equivalencia valorativa “según el sentido de la Ley” entre tal conducta omisiva y la activa. Por ello, a menudo se ha aseverado que estamos ante omisiones más disvaliosas que las meras omisiones puras, pero que no llegan a alcanzar la gravedad de la comisión por omisión⁴¹⁴, es decir, de omisiones de gravedad intermedia, a las que SILVA SÁNCHEZ se refirió de manera pionera como “omisiones de garante” en su monografía publicada en el año 1986. La existencia de las mismas es, de hecho, la que motivó al citado autor a criticar que la presencia de una posición de garantía no permitía todavía “referirse al conjunto de realizaciones típicas omisivas de forma mínimamente esclarecedora”⁴¹⁵, de manera que aquella no sería más que un elemento necesario, pero no suficiente de la comisión por omisión⁴¹⁶. Por tal motivo, el destacado penalista terminó distinguiendo entre dos grupos de omisiones puras: las omisiones puras generales, esto es, realizables por todos (*quivis ex populo*) los que pudiendo llevar a cabo la acción indicada no la lleven a término; y las señaladas omisiones de garante⁴¹⁷, en las que, pese a ser cometidas por un círculo de sujetos caracterizados por ocupar una posición de responsabilidad especial, consideraciones valorativas y estructurales determinan su no

⁴¹⁴ SOLA RECHE, E., “Delitos de omisión pura...”, *cit.*, pág. 1002.

⁴¹⁵ SILVA SÁNCHEZ, J.M., *El delito de omisión...cit.*, pág. 340. Se han adscrito a su postura, reconociendo la categoría de las “omisiones puras de garante”: CARBONELL MATEU, J.C., “La equivalencia significativa...”, *cit.*, págs. 13-17; GÓMEZ PAVÓN, P., *Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil*, Bosch Editorial, Barcelona, 2013, pág. 336; NAVARRO FRÍAS, I., SOLA RECHE, E., ROMEO CASABONA, C.M., “Capítulo 10. El tipo de omisión...”, *cit.*, pág. 164; GARCÍA NAVARRO, E., “Reflexiones sobre las distintas categorías de delitos de omisión y su presencia en el Código Penal español” en *Revista de Derecho Penal y Criminología* 3, núm. 14, 2015, pág. 40; ESTRADA I CUADRAS, A., “Sobre la marginación político-criminal de la solidaridad: crítica y algunas vías de solución”, en *ADCP*, Vol. LXXIII, 2020, págs. 524-552; MAQUEDA ABREU, M.L., LAURENZO COPELLO, P., *El derecho penal en casos. Parte General*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pág. 190; ESQUINAS VALVERDE, P., “Revisitando los delitos...”, *cit.*, pág. 22 y pág. 37; BUSTOS RUBIO, M., “Limitación de mandato...”, *cit.*, pág. 97.

⁴¹⁶ SILVA SÁNCHEZ, J.M., *El delito de omisión...cit.*, pág. 342.

⁴¹⁷ *Ídem*.

equiparación a la creación activa de un riesgo de producción del resultado que no ha sido evitado⁴¹⁸. A su vez, en obras posteriores, ha reconocido que las omisiones de garante pueden presentarse de dos formas distintas: el art. 195.3 CP sería un ejemplo de omisión pura de garante; mientras que el art. 196 CP lo sería de una omisión de garante referida a resultado⁴¹⁹.

5. Modalidad de omisión típica presente en el tipo penal del art. 408 CP

5.1. Estado de la cuestión en la doctrina y jurisprudencia

Centrando ya el objeto de análisis en el delito de omisión del deber de perseguir delitos, corresponde ahora detenerse en el estudio de las distintas tesis doctrinales esgrimidas con respecto a la clase de omisión que se recoge en el art. 408 CP. Cuestión que exige, primeramente, aclarar lo siguiente: para la doctrina mayoritaria, la omisión tipificada por el tipo penal que nos ocupa no constituye, desde luego, un supuesto de comisión por omisión. Así, aunque la controversia teórica suscitada en torno a cuál es la calificación más adecuada de dicha clase de omisión depende de si se sostiene una tesis bipartita o tripartita de las posibles omisiones típicas existentes, la doctrina parte, en todo caso, de su mayor identificación con las omisiones puras.

Tal punto de partida, si se piensa, no carece de sentido, pues en el art. 408 CP se tipifica expresamente un delito omisivo, cosa que no sucede, normalmente, en la comisión

⁴¹⁸ *Ibidem*, pág. 346. Aunque SILVA SÁNCHEZ establece, así, una concepción tripartita de las clases de omisión existentes en nuestro Código penal, HUERTA TOCILDO, S., *Principales novedades de los delitos de omisión en el Código Penal de 1995*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, págs. 28-29, cuestiona que la suya sea realmente una tesis tripartita como afirma, y considera, por el contrario, que la tesis de SILVA SÁNCHEZ es, en verdad, bipartita, debido a que algunas omisiones puras de garante (tal y como él las define) serían formas agravadas de omisiones puras, mientras que las restantes serían formas atenuadas de comisión por omisión.

⁴¹⁹ SILVA SÁNCHEZ, J.M., “Entre la omisión de socorro y la comisión por omisión. Las estructuras de los arts. 195.3 y 196 del Código Penal”, en *Problemas específicos de la aplicación del Código Penal*, con V.V.A.A., Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, pág. 155. En relación con el art. 196 CP, resulta interesante referirse a la posición sostenida por HUERTA TOCILDO, S., *Principales novedades...cit.*, pág. 69, quien, no obstante adherirse a la tesis de SILVA SÁNCHEZ y reconocer la validez de la categoría de las omisiones puras de garante, termina por definir a estas de manera muy distinta a como lo hace aquel. En particular, y al hilo de sus reflexiones sobre el delito de denegación de asistencia sanitaria (art. 196 CP), la citada penalista rechaza el carácter de omisión pura de garante de dicho tipo penal (ejemplo paradigmático de omisión pura de garante en el pensamiento de SILVA SÁNCHEZ), tras entender que no basta con una simple denegación de asistencia sanitaria o con un abandono de los servicios sanitarios por parte de aquellas personas que, por tener el deber de prestar la primera o de atender a los segundos, están especialmente obligadas a auxiliar en presencia de cualquier tipo de riesgo para los indicados bienes jurídicos —en cuyo caso, considera que sí que podría hablarse de omisiones puras de garante— sino que es preciso que tales conductas vengán acompañadas de la aparición de un riesgo grave para la salud de las personas que podría haber sido evitado de haberse prestado el auxilio debido.

por omisión, la cual, como vimos, se suele extraer o inferir de un delito delimitado como activo. Además, tampoco se imputa al sujeto omitente el resultado material lesivo sufrido por los bienes jurídicos de la víctima del delito dejado de perseguir. Al fin y al cabo, es evidente que no resulta posible castigar, por medio del art. 408 CP, al funcionario público que deja de perseguir un delito sexual denunciado por la víctima más que por dicha falta de intervención, pero en ningún caso podrá castigársele como interviniente en dicho delito.

Sin embargo, la falta de carácter común del presente delito, pues la omisión en él descrita solo puede ser cometida por autoridades y funcionarios públicos, y la existencia en el mismo de una posición de garante ocupada por estos, la aleja, a su vez, de las características propias de las omisiones puras. Además, la innegable vinculación que existe entre los funcionarios públicos encargados de perseguir delitos y el bien jurídico salvaguardado en el art. 408 CP, relacionado a su vez con la *ratio legis* del Título XX de nuestro Código y referida al “correcto funcionamiento de la Administración de Justicia”⁴²⁰, nos recuerda poderosamente a la idea de la posición de garantía que es inherente a la figura de la comisión por omisión.

En esta complejidad intrínseca al delito de omisión del deber de promover la persecución de los delitos repara la doctrina, y dicha constatación es la que lleva a buena parte de la misma, precisamente, a calificar al art. 408 CP como uno de los ejemplos legalmente consagrados en nuestro Código penal de “omisión pura de garante”. Sirva de ejemplo de este primer grupo de autores REBOLLO VARGAS, para quien la omisión del art. 408 CP presenta una mayor gravedad que las omisiones puras *stricto sensu*, por constituir un delito especial en el que el fundamento del mandato de actuación no consiste en consideraciones de solidaridad general (como en la omisión del deber de socorro), sino en la asunción de un compromiso expreso de defensa de la indemnidad del bien jurídico protegido por el ejercicio del cargo funcional⁴²¹. En idéntico sentido se pronuncian

⁴²⁰ De ahí la propuesta de *lege ferenda* que se realizó *supra*, en el Capítulo Segundo de la presente tesis doctoral, y que abogaba por trasladar este precepto, ubicado ahora en el Título XIX de nuestro texto punitivo, a su Título XX.

⁴²¹ REBOLLO VARGAS, R., “La omisión...”, *cit.*, págs. 15-16. No obstante, el mismo autor señala luego de manera bastante confusa que, pese a entender que el art. 408 CP constituye un ejemplo de omisión pura de garante, la aceptación por él de tal categoría sería incoherente con la clasificación tripartita de los delitos de omisión que mantiene: delitos de omisión y resultado, delitos de comisión por omisión y delitos de omisión pura.

también MIR PUIG⁴²², SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ⁴²³, ESQUINAS VALVERDE⁴²⁴ y GARCÍA NAVARRO⁴²⁵.

Otro importante sector doctrinal, integrado por no pocos autores que parten de lo que parece ser una posición bipartita sobre las clases de omisiones típicas (aunque a menudo sin indicarlo explícitamente), proclaman que el art. 408 CP es una omisión pura, sin que constaten la necesidad de proporcionar más detalles sobre este respecto⁴²⁶. En este segundo sector, la excepción a esta falta de ahondamiento y de referencia a las peculiaridades innegables del art. 408 CP la proporciona SOLA RECHE, quien expresamente distingue la omisión presente en este precepto de las omisiones de garante según la definición de las mismas elaborada por SILVA SÁNCHEZ.

En efecto, para SOLA RECHE la omisión presente en el tipo penal del art. 408 CP no pasaría de ser una omisión pura (u omisión no equivalente a la acción) en la que pese a concurrir un deber específico para el omitente, no hay una concreta asunción del deber de protección del concreto bien jurídico que desplace otras posibles intervenciones, sin que la omisión pueda equivaler entonces a la causación misma del hecho lesivo, como en cambio se propugna de las omisiones impropias⁴²⁷. De forma similar, TORRES FERNÁNDEZ se encuentra en un término medio entre las dos posiciones doctrinales expuestas, ya que, pese a incluir al art. 408 CP dentro de la categoría de omisiones puras o propias, reconoce

⁴²² MIR PUIG, S., “Arts. 404-445”, en *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*, con CORCOY BIDASOLO, M., MIR PUIG, S. (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 896.

⁴²³ SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P., “Funcionario que no promueve...”, *cit.*, pág. 1078.

⁴²⁴ ESQUINAS VALVERDE, P., “Lección 28. Delitos contra la Administración Pública (I), en *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, con MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, pág. 613.

⁴²⁵ GARCÍA NAVARRO, E., “Reflexiones sobre las distintas categorías...”, *cit.*, pág. 41.

⁴²⁶ HEDO IDOPE, J.L., “Los delitos de abandono de destino, omisión del deber de perseguir delitos, desobediencia y denegación de auxilio”, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 11, 1997, pág. 379; MUÑOZ CUESTA, F.J., “Omisión del deber de perseguir delitos: consentir actividad delictiva a confidente de la policía”, en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, núm. 15, 2006, pág. 21151; RUBIO LARA, P.A., “Delito de ausencia...”, *cit.*, pág. 3; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Código Penal comentado*, Tomo II (arts. 319 al final), Bosch, Barcelona, 2012, pág. 1457; PORTILLA CONTRERAS, G., POMARES CINTAS, E., “Delitos de abandono de destino...”, *cit.*, pág. 179; NIETO MARTÍN, A., “Lección XX. Prevaricación, desobediencia y revelación de secretos”, en *Nociones Fundamentales de Derecho Penal. Parte Especial*, con GÓMEZ RIVERO, M.C. (Dir.), Tecnos, Madrid, 2019, pág. 466; ORTS BERENGUER, E., “Lección XXXVII. Delitos contra la administración...”, *cit.*, pág. 709; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “Lección XXXVII. Delitos contra la administración...”, *cit.*, pág. 743; MORILLAS CUEVA, L., “Lección 38. Delitos contra la Administración...”, *cit.*, pág. 870.

⁴²⁷ SOLA RECHE, E., “Delitos de omisión pura...”, *cit.*, pág. 1001.

sus diferencias con respecto, por ejemplo, a la omisión del deber de socorro del art. 195.1 CP, llegando a aseverar que:

“En el delito del art. 408 CP cabe distinguir una doble posición de deber (...). Se trata de un delito de omisión pura. Pero en este caso, no se trata de la infracción de deberes de actuar al que esté obligado todo ciudadano como, v.gr., el deber de socorro del art. 195 o el deber de impedir o de acudir a la autoridad para que impida determinados delitos del art. 450 del CP, sino de un deber que atañe sólo a determinados sujetos funcionarios públicos como se deduce del requisito legal de que se omita faltando a la obligación del cargo, que relaciona la omisión con deberes legales que constituyen el contenido de actividad propio de un determinado cargo funcional”⁴²⁸.

Por su parte, la situación en el plano jurisprudencial es radicalmente distinta a la del doctrinal, debido a que, en aquel la cuestión de la clase de omisión que subyace al art. 408 CP es resuelta de manera simple, pacíficamente y sin llegar a profundizar en su análisis. El delito de omisión del deber de promover la persecución de los delitos se califica en la jurisprudencia, de forma unánime, como un delito de omisión pura como se ha tratado *supra*.

En conclusión, a partir del escenario doctrinal y jurisprudencial expuesto, podemos constatar que tiende a vincularse más estrechamente a la omisión típica del art. 408 CP con los rasgos de la omisión pura que con los de la comisión por omisión, siendo más divisiva la cuestión de si se trata de una omisión pura sin más o de una omisión de garante.

5.2. Valoración crítica final y toma de posición

A) Estudio de las llamadas “omisiones de garante”: ¿comparte el art. 408 CP la esencia de estas?

Ciertamente consideramos que, para poder tomar posición adecuadamente sobre la presente problemática, resulta necesario estudiar con más detenimiento qué situaciones típicas quiso abarcar SILVA SÁNCHEZ cuando acuñó su categoría de omisiones de garante. Si se atiende a lo señalado por el propio autor, las omisiones de garante constituirían omisiones de gravedad intermedia entre la figura de la omisión pura, representada a través de la omisión del deber de socorro (art. 195.1 CP) y la de la comisión por omisión (art. 11 CP). Así lo indica expresamente al señalar que, pese a no ser comisión por omisión “es

⁴²⁸ TORRES FERNÁNDEZ, M.E., “La omisión de perseguir delitos...”, *cit.*, pág. 1776.

obvio que sí limitan –*sit venia* verbo- con la comisión por omisión”, siendo también evidente que “ambos tipos delimitan, en su franja baja, con la omisión general del deber de socorro”⁴²⁹. Los ejemplos paradigmáticos de omisiones de garante serían los arts. 195.3 CP (omisión de socorro por el causante fortuito o imprudente de un accidente), y 196 CP (denegación de asistencia sanitaria), y es a partir de dichos tipos penales que SILVA SÁNCHEZ construye su teoría de las omisiones de garante.

Ahora bien, en ninguno de sus escritos el citado penalista engloba bajo dicha teoría y, por tanto, extiende la calificación de omisiones de garante, al delito de omisión del deber de promover la persecución de delitos. Esta extensión se la debemos, como se ha visto, a otros miembros de la doctrina que asumen la tesis de SILVA SÁNCHEZ y, a continuación, incluyen dentro de la categoría objeto el tipo penal del art. 408 CP.

No obstante, si prestamos atención a la categoría tal y como la definió SILVA SÁNCHEZ, no tiene tanto sentido como *a priori* podría parecer trasladar a la misma el art. 408 CP (al menos no lo tiene si se mantiene la definición de omisiones de garante que hace el citado penalista). Para él, las omisiones de garante se concibieron como el punto intermedio dentro de un *continuum* de conductas típicas que vendría formado por la omisión pura del deber de socorro y la comisión por omisión de delitos contra la vida o la integridad física. Es decir, a modo de ejemplo, quien con su actuar precedente peligroso causa imprudentemente un resultado lesivo para los bienes jurídicos de una persona y luego omite todo socorro respecto al mismo podría responder penalmente en virtud de tres títulos, según la tesis que se sostenga y las circunstancias del caso concreto: por una mera omisión del deber de socorro, por la omisión agravada que recoge el art. 195.3 CP o por la comisión por omisión de los correspondientes delitos de homicidio o lesiones (art. 11 CP)⁴³⁰. La aplicación de uno u otro título determinará que se produzca, y en ese caso, de

⁴²⁹ SILVA SÁNCHEZ, J.M., “Entre la omisión de socorro...”, *cit.*, pág. 155.

⁴³⁰ E, igualmente, la denegación de asistencia sanitaria del art. 196 CP habilita un título de responsabilidad de gravedad intermedia entre la mera omisión del deber de socorro (no imputación del resultado material al omitente) y la comisión por omisión del delito contra la vida o la integridad física final (atribución plena del resultado material al omitente). A tal respecto, SILVA SÁNCHEZ, J.M., *El nuevo Código Penal...cit.*, pág. 73, al referirse al art. 196 CP dispone que: “se trata de casos en que concurren los elementos del inciso segundo del artículo 11 y, sin embargo, el legislador no construye una hipótesis de imputación en comisión por omisión en términos idénticos a los de la comisión activa”. La expresa mención de la concurrencia de los requisitos del art. 11 CP implica que las omisiones de garante se predican de delitos de resultado material, así como que pueden darse en supuestos de específica obligación legal o contractual de actuar (sería el caso del art. 196 CP), o en aquellos en los que el omitente hubiera creado el riesgo mediante su actuar precedente (lo cual se correspondería con el tipo del art. 195.3 CP).

qué modo, o que no se produzca en absoluto la atribución del resultado material al omitente⁴³¹.

Sin embargo, el panorama que arroja el art. 408 CP es radicalmente distinto al recién descrito. Lo que en este tipo penal se castiga es el comportamiento del funcionario que no promueve la persecución de delitos cometidos por terceros (o de estos terceros responsables). Ciertamente, es legítima la preocupación compartida por un sector de nuestra doctrina cuando estima que en la estructura de este delito no se contemplan de manera íntegra ni los elementos definatorios de las omisiones puras, ni mucho menos los de la comisión por omisión, y en esto se aprecia una clara similitud con las omisiones de garante teorizadas por SILVA SÁNCHEZ. Pero, aun siendo así, el tipo penal que nos ocupa no comparte con los arts. 195.3 y 196 CP más conexión que esa.

En cambio, la estructura del art. 408 CP se basa, por un lado, en la descripción de una omisión típica que debe venir perpetrada por un círculo concreto de sujetos activos: las autoridades y funcionarios públicos dotados de la obligación, inherente a su cargo, de promover la persecución de los delitos. Semejante estructura se aleja, a primera vista, de la omisión pura en tanto en cuanto solo algunos sujetos, por poseer un deber especial de protección del bien jurídico protegido, pueden cometer el delito. Dichos sujetos son garantes con respecto al principio de legalidad procesal, lo que sin duda nos lleva a pensar en la comisión por omisión.

⁴³¹ Contrariamente, defiende SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P., “Funcionario que no promueve...”, *cit.*, pág. 1069, que la lógica de la categoría de las omisiones de garante no atiende a la imputación del resultado material producido, sino a la peculiar situación del sujeto cualificado y obligado a actuar, es decir, del funcionario. No podemos estar plenamente de acuerdo con esta afirmación. Es cierto que, con la categoría acuñada por SILVA SÁNCHEZ, este pretendió amparar supuestos en los que, existiendo posición de garantía (especial infracción de un deber), no se consideraban valorativamente equivalentes la omisión del sujeto y la causación activa del resultado material producido. Sin embargo, también es innegable, por ejemplo, que la tesis de la omisión de garante en lo relativo al art. 195.3 CP nació de la voluntad de limitar los efectos, a su parecer excesivos, derivados del pensamiento de la injerencia en delitos que desembocan en un resultado material lesivo para la salud o la integridad de la víctima (así puede deducirse de SILVA SÁNCHEZ, J.M., *El nuevo Código Penal...cit.*, pág. 67). En suma, la cuestión de la cualidad del deber presente en un tipo penal y que delimita su círculo de sujetos activos sirve al mismo autor para decidir sobre la imputación de resultados materiales al omitente. Por consiguiente, la lógica de la omisión de garante, si bien es la de la infracción de un deber de actuar, también es, en su fondo, una lógica de imputación de resultado. Se trata, en definitiva, de una categoría construida para supuestos que, en palabras de su propio creador (*ibidem*, pág. 73, nota 186 bis): “siendo más graves que la infracción de deberes de solidaridad mínima, no dan lugar a comisión por omisión”. Es decir, lo decisivo de esta tesis es que solo puede plantearse en relación con delitos en los que cabe la aplicación del art. 11 CP y estos son, únicamente, los delitos de resultado material. El tipo penal del art. 408 CP, sin embargo, no constituye un tipo de resultado material, sino que su resultado, desde nuestra concepción personal es de lesión, y, en todo caso, formal.

Por consiguiente, la realización de la omisión tipificada en el art. 408 CP por meros particulares carece de relevancia penal, convirtiendo a este delito, como se verá con mayor detenimiento, en especial propio. De hecho, precisamente, un delito de omisión pura *stricto sensu* lo constituiría, de estar tipificado, el correlativo común a este, a saber: un delito de omisión del deber cívico de promover la persecución de los delitos. Deber que, en el caso de los particulares, se extiende exclusivamente al papel de colaboradores puntuales con la Administración de Justicia que les confiere la LECrim en su art. 259 cuando establece su obligación de denunciar cualesquiera delitos públicos de los que tuvieran conocimiento (o, lo que es lo mismo, su deber de comunicación de la *notitia criminis* a los funcionarios competentes para la verdadera persecución de tales delitos).

A nuestro texto punitivo, sin embargo, solo le importa la dejación de la labor pública de persecución delictiva en la que incurran los funcionarios a los que se confía el buen hacer (o el correcto desarrollo) de la misma⁴³². Son estos los que realmente tienen capacidad para lesionar el bien jurídico que busca preservar el art. 408 CP, a saber: el principio de legalidad procesal. A nuestro modo de ver, lo cierto es que los particulares, por su papel más secundario y complementario en la función pública de perseguir los delitos, cuando incumplen su deber de denuncia, no puedan llegar a causar una lesión al bien jurídico protegido, sino, como máximo, su puesta en peligro⁴³³.

He ahí la clave para entender una de las diferencias esenciales que la figura delictiva recogida en el art. 408 CP presenta con respecto a las omisiones de garante en su concepción original y, asimismo, con la figura de la comisión por omisión tal y como viene regulada por el art. 11 CP. En su concepción original, la calificación de “omisiones de garante” de los arts. 195.3 y 196 CP sirve para posibilitar estructuras de imputación intermedias para el caso de que, de las omisiones en ellos recogidas, se deriven resultados materiales lesivos para la vida o la integridad física (es decir, lesiones o muerte). A través

⁴³² Como expresa SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P., “Funcionario que no promueve...”, *cit.*, pág. 1066: “la conclusión entonces se presenta fácilmente: no se trata de un deber basado en razones de solidaridad intersubjetiva. Su exigencia sólo tiene sentido para sujetos cualificados por la presencia de una función, la de perseguir delitos; por lo que el artículo 408 sería la plasmación penal de dichos deberes, que dejan de existir como tales en cuanto desaparece la cualificación propia de la función y nos encontramos ante un particular”.

⁴³³ Ello cohonesta bien con una afirmación, pacífica en el derecho procesal penal español, que expresa muy sintéticamente DEL RÍO LABARTHE, G., “Tema 1. El proceso penal. Funciones”, en *Derecho Procesal Penal*, con ASENCIO MELLADO, J.M. (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2024, pág. 27: “a diferencia del proceso civil –titularidad del derecho ejercitado– el derecho a penar del Estado se construye en base a la idea de que es el Estado y no los particulares, quien ostenta el deber de perseguir el delito. Esto es consecuencia (...) de la conceptualización del delito como un fenómeno de naturaleza pública”.

de tales preceptos, se limitaría el llamado “pensamiento de la injerencia”, reduciendo el excesivo rigor punitivo de este y evitando que siempre que se produzcan aquellos resultados se tenga que recurrir al art. 11 CP, esto es, a la atribución de los mismos al omitente en calidad de comisión por omisión. De este modo, las omisiones de garante permitirían castigar al sujeto más gravemente que por una mera omisión pura, atendiendo a la posición de garantía que ostenta en relación con los valores protegidos, pero sin llegar a hacerle responsable penalmente de las lesiones o muertes ocasionadas⁴³⁴.

Empero, mientras que es aceptado de manera pacífica que la comisión por omisión (el extremo de dicho *continuum* en cuyo centro se hallarían las omisiones de garante) solo puede articularse en relación con delitos de resultado material, el delito de omisión del deber de promover la persecución de delitos es, según nuestro planteamiento, un delito de lesión y de actividad, cuyo resultado tiene naturaleza formal o jurídica, no material. La omisión sancionada en el art. 408 CP produce una serie de efectos adversos o dañosos para el principio de legalidad procesal, y, por ende, indirectamente, para la Administración de Justicia y el *ius et procedatur* de las potenciales víctimas de un delito. Semejantes perjuicios conforman el resultado lesivo ocasionado a través de la conducta típica de no promover la persecución de los delitos⁴³⁵.

Las reflexiones anteriores han servido para conducirnos a dos conclusiones: en primer lugar, que el tipo penal del art. 408 CP posee aspectos en común tanto con los delitos de omisión pura como con los de comisión por omisión, sin llegar a identificarse plenamente ni con uno ni con otro. En segundo lugar, que el delito objeto de análisis se diferencia esencialmente de los recogidos en los arts. 195.3 y 196 CP, a partir de los cuales construyó SILVA SÁNCHEZ su teoría de las omisiones de garante. De tal manera que, si queremos ser fieles a la definición que este autor creó para tales omisiones típicas intermedias, deberemos reconocer que la misma no engloba (no puede englobar) al delito de omisión del deber de promover la persecución de delitos. En suma, la significación real de esta categoría es, en nuestra opinión, más modesta de lo que gran parte de la doctrina reconoce,

⁴³⁴ MIRA BENAVENT, J., *Propuestas de solución en materia concursal en el ámbito del artículo 489 ter, párrafo tercero, CP 1973*, Valencia, 1995, inédito, págs. 105-108.

⁴³⁵ El hecho de que haya delitos como el art. 316 CP que usen verbos equivalentes en su significado a “dejar de”, sean omisivos y exijan un resultado de peligro, sirve como argumento para apoyar que el art. 408 CP se entienda como un resultado de lesión, puesto que no se ha señalado expresamente como en aquel que se adelantan las barreras de intervención penal para castigar el mero peligro, y obviamente tampoco cabe aceptar la alternativa de que no se exija resultado ni lesivo ni de peligro (esto sería inconcebible en nuestro derecho penal).

puesto que, lejos de explicar la realidad formada por algunos preceptos de nuestro Código penal, deja de lado la existencia de otros muchos que no comparten sus rasgos, pero que tienen en común con aquellos el que no participan íntegramente de las características de la omisión pura o de la comisión por omisión⁴³⁶.

En definitiva, los arts. 195.3 y 196 CP, en los que se basó el citado penalista para esbozar las omisiones de garante, son solo algunos de los ejemplos de omisiones de gravedad intermedia que nuestro Código penal recoge, pero desde luego, no son los únicos. Otros, como es el caso del art. 408 CP, participan de esa confusa situación que les confiere el no corresponderse completamente ni con los elementos definitorios de la omisión pura, ni con los de la comisión por omisión, pero no suponen una técnica de tipificación de conductas cuya gravedad aparece situada a medio camino entre la causación activa u omisiva de resultados materiales lesivos para la vida o la salud de las personas, y el mero dejar de socorrer a alguien en peligro. En palabras de SOLA RECHE, quien ya hace años esgrimió una crítica similar con respecto a las omisiones de garante:

“Esta ubicación intermedia sugiere una relación de continuidad (ora valorativa, ora estructural) entre varias figuras delictivas que, sin embargo, es excepcional: comisión por omisión (pura) en un extremo, omisión pura en el otro. El modelo sería el de la denegación de asistencia médica, donde sí parece haber homogeneidad entre los tres estadios, de los que ella misma sería el intermedio del artículo 196 entre el 195 y las correspondientes comisiones (puras) también de la Parte Especial. Sin embargo, esto no ocurre de la misma manera prácticamente en ningún otro caso”⁴³⁷.

B) Entonces, ¿qué clase de omisión se refleja en el art. 408? Acerca de las omisiones de gravedad intermedias: las tesis de HUERTA TOCILDO y GIMBERNAT ORDEIG

Hechas estas observaciones, queda todavía pendiente aclarar qué clase de omisión típica se halla presente en el art. 408 CP, una vez descartado que pueda caracterizársela como omisión de garante. Si bien hemos aseverado en varias ocasiones que dicho delito contiene una omisión típica situada en un punto intermedio de gravedad, y no coincidente íntegramente con las características de la omisión pura y la comisión por omisión,

⁴³⁶ El propio SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Derecho Penal. Parte General*, Civitas, Madrid, 2025, pág. 828, ha reconocido recientemente que su modelo de “omisiones de garante” no es aplicable a aquellas omisiones relativas a bienes jurídicos distintos de la vida y la salud en situaciones límites.

⁴³⁷ SOLA RECHE, E., “Delitos de omisión pura...”, *cit.*, pág. 1002.

¿significa esto que tal omisión pertenece a una tercera clase de omisiones punibles, distinta esencialmente a las dos que clásicamente han venido admitiéndose? O, expresado de otro modo, ¿sostenemos aquí una tesis tripartita o bipartita de las omisiones?

En síntesis, uno de los principales problemas que se plantean al abordar el análisis de las omisiones de gravedad intermedia es cuál es la forma correcta de perfilar la incriminación de las mismas: si como degradación de la comisión por omisión, como agravación de la omisión pura⁴³⁸, y en todo caso, si como submodalidades de estas o, por contra, constitutivas de una tercera clase.

En nuestro caso, aunque creemos que continuar hablando de “omisiones de gravedad intermedia” resulta de innegable utilidad, por cuanto ayuda a entender la peculiar situación en la que se hallan ciertos tipos penales omisivos (como el art. 196 CP o el art. 408 CP), no consideramos que mantener dicha terminología obligue necesariamente a defender una concepción tripartita de las omisiones punibles. Ello por cuanto consagrar una tercera tipología de omisiones encierra el riesgo de reproducir los mismos errores que a menudo acompañan a las tradicionales formas de omisión: la rigidez en la definición de las categorías y la delimitación de las mismas por medio de requisitos puramente formales⁴³⁹. Debido a tales motivos, parece mejor mantener una concepción bipartita de las omisiones típicas que permita reconducir el conjunto de omisiones de gravedad intermedia existentes a la omisión pura y a la comisión por omisión.

Así, seguimos el ejemplo de HUERTA TOCILDO, quien mantiene precisamente una tesis bipartita de las omisiones punibles, pues pese a apoyar la referencia a ciertas omisiones como “omisiones de garante”, insiste en que las mismas serían reconducibles al grupo de los delitos de omisión pura, de los que no constituyen sino modalidades agravadas. Mientras tanto, esas omisiones de garante con resultado de lesión o de peligro concreto, legalmente ya configuradas o por configurar, vendrían a ser variantes atenuadas de los delitos de comisión por omisión, toda vez que, al igual que sucede en estos últimos, el deber de actuar en evitación de un resultado típico no se impondría en ellas con carácter general sino exclusivamente a un grupo restringido de personas y, también como en

⁴³⁸ SOLARECHE, E., “Delitos de omisión pura...”, *cit.*, pág. 1003.

⁴³⁹ Un ejemplo de esto último lo proporcionarían las posturas que han pretendido distinguir a la omisión pura de la comisión por omisión con base en que la primera se corresponde con los delitos de mera actividad y la segunda con los de resultado. Aunque en la presente tesis doctoral no podemos detenernos a estudiar los motivos por los que tales criterios distintivos entre clases de omisiones son inadecuados, nos remitimos a GIMBERNAT ORDEIG, E., “La distinción entre los delitos propios...”, *cit.*, pág. 680 y ss.

aquellos, la conducta únicamente sería sancionable cuando supusiera la no evitación de un resultado de lesión o de peligro concreto⁴⁴⁰.

De acuerdo con la insigne penalista, estas últimas modalidades típicas se corresponderían con los llamados por ella “delitos de omisión y de resultado”, que, lejos de constituir un *tertium genus* de categorías de delitos omisivos, únicamente se diferenciarían de los ilícitos de comisión por omisión en el dato externo (formal) de su distinta forma de previsión legal, pues mientras que los delitos de comisión por omisión carecen por lo general de un tipo propio y específico que los recoja, debiendo acudirse en consecuencia para su tipificación a una combinación de la cláusula general del art. 11 CP con la norma de la parte especial en la que se describe el correspondiente delito comisivo, los delitos de omisión y resultado como el señalado gozan de concreta descripción legal⁴⁴¹.

Otra aportación fundamental en este ámbito la proporciona GIMBERNAT ORDEIG. Para el citado penalista, la distinción entre la omisión pura y la comisión por omisión que, además, logre superar el empleo de criterios meramente formales, pasa por comprender, primeramente, que a la omisión propia lo que se le imputa siempre es el riesgo no disminuido por la no ejecución de la acción exigida, por lo que la esta omisión constituye, por consiguiente, y solo, un delito de peligro⁴⁴². En segundo lugar, defendiendo un criterio ecléctico (formal y material) de distinción, el autor opta por calificar como comisión por omisión en sentido amplio a todo aquella omisión (esté o no el comportamiento pasivo descrito en la parte especial) en que el omitente tiene una especial relación de garantía con el bien jurídico amenazado, reservando el término de omisión propia para aquellas (todas tipificadas en la parte especial del Código penal) en las que el omitente es una persona cualquiera, desvinculada del interés en peligro, y a la que el Código penal le obliga, si ello le es posible, a reducir dicho peligro. Por último, en tercer lugar, señala que

⁴⁴⁰ HUERTA TOCILDO, S., *Principales novedades...cit.*, págs. 28-29.

⁴⁴¹ HUERTA TOCILDO, S., *Principales novedades...cit.*, pág. 70.

⁴⁴² GIMBERNAT ORDEIG, E., “La distinción entre los delitos propios...”, *cit.*, pág. 695: “el omitente de socorro únicamente responde por el peligro no reducido de salvar la vida del desamparado o de preservar su salud, que habría disminuido, en efecto, si aquel hubiera avisado a una ambulancia para auxiliar al accidentado o al infartado, o se hubiera arrojado al mar o hubiera tendido la mano para intentar salvar a quien se debatía en aguas turbulentas o a quien estaba a punto de despeñarse por un terraplén, de la misma manera que al omitente del deber de evitar determinados delitos (otro supuesto indubitado de omisión propia, tipificado en el art. 450 CP) solo se le puede imputar la no-disminución del riesgo de asesinato, porque no ha ejecutado la acción exigida de alarmar, por ejemplo, a la policía, para tratar así de evitar la comisión de ese delito contra la vida”.

dentro de la comisión por omisión en sentido amplio puede todavía distinguirse entre dos subclases: la comisión por omisión en sentido estricto y la comisión por omisión expresamente tipificada. Mientras que dentro de la primera habría que incluir únicamente aquellos comportamientos pasivos equivalentes a una acción que no han sido descritos expresamente por el legislador (solo a ellos les será aplicable la cláusula del art. 11 CP), en la comisión por omisión expresamente tipificada se integrarían todas aquellas en las que, dado que el legislador ha descrito explícitamente sus características, no les es aplicable el art. 11, y su estudio es objeto de la parte especial del Código⁴⁴³.

Pues bien, vistas las tesis de HUERTA TOCILDO y GIMBERNAT ORDEIG, hemos de comenzar nuestro comentario acerca de la clase de omisión tipificada en el art. 408 CP partiendo de que tiene sentido que este haya sido tradicionalmente entendido como un tipo de omisión pura y de peligro, pues ha tendido a tomarse como bien jurídico el correcto funcionamiento bien de la Administración Pública, bien de la de Justicia, contemplándose aquel como un delito cuya esencia radica en que el sujeto no ha disminuido la probabilidad de lesión sobre dichas administraciones. Sin embargo, en nuestra construcción teórica, el bien jurídico es otro directa e inmediatamente lesionable por el funcionario omitente, lo que nos ha llevado a calificar al art. 408 CP como un tipo de lesión en relación con el principio de legalidad procesal. Y esto, evidentemente, tiene consecuencias relevantes de cara a calificar la omisión presente en el tipo penal que nos ocupa.

En efecto, como asevera JESCHECK, en los delitos impropios de omisión se le impone al garante el deber de evitar el resultado, de manera que este pertenece al tipo y sobre el garante que infringe su deber de impedir el resultado se hace recaer la responsabilidad jurídico-penal por ese resultado no impedido⁴⁴⁴. Y, ciertamente, en el delito de omisión del deber de promover la persecución de los delitos se responsabiliza al funcionario omitente de un resultado lesivo, que pertenece al tipo, y que podría haber impedido cumpliendo con su deber conforme a la legalidad. Así, insistimos en que, contrariamente a lo que ha solido defenderse, se castiga al funcionario por la lesión del

⁴⁴³ *Ibidem*, págs. 705-706.

⁴⁴⁴ JESCHECK, H.H., “Problemas del delito impropio de omisión desde la perspectiva del derecho comparado”, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 59, 1993, Traducción de MANZANARES SAMANIEGO, J.L., pág. 13.

principio de legalidad procesal, la cual deriva del quebranto de sus obligaciones en relación con la persecución de los delitos.

En definitiva, haciendo nuestras las reflexiones de HUERTA TOCILDO y GIMBERNAT ORDEIG, y trasladándolas al ámbito del tipo penal que nos ocupa, entendemos aquí que el art. 408 CP se distancia en realidad de las omisiones puras (a las que siempre ha sido asociado) y se alinea en mayor medida con los delitos de omisión y resultado, en palabras de HUERTA TOCILDO. Los cuales, además, según el esquema propugnado por esta y, aunque con ciertas diferencias, por GIMBERNAT ORDEIG, formarían parte, si bien de manera amplia, de los delitos de comisión por omisión. Y ello debido a que, al funcionario que deja de promover la persecución de un delito, se le castiga por el resultado de lesión que tal dejación ocasiona al principio de legalidad procesal. Así pues, el hecho de que nos hallemos ante un delito en el que ocupa un papel preminente la posición de garantía del autor (que debe ser un funcionario público especialmente encargado de la persecución de los delitos), unido a su naturaleza, correspondiente a un delito de lesión, impiden, según el esquema defendido por ambos autores, al que nos sumamos, calificar al art. 408 CP como un delito de omisión pura.

Resulta extraña, innegablemente, la asociación aquí efectuada entre la figura de la comisión por omisión y un delito como el del art. 408 CP, de mera actividad y cuyo resultado es meramente de lesión formal. Verdaderamente, solo los delitos de resultado material encajan de forma indubitada en la cláusula general de incriminación de la comisión por omisión recogida en el art. 11 CP⁴⁴⁵. Sin embargo, ajena a dicha disposición general no escasea la tendencia legislativa a acuñar tipos penales que sancionan omisiones de gravedad intermedia que, igual que en el tipo penal que nos ocupa, otorgan una importancia visible a la posición de garantía del omitente y exigen un determinado resultado formal de lesión o de peligro.

De hecho, el propio GIMBERNAT ORDEIG se refiere al hecho de que nuestro texto punitivo prevé expresamente, en algunos supuestos “delitos omisivos impropios en los que a determinados garantes que no realizan la acción exigida se les hace responder por la lesión de un bien jurídico”, y cita, entre estos, a modo de ejemplo, insistimos, varios tipos penales de funcionarios públicos en los que la lesión que entiende que se produce

⁴⁴⁵ Si bien SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Derecho penal...cit.*, pág. 825, aprecia que es dudoso que el art. 11 CP excluya a los delitos de mera actividad, pues, de acuerdo con este autor, estos también consisten en la producción de un resultado, que es la actividad en sí.

es de tipo formal o jurídico, y no da lugar a un resultado material⁴⁴⁶. Asimismo, HUERTA TOCILDO llega a proclamar el carácter comisivo omisivo del art. 409 CP, al concluir que la posición de garantía en él tipificada, unida al hecho de que se requiere para su verificación un resultado de peligro concreto, alejan a tal tipo penal del esquema de las omisiones puras⁴⁴⁷.

Pues bien, nada obsta, desde nuestro punto de vista, a que semejantes razonamientos sean extendidos al caso particular del tipo de omisión del deber de perseguir delitos. Sin ir más lejos, en la doctrina, TOMÁS-VALIENTE parece defender, en principio, una conclusión similar, pues señala que, de forma diferente a lo que ocurre en el art. 412.3 CP (referido a la omisión del deber de evitar delitos), el art. 408 CP, que castiga omitir poner en marcha los mecanismos de persecución de un delito ya cometido, se aproxima a una suerte de encubrimiento en comisión por omisión⁴⁴⁸. Además, a favor de la tesis expuesta puede también argumentarse que si el abandono de destino para dejar de perseguir delitos y la omisión de persecución delictiva se hubieran recogido en un mismo tipo penal (al estilo de otros tipos penales como los de los arts. 320.1, 329.1 CP o el art. 143 LOREG), no habría dudas acerca del carácter comisivo omisivo del delito que nos ocupa. En definitiva, por el solo hecho de hallarse divididos en dos preceptos distintos, esto es, en los arts. 407 y 408 CP (cosa que creemos que se ha debido al deseo de castigar aparte y más duramente el abandono del destino para no evitar delitos y para no perseguirlos), no consideramos que cambie la naturaleza de la omisión típica presente en el delito.

III. LA ACCIÓN ESPERADA: PROMOVER LA PERSECUCIÓN DE LOS DELITOS DE LOS QUE SE TENGA NOTICIA O DE SUS RESPONSABLES

⁴⁴⁶ GIMBERNAT ORDEIG, E., “La distinción entre los delitos propios...”, *cit.*, pág. 695. Así en el art. 414.1 CP (equiparación entre la conducta del funcionario que activamente destruye los medios puestos para impedir el acceso a los documentos que custodia y la omisión de impedir que otros los destruyan); art. 415 CP (equivalencia entre la acción del funcionario que accede a documentos secretos y la omisión de impedir el acceso por parte de otros); art. 432 CP (equiparación entre la acción de sustraer caudales públicos y tolerar que otros los sustraigan); art. 467.2 CP (tipificación conjunta del comportamiento del abogado o procurador que, “por acción u omisión”, perjudiquen los intereses que se les han encomendado); art. 537 CP (equiparación de la conducta del funcionario consistente en impedir la asistencia de abogado al detenido con la no información a éste de sus); y art. 601 CP (funcionario que permite, por imprudencia grave, que otras personas conozcan materias reservadas o secretas).

⁴⁴⁷ HUERTA TOCILDO, S., *Principales novedades...cit.*, pág. 72, nota 25.

⁴⁴⁸ TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., “La responsabilidad omisiva...”, *cit.*, pág. 210

1. Ámbito típico del delito de omisión del deber de promover la persecución de delitos

1.1. Estudio del debate existente en la doctrina española

En apartados anteriores hemos estudiado qué sentido debe dársele, a nuestro juicio, al verbo típico “dejar de promover” y qué complicaciones introduce su carácter omisivo en el art. 408 CP. No obstante, no podemos perder de vista que solo es posible “dejar de hacer” una actividad determinada. Únicamente definiendo en qué consiste tal actividad, y aclarando cuándo puede dársele por completada o ejercitada exitosamente, sabremos también cuándo se deja de hacerla, es decir, en qué momento puede considerarse que el sujeto obligado a su realización se ha abstenido verdaderamente de su puesta en práctica o de su debida ejecución. Tal circunstancia resulta consustancial al propio concepto de delito omisivo, puesto que, como expresan MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN: “la comprobación de que alguien ha omitido una acción que podía haber realizado es todavía insuficiente para generar un juicio de desaprobación sobre la omisión (...) Omitir es un verbo transitivo, siempre se omite algo. La omisión penalmente relevante solo puede ser, pues, la omisión de una acción esperada”⁴⁴⁹.

Pues bien, de la lectura del art. 408 CP se desprende que la expectativa de actuación inherente al mismo que el ordenamiento jurídico ostenta frente al funcionario público consiste en que este promueva la persecución de los delitos de los que tuviere noticia o de sus responsables. Sobre la situación típica que debe verificarse para que nazca semejante deber nos pronunciaremos más adelante. Por ahora, nuestro objetivo será únicamente el de aclarar en qué se concreta el deber de promover la persecución de los delitos y cuándo puede darse este por cumplido.

Lo cierto es que el sentido que cumple el término “promover” en el art. 408 CP no ha sido, en general, cuestionado. El Diccionario de la Real Academia Española define este verbo como “impulsar el desarrollo o la realización de algo”. Y es este el significado que suele asociarse también al empleo de “promover” en el tipo penal que nos ocupa. Ese “algo” cuyo desarrollo o realización se estaría impulsando es, evidentemente, la

⁴⁴⁹ MUÑOZ CONDE, F., GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pág. 204.

persecución de los delitos o de sus responsables, de manera que habría que entender “promover”, tal y como expresa TORRES FERNÁNDEZ, en calidad de toda aquella actividad dirigida a conseguir un objetivo, por lo que su omisión se relaciona con la ineficacia, esto es, con la frustración de ese objetivo⁴⁵⁰. Por su parte, RUBIO LARA relaciona “promover” con “iniciar”, alegando que dicho término se aplica en nuestro ordenamiento jurídico a la realización de una actividad procesal continuada, propia de quien es parte en el proceso y lo impulsa como portador de un interés que se ventilará en él⁴⁵¹. El resto de la doctrina, aunque parece compartir estas ideas, omite toda mención acerca del verbo “promover”, tratándolo, de este modo, como a un elemento típico superfluo. En cualquier caso, lo que queda claro es que, por lo general, “promover” no pasa de ser comprendido como un verbo cuya sola finalidad es la de complementar al verdadero núcleo de la acción esperada connatural al tipo penal que nos ocupa, y que se refiere a la persecución de los delitos o de sus responsables.

Más polémica ha resultado, precisamente, la tarea de clarificar la esencia de la expresión típica “persecución de los delitos (...) o de sus responsables” que aparece en el art. 408 CP. La principal dificultad a la que se ha enfrentado dicha pretensión delimitadora ha radicado en la controvertida cuestión de la distinción entre este tipo penal de aquellos otros delitos que sancionan la omisión del deber de impedir o evitar ciertos delitos, esto es, los arts. 412.3 y 450 CP. La innegable conexión entre todos estos preceptos, destinados a reprimir penalmente ciertos supuestos de pasividad funcional ante el fenómeno criminal, ha llevado a menudo a la confusión o identificación de sus ámbitos típicos, tratándolos como delitos relacionados mutuamente por lazos de especialidad y subsidiariedad, cuyos verbos típicos, a pesar de sus evidentes diferencias, funcionarían como sinónimos. En consecuencia, actualmente se manejan en nuestra doctrina dos posturas alternativas con respecto al significado que debe otorgársele a la función pública de persecución de los delitos, cuyas conclusiones dependen indisolublemente de las alcanzadas acerca de la relación del art. 408 CP con los tipos de no evitación de delitos y de los marcos de tutela penal de unos y otros.

En primer lugar, el tenor dominante de nuestra doctrina ha consistido en interpretar que el deber de persecución de los delitos se corresponde, *stricto sensu*, únicamente con

⁴⁵⁰ TORRES FERNÁNDEZ, M.E., “La omisión de perseguir delitos...”, *cit.*, pág. 1771.

⁴⁵¹ RUBIO LARA, P.A., “Delito de ausencia...”, *cit.*, pág. 3.

la obligación de actuar procesalmente contra una persona cuando existen indicios racionales que apuntan a su intervención en un hecho delictivo. O, dicho de otra manera, con el deber de ciertos funcionarios de iniciar el proceso penal para investigar el presunto delito cometido y ya consumado por un tercero y averiguar la posible responsabilidad de uno o varios sujetos.

Semejante interpretación resulta, desde luego, más coherente con la definición que, de nuevo, el Diccionario de la Real Academia Española brinda cuando se aproxima al verbo perseguir: “proceder judicialmente contra alguien y, por ext., contra una falta o un delito”. Además, como se ha señalado, esta es la postura mayoritariamente defendida en nuestra doctrina, siendo muchos los autores que se han pronunciado expresamente a favor de la misma, exponiendo sus cualidades frente a la posición teórica alternativa que a continuación se mencionará.

Verbigracia, TOMÁS-VALIENTE, al manifestarse sobre el ámbito objetivo del art. 412.3 CP (en el cual se emplea el verbo “evitar”), aclara que “en principio, los círculos de tipicidad de los arts. 412.3 y 408 son diferentes: el primero se refiere a la falta de intervención ante delitos de inmediata o actual ejecución, y el segundo abarcaría omitir poner en marcha los mecanismos de persecución de un delito ya cometido”⁴⁵². Igualmente, COCA VILA parte, en su investigación sobre el uso de armas por agentes policiales, de que la evitación del delito no consumado parece quedar fuera del art. 408 CP, siendo esta, a su modo de ver, la solución más adecuada⁴⁵³. También REBOLLO VARGAS señala que el momento de la consumación es la mayor diferencia reseñable entre los arts. 408 y 450 CP (y consecuentemente, también con el art. 412.3 CP), puesto que, mientras que la omisión del art. 450 está referida a impedir un delito, tratándose de una omisión “*ex ante*” a la consumación; la del art. 408 CP es una omisión “*ex post*” a un delito ya consumado, en tanto que en ella se deja de promover la persecución de un delito que ya

⁴⁵² TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., “La responsabilidad omisiva...”, *cit.*, pág. 209.

⁴⁵³ COCA VILA, I., “Tirar a matar en cumplimiento de un deber. Una aproximación al fundamento y límites de los deberes positivos de protección policial”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 19-24, 2017, pág. 25: “pese a que la evitación del delito no consumado pareciera quedar fuera del tipo del art. 408 CP, lo cierto es que los tribunales españoles han recurrido al mismo en no pocas ocasiones para sancionar la omisión del agente de policía que permite pasivamente la consumación de un hecho ilícito (...) más concretamente, estimo necesaria una modificación del art. 408 CP de suerte que únicamente encuentren cabida en él las omisiones de los agentes de policía que dejen de promover la persecución de delitos ya consumados”.

ha tenido lugar⁴⁵⁴. En el mismo sentido se manifiestan CÓRDOBA RODA⁴⁵⁵, RUBIO LARA⁴⁵⁶, PORTILLA CONTRERAS y POMARES CINTAS⁴⁵⁷, así como SÁNCHEZ-OSTIZ⁴⁵⁸, todos los cuales se adscriben a esta primera postura.

En segundo lugar, contrariamente a la posición recién expuesta, otra tesis parte de que la persecución de delitos, a los efectos del art. 408 CP, debe comprenderse de forma laxa, abarcando no solo la obligación de actuar jurídicamente contra el sujeto que ha delinquido, sino también la actividad policial de evitar la consumación de delitos flagrantes. Según esta teoría, defendida principalmente por TORRES FERNÁNDEZ, los verbos “impedir” o “evitar” que emplea nuestro texto punitivo en sus arts. 407, 412.3 y 450 CP, serían sinónimos de “perseguir”, empleado en los arts. 407 y 408 CP. En definitiva, para la presente autora, la expresión “persecución de delitos” alude también “a la tarea de evitar o impedir la comisión de infracciones penales, antes de que se produzcan o en el momento en el que se están cometiendo para evitar que se lleguen a consumir”⁴⁵⁹.

Otros autores parecen adherirse a esta concepción significativamente más amplia de la expresión típica “persecución de los delitos” esbozada por TORRES FERNÁNDEZ. Así QUERALT JIMÉNEZ, califica al art. 408 CP como un delito especial impropio, habida cuenta de que el referente genérico del mismo se encuentra en los arts. 450 y 451 CP (omisión del deber de impedir delitos y encubrimiento), así como en los arts. 298 y ss. CP (delito

⁴⁵⁴ REBOLLO VARGAS, R., “La omisión...”, *cit.*, pág. 42.

⁴⁵⁵ CÓRDOBA RODA, J., “Arts. 404...”, *cit.*, pág. 1933.

⁴⁵⁶ RUBIO LARA, P.A., “Delito de ausencia...”, *cit.*, pág. 3.

⁴⁵⁷ PORTILLA CONTRERAS, G., POMARES CINTAS, E., “Delitos de abandono...”, *cit.*, págs. 174-175 y 180.

⁴⁵⁸ Todo el pensamiento del presente penalista se construye en torno a la tesis de que el delito de omisión del deber de promover la persecución delictiva, como el encubrimiento, es una conducta postejecutiva, un delito creado por el legislador para sancionar aquellas conductas que favorezcan impedir que la situación jurídica creada por un delito previo, ya consumado, se vea re-estabilizada. Especialmente analiza esta cuestión en: SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P., “Funcionario que no promueve...”, *cit.*, págs. 1047-1082; SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P., *El encubrimiento como delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998; SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P., *¿Encubridores o cómplices?: contribución a una teoría global de las adhesiones postejecutivas*, Civitas, Madrid, 2004; SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P., *Los delitos de encubrimiento: contribución a una teoría global de las adhesiones postejecutivas*, Grijley, Lima, 2005.

⁴⁵⁹ TORRES FERNÁNDEZ, M.E., “La omisión de perseguir delitos...”, *cit.*, pág. 1771. La presente autora reconoce, no obstante, la ligereza del legislador en el empleo de los vocablos “perseguir” e “impedir”, y admite que esto “puede ser fuente de incoherencias y dificultades para la definición del ámbito típico, que se hubieran evitado con una mínima coordinación en la redacción de ambos preceptos y el uso del vocabulario de acuerdo con su sentido preciso”.

de receptación)⁴⁶⁰. E, igualmente, en sentido similar se pronuncian ESQUINAS VALVERDE⁴⁶¹, POLAINO NAVARRETE⁴⁶² y MORILLAS CUEVA⁴⁶³.

En suma, como ha podido observarse, con excepción de algunos autores, la mayor parte de la doctrina penalista identifica al art. 408 CP como un delito especial propio, cuyo ámbito típico dista de coincidir con el de otros delitos y especialmente con el de los arts. 450 o 412.3 CP, esto es, con figuras típicas que se refieren a la omisión del deber de impedir delitos. De tal manera que la persecución de los delitos aparece configurada, según este sentir doctrinal dominante, como una labor distinta a la de evitación de los mismos, y cuyo eje gira en torno a la puesta en marcha del aparato procesal penal, dirigiéndolo frente a delitos ya consumados, para posibilitar su investigación y la depuración de las correspondientes responsabilidades penales de sus intervinientes.

Pues bien, sobre la cuestión de si nos alineamos a una u otra postura nos pronunciaremos en breve. Sin embargo, resta todavía pendiente analizar qué posición mantiene la jurisprudencia en torno a la misma.

1.2. Análisis de la posición del Tribunal Supremo

Para introducirnos en este importante aspecto de la aplicación del art. 408 CP, relativo al alcance atribuido jurisprudencialmente a la expresión “persecución de los delitos”, es menester tener en cuenta ciertas advertencias efectuadas por algunos miembros de la doctrina. Por un lado, COCA VILA manifiesta su suspicacia acerca de determinada forma en que tiende a aplicarse el tipo penal que nos ocupa y señala que “lo cierto es que los tribunales españoles han recurrido al mismo no en pocas ocasiones para sancionar la

⁴⁶⁰ QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho Penal...cit.*, pág. 1238.

⁴⁶¹ ESQUINAS VALVERDE, P., “Lección 29. Delitos contra la Administración Pública (I)”, en *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, con DE ESPINOSA CEBALLOS, E. (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, pág. 613, parece compartir esta tesis cuando afirma que el art. 450 CP resultaría de aplicación en caso de no haber cometido el delito el funcionario “faltando a la obligación de su cargo”, por lo que establece una relación de especialidad entre ambos preceptos.

⁴⁶² De manera más genérica, POLAINO NAVARRETE, M., “Lección 17. Introducción a los delitos contra la Administración...”, *cit.*, pág. 292, señala que la obligación del cargo quebrantada “ha de tener conexión con la prevención y la persecución de la criminalidad”.

⁴⁶³ MORILLAS CUEVA, L., “Lección 38. Delitos contra la Administración...”, *cit.*, pág. 873, quien considera incomprensible la diferencia penológica entre el art. 408 CP y el 450 CP, “cuando la identificación de las conductas en este precepto es todavía mayor con referencia al citado 450. La diferencia principal, la del sujeto activo del delito, no puede, no debe, servir para crear un tipo intensamente atenuado en cuanto a la sanción, cuando precisamente el que tiene la obligación directa y normativa de actuar para promover la persecución de los delitos es el funcionario público o autoridad, que contradictoriamente es el beneficiado de la tipificación especial”.

omisión del agente de policía que permite pasivamente la consumación de un hecho ilícito”⁴⁶⁴. Más detenidamente y alcanzando idéntica conclusión crítica, TOMÁS-VALIENTE analiza un conjunto de sentencias en el que puede constatar de forma clara que, con frecuencia, nuestros tribunales aplican el art. 408 CP a supuestos de no evitación policial de delitos próximos a ejecutarse, que se están ejecutando, permanentes o continuados⁴⁶⁵.

Cabe puntualizar que las advertencias descritas han sido formuladas, evidentemente, por autores que se adhieren a la primera de las posiciones antes examinadas con respecto al ámbito típico del art. 408 CP, en la cual se afirma el carácter independiente y autónomo de este último frente a las figuras de no evitación delictiva contenidos en los arts. 412.3 y 450 CP. Por supuesto, para aquellos otros penalistas que asumen la identidad de ámbitos típicos entre el art. 408 CP y los arts. 412.3 y 450 CP, sumándose así a la línea doctrinal defendida por TORRES FERNÁNDEZ, no resulta irregular que se lleve a cabo tal identificación jurisprudencial entre los ámbitos de dichos preceptos.

Sin embargo, más allá de que se comparta una u otra postura doctrinal, es innegable que, efectivamente, existe una acusada tendencia jurisprudencia a confundir los ámbitos típicos de los arts. 408, 412.3 y 450 CP. Especialmente dentro de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, tal tendencia es fácilmente constatable. Podría parecer, en consecuencia, que este se alinea a la postura doctrinal que insiste en equiparar los verbos típicos “impedir” o “evitar” con “promover la persecución”. Sin embargo, al contrario que los autores partidarios de dicha postura, y especialmente que TORRES FERNÁNDEZ, la jurisprudencia no mantiene uniformemente semejante tesis, pues en algunas resoluciones la descarta, declarándola errónea, e, incluso en las que la asume como propia no la desarrolla teóricamente, abordándola como si de una cuestión completamente pacífica se tratase.

En síntesis, a través del análisis de un conjunto de sentencias, a las que enseguida nos referiremos, puede apreciarse una notoria falta de regularidad en la aplicación judicial del art. 408 CP, en lo que a la delimitación de su ámbito típico y a la distinción del mismo de los arts. 412.3 y 450 CP se refiere. Así, se sostiene una u otra postura en función del caso

⁴⁶⁴ COCA VILA, I., “Tirar a matar...”, *cit.*, pág. 26. Ello le lleva a proponer, a efectos de conseguir una mayor seguridad jurídica y evitar tal aplicación, a su parecer, inadecuada: “una modificación del art. 408 CP de suerte que únicamente encuentren cabida en él las omisiones de los agentes de policía que dejen de promover la persecución de delitos ya consumados”.

⁴⁶⁵ TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., “La responsabilidad omisiva...”, *cit.*, pág. 209 y ss.

concreto, sin seguir, aparentemente al menos, criterios claros. E incluso, lo que puede inferirse de la mayor parte de dichas sentencias es que el decantarse por una u otra postura teórica suele perseguir o, como mínimo, terminar conduciendo a un resultado sobreprotector de los funcionarios públicos, especialmente de los policiales, que pone de manifiesto un verdadero Derecho penal del amigo en la forma de castigar la pasividad funcional ante el fenómeno criminal, sobre todo en relación con delitos de tráfico de drogas y de contrabando⁴⁶⁶.

De hecho, por lo general, la confusión típica entre la omisión de no evitar delitos y la de no perseguirlos del art. 408 CP se produce en relación con escenarios caracterizados por los siguientes rasgos: una red activa de narcotráfico o dedicada al contrabando de sustancias ilegales, más o menos consolidada, presta sus servicios (normalmente dedicados al almacenaje, distribución y venta de estupefacientes, aunque en ocasiones también a su fabricación) con el conocimiento absoluto y la permisividad de uno o varios agentes policiales que, en la mayoría de casos, no solo permanecen impasibles sino que suministran a los traficantes información reservada procedente de las bases de datos policiales (por ejemplo, sobre cuándo se va a producir un registro que pueda afectarles), les prestan asesoramiento y consejos varios e incluso reciben de los mismos una contraprestación económica. Una vez conocido este hecho por las autoridades, los funcionarios policiales son enjuiciados y condenados por vía del art. 408 CP a penas de inhabilitación que normalmente ni siquiera se acercan al máximo contemplado por dicho precepto.

Semejante solución jurídica, más allá de que, como explicaremos en el próximo apartado, nos parece incorrecta, puesto que adelantamos ya que en la presente tesis doctoral nos adherimos a la postura doctrinal que entiende que la labor pública de persecución de los delitos abarca solo los cometidos por un tercero y ya consumados por el mismo (y no los que todavía pueden ser evitados), produce resultados punitivos inadmisibles y que evidencian la mencionada inclinación judicial a sobreproteger a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. En efecto, pues como se ha dicho, en

⁴⁶⁶ Sobre la noción de “Derecho penal del amigo”, véase, a título de ejemplo: QUERALT JIMÉNEZ, J.J., “Del derecho penal del amigo a la supresión del principio de legalidad”, en *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 138, 2007, págs. 119-140; y QUERALT JIMÉNEZ, J.J., “La reforma penal de 2003 y Derecho penal del amigo”, en *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal, Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón, Tomo II*, con CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., ORTS BERENGUER, E. (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 1159-1572.

gran parte de las sentencias consultadas puede observarse cómo los funcionarios policiales no se limitan a consentir pasivamente la actividad ilícita de tráfico de drogas o contrabando, sino que incluso contribuyen activamente a su éxito a través de prestaciones de ayuda que resultan indispensables para los propios miembros de la organización criminal y, aun así, son castigados únicamente por el tipo penal del art. 408 CP.

El caso enjuiciado por la STS de 2 de junio de 1994 da buena muestra de este fenómeno. Los hechos probados en instancia hacen referencia a una organización criminal dedicada al tráfico de sustancias estupefacientes de cuya actividad era plenamente conocedor un funcionario de la Policía Nacional que frecuentemente venía entrevistándose con los traficantes en el domicilio de uno de ellos e, incluso, una vez fue visitado por este en las dependencias policiales. Asimismo, se declara probado que el mencionado agente tenía perfecto conocimiento de las importantes operaciones de la familia, no obstante lo cual, no inició actuación alguna para su persecución e impidió que sus compañeros de grupo tuviesen noticias de los hechos. Pese a todo lo anterior —acreditativo de un comportamiento de fomento activo de la actividad ilegal de la organización por parte del agente—, sorprende la declaración final contenida en el relato de hechos, y que dice así: “no quedó acreditado en cambio que el indicado policía tomase parte activa en el tráfico ilegal en ninguna de sus formas ni tampoco que se lucrara del mismo”. Es con base en esta conclusión, precisamente, que se termina motivando la condena por omisión del deber de perseguir delitos (que en ese momento continuaba siendo una prevaricación omisiva tipificada en el art. 359 CP 1973).

Lo mismo sucede en la STS 470/2006, de 28 de abril, cuyos hechos probados aluden a una red dedicada al tráfico de heroína y cocaína que contaba en su funcionamiento con el beneplácito y permisividad de dos agentes policiales. La singularidad del supuesto enjuiciado es que, a cambio del silencio, uno de los traficantes prestaba labores de confidente policial. Si bien la información confidencial proporcionada fue útil en múltiples ocasiones, lo cierto es que los funcionarios llegaron incluso a dar consejos y suministrar datos reservados a los confidentes para que pudieran eludir la vigilancia policial y continuar cometiendo impunemente sus actividades delictivas. De nuevo, se castiga a los funcionarios policiales por la vía del art. 408 CP, si bien es cierto que el Tribunal Supremo, aun apoyando esta decisión, indica que más bien parece que nos

hallamos ante una participación de los agentes en los delitos de tráfico sobre los que la Audiencia se habría pronunciado condenatoriamente, pero de manera limitada⁴⁶⁷.

Igualmente, ese mismo año, ante los sucesos protagonizados por una familia que, junto a su negocio de restauración, distribuía tabaco de forma ilícita, así como por los miembros de la Guardia Civil destinados precisamente a las unidades de investigación Antidroga que conocían perfectamente dicha actividad y la permitían, la STS 330/2006, de 10 de marzo, ratifica la decisión de castigar a los agentes policiales señalados por un delito de omisión del deber de perseguir delitos.

Por su parte, la STS 1076/2006, de 27 de octubre, se centra en una red de narcotráfico de la que es conocedor un agente del Cuerpo Nacional de Policía. Uno de los integrantes de dicha red contactó con este último y le pidió que le informase de si estaba siendo investigado o vigilado policialmente por sus actividades delictivas. En respuesta, el funcionario policial comprobó la base de datos de la policía y le proporcionó información reservada a cambio de dinero en varias ocasiones. El agente fue condenado en instancia por los delitos de cohecho y omisión del deber de perseguir delitos. Sin embargo, el Tribunal Supremo, aunque en principio avala esta calificación, termina sosteniendo, de manera sorprendente, que “dogmáticamente no puede cometer ambas infracciones penales, pues la primera es más amplia y completa y absorbe esta última, de modo que se produce un concurso de normas, a resolver por el cauce del art. 8. 3º del Código penal, por lo que únicamente podrá ser sancionado por delito de cohecho, debiendo ser absuelto en segunda sentencia que ha de dictarse del delito de omisión del deber de perseguir delitos”.

Finalmente, la STS 34/2015, de 4 de febrero se pronuncia nuevamente acerca de una organización dedicada al narcotráfico que contactó con un inspector de Policía, recibiendo su colaboración a cambio de proporcionarle ocasionalmente labores de confidente policial. Múltiples conversaciones telefónicas acreditaron que el agente policial era conocedor de los planes concretos de la organización criminal y, en concreto, de que le habían hecho partícipe de su planificación de un delito de tenencia ilícita de

⁴⁶⁷ Aun siendo loable esta declaración, puede comprobarse cómo, lo máximo que el Tribunal Supremo concibe para castigar a los agentes que proporcionaron ayuda una y otra vez a la organización narcotraficante, es la participación en el delito de tráfico de drogas del art. 368 CP, el cual, como enseguida señalaremos, por la amplitud de su redacción en cuanto a la descripción de las conductas típicas se refiere, lleva a que prácticamente todos los que intervienen en el mismo sean considerados autores.

armas y del riesgo próximo de utilizar las mismas contra otras personas. Sin embargo, una vez más, el agente policial fue condenado en instancia a un año de inhabilitación especial por el art. 408 CP, ratificando posteriormente esta calificación jurídico-penal de los hechos el Tribunal Supremo, sin cuestionarla⁴⁶⁸.

Como ha podido observarse, en todos los casos expuestos se pronuncia el Tribunal Supremo sobre contribuciones policiales no puramente omisivas sino incluso activas (de suministro de información reservada, de consejos y ánimos constantes, etc.) a los miembros de organizaciones criminales. Es decir, ni siquiera nos encontramos ante supuestos en los que lo único que hace el agente policial es no evitar que los delitos sean consumados y tolerar su continuación, sino que, además, participa activamente en su desarrollo realizando contribuciones sustanciales. Por ello, teniendo en cuenta la redacción dada al delito de tráfico de drogas *ex art. 368 CP*, cuya delimitación de las conductas típicas alcanza todos los momentos del ciclo de la droga (siembra, cultivo, recolección y elaboración), así como también abarca cualquier modo de promover, favorecer o facilitar el consumo de las mismas y que, por tanto, determina que todos los intervinientes en el tráfico (aun tratándose de meros cooperadores necesarios) sean considerados autores⁴⁶⁹, extraña enormemente esta decisión jurisprudencial de subsumir los hechos relatados en el art. 408 CP⁴⁷⁰.

No obstante, esta última circunstancia, relativa al concepto extensivo de autor presente en la tipicidad del art. 368 CP, sí que es tomada en cuenta por unas pocas sentencias del Tribunal Supremo que revisan la calificación efectuada en instancia de supuestos en los que determinados agentes policiales han realizado conductas similares o idénticas a las descritas en las resoluciones que se han ido enumerando, y sí han sido

⁴⁶⁸ Recientemente, la SAP Almería 45/2024, de 5 de febrero, mantiene la línea seguida por el Tribunal Supremo en esta materia y condena únicamente por el tipo penal del art. 408 CP a dos agentes policiales que se encargaban del cobro mensual de los alquileres de una serie de viviendas en las que una organización criminal cultivaba ilegalmente marihuana, obteniendo por ello una comisión del 10% sobre el alquiler de estas.

⁴⁶⁹ Sobre el concepto extensivo o unitario de autor establecido en el tipo penal del art. 368 CP y aceptado por nuestra jurisprudencia véase: PEDREIRA GONZÁLEZ, F., “Capítulo Primero. El tipo básico. 1.6. Cuestiones comunes”, en *El delito de tráfico de drogas*, con ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 46 y ss.; FRIEYRO ELÍCEGUI, S., *El delito de tráfico de drogas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017; y PASTRANA SÁNCHEZ, M.A., *El control penal de las drogas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2024.

⁴⁷⁰ Y aun resulta más llamativa semejante calificación jurídico-penal de los hechos relatados en las anteriores sentencias por cuanto en el art. 369.1.1º CP se recoge una circunstancia agravante específica por cometerse el art. 368 CP por autoridad o funcionario público en el ejercicio de sus funciones.

correctamente castigados como autores de los delitos contra la salud pública, aunque, curiosamente, también del delito del art. 408 CP. Al entrar a examinar el Tribunal Supremo el recurso interpuesto frente a las mencionadas resoluciones, este muestra su acuerdo con dicha calificación jurídica de los hechos y, en particular, con la apreciación de autoría de los agentes (pese al evidente contraste que supone con la línea promovida por el mismo en las resoluciones recién estudiadas), aunque acertadamente absuelve por el art. 408 CP tras entender que al funcionario policial que comete un delito no puede exigírsele que promueva la persecución del mismo, puesto que ello le obligaría a autodenunciarse y a declarar contra sí mismo (art. 24.2 CE). Así ocurre en las SSTs 1669/2001, de 1 de octubre; 773/2013, de 22 de octubre; y 771/2015, de 2 de diciembre⁴⁷¹.

Comentario aparte merecen dos sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en las que el sujeto al que se consiente continuar realizando su actividad de tráfico o contrabando ilícito cumple funciones de confidente policial (SSTs 470/2006, de 28 de abril; 34/2015, de 4 de febrero). Sin ánimo de profundizar ahora en el análisis particular de esta problemática figura, caracterizada por la prácticamente nula regulación legal sobre su uso lícito y los límites de este, cabe destacar que, aunque el Tribunal Supremo ha aceptado su condición de fuente válida para el inicio de actividades policiales, también ha afirmado contundentemente que el recurso al confidente policial no puede erigirse en una “patente de corso” para la comisión impune de delitos por el mismo⁴⁷².

⁴⁷¹ Curiosamente, este no es el criterio seguido en la STS 712/2008, de 4 de noviembre, referida al funcionamiento de una red de narcotráfico que contaba con el beneplácito y la ayuda activa (facilitaba datos que obtenía de la base de datos de la policía judicial) de un agente de la Policía Nacional. A este último se le condenó tanto como autor de un delito de tráfico de drogas como autor de un delito de omisión del deber de promover la persecución de delitos. El TS avaló la condena por el art. 408 CP, tras afirmar que “el juicio histórico –tal como más arriba se transcribió–, no propicia duda alguna sobre la concurrencia de todos los elementos del delito, cuando describe la trama del plan urdido por el acusado”, sin hacer ningún tipo de referencia a la importante cuestión del autoencubrimiento.

⁴⁷² Así se dispone, sin ir más lejos, en la STS 470/2006, de 28 de abril, recién señalada. Acerca de la legitimidad de instituciones “premiales” véase el exhaustivo análisis efectuado por RUGARIVA, C., *Il premio per la collaborazione processuale*, Giuffrè, Milano, 2002, págs. 406 y ss., en las que el citado autor examina (con reflexiones que abordan no solo la regulación de esta figura en el ordenamiento jurídico italiano sino también, entre otros, en el español), “hasta qué punto debe la tutela penal tener en cuenta el punto de vista de la eficiencia”, concluyendo que esta sí debe ser tenida en cuenta y que ello no tiene por qué vulnerar (sino que incluso puede derivar en una mayor protección de) las garantías limitadoras del *ius puniendi* o de las funciones asociadas a la pena. Asimismo, más tarde, desarrolla esta misma cuestión en RUGARIVA, C., “La premialità nell’ordinamento penale”, en *Saggi in ricordo di Aristide Tanzi*, con V.V.A.A., Giuffrè, Milano, 2009, págs. 520-536. Ahora bien, aunque las conclusiones de índole político-criminal a las que llega el señalado penalista pueden resultar de aplicación a la figura del confidente policial en España e incluso servir para resaltar su potencial utilidad, téngase en cuenta que esta, a diferencia de otras figuras premiales procesales, no se halla expresamente regulada en el ordenamiento jurídico-penal ni procesal, lo que dificulta enormemente avalar su existencia y efectos.

Además, debe tenerse presente que el vacío normativo en lo que respecta a la regularización del confidente policial es suplido en la práctica policial con el llamado “rastreo de buena fe”⁴⁷³, referente a un conjunto de usos y prácticas protocolarias que el funcionario policial que se comunica con el confidente debe observar, entre las cuales se incluye informar al confidente de que no puede incitar ni promover la comisión de delitos, así como asegurarse de que no comete ningún hecho ilícito durante su colaboración⁴⁷⁴. Prácticas que no solo no fueron seguidas por los funcionarios policiales de las sentencias citadas, sino que estos llegaron a facilitar la actividad delictiva de los confidentes como incentivo para que no cesaran en su labor informativa, ayudándoles incluso a dirigir el aparato de la justicia contra sus competidores en el comercio de sustancias peligrosas para la salud pública.

Finalmente, cabe destacar que en pocas de las resoluciones judiciales consultadas el comportamiento del agente policial se limita a reaccionar pasivamente y a no hacer nada ante el delito flagrante descubierto. Pero incluso en estos supuestos, la pertenencia del funcionario policial a cuerpos especialmente encargados de reprimir la clase de delincuencia no evitada les podría colocar ya, muy justificadamente, en una posición de garantía que serviría para calificar su dejación de funciones como una auténtica participación omisiva⁴⁷⁵. Es el caso de las SSTS 330/2006, de 10 de marzo⁴⁷⁶ y 1273/2009, de 17 de diciembre⁴⁷⁷.

⁴⁷³ LAFONT NICUESA, L., “Algunas cuestiones sobre el confidente policial. Roma sí paga traidores”, en *Anuario Jurídico Villanueva*, núm. 12, 2018, pág. 240.

⁴⁷⁴ MARCHAL GÓMEZ, A.N., “Precisión terminológica en torno a la figura del confidente en el proceso penal”, en *Diario La Ley*, núm. 9083, 2017, pág. 5. Si bien el citado autor advierte de que no es infrecuente que tales protocolos se inobserven en ciertas unidades policiales, señala que en ese caso “es altamente probable que se cometan errores durante la colaboración que puedan acarrear la nulidad de actuaciones en el procedimiento penal, o incluso responsabilidad penal para el confidente y el funcionario de policía que colaboró”.

⁴⁷⁵ TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., “La responsabilidad omisiva...”, *cit.*, pág. 211.

⁴⁷⁶ STS 330/2006, de 10 de marzo: familia que junto a su negocio de restauración llevan a cabo la distribución ilícita de tabaco (contrabando). Su actividad era conocida y consentida en todo momento por miembros de la Guardia Civil destinados en grupos de investigación Antidroga y del Puerto. Los agentes policiales implicados fueron castigados en instancia a un año y tres meses de inhabilitación especial por el delito de omisión del deber de promover la persecución de los delitos. El Tribunal Supremo ratifica esta condena.

⁴⁷⁷ STS 1273/2009, de 17 de diciembre: agente de la Guardia Civil que descubre un delito flagrante de contrabando de tabaco mientras se encuentra en el ejercicio de sus funciones de control aduanero, no hace nada y permite que el vehículo continúe su marcha. El agente fue condenado por vía del art. 408 CP, y dicha condena fue ratificada en casación por el Tribunal Supremo.

Dicho esto, es cierto que, si el juzgador alberga dudas sobre la calificación como participación omisiva de la conducta pasiva del funcionario policial y desea sancionar, en su lugar, la mera no evitación de los delitos de tráfico de drogas o contrabando por parte de este, se enfrenta a un problema de incoherencia punitiva de gran calado. Problema que radica en la imposibilidad de encuadrar tal omisión en el art. 412.3 CP, habida cuenta de que este exige que se hubiera producido requerimiento previo de un particular en necesidad de auxilio, exigencia que no se cumple en ninguno de los casos examinados, caracterizados porque en ellos los funcionarios policiales conocen por sí mismos la actividad ilícita.

Es esta situación la que puede contribuir a entender por qué los tribunales se encuentran con la única posibilidad de castigar por la vía del art. 408 CP. Pero, en lugar de admitir la laguna legal existente y aclarar que únicamente se está castigando por la sola falta de persecución de los delitos de tráfico de drogas o contrabando⁴⁷⁸, el proceder del Tribunal es el de configurar al art. 408 CP como una suerte de tipo subsidiario en relación con el art. 412.3 CP (aplicable en todo lo que este no abarque), deformando sus contornos típicos más allá de lo que, en nuestra opinión, su tenor legal y la pena asignada al mismo permiten. En este sentido, como bien explica TOMÁS-VALIENTE:

“Si el art. 412.3 CP resulta ya inadecuado para abarcar los casos (muy poco frecuentes) del agente que simplemente presencia un delito sin intervenir para evitarlo —pues por el carácter jurídico-público de su deber de intervenir necesariamente siempre debería tener más pena que un particular—, resulta inidóneo aun en mayor medida para abarcar esos casos realmente intermedios, fronterizos con una verdadera posición de garante: tanto por lo insignificante de su pena como por su propia limitación típica a supuestos de requerimiento de intervención, el art. 412.3 CP no juega un papel de omisión pura de gravedad realmente intermedia (llamémosla o no «omisión pura de garante») capaz de captar adecuadamente el desvalor de la pasividad policial ante el delito; un papel que, por las razones comentadas, tampoco puede desempeñar el art. 408 CP”⁴⁷⁹.

⁴⁷⁸ Lo cual, como trataremos más adelante al abordar el análisis de las posibles fuentes de conocimiento de la *notitia criminis*, es ya de por sí problemático, puesto que si se admite que el funcionario policial no evitó los delitos de tráfico de drogas o contrabando pudiendo hacerlo, la exigencia posterior a este de que aun así proceda a denunciarlos o procurar el avance de la justicia con respecto a los mismos le fuerza, en cierto modo, a autodenunciarse por la previa no evitación, obligándole a declarar contra sí mismo (art. 24.2 CE).

⁴⁷⁹ TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., “La responsabilidad omisiva...”, *cit.*, pág. 211.

En cualquier caso, ya se ha anunciado al principio de este apartado que la línea seguida por nuestro Tribunal Supremo al aproximarse a esta materia no es siempre la misma. De hecho, aunque son la minoría, varias sentencias han reconocido que los ámbitos típicos de la omisión del deber de perseguir delitos y de los tipos de no evitación de los mismos no coinciden⁴⁸⁰. Consecuentemente, parece mantenerse, en ellas, un significado más estricto del término “promover la persecución”.

El mejor ejemplo de este pensamiento minoritario y, a nuestro modo de ver, más correcto técnicamente, lo proporciona la STS 676/2012, de 26 de julio, referente de nuevo a la prestación activa de ayuda por parte de un miembro de la Guardia Civil a una organización criminal dedicada al tráfico de drogas, en la cual se descarta la aplicación del art. 408 CP al caso enjuiciado porque el funcionario policial no se había dedicado únicamente a omitir su deber de promover la persecución de los delitos, sino que se había prestado a efectuar labores de control y vigilancia desde su privilegiada posición para impedir que la operación fuese abortada por la intervención policial. Todo lo cual lleva al Tribunal Supremo a concluir que: “hubo, pues, un acuerdo previo y una aportación comprometida de su apoyo para evitar que la intervención policial frustrase la operación. Y así lo realizó cumpliendo su compromiso lo que provocaría finalmente (y esto es consecuencia directa de la intervención del recurrente) que el hachís no se incautase. Esa actuación supone participar en un delito contra la salud pública y no meramente encubirla”.

1.3. Toma de posición: la omisión del deber de perseguir delitos como conducta post-ejecutiva al delito ya consumado por un tercero

Comprendidas ya las líneas doctrinales existentes en torno a la cuestión del ámbito típico del art. 408 CP, así como la oscilante posición de la jurisprudencia en su aproximación a esta, corresponde ahora que tomemos posición acerca de la misma. Para ello, empezaremos por el final, refiriéndonos primero al sentido del término “persecución de los delitos” antes que al de “promover”. Las razones de esta decisión pronto se

⁴⁸⁰ STS de 30 de octubre de 1992: “es lo cierto que ambos preceptos no tienen nada en común en cuanto que el bien jurídico protegido es completamente distinto en uno y otro precepto, pues el primero el bien jurídico protegido es el deber de solidaridad humana referida a los bienes jurídicos representados por la vida, la integridad física, la honestidad y la seguridad de las personas cuando son objeto de ataques constituidos de delito, insertándose este precepto, así como el 489 relativo a la omisión de socorro —con el sí guarda similitud— en un proceso de humanización del Derecho Penal, mientras que en el segundo, lo que se protege es la pureza en el ejercicio de la función pública que resulta lesionada por el incumplimiento del deber por el funcionario”.

comprenderán. Y en este punto, comenzamos aclarando que nuestra postura se alinea, sin lugar a duda, con la de aquellos autores que limitan el significado de “persecución de los delitos” a su carácter estricto, es decir, con el tenor doctrinal dominante.

Efectivamente, aun no entrando todavía a definir qué alcance exacto otorgamos a la tarea de perseguir los delitos o a sus responsables, lo que sí nos parece claro es que esta consiste en una conducta meramente adhesiva o post-ejecutiva al delito ya consumado por un tercero, según la noción proporcionada por SÁNCHEZ-OSTIZ⁴⁸¹. De tal modo, que se trata, a nuestro modo de ver, de un comportamiento eminentemente distinto al sancionado por los tipos penales de no evitación de delitos, pues solo es posible impedir dichos delitos cuando todavía no han sido consumados, mientras que en el art. 408 CP se recoge una dejación de funciones *ex post* a la comisión de delitos por un tercero.

Para un mejor fundamento de esta conclusión, creemos conveniente analizar pormenorizadamente los argumentos que brinda TORRES FERNÁNDEZ, principal defensora de la postura minoritaria en esta materia, que entiende que el art. 408 CP no incluye solo la persecución de los delitos en su sentido más estricto o técnico, sino en uno laxo, comprensivo también de la omisión del deber de impedir delitos⁴⁸². Así pues, recordando las reflexiones hechas por la citada penalista, pueden identificarse dos argumentos principales, ambos de carácter sistemático, en torno a los cuales se vertebraban las mismas:

En primer lugar, comenzando por el razonamiento que ocupa menor peso en su tesis, TORRES FERNÁNDEZ indica que la rúbrica del Capítulo II del Título XX de nuestro Código penal, capítulo en el que se recoge exclusivamente el art. 450 CP, lleva por denominación “De la omisión de los deberes de impedir delitos o de promover su persecución”, y que a partir de este hecho debe inferirse que la intención del legislador habría sido la de considerar sinónimos a los verbos “perseguir” e “impedir” puesto que el art. 450 CP, pese a lo mencionado en la rúbrica, solo se refiere a este último.

⁴⁸¹ SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P., “Funcionario que no promueve...”, *cit.*, págs. 1047-1082.

⁴⁸² Pese a que, como se ha podido ver, otros autores comparten el punto de vista de TORRES FERNÁNDEZ, lo cierto es que esta autora es la única que realiza un estudio detallado y fundamentado en profundidad de esta problemática.

Aunque son varios los penalistas que han rechazado este razonamiento, considerándolo poco concluyente y equívoco⁴⁸³, el comentario más extenso proporcionado en este sentido crítico pertenece a REBOLLO VARGAS. Para este, la denominación de las rúbricas del Capítulo II, Título XIX (“Del abandono de destino y de la omisión del deber de perseguir delitos”) y del Capítulo II, Título XX, de nuestro Código (“De la omisión de los deberes de impedir delitos o de promover su persecución”) constituyen el principal factor de confusión entre los arts. 408 y 450 CP respectivamente.

El origen de tal confusión lo sitúa el citado penalista en la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código penal de 1983, en la que el tipo del actual art. 408 CP se ubicaba en la misma rúbrica junto a la omisión de impedir delitos (esto es: en el Capítulo I, Título XVII, “Delitos contra la Administración de Justicia”). A partir de este dato, considera que abona su interpretación el que la rúbrica del actual Capítulo II, Título XX, CP tenga dos partes diferenciadas, una primera referida a la omisión del deber de impedir delitos (que es el tipo que recoge), y otra segunda que vendría separada por el uso de la conjunción “o”, de lo que puede deducirse que una vez que se sustrajo del capítulo la omisión del deber de perseguir delitos, la rúbrica pasó inadvertida cuando, en realidad, estaba haciendo referencia a un tipo que ya no recogía⁴⁸⁴.

No podemos estar más de acuerdo con la hipótesis formulada por este autor. En efecto, consideramos que la redacción de la rúbrica del Capítulo II, Título XX, CP, responde a un mero lapsus del legislador de 1995. Y esta teoría se ve apoyada al introducir en la ecuación el texto dado al delito de abandono de destino, recogido en el art. 407 CP, y al que nos hemos referido en apartados anteriores. Pues, en su seno, se distinguen muy claramente dos conductas delictivas diferentes, cuyo punto de encuentro radica en que ambas se ejecutan a través del abandono de destino por parte de la autoridad o funcionario

⁴⁸³ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Omisión de impedir delitos y accesoriadad respecto del delito no impedido”, en *Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero. Un Derecho Penal humanista, Vol. I*, con DE VICENTE MARTÍNEZ, R., GÓMEZ INIESTA, D., MARTÍN LÓPEZ, T., et al. (Ed.), Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2021, pág. 161, nota 1: “como revela el *lapsus calami* del legislador, que en la rúbrica aún sigue hablando de la omisión de impedir delitos y promover su persecución, por más que no esté castigada la omisa promoción de la persecución de delitos”. En el mismo sentido, TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., “La responsabilidad omisiva...”, *cit.*, pág. 211, cuando se refiere a la rúbrica del Capítulo II, Título XX, CP como “incorrecta”; POMARES CINTAS, E., “El delito de omisión del deber de intervenir para impedir delitos (art. 450 CP)”, en *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial III: Delitos contra las Administraciones Públicas y de Justicia*, con ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), Tirant Lo Blanch, 2015, pág. 875: “probablemente este error se atribuya a un olvido del Legislador, o tal vez obedezca al propósito de salvar las apariencias y aferrarse así al Título dedicado a los delitos contra la Administración de Justicia”.

⁴⁸⁴ REBOLLO VARGAS, R., “La omisión...”, *cit.*, pág. 42.

público: el abandono de destino con el propósito de no impedir delitos y el abandono de destino con el propósito de no perseguirlos. Nuevamente, el precepto emplea la conjunción “o” para separar semánticamente los vocablos “impedir” y “perseguir”. Ciertamente, aunque ambas modalidades de abandono terminan siendo castigadas con las mismas penas, no tendría sentido haberlas nombrado separadamente si se tratara de términos equivalentes.

En segundo lugar, TORRES FERNÁNDEZ apoya su postura en el paralelismo o simetría típica que existiría, de acuerdo con la misma, entre el art. 408 CP (omisión del deber de promover la persecución de los delitos) y el art. 450 CP (omisión del deber de impedir delitos), de manera que los verbos típicos empleados en uno y otro, pese a ser diferentes, estarían siendo tratados como sinónimos por el legislador⁴⁸⁵. Curiosamente, para sostener su razonamiento, la presente autora se basa en el enunciado dado al art. 407 CP, indicando que:

“La interpretación del término “persecución” en su sentido amplio, en la que se comprenden tanto la prevención como el castigo de delitos, parece la más coherente con los fines de protección del Capítulo II, que alberga al precepto estudiado, y que alcanzan a toda la actividad estatal sobre el fenómeno criminal, como se deduce de que en otros delitos el legislador se refiera de manera indistinta a “no impedir o no perseguir” (art. 407 CP), por lo que resultaría extraña la arbitraria exclusión de la actividad de prevención en el tipo del art. 408”.

Como ha podido comprobarse, el estudio del art. 407 CP nos ha llevado a opinar justamente lo contrario: de su redacción se deduce, a nuestro modo de ver, que el legislador concibe como esencialmente diferentes las labores públicas de “evitar” y “perseguir” los delitos, y solo cuando expresamente las menciona de forma conjunta (como hace en el delito de abandono de destino) estaría comprendiendo expresamente ambas en el castigo previsto. Fuera de este caso, al estar refiriéndose exclusivamente a una de las dos (verbigracia, en el art. 408 CP, cuando se alude a la omisión del deber de perseguir delitos; o en el art. 412.3 CP, cuando se habla de evitar delitos), debemos inferir que la sanción penal solo se prevé para el quebranto de la función explícitamente

⁴⁸⁵ Ciertamente es que, como ya señalamos *supra*, TORRES FERNÁNDEZ, M.E., “La omisión de perseguir delitos...”, *cit.*, pág. 1771, se muestra crítica con el carácter indistinto con que el legislador trata a los verbos típicos en juego: impedir/evitar y perseguir.

nombrada. De no ser así, no tendría sentido que en el art. 407 CP se trajesen a colación ambas labores públicas⁴⁸⁶.

Asimismo, tampoco creemos que el hecho de estar destinado el Capítulo II del Título XIX CP, como bien apunta TORRES FERNÁNDEZ, a cubrir toda la actividad estatal sobre el fenómeno criminal, sea un motivo concluyente para optar por asimilar los verbos “perseguir”, “evitar” e “impedir” los delitos. En realidad, la actividad estatal vertida frente al fenómeno criminal posee, como no podría ser de otra forma, distintas fases, en función de si el crimen se ha perpetrado o de si, por el contrario, todavía resulta posible prevenirlo o, si ya se encuentra en trance de ejecución, evitar su consumación. Por lo que tiene sentido que, si el Capítulo II del Título XIX CP pretende tutelar dicha actividad estatal lo haga a través de delitos que sancionan conductas que perjudican la misma en sus distintas fases.

Dicho esto, no es extraña la inquietud de TORRES FERNÁNDEZ acerca de la exclusión de la actividad de evitación delictiva del art. 408 CP, pues, verdaderamente, el panorama existente en nuestro Código penal en lo que respecta a aquellos tipos penales que pretenden combatir la pasividad funcionarial y preservar las diversas fases de la actividad estatal relacionada con el fenómeno criminal es del todo caótico y confuso⁴⁸⁷. No obstante, creemos que la “solución” a esta problemática no puede implicar la ampliación del ámbito típico del art. 408 CP más allá de sus contornos típicos, proponiendo una interpretación extensiva del mismo que añada un verbo típico a este no comprendido por el mismo.

Efectivamente, la mera consulta al Diccionario de la Real Academia Española enseguida nos revela las notables diferencias existentes entre el verbo típico “perseguir”

⁴⁸⁶ Además, la rúbrica del susodicho Capítulo II, Título XIX, CP lleva por nombre “Del abandono de destino y de la omisión del deber de perseguir delitos”. El hecho de que nuestro texto punitivo expresamente mencione que se trata de una omisión exclusivamente del deber de perseguir delitos y, paralelamente, se refiera al abandono de destino en general (que luego regula con alusión explícita a varios deberes funcionariales distintos: evitar delitos y perseguir delitos), no hace más que apoyar la tesis aquí planteada, de que lo que se castiga en el art. 408 CP no es lo mismo que lo que se sanciona en el art. 450 CP o, dicho de otra manera, que no es lo mismo no perseguir delitos que no evitarlos, ni el Código penal los trata como si fueran formas de quebranto de labores idénticas.

⁴⁸⁷ Recuérdense, a tal respecto, las palabras de TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., “La responsabilidad omisiva...”, *cit.*, págs. 181-238. en su estudio sobre el panorama jurídico-penal existente en nuestro texto punitivo y conformado por una multiplicidad de delitos omisivos con los que pretende castigarse a los funcionarios públicos que reaccionan pasivamente (e incumplen lo que de ellos espera la ley) ante los delitos cometidos por los ciudadanos, que ha sido expuesta *supra*, en el Capítulo Segundo de la presente tesis doctoral.

y los diferentes de “impedir” (art. 450 CP, que incluso en su apartado segundo usa este verbo) o “evitar” (art. 412.3 CP). Así, mientras que estos últimos son sinónimos, el de “perseguir” tendría un significado diverso. Prueba de ello es que en dicho Diccionario se delimita “impedir” como “estorbar o imposibilitar la ejecución de algo”, y “evitar” como “apartar algún daño, peligro o molestia, impidiendo que suceda”. Consecuentemente, el ámbito típico objetivo de un tipo penal que sanciona la conducta de no evitar o no impedir delitos ha de limitarse, necesariamente, solo a aquellos delitos que todavía están ejecutándose (delitos flagrantes) o a otros cuya ejecución sea inmediata o inminente.

Por su parte, “perseguir” equivale, como ya señalamos, a “proceder judicialmente contra alguien y, por ext., contra una falta o delito”. El sentido asociado al verbo “perseguir” se aleja del de los verbos anteriormente examinados, y parece aludir a un momento posterior relacionado con la represión de la delincuencia: el consistente en sustanciar o articular un proceso que sea capaz de responder frente a la misma, de reestabilizar la situación *post delictum*⁴⁸⁸.

A su vez, la conjetura de que los arts. 408 CP y 450 CP poseen ámbitos típicos diferenciados se ve reforzada al tomar en consideración la baja penalidad del primero. En efecto, la omisión del deber de perseguir delitos resulta castigada con una pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 6 meses a 2 años. Sin embargo, los tipos penales que reprimen la omisión del deber de evitar delitos son sancionados con penas de prisión y multa. Así, al art. 450 CP se le adjudica pena de prisión de 6 meses a 2 años si el delito fuera contra la vida y de multa de 6 a 24 meses en los demás casos. Por su parte, al art. 412.3 CP se le asigna una pena de multa de 18 a 24 meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 3 a 6 años⁴⁸⁹.

Aunque ha tendido a criticarse la baja penalidad del art. 408 CP⁴⁹⁰, una interpretación como la que aquí defendemos podría contribuir a comprender el sentido de

⁴⁸⁸ Esta última expresión se la debemos a SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P., “Funcionario que no promueve...”, *cit.*, pág. 1071.

⁴⁸⁹ Aunque no será objeto de estudio en la presente tesis doctoral, salta a la vista la irregularidad penológica presente en el art 412.3 CP. Al fin y al cabo, este sí es un delito especial impropio con respecto al del art 450 CP, en el que se hallaría su correlativo común. Sin embargo, el “no impedir” viene castigado con más pena en el tipo común que en el especial, a pesar de que, en principio, este último tiene un mayor contenido de injusto pues toma en consideración el cargo público (y, por tanto, la especial posición de garante respecto al bien jurídico protegido) del sujeto activo.

⁴⁹⁰ MORALES PRATS, F., RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., “Título XIX. Delitos contra la Administración...”, *cit.*, pág. 1667; GÓMEZ TOMILLO, M., “Capítulo II. Del abandono de destino...”, *cit.*, pág. 1553; RUBIO LARA, P.A., “Delito de ausencia...”, *cit.*, pág. 4.

esta⁴⁹¹. Si al presente delito se lo concibe como un tipo especial propio (con respecto al cual, el art. 450 CP no puede ser su correlativo común, habida cuenta de que poseen ámbitos típicos diferenciados), la no concurrencia en el omitente de la condición de funcionario público conllevará necesariamente su impunidad, por lo que sí se habría valorado razonablemente la especial posición de garantía del sujeto activo al otorgarle responsabilidad penal por no llevar a cabo la conducta debida. Conducta que, de ser ejecutada por un mero particular que no reúne las especiales condiciones requeridas por el tipo, es simplemente atípica. Asimismo, debe recordarse que el Código penal de 1995 rebajó la pena asignada al art. 408 CP de forma relevante⁴⁹², de lo que puede deducirse que la intención del legislador era reducir el ámbito de aplicación del tipo, no aumentarlo.

Junto a todo lo anterior, cabe destacar que la mención expresa que realiza el art. 450.2 CP acerca de que los delitos que han de impedirse sean de “actual o próxima comisión” no hace más que reforzar la tesis que aquí defendemos de que el ámbito típico objetivo de los tipos de no evitación de delitos se refiere exclusivamente a los delitos flagrantes o de comisión inminente, puesto que el art. 450.2 CP es subsidiario del art. 450.1 CP.

Asimismo, el hecho de que en el art. 450.2 CP se sancione la no puesta en conocimiento de la *notitia criminis* a las autoridades no equivale, en nuestra opinión — como parece deducirse del razonamiento de TORRES FERNÁNDEZ—, a la tipificación de la omisión del deber de promover la persecución de ciertos delitos por los particulares (lo cual implicaría concebir al art. 450.2 CP como correlativo común del art. 408 CP)⁴⁹³. En cambio, a nuestro modo de ver, lo que se sanciona en el art. 450.2 CP es la falta de intervención indirecta de cualquier ciudadano, dado que no puede actuar directamente sin riesgo propio, para evitar la consumación de algunos delitos que atentan contra importantes bienes jurídicos personales (y, por consiguiente, la lesión de tales valores),

⁴⁹¹ Lo cual, evidentemente, no obsta a criticar que algunos delitos de funcionarios tiendan, con frecuencia, a ser castigados únicamente con una pena de inhabilitación especial, como sucede también con el delito de prevaricación administrativa del art. 404 CP.

⁴⁹² Tal y como se ha tratado *supra*, en el Capítulo Primero de la presente tesis doctoral.

⁴⁹³ TORRES FERNÁNDEZ, M.E., “La omisión de perseguir delitos...”, *cit.*, pág. 1771: “ello es lo que se extrae de una interpretación sistemática del precepto del art. 408 y el correspondiente delito del art. 450.2 del CP, mencionado en la rúbrica del Capítulo correspondiente como la omisión de promover la persecución de delitos, y que castiga la conducta del particular que no colabora con la autoridad no acudiendo a ella o a sus agentes para que impidan un delito de cuya próxima o actual comisión tengan noticia, descripción típica en la que queda claro que se trata de una actuación preventiva, anterior a la consumación del delito con el fin de impedirla”.

cuando, pudiendo acudir a las autoridades con el fin de requerir su auxilio, se abstuviera de hacerlo⁴⁹⁴.

En suma, en la presente tesis doctoral se defiende que el ámbito típico del art. 408 CP se circunscribe únicamente a la función estatal persecutoria de delitos ya perpetrados. Siendo así, puede comprenderse que, en realidad, los mayores problemas concursales que plantea el art. 408 CP no se producen con respecto a los tipos penales de no impedir delitos (arts. 412.3 y 450 CP), sino en relación con el delito de encubrimiento (art. 451 CP), pues, al igual que este, el delito de omisión del deber de promover la persecución de delitos constituye una conducta de adhesión post-ejecutiva al delito cometido por un tercero⁴⁹⁵.

Sobre la problemática concursal entre el delito que nos ocupa y el de encubrimiento no nos pronunciaremos en profundidad en la presente tesis doctoral. Baste decir, por el momento, que la propuesta de *lege ferenda* que hemos realizado en el Capítulo Segundo, de traslado del art. 408 CP al Título XX, con los restantes delitos contra la Administración de Justicia, no hace más que acentuar la estrecha relación entre ambos tipos penales, puesto que ambos son, como hemos dicho, adhesiones postejecutivas que un individuo emprende con respecto a un delito perpetrado y ya consumado por otro, y que, en sentido general, comparten una misma *ratio legis*, en tanto constituyen conductas que atacan el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia.

2. La vinculación entre el deber de promover la persecución delictiva y el procedimiento preliminar (fase pre procesal e instrucción) del proceso penal

Hasta aquí nos hemos dedicado a analizar el ámbito típico objetivo del art. 408 CP, cuya determinación ha servido para introducir un límite temporal al deber funcional de promover la persecución de los delitos, mencionado en tal precepto, que contribuye a su diferenciación de otros deberes relacionados con el fenómeno de la delincuencia que

⁴⁹⁴ Ello, además, es más respetuoso con la sistemática propia de la LECrim, que, en su articulado, especifica expresamente cuándo el incumplimiento de uno de los deberes procesales previstos da lugar a un delito, cosa que no hace al referirse al deber de denuncia ciudadana en su art. 259 LECrim. Así, por ej. en el art. 588 bis c) 11. LECrim (en relación con las disposiciones comunes de las diligencias de investigación tecnológicas) o en los arts. 420 y 433 LECrim (en relación con el deber de concurrir y declarar la verdad de los testigos).

⁴⁹⁵ Expresión que, de nuevo, pertenece a SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P., “Funcionario que no promueve...”, *cit.*, pág. 1071.

reciben también tutela penal, como ocurre con la obligación policial de evitar los delitos. En concreto, hemos concluido que el mandato jurídico-penal dirigido a algunos funcionarios de perseguir los delitos surge una vez estos han sido cometidos, y, por ende, consumados, por un tercero.

Por el contrario, antes de que se haya alcanzado la completa ejecución del delito por su autor, resulta aún posible su evitación, actividad pública que por su mayor capacidad para proteger bienes jurídicos (sobre todo personales) e impedir su posible lesión ilegítima, es tutelada en otros preceptos de nuestro texto punitivo con penas más graves que las del art. 408 CP (arts. 412.3 y 450 CP). Solo cuando esta evitación no resulta ya posible, y el daño sobre los bienes jurídicos ha sido completado, nace el deber de perseguir el hecho delictivo, haciendo todo lo posible por sustanciar el proceso penal gracias al cual podrán imponerse las penas correspondientes, reestabilizando la legalidad y cumpliendo con los fines preventivo-generales y especiales inherentes a toda norma penal.

Por ello, cuando en el art. 408 CP se emplea el término “persecución” se hace de manera técnica y estricta, cohonestándolo con el significado que a dicho vocablo asocia la Real Academia de la Lengua Española y que lo identifica, de manera amplia, con proceder judicialmente contra el autor de un delito. Sin embargo, todavía es necesario concretar bastante más el alcance de la labor persecutoria de los delitos, lo cual nos obliga a ponerla en relación con la normativa procesal y nos fuerza a preguntarnos cómo se estructura la persecución de los delitos en nuestro ordenamiento jurídico.

Solo así podrá comprenderse por qué hemos sostenido, en el Capítulo Segundo de la presente tesis doctoral, que el bien jurídico protegido en el art. 408 CP se relaciona con la fase inicial del proceso penal (la pre procesal y la de instrucción), y, asimismo, por qué consideramos que la persecución de los delitos se limita a este inicio o principio del proceso penal, y no al resto de sus fases (juicio oral o recursos). ¿No se procede judicialmente también contra el autor de un delito en el juicio oral de un proceso? En principio sí, como también se contribuye a evitar la impunidad del autor y a reestabilizar la legalidad penal en las fases del proceso posteriores a la instrucción o investigación de la causa.

Es decir, el verbo “perseguir”, por sí mismo, no nos ofrece más pistas que la señalada en el apartado anterior: solo se persiguen los delitos una vez se han cometido y, solo ahí,

evidentemente, corresponde llevar a cabo un proceso penal para dirimir las responsabilidades correspondientes. Es el empleo del término “promover” en el art. 408 CP el que nos conduce a relacionar la labor de persecución de los delitos que se tutela en tal tipo penal con las fases iniciales del proceso penal, y no con todas las posibles etapas de sustanciación y ejecución de la pretensión penal. Este verbo se menciona en el mismo de manera previa a la persecución de los delitos o de sus responsables y, como apuntaba RUBIO LARA, incide en el impulso, inicio o iniciativa de la actividad a la que acompaña, la de persecución delictiva⁴⁹⁶. Su sentido no es, por tanto, ni superfluo ni ornamental, sino relevante, aunque meramente accesorio del nuclear o protagónico con el que se define la conducta típica del art. 408 CP (el de perseguir los delitos).

En definitiva, a nuestro modo de ver, la introducción del verbo “promover” en el art. 408 CP, poniéndolo en relación con la tarea de persecución de los delitos, sirve para resaltar o clarificar que esta se refiere, exclusivamente, al inicio del proceso penal (y no a posteriores fases de este, cuya tutela no vendría abarcada por el art. 408 CP). Y que, a *sensu contrario*, la omisión de promover la persecución de los delitos supone un quebranto de ese inicio en el sentido de obstaculizar o incluso impedir el mismo.

Así, la “persecución” de los delitos a la que se refiere el tipo penal que nos ocupa englobaría solo aquellos actos por medio de los cuales se pone en marcha o, lo que es lo mismo, se inicia, la pretensión penal. Y el inicio de la pretensión penal se articula, en nuestra LECrim, a través del conocido como procedimiento preliminar o fase de investigación, dentro del cual se comprenden tanto una contingente etapa pre procesal, como la necesaria instrucción judicial (sumario o diligencias previas en función del procedimiento ante el que nos hallemos).

La anterior acepción de “persecución” delictiva, que consideramos que caracteriza al art. 408 CP, coincide con la tradicionalmente conferida a dicha expresión por parte de la doctrina procesalista española, así como con la que puede inferirse de la lectura de nuestra LECrim⁴⁹⁷, y responde a la vinculación entre las voces “perseguir” e “investigar”⁴⁹⁸. El

⁴⁹⁶ RUBIO LARA, P.A., “Delito de ausencia...”, *cit.*, pág. 3.

⁴⁹⁷ Verbigracia, el art. 283 LECrim, al regular la institución de la policía judicial y sus competencias se refiere como dos actividades indisolubles a la “investigación de los delitos y la persecución de los delincuentes”.

⁴⁹⁸ A su vez, ambos términos son conectados con el de “descubrimiento del delito” (o “averiguación” del mismo). En este punto, resulta pertinente la definición que de dicho concepto esboza GILI PASCUAL, A., *El encubrimiento...cit.*, pág. 266, nota 63: “por descubrimiento del delito puede entenderse no sólo la primera

ligamen entre ambos términos resulta lógico, puesto que, aunque el presente tipo penal habla de perseguir los delitos o a sus responsables, lo cierto es que, en puridad, solo se persigue a estos últimos⁴⁹⁹, mientras que los delitos se investigan, abriéndose una causa judicial dirigida a tal propósito⁵⁰⁰. Esta diferencia contribuiría, además, a otorgar sentido a la dualidad legislativa entre “delitos” y “responsables”⁵⁰¹.

En este sentido, coincidimos con RUBIO LARA, para quien la acción esperada por el art. 408 CP abarca dos contenidos, estrechamente vinculados, pero esencialmente distintos: perseguir delitos implica investigar los hechos ocurridos que puedan servir de imputación a su autor, relatando los hechos, circunstancias, personas que han concurrido, averiguar los responsables del delito, ya sea sus autores o sus partícipes, existencia de testigos presenciales o de referencia y, en general, realizar todas y cada una de las diligencias necesarias de investigación del delito como tal; y perseguir a sus responsables se correspondería con la realización de todas aquellas diligencias necesarias para llegar a su imputación o a su detención, según proceda⁵⁰².

noticia de su comisión, sino también la averiguación sucesiva de las diversas circunstancias del mismo – incluida la identificación de su autor–“.

⁴⁹⁹ En este punto, relacionado con los responsables, la acepción de “perseguir” que parece estar teniéndose en cuenta por el art. 408 CP es la primera de las recogidas por el Diccionario de la Real Academia Española, a saber: “1. Seguir a quien va huyendo, con ánimo de alcanzarle”.

⁵⁰⁰ Así, el art. 408 CP castiga a aquellos funcionarios públicos que omiten intencionadamente actos de investigación de los delitos y de apertura del proceso penal necesario para ello, así como que dejan de perseguir a los responsables de tales delitos. En este mismo sentido se pronunció ya RUBIO LARA, P.A., “Delito de ausencia...”, *cit.*, pág. 5, cuando afirmó que: “promover la persecución de un delito es hacer todas y cada una de las diligencias necesarias de investigación del delito, fundamentales para su efectiva persecución y cuya entrada procesal en los juzgados otorgará determinados derechos a los sujetos pasivos del mismo, como puede ser, por ejemplo, el derecho a la tutela judicial de sus bienes jurídicos o el cobro de indemnizaciones por parte de la víctima con respecto a la realización de delitos violentos. Aunque no exista autor o responsable de la infracción penal conocido, no por ello se debe dejar de perseguir este delito, de ahí que el Código separe la persecución de un delito respecto de la persecución de sus responsables, aun cuando lo normal será que uno conlleve el otro, pero sin llegar a confundirlos, a pesar de que la doctrina penalista lo haga”.

⁵⁰¹ Por ello, no podemos estar de acuerdo con la afirmación de MORILLAS CUEVA, L., “Lección 38. Delitos contra la Administración...”, *cit.*, pág. 873, cuando califica de “extraña la dualidad legislativa. Promover la persecución de delitos hay que entenderlo como concepción normativa amplia que incluye a sus responsables; difícilmente se puede perseguir a un delito como concepto abstracto, se persigue a las personas responsables: el delito se investiga, a sus responsables se les persigue”.

⁵⁰² RUBIO LARA, P.A., “Delito de ausencia...”, *cit.*, pág. 4. Continúa señalando el citado autor (*ibidem*, pág. 5) que “promover la persecución de un delito es hacer todas y cada una de las diligencias necesarias de investigación del delito, fundamentales para su efectiva persecución y cuya entrada procesal en los juzgados otorgará determinados derechos a los sujetos pasivos del mismo, como puede ser, por ejemplo, el derecho a la tutela penal de sus bienes jurídicos o el cobro de indemnizaciones por parte de la víctima con respecto a la realización de delitos violentos. Aunque no exista autor o responsable de la infracción penal conocido, no por ello se debe dejar de perseguir este delito, de ahí que el Código separe la persecución de un delito

Por todo lo anterior, resulta imprescindible la referencia al art. 299 LECrim, en el cual se definen, de forma general, las actuaciones que comprende el sumario⁵⁰³. Estas, a su vez, son delimitadas de manera instrumental, tendentes a la consecución de ciertos objetivos: preparar el juicio oral, averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación y la culpabilidad de los delincuentes, y asegurar sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos. Este precepto es clave a la hora de interpretar el alcance del art. 408 CP, pues lo que con términos generales se pretende castigar en este, a nuestro modo de ver, es el entorpecimiento o la omisión de las mencionadas actuaciones: actos de inicio del proceso penal, actos de investigación, actos de conclusión de la fase de instrucción, etc.

Sin embargo, como se ha visto, hemos calificado también como omisión del deber de perseguir delitos la dejación de aquellas actuaciones que integran la llamada fase pre procesal, caso de tener lugar esta. Mientras que la instrucción queda perfectamente delimitada en nuestra ley procesal, no ocurre lo mismo con la fase pre procesal, lo que precisa que aclaremos ahora a qué nos referimos al manejar esta expresión.

Pues bien, acudiendo a algunas definiciones proporcionadas por miembros de la doctrina española procesalista, si, como sintetizan MORENO CATENA y CORTÉS DOMÍNGUEZ, el inicio del proceso se propicia mediante la interposición de una denuncia o querrela⁵⁰⁴, lo cierto es que, en la práctica, puede haber actos de investigación criminal sin la intervención de una autoridad judicial, es decir, sin que puedan ser consideradas todavía, en sentido estricto, proceso penal. Ello no significa que la legislación procesal penal deba ser ajena a esta actividad, que puede ser llevada a cabo bien por la policía judicial directamente, bien bajo la dirección del ministerio fiscal. Si bien ambos autores entienden que estas actividades terminarán cuando la autoridad judicial comience su intervención, ya que en este caso tanto la policía judicial como el ministerio fiscal deberán cesar en su actividad investigadora, poniendo a disposición judicial tanto a las personas

respecto de la persecución de sus responsables, aun cuando lo normal será que uno conlleve al otro, pero sin llegar a confundirlos, a pesar de que la doctrina penalista lo haga”.

⁵⁰³ El objetivo de la fase de instrucción, establecido en dicho precepto, es idéntico tanto para el caso en que esta se desarrolle como sumario como para el de que se sustancia a modo de diligencias previas. Ello debido a que en el art. 758 LECrim, al regular el procedimiento abreviado, se dispone que: “El enjuiciamiento de los delitos enumerados en el artículo anterior se acomodará a las normas comunes de esta Ley, con las modificaciones consignadas en el presente Título”.

⁵⁰⁴ MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal Penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2024, pág. 55.

detenidas, si las hubiese, como el resultado de tales diligencias y los efectos delictivos que pudiesen haber sido aprehendidos (arts. 286 y 773 LECrim)⁵⁰⁵.

Precisamente, en lo respectivo a la institución de la policía judicial, es interesante tener en cuenta que las últimas reformas de la LECrim han potenciado a la misma de una manera notable, encargándole formalmente la investigación del crimen previa a la incoación formal del proceso penal. Así pues, su actuación comienza inmediatamente sean requeridos, aunque todavía no se haya incoado formalmente el proceso penal correspondiente (ya se aportarán luego a la causa esas actuaciones), teniendo asimismo la obligación de participar a la autoridad judicial la comisión de un delito público, a través de lo que se llama diligencias de prevención (art. 284 LECrim)⁵⁰⁶. Semejante refuerzo de su papel investigador previo a la apertura del proceso puede servir para explicar el hecho de que, de las resoluciones judiciales consultadas que condenan por el art. 408 CP, la gran mayoría se refieren a conductas protagonizadas por miembros de la policía judicial. Estos tienen, en efecto, más oportunidades de delinquir en la franja temporal delimitada como fase pre procesal, como consecuencia de tener atribuidas mayores competencias en el ámbito de la misma, y lo mismo sucede, más adelante, en la fase de instrucción⁵⁰⁷.

Para acabar este punto, es menester señalar que en el análisis pormenorizado de las distintas formas en que puede cometerse el art. 408 CP nos centraremos más adelante, al hilo del estudio de los posibles intervinientes en el mismo. Por ahora, deseábamos simplemente aclarar por qué entendemos que la acción esperada por el omitente en el tipo penal que nos ocupa, la de perseguir los delitos o a sus responsables debe cohonestarse con el procedimiento preliminar de toda causa penal (fase pre procesal y fase de instrucción).

IV. LA SITUACIÓN TÍPICA GENERADORA DEL DEBER FUNCIONARIAL: “DE LOS DELITOS DE QUE TENGA NOTICIA O DE SUS RESPONSABLES”

⁵⁰⁵ FERREIRO BAAMONDE, X.X., “Tema 10”, en *Derecho Procesal Penal*, con PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.J. (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, págs. 267-268. Ejemplos de esta fase pueden vislumbrarse, según los presentes autores, en la regulación del procedimiento abreviado (art. 773 LECrim), en el procedimiento rápido para el enjuiciamiento de determinados delitos (art. 796 LECrim), en el proceso por aceptación de decreto (art. 803 bis a LECrim) o en la regulación de las actuaciones de la policía judicial del art. 284 LECrim.

⁵⁰⁶ GÓMEZ COLOMER, J.L., “Lección sexta. La instrucción del proceso...”, *cit.*, pág. 154.

⁵⁰⁷ NIEVA FENOLL, J., *Fundamentos...cit.*, pág. 65, califica a la policía judicial como “órgano esencial de la persecución penal”.

Como es sabido, la vertiente objetiva de todo delito omisivo (sea de omisión pura o de comisión por omisión) exige siempre, y, en primer lugar, que se verifique la situación típica generadora del deber de prestación positiva al que está obligado el omitente. Los contornos de dicha situación vienen descritos por la norma penal, de manera que, para que nazca el deber de intervención del sujeto y resulte aplicable el delito si este lo omite, es necesario que se cumplan expresamente todos sus elementos⁵⁰⁸. Dicha situación típica, por cierto, se caracteriza por constituir siempre una situación fáctica de peligro existente para el bien jurídico protegido y conjurable mediante el comportamiento humano⁵⁰⁹.

Pues bien, a partir de la redacción dada al tipo penal del art. 408 CP, se deduce claramente que el deber funcional de persecución delictiva nace a raíz “de los delitos de que tenga noticia o de sus responsables”. Por ello, en resumen, la interpretación del alcance de estos términos típicos parece conllevar las siguientes exigencias para la aplicación del tipo penal que nos ocupa: 1º. Un tercero debe haber cometido un delito, surgiendo el deber funcional de investigarlo y perseguir a su responsable; y 2º. La noticia de la comisión de tal delito debe haber alcanzado al funcionario omitente con ocasión del ejercicio de sus funciones. Procedemos a analizar, pues, tales requisitos típicos.

1. Promover la persecución de los “delitos”

1.1. ¿Deben incluirse los delitos leves en el ámbito objetivo del art. 408 CP? El principio de intervención mínima y su impacto en el tipo penal que nos ocupa

A) Presentación de la cuestión objeto de análisis

Antes de que la LO 1/2015, de 30 de marzo, reformase en profundidad nuestro Código penal y, en particular, eliminase del mismo las faltas, despenalizando algunas y sustituyendo la mayoría por delitos leves, distintos penalistas coincidían en afirmar que bajo ningún concepto podía tener cabida en el art. 408 CP la omisión del deber de promover la persecución de las faltas. A modo de ejemplo, PORTILLA CONTRERAS y POMARES CINTAS aseveraban que “el término delitos delimita el ámbito de este tipo penal; es un elemento normativo, no comprensivo de faltas penales. Admitir otra cosa pugnaría

⁵⁰⁸ ESQUINAS VALVERDE, P., “Revisitando los delitos...”, *cit.*, pág. 24.

⁵⁰⁹ ORTIZ NAVARRO, J.F., ZABALA, C., “Lección X”, en *Elementos de Derecho Penal. Parte General*, con QUINTANAR DÍEZ, M. (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2024, pág. 113.

con el principio de legalidad penal, vulnerando la prohibición de analogía”⁵¹⁰. Es evidente que no les faltaba razón, pues el texto del art. 408 CP se ha referido siempre, explícitamente, a los “delitos” de los que se tenga noticia, término manifiestamente diferente al de “faltas”.

Sin embargo, como se ha dicho ya, con la modificación llevada a cabo en el Código en 2015, gran parte de las faltas que permanecieron en el mismo pasaron a ostentar la categoría de delitos leves⁵¹¹. Tal circunstancia permite plantear ahora, al menos teóricamente y de acuerdo con la literalidad del art. 408 CP, que este puede amparar en su ámbito objetivo los delitos leves sin incurrir en una vulneración del principio de legalidad. No obstante, aunque posible, semejante conclusión desatiende un aspecto fundamental de la denuncia realizada por la doctrina penalista con anterioridad a la reforma aludida: que la conculcación del principio de legalidad no era la única que, según aquella, derivaba de la inclusión de los delitos leves en el citado precepto.

En realidad, para la totalidad de la doctrina, la redacción del tipo penal que nos ocupa, que, desde antes de la entrada en vigor del actual texto punitivo hace referencia exclusiva a los “delitos” a pesar de que las faltas no desaparecieron hasta el año 2015, se basa en la convicción de que estas últimas eran infracciones poco graves en comparación a los delitos entonces vigentes⁵¹² y que, por ello, la omisión de su persecución no alcanzaba la misma entidad que la de los delitos propiamente dichos. Es decir, el principio que verdaderamente buscaba preservarse con semejante interpretación del art. 408 CP era el de intervención mínima⁵¹³. Y la eficacia limitadora que dicho principio debe conllevar en

⁵¹⁰ PORTILLA CONTRERAS, G., POMARES CINTAS, E., “Delitos de abandono...”, *cit.*, pág. 179. En el mismo sentido se pronunciaron también MUÑOZ CUESTA, F.J., “Omisión del deber...”, *cit.*, pág. 2; REBOLLO VARGAS, R., “La omisión...”, *cit.*, pág. 35; RUBIO LARA, P.A., “Delito de ausencia...”, *cit.*, pág. 5.

⁵¹¹ Sobre la despenalización de las faltas y la consiguiente conversión de la mayoría de las mismas en delitos leves, véase: FARALDO CABANA, P., *Los delitos leves. Causas y consecuencias de la desaparición de las faltas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.

⁵¹² Como indica FARALDO CABANA, P., (*ibidem*, págs. 54-55) en su estudio sobre la evolución histórica de las faltas: “en principio parece, pues, que para el legislador el único criterio distintivo entre delito y falta era (y sigue siendo) el de la gravedad de la sanción prevista para el respectivo hecho (...) es interesante observar que la doctrina no tardó en dotar de contenido a esa distinción, y lo hizo fundamentalmente a través de los dos criterios que ya habían sido apuntados por Pacheco. Por un lado, las faltas son infracciones leves que carecen del significado moral de los delitos, lo que se refleja en las penas empleadas para sancionarlas; por otro, en consonancia con ello, el procedimiento empleado para su enjuiciamiento debe/puede ser más simple y rápido que en el caso de los delitos”.

⁵¹³ Excede el objeto de la presente tesis doctrinal un estudio sobre el principio de intervención mínima y su actual estado de crisis en el Derecho penal español. Acerca del mismo, véase, por ejemplo: CÓRDOBARODA, J., “Nuevas formas de delito y principio de intervención mínima”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 3, 1996, págs. 1332-1334; SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión*

el tipo de omisión del deber de perseguir delitos de acuerdo con el sentir doctrinal dominante, no tiene por qué entenderse decaída por la simple elevación de algunas faltas a la categoría de los delitos leves. Por el contrario, es posible defender todavía – seguidamente veremos si de *lege lata* o únicamente, si acaso, de *lege ferenda*– la exclusión de los delitos leves del ámbito típico del art. 408 CP con motivo de la escasa gravedad que los define frente a los restantes delitos calificados como “graves” y “menos graves”.

Bien es cierto, no obstante, que en este punto nos encontramos con una importante dificultad en la labor de investigación, consistente en que, desde la mencionada reforma en el año 2015, la doctrina ha guardado silencio con respecto a si puede continuar teniendo vigencia la tesis dominante que excluía las faltas del art. 408 CP por razones sobre todo relacionadas con el principio de intervención mínima, aplicándola, *mutatis mutandi*, a los delitos leves.

Al tratar de resolver este interrogante, entendemos que el primer argumento clave para posicionarse en uno u otro sentido dependerá de si se considera que la elevación a delito leve de ciertas conductas que antes constituían faltas ha conllevado o no un cambio con respecto a la gravedad inherente a las mismas. En otras palabras, la menor gravedad de las faltas (comparativamente con la del resto de infracciones penales) ha servido a nuestra doctrina, hasta su derogación, como argumento para justificar que la omisión del deber de perseguir las mismas no fuera considerada suficientemente relevante como para legitimar la intervención del Derecho penal. Corresponde ahora analizar si los delitos leves han heredado o no de las faltas dicha cualidad de “escasa gravedad”, que ha servido de base teórica para justificar la postura doctrinal expuesta en relación con el ámbito del art. 408 CP.

Pues bien, lo cierto es que precisamente, la baja gravedad asociada a las faltas es la que caracteriza también a los actuales delitos leves, por mucho que estos hayan pasado a adoptar el *nomen* de “delito”⁵¹⁴. Prueba del reconocimiento legal de esta menor lesividad

del Derecho Penal...cit.; CORCOY BIDASOLO, M., “Propuesta de conciliación del principio de *ultima ratio* con la política criminal del siglo XXI”, en *Libro Homenaje al Profesor Diego Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario, Vol. I*, con DE VICENTE REMESAL, J., DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., PAREDES CASTAÑÓN, J.M., *et al.* (Dir.), Reus, Barcelona, 2020, págs. 71-82; DE LA MATA BARRANCO, N., *Derecho Penal: principios, interrogantes, reflexiones*, Comares, Granada, 2022.

⁵¹⁴ De hecho, el Dictamen 358/2013, de 27 de junio, del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal”, advirtió que: “no se reconfiguran como delitos los casos más graves de las infracciones que hasta ahora constituían faltas,

de los delitos leves es tanto la regulación que de estos se realiza en el propio Código penal⁵¹⁵, como, sobre todo, la notable “relajación” del principio de legalidad procesal que nuestro legislador ha permitido al regular su persecución.

En efecto, en el art. 963 LECrim se declara instaurado el principio de oportunidad en relación con la persecución de los delitos leves⁵¹⁶. En virtud de dicho precepto, la presentación de atestado policial o de denuncia por un delito leve no siempre obliga al juez a incoar el procedimiento para investigar y enjuiciar este, como ocurre en caso de regir (según es, por cierto, la regla general en el derecho procesal penal español) los principios de necesidad u oficialidad y de legalidad procesal⁵¹⁷. Por el contrario, en el art.

sino que se incrementa la pena de las mismas infracciones ya existentes, que se mantienen en sus términos. Aunque se trata de una opción de política legislativa, que se desenvuelve dentro del amplio margen de actuación de que dispone el legislador, el fundamento de esas modificaciones no debe buscarse en el principio de intervención mínima que la exposición de motivos invoca: el solo hecho de que se eleven las penas no incrementa, per se, la gravedad de una infracción que mantiene inalterados sus perfiles”. Por su parte, brindan también argumentos muy acertados para entender que no existen diferencias cualitativas entre las anteriores faltas y los delitos leves: MARCA MATUTE, J., MORELL ALDANA, L.C., *Delitos leves. Problemas sustantivos y procesales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 21.

⁵¹⁵ A modo de ejemplo, en el plano penal, a las infracciones tipificadas como delitos leves, el Código les asocia penas leves (arts. 13 y 33 CP); los jueces pueden aplicar tales penas a su prudente arbitrio, sin necesidad de sujetarse a las reglas del art. 66 CP; son extinguibles por medio del perdón del ofendido (art. 130.5º CP), figura, en lo demás, prácticamente desterrada de nuestro Ordenamiento Jurídico; su prescripción se limita a un año (art. 131.1 CP); y los antecedentes penales derivados de la condena por un delito leve deben cancelarse a los seis meses desde el día siguiente a que quedara extinguida la pena, frente a los mucho mayores plazos previstos para los antecedentes generados por el resto de delitos (art. 136 CP).

⁵¹⁶ Art. 963 LECrim: “1. Recibido el atestado conforme a lo previsto en el artículo anterior, si el juez estima procedente la incoación del juicio, adoptará alguna de las siguientes resoluciones: 1.ª Acordará el sobreseimiento del procedimiento y el archivo de las diligencias cuando lo solicite el Ministerio Fiscal a la vista de las siguientes circunstancias: a) El delito leve denunciado resulte de muy escasa gravedad a la vista de la naturaleza del hecho, sus circunstancias, y las personales del autor, y b) no exista un interés público relevante en la persecución del hecho. En los delitos leves patrimoniales, se entenderá que no existe interés público relevante en su persecución cuando se hubiere procedido a la reparación del daño y no exista denuncia del perjudicado. En este caso comunicará inmediatamente la suspensión del juicio a todos aquellos que hubieran sido citados conforme al apartado 1 del artículo anterior. El sobreseimiento del procedimiento será notificado a los ofendidos por el delito. 2.ª Acordará la inmediata celebración del juicio en el caso de que hayan comparecido las personas citadas o de que, aun no habiendo comparecido alguna de ellas, el juzgado reputare innecesaria su presencia. Asimismo, para acordar la inmediata celebración del juicio, el Juzgado de guardia tendrá en cuenta si ha de resultar imposible la práctica de algún medio de prueba que se considere imprescindible. 2. Para acordar la celebración inmediata del juicio, será necesario que el asunto le corresponda al Juzgado de guardia en virtud de las normas de competencia y de reparto”.

⁵¹⁷ NIEVA FENOLL, J., *Fundamentos...cit.*, pág. 19 nos recuerda que es más correcto distinguir entre principio de necesidad u oficialidad, que implica la obligatoriedad de acudir a un proceso para obtener el reconocimiento de una pretensión, de manera que el Estado no podrá castigar sin una previa declaración jurisdiccional; y el principio de legalidad, en virtud del cual el titular de la acción no tiene más remedio que ejercerla, porque una ley lo obliga a ello en el caso concreto. Sin embargo, este mismo autor admite que con frecuencia la doctrina habla indistintamente de principio de necesidad en el sentido propio del de legalidad, siendo esta una simple opción clasificatoria. En cualquier caso, como resume MONTERO AROCA, J., “Lección Primera. Los conceptos...”, *cit.*, pág. 42: “en la aplicación del Derecho penal el interés público es el preponderante y ello supone que: 1.) La existencia de un hecho aparentemente delictivo exige la puesta en marcha de la actividad jurisdiccional, pues es la legalidad la que debe determinar cuándo ha de iniciarse el proceso penal, no siendo admisibles criterios de oportunidad. El proceso penal no puede dejarse en su

963 LECrim se prevé que el ministerio fiscal pueda interesar el sobreseimiento del procedimiento cuando, a la vista de las circunstancias del caso concreto, estime que el delito leve denunciado resulte de muy escasa gravedad y que no exista un interés público relevante en su persecución.

Con independencia de que no compartamos aquí la actual tendencia legislativa a aumentar el papel del principio de oportunidad en el proceso penal español⁵¹⁸, lo que resulta innegable es que su introducción en relación con la persecución de los delitos leves deja entrever una concepción de los mismos de “escaso interés público” (o, incluso, de hechos cuya investigación puede llegar a ser prescindible a pesar de ostentar carácter delictivo, lo que resulta bastante más criticable). Semejante concepción de los delitos leves, que los contempla como cualitativamente idénticos a las anteriores faltas de las que provienen, permitiría continuar avalando la tesis doctrinal que en su momento buscaba la exclusión de estas del art. 408 CP, puesto que, por mucho que ahora se denominen delitos leves, continúan siendo, en esencia, conductas tan poco graves como lo eran las faltas⁵¹⁹.

inicio a la decisión discrecional de nadie (...); 2.º) Una vez iniciado el proceso penal, éste ha de tender a llegar a su fin normal de la sentencia, no pudiendo acabarse por actos discrecionales de nadie. El proceso penal no puede ser revocado, suspendido, modificado o suprimido sino en los casos en que así lo permita una expresa disposición de la ley, sin que ello pueda dejarse a la discrecionalidad de persona alguna. Esto no supone que el proceso tenga que acabar siempre con sentencia; implica sólo que en su desarrollo y terminación debe aplicarse la legalidad estricta”.

⁵¹⁸ No es la presente tesis doctoral el espacio más adecuado para referirnos a los problemas que se derivan de la introducción del principio de oportunidad al derecho procesal penal. Sin embargo, y aunque el tema excede de nuestra pretensión investigadora, sí queremos dejar anotadas algunas obras en las que se exponen de forma brillante los defectos de esta técnica, pues nos alineamos plenamente con las conclusiones que en aquellas se exponen: SANTANA VEGA, D.M., “Principio de oportunidad y sistema penal”, en *ADCP*, Tomo 47, Fasc/Mes 2, 1994, pág. 112: “es cierto, como ha puesto de manifiesto gráficamente Roxin, que en los Estados sociales se aprecia una “fácil huida hacia el Derecho penal”. Pero, lo que no parece correcto es querer compensar esta situación, en sede procesal, por “una fácil escapada” a través del principio de oportunidad”; OLAIZOLA NOGALES, I., “El principio de oportunidad. ¿Modernización o crisis del Derecho Penal?”, en *Nuevo Foro Penal*, vol. 10, núm. 82, 2014, pág. 22: “estoy de acuerdo con un importante sector doctrinal que considera que no debe ser tarea del Derecho procesal la no persecución de aquello que, conforme al Derecho Penal sustantivo, está tipificado (...) Sería atribuirle al aplicador del Derecho una labor legislativa que no le corresponde, ello sin contar con las posibles vulneraciones de principios básicos como el principio de igualdad o el principio de seguridad jurídica que trataré más adelante. (...) En mi opinión, no puede entenderse desde un punto de vista de lógica legislativa que se predique por un lado la no necesidad de la persecución y correspondiente punición de los delitos bagatela, acudiendo a fórmulas de oportunidad, mientras que por otra parte desde la legislación penal se aboga por la introducción de cada vez más preceptos que tipifican conductas de estas características”; NIEVA FENOLL, J., *Derecho procesal III, Proceso Penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pág. 37: “en mi opinión, la implantación del principio de oportunidad comportaría problemas teóricos importantes de naturaleza del ministerio fiscal, que es casi equiparado con un juez. Por otra parte, el hecho de que motivos políticos puedan permitir la falta de persecución de un delito puede atentar contra el principio de igualdad. En la práctica, puede ser muy arriesgado el hecho de que un fiscal, o un tribunal en su caso, pueda otorgar prematuramente el perdón, además de olvidar que la víctima también debe tener un lugar importante en el proceso penal”.

⁵¹⁹ De hecho, el Preámbulo de la LO 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal, indicó que “la reducción del número de faltas –delitos leves en la nueva regulación que se introduce– viene orientada por

Asimismo, es importante precisar que tras una interpretación proclive a eliminar los delitos leves del ámbito típico del art. 408 CP no se esconde la creencia de que la omisión de la persecución e investigación de los mismos no sea reproachable ni relevante. Es evidente que debe combatirse jurídicamente tal omisión, pues lo contrario permitiría, en la práctica, que la aplicación de la norma penal (en lo relativo a los delitos leves) quedase a la libre disposición del sujeto que viene obligado legalmente a la persecución de los mismos (con la arbitrariedad que ello supondría, ex art. 9.3 CE).

De hecho, en sí misma, la obligación del funcionario de promover la persecución de los delitos se extiende a todos los ilícitos penales existentes, independientemente de su gravedad. Cuestión distinta es, sin embargo, que el incumplimiento de tal deber de persecución pudiera ser valorado como “menos grave” cuando su objeto fueran delitos leves. Esta valoración, que, tal y como se analizará en breves, resulta muy razonable, puede servir, a su vez, para rechazar el recurso al Derecho penal en este escenario específico marcado por la falta de persecución de delitos leves, siempre que existan otras vías jurídicas que permitan reaccionar suficientemente ante el desvalor generado por el funcionario.

B) Análisis desde el punto de vista del fundamento que subyace a la propuesta de exclusión de los delitos leves del ámbito típico del art. 408 CP: la repercusión de la gravedad del delito en el interés persecutorio del Estado

El apartado anterior ha servido para plantear un interrogante de gran interés, el cual conforma la segunda cuestión clave que debemos analizar a fin de pronunciarnos sobre la conveniencia, con base en el principio de intervención mínima, de excluir los delitos leves del ámbito típico del art. 408 CP: ¿puede afirmarse que cuánto más gravemente es castigado un delito, mayor interés público hay en que su persecución se realice debidamente? A nuestro juicio no cabe duda de que debemos aproximarnos a esta pregunta, por cuanto la misma subyace a la que constituye el objeto de este trabajo y que se refiere estricta y únicamente al art. 408 CP.

el principio de intervención mínima, y debe facilitar una disminución relevante del número de asuntos menores que, en gran parte, pueden encontrar respuesta a través del sistema de sanciones administrativas y civiles”. Asimismo, la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2015, de 19 de junio, sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por la LO 1/2015, argumenta que la inserción del principio de oportunidad procesal en el juicio por delitos leves se debe al propósito de “evitar en la medida de lo posible el enjuiciamiento de hechos típicos materialmente intrascendentes”.

Pues bien, debemos comenzar aclarando que lo que se discute tras el interrogante señalado no es si la persecución e investigación de los delitos conforme a la legalidad, particularmente de los leves, es o no una cuestión de interés público, pues evidentemente lo es. Indudablemente, si ciertas conductas humanas son tipificadas como delito es debido a que lesionan o ponen en peligro valores constitucionalmente relevantes y, por tanto, dado que a su verificación le ha sido asociada una pena, deben perseguirse para que la amenaza inherente a esta se cumpla. En este sentido, el delito leve debe ser perseguido e investigado como cualquier otro delito, a pesar de su levedad penológica.

Por tal motivo, no podemos sino mostrarnos críticos con la decisión legislativa que ha introducido el principio de oportunidad procesal en el procedimiento para la investigación y enjuiciamiento de los delitos leves *ex art. 963 LECrim*. Pues, en virtud de tal principio, se otorga al fiscal la capacidad de descartar el proceso penal correspondiente en caso de apreciar, dadas las circunstancias concretas, la “inexistencia de un interés público relevante en la persecución del delito” denunciado. A nuestro modo de ver, la combinación de las expresiones “inexistencia de un interés público relevante en la persecución” y “del delito” resulta en un verdadero oxímoron. Siempre que se comete un hecho delictivo, existe, por definición, interés en su prevención, persecución, investigación, enjuiciamiento y, en su caso, castigo. Ya que, de no existir tal interés, el hecho simplemente no hubiera debido tipificarse como delito *ab initio*.

En suma, la dejación de la labor pública de persecución de los delitos (no importa cuál sea la gravedad de estos) suscita un innegable interés público, fundamentado en que esta falta de persecución ocasiona graves efectos preventivo-generales y especiales al ordenamiento jurídico, y, por ello, debe ser reprimida jurídicamente. En efecto, resulta indudable que la persecución de los delitos cumple y hace posibles fines preventivo-generales y especiales. Piénsese en que la falta de persecución de un delito concreto implica la ausencia de reacción del estado frente a este, a pesar de haber sido cometido por un sujeto en su territorio. Y, a su vez, dicha falta de reacción determina que la amenaza inherente a la pena del tipo infringido se convierta en “papel mojado” y no llegue a tener efectividad real, lo que coadyuva a favorecer la impunidad de su responsable (quebranto de los fines preventivo-especiales de la pena), así como evita la disuasión eficaz del delito a la colectividad, la cual pierde el miedo a ser realmente perseguida y sancionada por dicho ilícito, lo que, en última instancia, contribuye a que disminuya su confianza en la vigencia del Derecho penal (quebranto de los fines preventivo-generales de la pena).

No obstante, las anteriores afirmaciones no son incompatibles con el hecho de que, desde nuestro punto de vista, la debida persecución de los delitos más graves (aquellos a los que se han atribuido las penas más altas) suscita un interés público mayor que la de los delitos leves. Así, peor es, en términos del coste preventivo-general y especial para el estado, que no se consiga disuadir de forma eficaz la comisión de delitos de asesinato o contra la libertad sexual, que la de hurtos leves o maltratos de obra. Al igual que la restricción a la libertad individual que conlleva la previsión de delitos castigados con penas graves es mayor (como lo es, asimismo, el grado de afectación que produce a los derechos fundamentales del autor), también lo es la necesidad colectiva que justifica dicha restricción. O, al menos, así debería ser en teoría, puesto que del principio de prohibición de exceso se deriva el de adecuación, en virtud del cual la pena (en tanto restricción de la libertad humana) debe perseguir algún tipo de finalidad. Y dicha finalidad, de la pena y del mismo Derecho penal, radica en la tutela de valores o intereses de relevancia constitucional, con el fin de conseguir la máxima libertad posible⁵²⁰.

Centrando ya el análisis en el tipo penal del art. 408 CP, no cuestionamos que la conducta de omitir la persecución de los delitos (sean graves, menos graves o leves) lesiona objetivamente el bien jurídico protegido por aquel y que en el Capítulo Segundo nos hemos dedicado a delimitar, a saber: el principio de legalidad procesal. Sin embargo, que se ataque este bien jurídico no tiene por qué convertir en obligatorio el recurso al Derecho penal. De hecho, creemos que sí puede suscribirse la propuesta doctrinal de excluir los delitos leves del ámbito típico del art. 408 CP, siempre y cuando esta decisión sea el resultado de valorar político-criminalmente que, pese a la lesión que ocasiona sobre el valor en conflicto, dejar de perseguir delitos leves constituye una infracción dotada de menor gravedad que aquella misma dejación que supone la no persecución de delitos graves o menos graves.

El sentido de tal valoración podría deberse al hecho de que solo los delitos graves y menos graves se consideran merecedores (aunque sea en grados distintos) de la consecuencia jurídica más gravosa que existe en nuestro ordenamiento jurídico: la pena de prisión. Son estos, por lo tanto, los únicos ilícitos cuya comisión recibe, como contrapartida, la mayor restricción de libertad posible del estado al individuo que se prevé

⁵²⁰ CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho Penal: concepto y principios constitucionales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 199. La finalidad descrita (de tutela de los valores más esenciales de la sociedad) es la que aquí consideramos que debe orientar al Derecho penal.

en el Derecho penal español. Y, por esto, es lógico que, dado que los delitos graves y menos graves reflejan necesidades de tutela (y, por ende, también preventivas) tan intensas que hasta pueden llegar a justificar semejante afectación a la libertad individual, la no persecución de los mismos se valore como más reprochable y dañosa socialmente que la de aquellas infracciones que, aun delictivas, no alcanzan tal gravedad.

C) Análisis desde el punto de vista del papel que el principio de intervención mínima puede cumplir en la interpretación de los tipos penales: aplicación del principio de insignificancia al art. 408 CP

Concluíamos en el anterior apartado que, aunque todos los delitos, por el solo hecho de serlo, llevan anudado el interés público en su debida persecución, la mayor o menor gravedad de estos sí puede ser tomada en cuenta, a nuestro juicio, como criterio determinante para afirmar la relevancia o irrelevancia penal de la omisión de perseguirlos. Ahora bien, dispuesto esto, todavía queda pendiente esclarecer si tal criterio únicamente presenta viabilidad para argumentar *de lege ferenda* la modificación del texto del art. 408 CP (proponiendo que este explicita que queda extramuros del mismo la omisión del deber de perseguir los delitos leves), o puede ser también aprovechado de *lege lata* por la doctrina penalista para ofrecer una interpretación más restrictiva de este precepto que la que puede derivar, potencialmente, de su literalidad.

Para ofrecer una respuesta adecuada a esta cuestión es necesario comenzar haciendo una serie de aclaraciones en torno al principio de intervención mínima. Como es sabido, es este un principio que, de acuerdo con la totalidad de la doctrina española, debe servir para limitar el *ius puniendi*, esto es, la actividad punitiva de nuestro estado. Sin embargo, como bien expone PRIETO DEL PINO, paradójicamente y pese a tratarse de un principio esgrimido con gran asiduidad para avalar posiciones críticas ante decisiones concretas del legislador que se estiman constitutivas de excesos represivos, su papel específico y su contenido carecen de contornos precisos⁵²¹.

En cualquier caso, y pese a que no es esta tesis doctoral el espacio más idóneo para entrar en el estudio de las distintas posiciones doctrinales señaladas por la citada autora,

⁵²¹ PRIETO DEL PINO, A.M., “Los contenidos de racionalidad del principio de proporcionalidad en sentido amplio: el principio de subsidiariedad”, en *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*, con NIETO MARTÍN, A., MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M., BECERRA MUÑOZ, J. (Dir.), Marcial Pons, Madrid, 2016, pág. 273.

ni mucho menos para desgranar todos los problemas que este principio plantea⁵²², sí nos referiremos, siquiera brevemente, a los aspectos más generales del mismo. De los cuales, el primero de dichos aspectos está relacionado con su doble contenido, articulado sobre dos subprincipios penales esenciales: el de fragmentariedad y el de subsidiariedad. Sobre este último, ya expresó MIR PUIG que se trata de una exigencia de economía social coherente con la lógica del estado social, que debe buscar el mayor bien social con el menor costo social⁵²³. Es decir, que como sintetiza AGUADO CORREA, el Derecho penal tan solo debe ser utilizado como *ultima ratio*, cuando no existan medios menos lesivos para proceder a la protección del bien jurídico en cuestión⁵²⁴. Por su parte, el llamado “carácter fragmentario del Derecho penal” tiene su ámbito de aplicación cuando se valora qué conductas, de entre las que son idóneas para afectar un determinado bien jurídico-penal, es necesario castigar⁵²⁵. O, dicho de otra manera, que el Derecho penal no ha de sancionar todos los ataques posibles a los bienes jurídicos penales, sino tan solo a aquellos que resulten más graves para los bienes jurídicos fundamentales⁵²⁶.

Definidos los componentes esenciales del principio de intervención mínima, hemos ahora de indicar que, en realidad, el único destinatario de este sobre el cual existe consenso doctrinal es el legislador, existiendo más dudas acerca de si también los órganos judiciales pueden invocar el mismo en la aplicación de la norma penal. Sin embargo, dejando de lado esta dudosa cuestión, más interesante nos resulta, a los efectos del presente análisis, detenernos en el papel que el principio de intervención mínima puede cumplir entre la doctrina, empleándose por esta para promover, de *lege lata*, interpretaciones más restrictivas de los distintos tipos penales. Y, en concreto, por acotar

⁵²² De entre los numerosísimos trabajos publicados por la doctrina en torno al principio de intervención mínima señalaremos solamente algunos: AGUADO CORREA, T., *El principio de proporcionalidad en derecho penal*, Edersa, Madrid, 1999; DE LA MATA BARRANCO, N., *El principio de proporcionalidad penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007; HASSEMER, W., “El principio de proporcionalidad como límite de las intervenciones jurídico-penales”, en *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, con ROBLES PLANAS, RICARDO (Dir.), Traducción de SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P., Atelier, Barcelona, 2012, págs. 193-200; y PENA GONZÁLEZ, W., *La proporcionalidad de las penas como criterio de control de la legitimidad del castigo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2025.

⁵²³ MIR PUIG, S., *Derecho Penal...cit.*, pág. 128.

⁵²⁴ AGUADO CORREA, T., “El principio de proporcionalidad en derecho penal. Especial consideración de los delitos de peligro abstracto”, en *El principio de proporcionalidad penal*, con LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. (Dir.), *Ad Hoc*, Buenos Aires, 2014, pág. 47.

⁵²⁵ CORCOY BIDASOLO, M., “¿Es posible limitar la intervención penal en el siglo XXI?”, en *Acfs. Protocolo I*, 2021, pág. 101.

⁵²⁶ AGUADO CORREA, T., “El principio de proporcionalidad...”, *cit.*, pág. 48.

todavía más nuestro objeto de estudio, cabe señalar que nos referiremos al denominado “principio de insignificancia”, pues es este, en nuestra opinión (y no el de adecuación social) el único con base en el cual puede argumentarse (aun dudosamente) la exclusión de la omisión del deber de perseguir los delitos leves del art. 408 CP.

En principio, la posibilidad interpretativa a la que nos referimos ha sido reconocida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, si bien, como expone en su exhaustivo trabajo FERNÁNDEZ-PACHECO, la cuestión está lejos de resultar clara, pues en otras sentencias este órgano judicial se muestra más reticente. Con todo, concluye esta autora que “incluso en las posturas más reacias del Tribunal Supremo, se reconoce que, ya que el legislador debe legislar a partir de este principio, la interpretación de los preceptos penales también habrá de tenerlo en cuenta”⁵²⁷. En efecto, muestra de semejante tendencia jurisprudencial la constituyen, entre otras, dos resoluciones estudiadas en profundidad por la citada penalista: la STS 654/2002, de 17 de abril y la STS 585/2017, de 20 de julio. En ambas se dispuso —a nuestro parecer, de forma bastante razonable— que el principio de intervención mínima debe servir para que el intérprete, cuando los términos del legislador son amplios o poco claros, escoja aquella opción normativa de menor expansividad que se deriva del delito en cuestión.

Ahora bien, es evidente que el empleo por la doctrina del principio de intervención mínima como recurso para proponer exégesis restrictivas de ciertos ilícitos penales puede plantear serias dudas desde el punto de vista del respeto al principio de legalidad. No en vano aseveraba VIVES ANTÓN que:

“A menos que se hallase un modo de interpretar excepcionalmente fiable, la realización del principio de legalidad no puede quedar librada, sin más, al intérprete y aplicador, pues si así fuese la regla de conducta contenida en la ley se disolvería en una gama de interpretaciones distintas, con lo que la frontera que separa lo lícito de lo ilícito quedaría difuminada. Con la pretensión de solventar el problema que, desde la perspectiva del principio de legalidad, plantea la interpretación, nace la dogmática que, en sus diversas formulaciones, propone una serie de instrumentos con los que llevar a cabo una exégesis “científica” (esto es,

⁵²⁷ FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, C., “¿*De minimis non curat praetor*? La aplicación del principio de intervención mínima en la jurisprudencia ante supuestos de menor entidad”, en *InDret*, núm. 1, 2024, págs. 369 y ss.

independiente de las valoraciones materiales del intérprete) “objetiva” y, por ello, precisa y segura, de la ley”⁵²⁸.

No obstante, como ha puesto de relieve la jurisprudencia y parte de la doctrina⁵²⁹, puede suceder que, en ocasiones, los términos típicos con los que se redacta un precepto sean dudosos en cuanto a su alcance o significado, o, asimismo, que existan razones de peso para cuestionar que el propio legislador abonase, en su momento, la interpretación puramente literal de un delito, la cual, por cierto, incurriría en una excesiva extensión del mismo hasta abarcar conductas de escasa entidad. En estos casos, no creemos que la invocación del principio de intervención mínima con fines exegéticos restrictivos deba ser considerada contraria *per se* al principio de legalidad.

Sin embargo, es claro que, debido al riesgo puesto de manifiesto por VIVES ANTÓN, debemos ser especialmente cautelosos al proponer la limitación del ámbito típico de cualquier delito por vía interpretativa, inclusive, aunque aleguemos, para ello, la vigencia del principio de intervención mínima. Tal necesidad de prudencia en el análisis de esta compleja materia es la que nos lleva, seguidamente, a tratar de justificar de manera suficiente: en primer lugar, que, tanto desde el punto de vista de la fragmentariedad como de la subsidiaridad, es conveniente limitar el ámbito típico del art. 408 CP a la persecución de los delitos graves y menos graves; y, en segundo lugar, que tal propuesta no entra en contradicción con la legalidad, pudiendo mantenerse de *lege lata*, habida cuenta de que, como veremos, la indagación de la voluntad histórica del legislador pone de manifiesto, por varios motivos, que no hay razones para sostener que este tuviera la intención de incluir en el art. 408 CP los delitos leves con la LO 1/2015 que destipificó las faltas, pero sí para considerar que con dicha reforma lo que se pretendió fue reducir, que no expandir, el Código penal.

Por un lado, atendiendo primero al subprincipio de fragmentariedad, no negamos que la omisión del deber de perseguir los delitos leves o a sus responsables sea lesiva del principio de legalidad procesal (erigido, en esta tesis doctoral, en bien jurídico protegido del art. 408 CP). No obstante, el carácter fragmentario del Derecho penal determina que

⁵²⁸ VIVES ANTÓN, T.S., *Fundamentos del sistema...cit.*, pág. 734.

⁵²⁹ Sin ir más lejos, la propia FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, C., “¿*De minimis non curat...*?”, *cit.*, pág. 383, apunta que más que vulnerarse el principio de legalidad, arrogándose el intérprete una función correctiva de la ley que compete exclusivamente al legislador, lo que ocurriría en estos casos en los que se trata de compensar, por vía interpretativa, la falta de claridad en la redacción de una norma penal sería una “adaptación razonada de la ley al caso concreto”.

no necesariamente deban ser castigados por vía penal todos aquellos ataques que puedan dirigirse contra un bien jurídico, sino solo las más graves. Pues bien, desde nuestro punto de vista, y por los motivos en los que ahondamos en el apartado anterior, la lesión sufrida por dicho principio es menor cuando de la persecución de delitos leves se trata, en contraposición a lo que sucede frente a delitos graves y menos graves. Especialmente, teniendo en cuenta que el propio legislador ha valorado como de escaso interés público o de poca gravedad aquellos ilícitos penales, disponiendo incluso que se exceptúe en ellos el principio de legalidad procesal, sustituyéndose por el de oportunidad procesal.

Evidentemente, esto último no implica que se haya dado patente de corso a los funcionarios públicos para deliberar si persiguen o no un delito leve, pues solo algunos de ellos pueden tomar tal decisión y siempre dentro de los márgenes establecidos en el art. 963 LECrim. No obstante, el solo hecho de que para los delitos leves se haya consagrado legalmente el principio de oportunidad procesal como excepción a la vigencia general del de legalidad procesal ya da fe de una particular valoración legislativa: que la lesión sufrida por este último es entendida como menos intensa que la que se produciría si se dejaran de perseguir delitos graves o menos graves (de ahí que, para ellos, no se reconozca la oportunidad en la persecución, puesto que en ningún caso podrán ser considerados como de escaso interés público o de baja entidad).

Es en este punto donde creemos que debe traerse a colación el principio de insignificancia, al que BUSTOS RUBIO se refiere como aquel que implica “que las afecciones mínimas, nimias o de bagatela de bienes jurídicos no constituyen una ofensa relevante a los fines que se persiguen con el tipo penal, debiendo quedar extramuros del sistema penal”⁵³⁰. No desconocemos que son varias las discusiones suscitadas en relación con este principio. Sin embargo, y de acuerdo también con el citado penalista, a nuestro modo de ver este no constituye una causa de atipicidad, sino que opera ante supuestos en los que el hecho sí encaja formalmente en la descripción típica, existiendo además una afectación material (aunque mínima) al bien jurídico, y pudiendo emplearse de *lege lata* como criterio interpretativo que culmina en una restricción teleológica de un tipo penal⁵³¹.

Por su parte, menos dudas plantea la invocación del subprincipio de subsidiariedad para justificar la exclusión de los delitos leves del art. 408 CP. Ello se debe a que,

⁵³⁰ BUSTOS RUBIO, M., “Insignificancia y Derecho penal económico”, en *InDret*, núm. 4, 2023, pág. 165.

⁵³¹ *Ídem*.

partiendo de que la subsidiariedad entraña la consideración del Derecho penal como *ultima ratio*, si existe, como veremos que sucede en este caso, doble tipicidad penal y administrativo-sancionadora que permite castigar la conducta de omitir el deber de perseguir los delitos, el principio de intervención mínima en la vertiente señalada debe servir como guía para proponer criterios de delimitación entre aquellos sectores jurídicos, que procuren, además, reservar al Derecho penal la represión de los comportamientos más graves.

Ahora bien, debe incidirse en que la decisión político-criminal proclive a desplazar al ámbito administrativo-sancionador el castigo de la omisión persecutoria de los delitos leves, no supone ni una negación del interés público que esta indiscutiblemente suscita, ni tampoco una dejación o renuncia arbitraria de su castigo. Todo lo contrario, pues, a los efectos de la presente tesis doctoral, nos mostramos partidarios de la teoría del *ius puniendi* único o teoría unitaria del *ius puniendi*, en virtud de la cual se considera que delitos e infracciones administrativas (ambos comparten los elementos definitorios de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), así como penas e infracciones administrativas poseen la misma naturaleza jurídica, pues la finalidad común al Derecho penal y al Derecho administrativo sancionador es la tutela de bienes jurídicos.

A partir de tal premisa, se distinguen los ámbitos de protección de ambas ramas del Derecho en un sentido cuantitativo, en virtud del cual el Derecho penal debería ocuparse de los comportamientos más graves, frente al Derecho administrativo sancionador que debería hacer frente a conductas socialmente menos lesivas o peligrosas. Uno de los efectos positivos principales arrojados por el empleo de la tesis unificadora es, como destacan sus defensores, la aplicación de los elaborados principios y garantías limitadoras del *ius puniendi* al Derecho administrativo sancionador, sector que se ha caracterizado históricamente por una regulación positiva muy deficiente⁵³².

Por consiguiente, es perfectamente legítimo postular por el traslado al ámbito administrativo-sancionador del castigo de las presentes omisiones funcionariales de persecución de los delitos leves. Especialmente cuando el régimen disciplinario establecido en las distintas normas (leyes y reglamentos) reguladoras de los funcionarios

⁵³² GÓMEZ TOMILLO, M., SANZ RUBIALES, I., *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General*, Aranzadi, Navarra, 2023, pág. 92 y ss.

que pueden cometer el art. 408 CP contiene múltiples tipos infractores que abarcan la conducta de omitir el deber de promover la persecución de delitos⁵³³.

No obstante, no puede negarse que existen riesgos derivados de esta decisión. Como bien indica CARBONELL MATEU: “en ocasiones, se viene confundiendo el auténtico significado del principio de intervención mínima al entender (...) que, en general, debe remitirse la mayor parte de las sanciones a la esfera administrativa. Es por ello necesario resaltar que el principio de intervención mínima inspira no sólo al Derecho Penal y que

⁵³³ Sin ánimo de exhaustividad y, sobre todo, sin poder entrar a analizar detenidamente las particularidades del régimen disciplinario de cada uno de los posibles sujetos activos del art. 408 CP, enunciaremos en esta nota al pie de página los tipos infractores localizados para los principales funcionarios públicos que suelen enumerarse en el estudio del círculo de intervinientes en el tipo penal que nos ocupa (principalmente, jueces, fiscales y agentes policiales). Téngase en mente, por ejemplo, el caso de los jueces y magistrados. En la Ley Orgánica del Poder Judicial, el art. 417.9 define como muy grave la conducta de “desatención o el retraso injustificado y reiterado en la iniciación, tramitación o resolución de procesos y causas en el ejercicio de cualquiera de las competencias judiciales”. El art. 418.11 tipifica como falta grave: “El retraso injustificado en la iniciación o en la tramitación de los procesos o causas de que conozca el juez o magistrado en el ejercicio de su función, si no constituye falta muy grave”. A su vez, según el art. 420.1.e) LOPJ la sanción más grave que puede imponerse es la separación, aunque de acuerdo con su apartado segundo, esta debe reservarse como sanción únicamente disponible para el castigo de las infracciones muy graves. Por lo que hace al Ministerio Fiscal, dos son los tipos infractores a través de los cuales podría plantearse el castigo de la conducta de omisión del deber de promover la persecución de los delitos por parte de tales funcionarios. Si bien hay que destacar que el régimen disciplinario establecido en el EOMF presenta muchos más defectos que el de los jueces y magistrados al que acabamos de hacer alusión, debido tanto a la falta de actualización de las sanciones previstas (las de multa vienen todavía fijadas en pesetas), así como al carácter más vago o genérico de la descripción de las conductas tipificadas en varios tipos. Verbigracia, en los que aquí nos interesan, la omisión del deber de perseguir los delitos de un fiscal solo puede reconducirse al art. 62.2, que delimita como falta muy grave “la conducta irregular que comprometa la dignidad de la función fiscal”; 62.4, referido al “abandono o el retraso injustificado y reiterado en el desempeño de la función fiscal”; 63.4, el cual tipifica como falta grave el “Dejar de promover la exigencia de la responsabilidad penal o disciplinaria que proceda a los Secretarios y personal auxiliar subordinado cuando conocieren o debieren conocer el incumplimiento por los mismos de los deberes que les corresponde”; y, por último, 64, en el que de caracteriza como falta leve al “retraso en el despacho de los asuntos cuando no constituya falta grave”. Por lo que respecta, a continuación, a los agentes policiales, su régimen disciplinario aparece fragmentado en función de si pertenecen al Cuerpo Nacional de Policía o a la Guardia Civil. En primer lugar, el régimen disciplinario de la Policía Nacional, dispuesto en la LO 4/2010, de 20 de mayo, contempla como falta muy grave “el abandono de servicio” (art 7 f) y, tras este, “la infracción de deberes u obligaciones legales inherentes al cargo o a la función policial, cuando se produzcan de forma grave y manifiesta”. Como puede observarse, se recoge una infracción paralela al delito del art 407 CP referente al abandono de destino junto a otra de contenido más amplio, en la que podría encajar la conducta de dejar de perseguir los delitos o sus responsables, siempre y cuando se produjera “de forma grave y manifiesta”. Esta última exigencia, paradójicamente, conllevaría la mayor gravedad del tipo infractor frente al penal, el cual no hace referencia a la necesidad de que la omisión alcance gravedad alguna. A su vez, el art 8 c) tipifica como falta grave “la omisión de la obligación de dar cuenta a la superioridad con la debida diligencia de todo asunto que por su entidad requiera su conocimiento o decisión urgente”. En segundo lugar, el régimen disciplinario de la Guardia Civil, contenido en la LO 12/2007, de 22 de octubre, incluye como infracción muy grave la no comparecencia a prestar un servicio, ausentarse de él o desatenderlo, cuando por su naturaleza y circunstancias sea de especial relevancia (art 7.12). Caso de no tratarse de un servicio de especial relevancia, la falta pasaría a ser grave (art 8.10). Por último, la negativa a tramitar una denuncia formulada en una lengua oficial se calificará como infracción grave (art 8.31). Para acabar, por lo que respecta a la Policía Local, la Disposición Final 6 de la LO 4/2010, de 20 de mayo, establece que su aplicación alcanzará también a esta.

la solución de remitir al Derecho administrativo resulta, en ocasiones, una falacia, pues allí, con menos garantías, acaban imponiéndose sanciones mayores”⁵³⁴.

Sin embargo, este es un riesgo que creemos que es conveniente asumir, en aras de disminuir la huida al Derecho penal y el fenómeno de expansión de este, así como de permitir que tengan verdadera vigencia las infracciones disciplinarias previstas en sede administrativo-sancionadora, y de facilitar criterios teóricos de coordinación entre ambas ramas del Derecho. La solución a la desproporción que en muchas ocasiones caracteriza a las sanciones administrativas y que llega a convertirlas en más gravosas para el individuo que las propias penas, no se encuentra, a nuestro parecer, en aumentar el ámbito protector del Derecho penal para que actúe allí donde, por la menor gravedad de la lesión a los bienes jurídicos constitucionalmente relevantes o por su mera puesta en peligro, puede actuar más eficientemente el Derecho administrativo.

Por tal motivo, si del análisis del conjunto de infracciones administrativas existentes que castigan conductas equivalentes a la omisión del deber de perseguir delitos del art. 408 CP, se concluye que las sanciones en ellas previstas son más graves que la pena de inhabilitación que aquel prevé, ello debería llevarnos a proponer de *lege ferenda* una regulación alternativa que establezca una mayor coherencia y racionalidad sistemática entre las dos ramas del Derecho que conforman el *ius puniendi*, pero no a perpetuar la configuración del Derecho penal como *prima ratio*⁵³⁵.

Efectivamente, la tesis unitaria que rechaza la diferencia material o cualitativa entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador, puesto que defiende un modelo teórico-racional que debiera servir de guía para el legislador y el resto de los operadores jurídicos, pero que no siempre lo ha hecho, choca en múltiples ocasiones con

⁵³⁴ CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho Penal: concepto...cit.*, pág. 195. En el mismo sentido se pronuncia también ALARCÓN SOTOMAYOR, L., “Los confines de las sanciones: en busca de la frontera entre derecho penal y derecho administrativo sancionador”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 196, 2014, pág. 139.

⁵³⁵ En cualquier caso, del examen de las infracciones disciplinarias que se prevén para los distintos sujetos del art. 408 CP se desprende, por suerte, un panorama no tan alarmante desde el punto de vista de las garantías penales, habida cuenta de que, en todas ellas, como máximo, se prevé la imposición de una sanción de separación de servicio, de consecuencias esencialmente idénticas a las de la pena de inhabilitación especial establecida en nuestro texto punitivo. Sobre este extremo véase el estudio sobre el contenido de ambas sanciones elaborado por JAREÑO LEAL, A., “El poder punitivo del estado en materia de buen gobierno: tipicidad penal y administrativa”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 20, 2018, págs. 24 y ss., en las que concluye, además (a nuestro parecer acertadamente), que “es incuestionable la mayor aflictividad del sistema penal en el caso de identidad cualitativa de las sanciones, aunque sólo sea porque dicho procedimiento conlleva la publicidad y “pena de banquillo” correspondientes, por lo que la sanción penal tiene mayor efecto preventivo general y especial.

el peligroso panorama al que aludía CARBONELL MATEU. Sin embargo, consideramos que no les falta razón a GÓMEZ TOMILLO y SANZ RUBIALES cuando razonan que no es conveniente metodológicamente oponerse a la tesis unitaria por medio de una argumentación basada exclusivamente en las consecuencias, mucho menos cuando son potenciales, lo que traducido a este contexto implica “que las patologías potenciales del sistema no desdibujan el punto de partida: la identidad sustancial de ambos ilícitos”⁵³⁶.

Por otro lado, y para acabar este apartado, debemos recordar que la invocación del principio de intervención mínima en la interpretación restrictiva de un tipo penal únicamente puede llevarse a cabo si este es poco claro o existen dudas acerca de que el legislador compartiese el sentido literal derivado del mismo. Podría argüirse, muy razonablemente, que no hay nada confuso acerca de los términos típicos empleados en el art. 408 CP. En efecto, en este no se abusa, como sí sucede en muchos otros ilícitos penales, de conceptos jurídicos indeterminados o cláusulas vagas u oscuras. No obstante, creemos que la interpretación extensiva *contra reo* que deriva de entender que, desde la reforma de 2015, aquel precepto ha pasado a integrar los delitos leves que hasta ese año constituían faltas en su ámbito típico, no se cohonestaba bien con la voluntad del propio legislador de la LO 1/2015, de 30 de marzo.

De hecho, esta ha sido una de las pocas modificaciones del Código penal de 1995 que han perseguido una finalidad restrictiva del propio ordenamiento punitivo, invocándose incluso en la Exposición de Motivos de la LO 1/2015 el principio de intervención mínima como motor de la reforma destipificadora de las faltas. Este fue, justamente, el principio al que se aludió en dicha ley para justificar la introducción del principio de oportunidad reglada en la persecución de los delitos leves, aduciéndose que estos, herederos de las faltas, en ocasiones constituyen “conductas típicas, pero que no tienen una gravedad que justifique la apertura de un proceso y la imposición de una sanción de naturaleza penal, y en cuya sanción penal tampoco existe un verdadero interés público”.

Por consiguiente, el tenor de la reforma vino marcado por una pretensión restrictiva, tanto en relación con las leyes penales como con las procesales, en todo lo relativo a los delitos leves. Por una vez, lo que se pretendía no era expandir el Derecho penal, sino limitarlo. Teniendo en cuenta que el legislador de 1995 excluyó expresamente las faltas del ámbito típico del art. 408 CP, así como que, aparentemente al menos, lo que buscó

⁵³⁶ GÓMEZ TOMILLO, M., SANZ RUBIALES, I., *Derecho Administrativo Sancionador...cit.*, pág. 117.

luego el legislador de 2015 fue asimilar a prácticamente todos los efectos las derogadas faltas a los nuevos delitos leves, creemos poder concluir que, con base en el principio de intervención mínima, y apoyándonos en cualquiera de sus vertientes, es posible, de *lege lata*, mantener la interpretación doctrinal proclive a castigar exclusivamente a través de la vía sancionadora-administrativa la omisión del deber de persecución de los delitos leves. Por su parte, la omisión del deber de promover la persecución de delitos graves y menos graves será castigada penalmente, siempre que, en el caso concreto, se reúnan el resto de los requisitos exigidos por el tipo que nos ocupa.

Dicho todo lo anterior, somos conscientes de las dudas que una tesis como la aquí mantenida pueden plantear, y, por ello, no dejamos de considerar preferible exhortar al legislador, de *lege ferenda*, a modificar la redacción del art. 408 CP, explicitando la exclusión de los delitos leves de sus contornos típicos.

1.2. La persecución de los delitos públicos, cuasipúblicos, semipúblicos, semiprivados y privados

Interesa ahora detenernos en una última problemática suscitada a partir del estudio de la cláusula típica “de los delitos” contenida en el art. 408 CP y de la comparación de esta con el texto del art. 259 LECrim, único “correlativo común” del delito que nos ocupa, aun no siendo en verdad tal, por cuanto no es un tipo penal, sino que viene recogido únicamente en la normativa procesal y acompañado de un castigo que, por su insignificancia, revela una ausencia de interés político-criminal en reprimir la omisión de los particulares de sus escasos deberes cívicos de persecución de los delitos.

Mientras que el tipo penal alude a los “delitos”, de manera genérica y sin mayores precisiones, el art. 259 LECrim precisa que únicamente existe deber de denuncia ciudadana de aquellos delitos que fueran “públicos”, si bien es cierto que este precepto debe completarse con lo dispuesto en el art. 450.2 CP para el caso de no denunciar la comisión de delitos flagrantes, algunos de los cuales vienen definidos con regímenes de perseguibilidad no públicos (en particular, los delitos sexuales). Semejante circunstancia, unida a la experiencia brindada por el modelo penal italiano de tipificación de la conducta de omisión del deber de perseguir los delitos en el art. 361 CPI, el cual prescribe la exclusión de su ámbito de los delitos perseguibles por medio de querrela de la persona ofendida, nos lleva a preguntarnos: ¿debe entenderse que en el ámbito típico objetivo del art. 408 CP solo caben los delitos públicos? Y, por consiguiente, ¿implica ello que la

omisión del deber de perseguir delitos que no ostenten un régimen de perseguibilidad de oficio ha de quedar extramuros de nuestro Código penal?

Como se ha insistido ya en el apartado anterior, el cuestionamiento de la inclusión de ciertos delitos en el ámbito típico objetivo del art. 408 CP no puede basarse en la negación de la existencia de interés público en su persecución, pues si no hubiera interés en perseguirlos e investigarlos no habrían debido ser calificados como delitos. El único argumento, por tanto, que puede emplearse legítimamente para justificar la exclusión de los delitos cuasipúblicos, semipúblicos, semiprivados o privados⁵³⁷ (es decir, de todos aquellos que no son públicos) del art. 408 CP, pasaría por afirmar que es la menor gravedad de ciertos hechos delictivos la que lleva a definirlos con regímenes de perseguibilidad caracterizados por matizar o exceptuar los principios de oficialidad y legalidad procesal⁵³⁸.

Ciertamente, una lectura de la parte especial del Código penal enseguida nos revela que la mayor parte de aquellos delitos que, como comunidad, consideramos “los más graves imaginables” (por ejemplo, los delitos contra la vida), son figuras perseguibles de oficio, es decir, públicas. No obstante, esta aparente regla general no se cumple siempre. Los delitos contra la libertad sexual, por ejemplo, son precisamente tipos cuasipúblicos, en los que se requiere la denuncia de la víctima mayor de edad para poder iniciar el proceso penal. Bien es cierto que su carácter cuasipúblico constituye un asunto eternamente debatido en la doctrina, y que, de hecho, como indica GARCÍA ORTIZ, el argumento de la gravedad “es uno de los que mayor peso tienen a la hora de exigir la persecución de oficio de los delitos sexuales”⁵³⁹. Sin embargo, al sostener dicho argumento se incurre, a nuestro parecer, en una confusión acerca de los fundamentos o motivos que llevan a apostar por un régimen de perseguibilidad no estrictamente público, en el que la víctima pueda tener poder decisorio sobre el inicio o incluso, en algunos delitos (distintos de los sexuales), también sobre la extinción del proceso.

⁵³⁷ La presente clasificación de los delitos en función de su régimen de perseguibilidad corresponde a ALONSO RIMO, A., *Víctima y sistema penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pág. 199.

⁵³⁸ En otras palabras, ¿hay un menor interés público en promover la persecución de determinados delitos, aun siendo graves o menos graves, solo por el hecho de no regir en ellos en su máxima plenitud el principio de legalidad procesal?

⁵³⁹ Desmonta la creencia de que el argumento de la gravedad del delito deba determinar la caracterización de los delitos contra la libertad sexual como públicos GARCÍA ORTIZ, A.M., *La perseguibilidad de los delitos de agresión y acoso sexuales: análisis crítico desde los feminismos antipunitivistas*, Tesis Doctoral, Universidad de Valencia, 2025, págs. 356 y ss.

Pues bien, en el estudio de la dicotomía científica entre delitos públicos y privados es obligatoria la referencia a la obra de ALONSO RIMO. Y, gracias a la misma, debemos comenzar señalando que la matización de los principios procesales mencionados en una infracción penal, solo por el hecho de no ser esta estrictamente pública, no responde a un menor interés general asociado a su persecución, ni tan siquiera a la menor gravedad de aquella. Lo cierto es que la dualidad jurídica de delitos públicos y privados no está referida (no puede estarlo) al contenido del bien jurídico protegido, ni a la comprensión de la infracción penal con arreglo a patrones privados, sino que únicamente se debe a las meras facultades de control del ofendido con respecto a la intervención punitiva (inicio o extinción del proceso penal). El otorgamiento de tales facultades a la víctima de un delito en relación con el ejercicio del *ius puniendi* estatal no se enfrenta, en definitiva, en vía de principio, a la naturaleza esencialmente pública del sistema penal (en sus vertientes sustantiva y procesal)⁵⁴⁰. En esencia, “el mismo interés público que domina el Derecho penal impregna también en todo caso el proceso penal; como no podía ser de otra forma, si según hemos dicho, es éste el mecanismo necesario, el único camino posible, para la realización de aquel”⁵⁴¹.

En realidad, los motivos por los que se otorgan facultades decisorias a la víctima de un delito sobre algunos aspectos del ejercicio del *ius puniendi* son muy plurales y diversos y, de hecho, suelen responder a la voluntad de preservar ciertos intereses de la víctima del delito (intimidad de la persona ofendida, voluntad de evitar una revictimización de esta, etc.) que pueden resultar lesionados en el empeño de defender, a través del proceso, sus bienes jurídicos atacados con el delito. Además, por mucho que tiendan a concebirse como privados por el hecho de ser de titularidad individual, como bien señala ALONSO RIMO, se trata de valores de primer orden constitucional y de carácter público⁵⁴².

⁵⁴⁰ ALONSO RIMO, A., *Víctima y sistema...cit.*, págs. 151 y 157.

⁵⁴¹ *Ibidem*, pág. 164.

⁵⁴² En efecto, la clave de la argumentación de ALONSO RIMO, A., *Víctima y sistema...cit.*, pág. 377 y ss., con la que coincidimos, reside en que los intereses de la víctima son también de alto interés público en nuestro ordenamiento jurídico: “la perseguibilidad privada no se construye a partir de una potestad de la víctima para decidir la influencia de la actuación penal en relación con un área en la que, por ser especialmente “intima” o “personal”, se hace depender la protección punitiva de su voluntad —un derecho a elegir si quiere o no la tutela penal— sino que, sencillamente, a través de ella trata de evitar que la defensa del repetido objeto de protección —público o de interés general, en tanto objeto de protección jurídico-penal— se haga a costa de la lesión de determinados intereses del agraviado (su intimidad, su bienestar psicológico, su relación familiar, etc.), que, como hemos comprobado en páginas anteriores, goza de una importancia de primer orden en nuestro ordenamiento”. Este razonamiento ha sido seguido, a su vez, por GARCÍA ORTIZ,

Por ello, puede concluirse que el interés público en la persecución de un delito no decae por el mero hecho de habersele concedido a la víctima poder decisorio sobre el inicio o final del proceso, como tampoco desaparece la obligación de investigarlo del funcionario público. Por consiguiente, aunque los delitos no sean “íntegramente públicos”⁵⁴³, sino cuasipúblicos, semipúblicos, semiprivados o privados, deberán ser igualmente perseguidos. Esta afirmación, sin embargo, merece un importante matiz: puede que, en ciertas clases de delito, debido a su régimen de perseguibilidad, el deber de promover la persecución se vea parcialmente restringido por razón del otorgamiento que el ordenamiento jurídico ha hecho a la víctima de las facultades a las que nos hemos venido refiriendo. No obstante, semejante deber funcional no pasa a estar vaciado o anulado solo porque la perseguibilidad no sea pública.

Piénsese, por ejemplo, en el caso de los delitos semipúblicos o semiprivados. Tanto en unos como en otros, la decisión de incoar el procedimiento depende de la víctima. Ahora bien, una vez esta ha interpuesto la correspondiente denuncia, e incluso aunque decida no personarse como parte acusadora en el procedimiento, el ministerio fiscal pasa a intervenir de manera normal como parte procesal en el mismo. El proceso, por consiguiente, avanza en un sentido idéntico al que se incoaría si de un delito público se tratase. Y, por este motivo, las mismas responsabilidades penales por no promover la persecución de los delitos podrán predicarse de los funcionarios intervinientes en la causa iniciada para investigar un delito público que en la prevista para uno semipúblico o semiprivado.

Yendo más allá todavía, si un particular ha comunicado a las autoridades que se está cometiendo un delito semipúblico o semiprivado que ha de ser evitado, y este consigue impedirse efectivamente por los agentes policiales competentes, estos no pierden sus obligaciones de investigar los hechos acaecidos de manera pre procesal y de informar a la víctima de sus derechos procesales por el mero hecho de que la decisión final sobre si impulsar el procedimiento, o no, recaiga en esta⁵⁴⁴. De hecho, la Circular 2/2022, de 20

A.M., *La perseguibilidad de los delitos...cit.*, pág. 353, quien recuerda que los intereses que se tutelan mediante la exigencia de denuncia gozan de protección constitucional como derechos fundamentales.

⁵⁴³ En el sentido ya apuntado, insistimos, de que en ellos no rigen con absoluta y plena vigencia los principios de necesidad, oficialidad y legalidad procesal, sino que estos sufren matizaciones de mayor o menor entidad.

⁵⁴⁴ A nuestro juicio, además, esta interpretación es la más coherente con el sentido del art. 105.2 *in fine*, LECrim, cuando prescribe que, en los delitos perseguibles a instancias de la persona agraviada: “la ausencia de denuncia no impedirá la práctica de diligencias de prevención”.

de diciembre, de la Fiscalía General del Estado, “sobre la actividad extraprocesal del Ministerio Fiscal en el ámbito de la investigación penal”, deja bastante claro que pese a exigirse la denuncia de la víctima para iniciar el proceso “nada impedirá que los fiscales puedan incoar diligencias de investigación preprocesal a pesar de no mediar su interposición por alguno de los sujetos legitimados”, e incluso señala que “cuando su práctica no admitiera demora los fiscales podrán acordar, asimismo, la realización de las primeras diligencias consideradas imprescindibles (art. 13 LECrim)”⁵⁴⁵.

El único aspecto en el que la obligación de promover la persecución de un delito semipúblico o semiprivado se ve recortada es el relativo a la obligación de emprender o poner en marcha la acción penal del ministerio fiscal, que, salvo que se trate de víctimas menores de edad, con discapacidad o desvalidas (art. 105.2 LECrim), estará condicionada a la decisión de la víctima de denunciar. Ello implica que, evidentemente, el fiscal atribuido a una causa no podrá ser responsable del delito del art. 408 CP por el hecho de abstenerse de interesar la incoación del procedimiento nada más ser conocedor de la *notitia criminis*, pues la espera a la decisión del ofendido del delito es precisamente lo que el Código penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal exigen, en estos casos, de él.

Algo distinta es la situación relativa a la obligación de promover la persecución de los delitos cuasipúblicos, dentro de los cuales constituye su mejor exponente los delitos contra la libertad sexual (art. 191 CP). En estos, el requisito de procedibilidad que se establece es, como regla general, el de la denuncia de la persona agraviada (salvo, de nuevo, que esta fuera menor de edad, persona con discapacidad o desvalida), pero, singularmente, también se prevé la posibilidad de que el procedimiento se inicie por la interposición de querrela del ministerio fiscal. Posibilidad, a su vez, que se condiciona a

⁵⁴⁵ A su vez, en esta misma Circular y en algunas sentencias del Tribunal Supremo (verbigracia, la STS 201/2017, de 27 de marzo, con respecto a un delito de revelación de secretos *ex* art. 197 CP), llega a apuntarse que “la ausencia de denuncia o querrela –cuando se articule como condición objetiva de procedibilidad– debe ser relativizada siempre que la irregularidad procesal resulte posteriormente subsanada: “la denuncia, cuando es concebida por el legislador como requisito de procedibilidad para la persecución de determinados delitos (semipúblicos en terminología clásica), ve transmutada en cierta medida su naturaleza (...) Si la *notitia criminis* llegó por otra vía, eso no cancela la posibilidad de persecución cuando el perjudicado toma conocimiento de la apertura del proceso penal y comparece en el mismo aflorando su anuencia con la sanción de estos hechos”. En el mismo sentido se pronuncia también el Tribunal Supremo en su STS 352/2021, de 29 de abril (en este caso, con razón de infracciones cuasipúblicas, como son los delitos contra la libertad sexual): “el requisito se cumple sin que sea necesaria una denuncia escrita y formal, bastando con una comunicación verbal, cuando el perjudicado se persona en las actuaciones para ejercer la acusación o cuando, conociendo la existencia del proceso, no se opone a él, o incluso la mera anuencia pasiva a la prosecución del proceso, convalida la inexistencia de denuncia inicial; comparecencia de la víctima en el Juzgado de Instrucción narrando los hechos, firmando la hoja de información de derechos como víctima y manifestando su voluntad de proseguir con la causa”.

un juicio valorativo previo, que obliga al fiscal a ponderar “los legítimos intereses en presencia”.

Pues bien, las consideraciones que acabamos de hacer acerca de las obligaciones de persecución e investigación en los delitos semipúblicos y semiprivados son trasladables a esta clase de infracciones cuasipúblicas⁵⁴⁶. La duda que puede plantearse de manera singular en estas es la de si resultaría posible, al menos teóricamente, condenar a un fiscal por vía del art. 408 CP si omitiese el juicio valorativo requerido implícitamente en el art. 191 CP o realizase tal ponderación erróneamente. Ahora bien, dejando de lado que el art. 408 CP es un tipo doloso, no siendo posible el castigo en el mismo de la omisión imprudente de perseguir delitos⁵⁴⁷, lo cierto es que la cláusula valorativa en cuestión a la

⁵⁴⁶ Efectivamente, prueba de ello es el texto del art. 48.2 Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, el cual señala de manera inequívoca que: “la recogida de muestras biológicas de la víctima y otras evidencias, incluidas imágenes que puedan contribuir a la acreditación de las violencias sexuales, que se realizará previo consentimiento informado, no estará condicionada a la presentación de denuncia o al ejercicio de la acción penal”. De hecho, NIEVA FENOLL, J., *Derecho Procesal III...cit.*, pág. 200, con respecto a los delitos de agresión sexual, señala que: “es posible que la víctima no esté en disposición de denunciarlo y, sin embargo, un tercero que tuviera conocimiento inminente o actual de su acaecimiento podría impedirlo con su denuncia. En estos casos, la autoridad debería estar obligada a realizar una comprobación de los hechos, para averiguar prima facie si hubo o no consentimiento de la víctima. Desde luego, si dicha víctima acaba por no denunciar, no habrá nada que hacer. Pero la gravedad de los hechos que podrían evitarse propicia que se realice esa comprobación y que, por consiguiente, la denuncia sea también posible y eficaz, aunque sea a estos solos efectos”. También LLORIA GARCÍA, P., “La obligación de denunciar los delitos sexuales sufridos por niños, niñas y adolescentes”, en *El Derecho Canónico ante los abusos sexuales*, con PEÑA, C., CAMPO IBÁÑEZ, M. (Coord.), Dykinson, Madrid, 2023, pág. 171, el ofendido del delito contra la libertad sexual “posteriormente podrá manifestar su voluntad de no continuar, pero, en principio, la investigación debe iniciarse, lo que resulta sumamente importante para el esclarecimiento de hechos que pueden estar conectados (de naturaleza pública) o de los denunciados para poder ejercer medidas de protección frente a la víctima si es necesario, aunque no presente la denuncia personalmente”.

⁵⁴⁷ Además, este ámbito admite (y debe admitir) un importante margen de discrecionalidad y oportunidad del ministerio fiscal, el cual incluso puede mostrarse comprensiblemente reticente a interponer querrela y emprender el proceso penal si consta previamente la voluntad de la víctima mayor de edad de no querer denunciar. A este respecto, concisamente, se refiere ACALE SÁNCHEZ, M., “Artículo 191”, en *Comentarios al Código Penal 2 Tomos*, con CUERDA ARNAU, M.L. (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, pág. 1295, cuando indica que “las posibilidades de que el Ministerio Fiscal interponga una denuncia por un delito de agresión sexual o de acoso sexual sin el consentimiento de una víctima mayor de edad existen, aunque su viabilidad procesal es limitada”. Entendemos que por denuncia la autora estaba aludiendo a la querrela a la que se refiere el art. 191.1 CP, pues esta (y no la denuncia) es la única forma de accionar el proceso que se admite, bajo previa ponderación de intereses, al fiscal en el caso de víctimas mayores de edad. Finalmente, es curioso destacar que, a raíz del caso Rubiales, fuentes fiscales comunicaron a la prensa que “sin denuncia de la víctima sería complicado que el procedimiento pudiera prosperar, pues la Fiscalía solo suele actuar de oficio en casos en los que la víctima ha fallecido, no ha podido denunciar por otra causa o se trata de un menor y sus padres o tutores no quieren dar ese paso” (ÁGUEDA, P., HERRERA, E., “Jenni Hermoso declara ante la Fiscalía y formaliza su denuncia por el beso no consentido de Luis Rubiales”, en *El Diario.es*, 6 de septiembre de 2023). En esta misma noticia, los periodistas comentan que “desde días después de la final en el mundial de Australia tanto la Fiscalía General del Estado como la Fiscalía de Madrid tenían sobre la mesa varias denuncias de particulares y una asociación contra la corrupción, pero hasta que no se hizo público el comunicado de Hermoso, el Ministerio Público se resistió a abrir diligencias al no existir ninguna denuncia o pronunciamiento público por parte de la jugadora”.

que nos venimos refiriendo apenas ha sido objeto de aplicación práctica, sin que aparentemente existan criterios rectores claros según los cuales realizar el juicio ponderativo, ni siquiera en Circulares de la Fiscalía General del Estado sobre esta materia⁵⁴⁸. Siendo así, carecería de sentido responsabilizar penalmente a fiscales concretos por omitir el juicio de valor relativo a si interponer querrela o no, al margen de la voluntad de la víctima mayor de edad, cuando esta es una cuestión de fuerte inseguridad jurídica que no ha sido resuelta en sede alguna y que despierta innumerables (y comprensibles) dudas.

Para acabar, corresponde analizar las particularidades que la obligación de promover la persecución de delitos sufre cuando su objeto son infracciones privadas. En realidad, como es sabido, los únicos delitos privados que subsisten en nuestro Código penal son las calumnias (art. 205 y ss. CP) y las injurias (art. 208 y ss. CP). En relación con ambos tipos penales, establece el art. 215 CP que se exige querrela de la persona ofendida para proceder contra un individuo por la comisión de estos delitos. A su vez, el art. 104 LECrim dispone que las acciones penales que nacen de las calumnias e injurias solo podrán ejercerse por las personas prescritas en el propio Código penal (es decir, por las personas ofendidas), de lo que se deduce la imposibilidad del fiscal de personarse como parte en el proceso penal que pudiera abrirse por tales delitos. Desarrollando este efecto del peculiar régimen de perseguibilidad de las infracciones privadas, la Circular 2/2022, de 20 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado, antes citada, aclara que los delitos privados “no podrán ser objeto de investigación extraprocesal por el ministerio fiscal en tanto en cuanto no es parte legitimada para intervenir en estos procedimientos”⁵⁴⁹.

En definitiva, no es difícil concluir que, habida cuenta de la falta de legitimación de los miembros del ministerio fiscal para intervenir (siquiera extraprocesalmente) en las

⁵⁴⁸ En particular, la Circular 1/2023, de 29 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios de actuación del Ministerio Fiscal tras la reforma de los delitos contra la libertad sexual operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, apenas hace mención al art. 191 CP y, desde luego, no llega a pronunciarse tampoco acerca de los criterios que deben guiar el juicio del fiscal sobre si presentar o no querrela. Del mismo modo, y aún examinando esta cuestión en mayor detalle, la Circular 2/2022, de 20 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado, sobre la actividad extraprocesal del Ministerio Fiscal en el ámbito de la investigación penal (apartado 4.9), se limita a indicar que: “en los delitos de agresión y acoso sexual las diligencias de investigación serán el vehículo adecuado para ponderar los legítimos intereses en presencia a que alude el art. 191 CP al objeto de decidir sobre la interposición de la preceptiva querrela”.

⁵⁴⁹ En idéntico sentido se pronunció ya la fiscalía general del estado con ocasión de su Circular 7/1997, de 15 de julio, sobre legitimación del Ministerio Fiscal en procesos penales por los delitos de calumnias e injurias, que aseveró que, en los delitos de injurias y calumnias, “la decisión del legislador de convertir en único dueño de la acción penal a los perjudicados ha supuesto la pérdida de la legitimación del Ministerio Fiscal para intervenir en tales delitos”.

causas por delitos privados, estos no podrán ser sujetos activos del art. 408 CP, pues carecen de la obligación de promover la persecución de las injurias y calumnias. No obstante, en lo demás, los procedimientos por ambos delitos seguirán contando, aún con el resto de sus particularidades procesales⁵⁵⁰, con la intervención de otros funcionarios públicos, verbigracia, de los agentes policiales⁵⁵¹ o de los jueces de instrucción⁵⁵². Estos sí podrán, consecuentemente, ser autores del art. 408 CP pese a la naturaleza privada del delito que debe perseguirse.

Como conclusión, entonces, debemos afirmar que el interés público en perseguir e investigar hechos delictivos no se ve condicionado por el régimen de perseguibilidad que se haya previsto en relación con los mismos. Cuestión distinta es, como se ha podido comprobar, que la obligación de promover la persecución de delitos, a la que alude el art. 408 CP, pueda sufrir modificaciones o verse disminuida o recortada en relación con algunos de sus sujetos activos, en función de que las infracciones que deban perseguirse sean cuasipúblicas, semipúblicas, semiprivadas o, incluso, privadas⁵⁵³.

⁵⁵⁰ Los presupuestos procesales requeridos para proceder contra una persona por presuntas injurias y calumnias son los siguientes: intento de conciliación y presentación de su celebración sin que haya llegado a avenencia entre las partes (arts. 278 y 804 LECrim). Además, licencia del juez o tribunal en caso de calumnias e injurias en juicio (arts. 215.2 CP y 805 LECrim).

⁵⁵¹ En efecto, el art. 284.1 LECrim, al regular la institución de la policía judicial, expone lo siguiente: “inmediatamente que los funcionarios de la Policía judicial tuvieren conocimiento de un delito público o fueren requeridos para prevenir la instrucción de diligencias por razón de algún delito privado, lo participarán a la autoridad judicial o al representante del Ministerio Fiscal, si pudieren hacerlo sin cesar en la práctica de las diligencias de prevención. En otro caso, lo harán así que las hubieren terminado”. Igualmente, el párrafo segundo del art. 282 LECrim extiende las obligaciones de averiguación de delitos, práctica de diligencias, recogida de efectos, aseguramiento de los delincuentes, información a las víctimas, entre otros, a los miembros de la policía judicial en los delitos que solo pueden perseguirse a instancia de parte legítima si se les requiere al efecto.

⁵⁵² El juez de instrucción asignado a la causa por injurias o calumnias puede entorpecer su avance en distintas ocasiones. Una de ellas está relacionada con el art. 808 LECrim, el cual establece que, en el caso de injurias o calumnias inferidas verbalmente “presentada la querella, el Juez instructor mandará convocar a juicio verbal al querellante, al querellado y a los testigos que puedan dar razón de los hechos, señalando el Secretario Judicial día y hora para la celebración del juicio”. Como puede observarse, la omisión dolosa del juez de la convocatoria de juicio prescrita por la norma procesal en este precepto podría encajar en el art. 408 CP, al menos teóricamente.

⁵⁵³ No podemos estar de acuerdo, por tanto, con lo argumentado por el TSJ de Andalucía en su Auto 10/2010, de 5 de febrero, cuando aduce que “el interés protegido por el delito de omisión del deber de perseguir delitos no se ha visto comprometido con la actuación del querellado, habida cuenta de que se trata de un delito para cuya persecución, conforme al art. 191 del Código penal, es precisa denuncia de la persona agraviada, de su representante legal, o bien querella (o denuncia, al ser menor de edad la supuesta víctima) del Ministerio Fiscal, quienes habrán de realizar un juicio de oportunidad sobre la presentación de la denuncia (ponderando los intereses en presencia) que sólo a ellos cabe realizar”. Semejante razonamiento parte de concebir el término “persecución” de una manera muy restrictiva y formal, limitada a la presentación del acto procesal de iniciación del procedimiento. Además, esta tesis interpretativa entra en contradicción con el entender jurisprudencial mayoritario acerca de las modalidades de conducta típica del presente delito, que lo extiende a supuestos en los que, pese a haberse iniciado la investigación penal, se

2. Omisión del deber de promover la persecución de los “responsables” de los delitos

2.1. El sentido del cambio terminológico operado en el art. 408 CP: de los “delincuentes” a los “responsables”

Al delimitar la situación típica generadora del deber funcional de persecución delictiva, el art. 408 CP emplea una dualidad típica que distingue entre la persecución “de los delitos” y la de “sus responsables” y que a menudo ha causado extrañeza entre la doctrina⁵⁵⁴, si bien como ya hemos puesto de manifiesto en apartados anteriores, lejos de ser superflua e innecesaria, sirve para arrojar luz acerca del sentido que inspira al verbo típico empleado en el art. 408 CP (promover la persecución) y que lo relaciona con las labores de apertura del proceso penal/puesta en marcha de la acción penal (perseguir *stricto sensu* o a nivel formal) e investigación (perseguir en un sentido más amplio y material).

Pues bien, a nivel doctrinal, son bastantes los penalistas que han cavilado acerca de la relevancia de la adición del término “responsables” al texto del art. 408 CP, si bien pocos han llegado a pronunciarse más detalladamente sobre el papel que dicho término cumple en el tipo penal que nos ocupa⁵⁵⁵. Verbigracia, REBOLLO VARGAS señala el avance que a su parecer supuso, en términos de técnica legislativa, la sustitución del vocablo “delincuentes” por el de “responsables”⁵⁵⁶. Por el contrario, HEDO IDOPE relativiza que dicho cambio terminológico fuera, en verdad, un avance, añadiendo que ambas voces tienen un sentido equivalente, “pues en todo delito habrá un responsable, aunque no se conozca”⁵⁵⁷.

hubiera desviado esta intencionalmente. Así puede comprobarse, por ejemplo, en el siguiente pronunciamiento de la STS 1080/2010, de 20 de octubre: “obviamente el tipo penal se satisface por la concurrencia de la omisión consistente en la no promoción de la persecución. La obstrucción para la efectividad de ésta va incluso más allá de la mera inhibición omisiva de actos que se dirijan a facilitarla. Sin que aquella obstrucción se desvanezca por la parcial contribución a la investigación que el acusado procuró desviar a otros objetivos. En efecto la parcial persecución es compatible con la parcial falta de promoción. Y ésta no deja de ser típica por parcial. Lo que ocurre tanto cuando se circunscribe a algunos de los eventuales responsables, con elusión de otros, cuanto si se demora en el tiempo la efectividad de la persecución”.

⁵⁵⁴ Recuérdese que MORILLAS CUEVA, L., “Lección 38. Delitos contra la Administración...”, *cit.*, pág. 873, calificaba de “extraña” y prácticamente superflua tal dualidad legislativa.

⁵⁵⁵ Más allá de RUBIO LARA, P.A., “Delito de ausencia...”, *cit.*, pág. 4, el cual, como hemos visto, sostiene una tesis muy similar a la aquí defendida y en la cual nos hemos inspirado.

⁵⁵⁶ REBOLLO VARGAS, R., “La omisión...”, *cit.*, pág. 35.

⁵⁵⁷ HEDO IDOPE, J.L., “Los delitos de abandono...”, *cit.*, pág. 379.

Ciertamente, el término “delincuentes” es, sin duda, más problemático en varios sentidos que el de “responsables”. Por un lado, el mismo ha sido históricamente portador de una mayor carga de reproche moral y estigma social y, por otro lado, acusa una polémica ambivalencia en su delimitación, planteando serias dudas si puede considerarse “delincuente” a alguien más aparte que al autor del hecho, pues ¿son delincuentes, por ejemplo, los cómplices? La respuesta a esta pregunta es compleja, no siéndolo tanto, desde luego, que pueda denominárselos “responsables” de ese mismo hecho. Consecuentemente, teniendo en cuenta ambas observaciones, sí que puede calificarse como “avance” la decisión legislativa de reemplazar un término (“delincuentes”) por otro (“responsables”) en el art. 408 CP.

No obstante, que la redacción actual del art. 408 CP sea más avanzada que sus versiones anteriores, por referirse a la persecución de los “responsables” del delito, no implica que sea perfecta. Pues lo cierto es que el mismo uso del término “responsables” resulta, de por sí, bastante equívoco o confuso, dado que parece reflejar una certeza acerca de la pertenencia del hecho aparentemente delictivo al sujeto sospechoso de haberlo cometido y al que debe perseguirse. Dicho en otras palabras, es inherente al empleo de “responsables” cierta calificación jurídica anticipada de los hechos, habida cuenta de que “responsable” equivale a autor o, como mínimo, a partícipe, de un hecho delictivo.

En realidad, a nuestro parecer, la mención de los “responsables” en el art. 408 CP se realiza de un modo más coloquial que técnico, puesto que, evidentemente, en las fases más tempranas del proceso (fase pre procesal y fase de instrucción judicial), que son las abarcadas por el tipo penal que nos ocupa, no se conoce quiénes han intervenido en los hechos investigados. Máxime podrán tenerse sospechas o indicios de la intervención de un individuo en estos, pero, desde luego, estas no habrán sido probadas todavía, por lo que tampoco se podrá haber acreditado su responsabilidad.

Por todo lo anterior, sería más adecuado, de *lege ferenda*, promover la sustitución del término “responsables” por un vocablo más apropiado técnicamente, que aluda a esos momentos iniciales del proceso penal que buscan tutelarse a través del art. 408 CP. Una propuesta concreta podría ser la de referirse a la omisión del deber de promover la persecución de los “investigados” por un delito, o bien de los “sospechosos” por el mismo. La adopción de uno u otro término sería indiferente si, siguiendo a ASENCIO MELLADO, partimos de que el “investigado” por un delito es “aquella persona sospechosa de haber cometido una acción criminal”, preferiblemente frente a la cual se hubiera

operado ya alguno de los actos que el art. 118 LECrim considera hábiles para otorgar tal condición⁵⁵⁸, aunque teniendo en cuenta que esta denominación puede, de modo más amplio, ser utilizada con carácter general y omnicomprendiva de toda situación a la que se sujete a una persona sometida a un proceso penal⁵⁵⁹.

Semejante sentido, más laxo, de la denominación de “investigado” creemos que abarca mejor las diferentes fases que puede atravesar un sujeto al enfrentarse como parte pasiva al procedimiento preliminar del proceso penal (en el que puede ser desde denunciado, querellado, mero sospechoso, investigado, procesado o preso preventivo, entre otros), y, por ello, entendido de ese modo, es esta la denominación que proponemos para reemplazar la alusión a los “responsables” que realiza el art. 408 CP.

2.2. Implicaciones de la cláusula típica “de los responsables” en el tipo penal del art. 408 CP

Tal y como hemos indicado al principio del apartado anterior, son pocos los penalistas que se han pronunciado sobre el alcance de los efectos que produce en el art. 408 CP la dualidad típica que distingue entre el deber de promover la persecución “de los delitos” y la “de sus responsables. Así, trayendo a colación las afirmaciones de PORTILLA CONTRERAS y POMARES CINTAS, “promover la persecución de los responsables” abarca las actividades tendentes a la comprobación de aquellos que pudieran haber intervenido en el delito de que se trate: practicar detenciones, poner a los detenidos a disposición de la autoridad judicial, imputar, en su caso, el delito, etc.⁵⁶⁰. E, igualmente, RUBIO LARA pone de manifiesto que, para él, “perseguir a los responsables de un delito”, implica realizar

⁵⁵⁸ Es decir, desde luego es más precisa la distinción que realiza BARONA VILAR, SILVIA, “Lección 4ª. Las partes acusadas y los responsables civiles”, en *Proceso Penal. Derecho Procesal III*, con GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS, BARONA VILAR, SILVIA (Coord.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2024, pág. 92, cuando señala que el “sospechoso”, pese a concurrir sobre él indicios de haber participado en la comisión de un hecho delictivo, no es parte procesal, mientras que sí lo es el investigado (parte pasiva de la primera fase del procedimiento penal). No obstante, por razón de tener que escoger un único término para sustituir la referencia a los “responsables”, resulta más apropiado emplear “investigado”, puesto que, en su sentido más amplio, engloba el significado atribuido al “sospechoso”, cosa que no sucede a la inversa.

⁵⁵⁹ ASENCIO MELLADO, J.M., “Tema 4. Las partes en el Proceso Penal (II). Partes acusadas”, en *Derecho Procesal Penal*, con ASENCIO MELLADO, J.M. (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2024, pág. 81. En contra, NIEVA FENOLL, J., *Derecho Procesal III...cit.*, pág. 145, que razona por qué debería retomarse (y ser despojado de connotaciones negativas) el uso de la palabra “reo”.

⁵⁶⁰ PORTILLA CONTRERAS, G., POMARES CINTAS, E., “Delitos de abandono de destino...”, *cit.*, pág. 182.

todas aquellas diligencias necesarias para llegar a su imputación o detención, según proceda⁵⁶¹.

En este punto es menester recordar lo dispuesto en el art. 299 LECrim, precepto esencial a los efectos del art. 408 CP, por cuanto dispone las finalidades de la instrucción judicial, a cuyo cumplimiento van orientadas sus distintas funciones. En el mismo se aclara que las diligencias de persecución del responsable de un delito son todas aquellas que sirven para averiguar su identidad y posible culpabilidad en el mismo, así como las destinadas a asegurar su persona. Semejante delimitación de los objetivos de la fase de instrucción sirve, a su vez, para poner de manifiesto que las obligaciones relativas a la persecución de los responsables (cuyo incumplimiento puede conducir a la aplicación del art. 408 CP) varían en función de si se tienen o no, desde un principio, indicios de la delimitación subjetiva de estos.

En efecto, debe tenerse presente que la labor pública de investigación de determinados hechos indiciariamente delictivos puede ser iniciada perfectamente sin que se tengan siquiera sospechas acerca del autor del delito. En dicho caso, la obligación del funcionario de perseguir a los responsables del delito se corresponderá con el deber de practicar las diligencias pertinentes a efectos de identificar al sujeto pasivo del proceso⁵⁶². Nos referimos, principalmente, a las reguladas en el Capítulo III, “De la identidad del delincuente y de sus circunstancias personales”, del Título V, “De la comprobación del delito y averiguación del delincuente”, de nuestra LECrim. La omisión dolosa de las mismas, cuando de ello dependa el avance de la causa y la averiguación del culpable, puede ser subsumida en el delito del art. 408 CP, si bien sobre esta cuestión haremos especial hincapié al estudiar el círculo de posibles intervinientes en este, así como las distintas modalidades de conducta por medio de las cuales estos pueden lesionar el bien jurídico en conflicto.

⁵⁶¹ RUBIO LARA, P.A., “Delito de ausencia...”, *cit.*, pág. 4.

⁵⁶² Tal y como indica BARONA VILAR, S., “Lección 4. Las partes acusadas...”, *cit.*, pág. 92: “en primer lugar, en materia penal puede iniciarse la actividad de investigación sin delimitación subjetiva pasiva. Puede haberse iniciado por denuncia o querrela o de oficio por conocimiento de la posible existencia de hechos con caracteres de delito con desconocimiento inicial del posible responsable de los mismos. Será función de la fase de investigación averiguarlo, a efectos de identificación del sujeto pasivo del proceso. Contra él se formulará, en el momento procesal oportuno, la acción penal. Si finalizada la investigación no se conoce la identidad de los autores, cómplices o encubridores, el proceso penal no podrá continuar, procediéndose al archivo del mismo por sobreseimiento provisional (arts. 641, 2º y 779.1, 1º)”.

Fuera de estos casos, es decir, cuando sí se tienen indicios sobre la posible participación de un individuo en el hecho delictivo denunciado (o desde el momento en que se poseen estos), la obligación de promover la persecución de los responsables del mismo se refiere, sobre todo, a la obligación de practicar su detención. Esta figura, regulada en los arts. 489 a 501, 520 bis y ter LECrim constituye un deber atribuido, con carácter general, a los agentes de la policía judicial y, excepcionalmente en el caso previsto por el art. 494 LECrim, también a los juzgados y tribunales.

Pues bien, a lo largo de los arts. 490 y 492 LECrim se enumera toda una casuística de supuestos en los que cabe adoptar la medida de detención de manera legítima. Supuestos, todos ellos, que parten de un mismo fundamento: la sospecha fundada de la comisión de un delito grave o menos grave por parte de un sujeto⁵⁶³. Ahora bien, téngase en cuenta que muchos de los casos contemplados por aquellos preceptos se refieren a la detención policial de los autores de delitos que todavía pueden ser evitados. Así sucede, por ejemplo, en el art. 490.1º “Al que intentare cometer un delito en el momento de ir a cometerlo” y 2º “Al delincuente *in fraganti*”⁵⁶⁴. Es por ello por lo que, en estos episodios, la obligación de detención policial constituye, en realidad, un medio para el cumplimiento del deber policial de evitación de delitos, y no del de persecución de estos. Por ese mismo motivo, la falta de detención policial del autor de un delito que todavía puede ser impedido (por medio de la intervención activa del agente de la policía judicial) haría mejor en castigarse a través de los tipos penales que sancionan la omisión de este deber⁵⁶⁵.

Distinto sería si la llegada del agente policial se produjese una vez el delito ya ha sido consumado o, más excepcionalmente, si su ejecución plena hubiera sido evitada por un particular (en cumplimiento de su deber penal *ex* art. 450.1 CP y a través de las facultades que le confiere el art. 490 LECrim). En ambos casos, la falta de detención policial y de

⁵⁶³ *Ibidem*, pág. 292.

⁵⁶⁴ Debe tenerse en cuenta, no obstante, que al agente policial le obliga a detener a los autores de delitos flagrantes o de inminente comisión el art. 492.1º, el cual dispone que su deber de detención se extiende “a cualquiera que se halle en algunos de los casos del artículo 490”.

⁵⁶⁵ Nótese también que la STS de 20 de abril de 1991, que condenó por el tipo penal del art. 359 CP 1973 a un agente policial uniformado y en su horario de servicio que no detiene a su cuñado cuando este último saca la navaja para amenazar a dos personas, manifestando que “si su cuñado iba delante, él también” y llegando a lesionar a las víctimas. La mencionada sentencia constituye la única resolución en la que se condena por omisión del deber de perseguir delitos a un agente policial por dejar de detener al autor de un delito. Sin embargo, dicha calificación jurídica de los hechos resulta, como aquí exponemos, inadecuada, por cuanto, ateniendo a la relación de hechos probados, lo cierto es que podría haberse incluso apreciado coautoría tácita entre el agente policial y su cuñado, o, como mínimo, haberse entendido aplicable el tipo de omisión del deber de evitar delitos.

eventual puesta a disposición judicial, dado que estaría relacionada únicamente con la investigación efectiva de los hechos y la persecución de su responsable, sí debería conllevar la aplicación del art. 408 CP. Del mismo modo, la omisión de la debida puesta a disposición judicial del investigado, en los demás supuestos en los que esta es ordenada por la LECrim, puede ser, en principio, subsumida en el art. 408 CP.

También es controvertido cómo debe sancionarse la omisión en algunos de los otros escenarios de obligación policial de practicar una detención enumerados en los arts. 490 y 492 LECrim. En concreto, estamos hablando de casos en los que el agente policial deja de detener al condenado a pena de prisión que se ha fugado de la misma, o bien al preso preventivo que hubiera llevado a cabo la misma conducta. Este segundo escenario resulta algo más sencillo de resolver, al ser evidente que, si el funcionario policial omite detener al sujeto que se ha fugado de la prisión preventiva, y con respecto al cual hay una orden judicial de búsqueda y captura, la pasividad del agente atenta directamente contra la investigación del delito que originariamente cometió el fugado, por lo que será fácil afirmar su conexión con el ámbito tutelar del art. 408 CP⁵⁶⁶.

Por su parte, con relación al supuesto en el que el funcionario policial omite practicar la detención del reo condenado que se ha fugado de la prisión, dado que este último ha cometido un delito de quebrantamiento de condena (*ex* art. 468.1 CP⁵⁶⁷), y que el agente policial, con su omisión, está impidiendo que se investigue el mismo, puede afirmarse que el funcionario está lesionando, precisamente, el correcto funcionamiento de las fases preprocesal y de instrucción (es decir, de persecución e investigación) del proceso penal

⁵⁶⁶ Ahora bien, habrá que comprobar, evidentemente, si existía verdadera posición de garantía por parte del concreto funcionario policial que hubiere omitido la detención en relación con la indemnidad de los bienes protegidos en el art. 408 CP. Verbigracia, el policía de una comisaría local de Murcia carecerá, por lo general, de dicha posición en lo que se refiere a la detención de un preso preventivo fugado de una prisión madrileña, pues evidentemente ni siquiera estará enterado de su situación.

⁵⁶⁷ Art. 468.1 CP: “Los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año si estuvieran privados de libertad, y con la pena de multa de doce a veinticuatro meses en los demás casos”. Para más información sobre el delito de quebrantamiento de condena, véase, entre otros: MAPELLI CAFFARENA, B., “Quebrantamiento de condena y evasión de presos”, en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 244, 1991, págs. 11-40; ROVIRA TORRES, O., *El quebrantamiento de condena*, J.M. Bosch Editorial, Barcelona, 1999; GUARDIOLA GARCÍA, J., “El quebrantamiento de condena y la protección de las víctimas”, en *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal: (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, con CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., ORTS BERENGUER, E., *et al.* (Coord.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 923-944; CUGAT MAURI, M., AGUILAR ROMO, M., “Lección 32º Quebrantamiento de condena”, en *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial III: Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia*, con ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 1121-1192; BORJA JIMÉNEZ, E., “Lección XXXIX. Delitos contra la Administración...”, *cit.*, págs. 789 y ss.

correspondiente al quebrantamiento de condena. De forma que su conducta omisiva sería también subsumible en el art. 408 CP⁵⁶⁸.

De cualquier modo, es evidente que en los dos escenarios recién descritos no solamente se produce un incumplimiento de la obligación policial de practicar la detención de un sujeto (y, por ende, de la obligación de promover la persecución del responsable de un delito), sino que también se incurre en una inobservancia manifiesta del contenido de las resoluciones judiciales que se hubieran dictado ordenando la detención. Este es un contenido de injusto que no viene abarcado por el art. 408 CP. Por el contrario, para poder asumirlo, habrá que recurrir, en su caso, al tipo penal de desobediencia funcional (art. 410 CP)⁵⁶⁹. Ahora bien, dado que este último tipo penal exige que la falta de acatamiento de las decisiones emitidas por superiores jerárquicos se produzca dentro del ámbito competencial del sujeto activo, habrá que comprobar, caso por caso, que el agente policial omitente pertenece a dicho ámbito. Así pues, es obvio que no es lo mismo la falta de detención por parte de un funcionario que pertenece al equipo de policía judicial asignado a la causa del reo fugado, que aquella que se produce por un agente cualquiera del municipio en el que ha acabado refugiándose tal reo⁵⁷⁰.

⁵⁶⁸ Lo mismo sucedería con la ausencia de detención policial de un preso preventivo que se fugara durante la celebración del juicio oral en el que estuviera acusado.

⁵⁶⁹ Art. 410 CP: “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”. Para más información sobre el delito de desobediencia, véase: ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., *El delito de desobediencia de los funcionarios públicos*, J.M. Bosch Editorial, Barcelona, 1987; ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., “Algunas consideraciones sobre la tipificación de los delitos de desobediencia de funcionarios en el Código Penal de 1995”, en *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, con DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. (Coord.), Tecnos, Madrid, 2002, págs. 1175-1190; JAVATO MARTÍN, A.M., “El delito de desobediencia del funcionario”, en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 21, 2014; QUINTERO OLIVARES, G., “La revisión de los delitos de desobediencia”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2021; COLOMER BEA, D., “La tutela penal...”, *cit.*

⁵⁷⁰ En ninguno de los dos casos descritos, sin embargo, corresponderá la aplicación del art. 471 CP (en relación con el art. 470 CP), puesto que el ámbito típico del favorecimiento a la evasión de un preso por parte del funcionario encargado de su conducción o custodia es distinto del del art. 408 CP. Aquel constituye una conducta de participación necesaria elevada a la categoría de delito autónomo, y parte, por consiguiente, de un mutuo acuerdo, siquiera tácito, entre el reo que se da a la fuga y el funcionario que se lo facilita. La relación entre ambos es, además, mucho más intensa que la que se presenta entre el funcionario omitente del art. 408 CP y el sujeto que ha delinquido y al que aquel debe perseguir. La posición de garantía presente en el art. 471 CP es mucho más intensa y estricta que la que media entre los individuos del tipo que nos ocupa.

3. Omisión de promover la persecución de los delitos “de los que se tenga noticia”: alcance y sentido de la *notitia criminis* en el art. 408 CP

3.1. *Requisitos de la notitia criminis*

Como ha sido señalado anteriormente, parte de la situación típica generadora del deber de promover la persecución de los delitos consiste en que, una vez perpetrado un delito, la noticia de su comisión llegue al funcionario público encargado de perseguirlo mientras este se halla en el ejercicio de sus funciones. Por consiguiente, para poder verificar el quebrantamiento del deber funcional y la consecuente lesión del bien jurídico protegido en el art. 408 CP, el sujeto activo tiene que haber conocido, por alguna vía y en el ejercicio de sus funciones, la comisión de un delito por parte de un tercero, esto es, la *notitia criminis* del delito que luego decide no perseguir.

Entre este elemento típico, relativo a la toma de conocimiento de la *notitia criminis* por el funcionario omitente, y la conducta omisiva que describe el art. 408 CP, media una relación secuencial, pues primero deberá conocer el sujeto la *notitia criminis* y, solo una vez la conociere (y, además, bajo ciertas condiciones), podrá entenderse su omisión subsiguiente como un incumplimiento de sus obligaciones dotado de relevancia penal. Por dicho motivo, a continuación, nos dedicaremos a examinar el requisito descrito, ya que son varias las dudas que plantea, siendo la primera de las mismas cómo debe ser la *notitia criminis* para poder considerar que el sujeto debió haberla tenido en cuenta y haber procedido a impulsar su investigación.

Pues bien, tal y como ha sido expresado por PORTILLA CONTRERAS y POMARES CINTAS, el deber persecutorio del sujeto cualificado para realizar el tipo penal recogido en el art. 408 CP está expresa y exclusivamente vinculado a los delitos de los que “tenga noticia”⁵⁷¹. Solo a partir del momento en que el sujeto activo toma conocimiento de cualquier información sobre el delito cometido por un tercero que merezca la consideración de “noticia” o *notitia criminis* a los efectos del art. 408 CP deviene exigible para el mismo el cumplimiento del deber de perseguir dicho delito. Resulta evidente, sin embargo, que no toda información que arriba al conocimiento de un funcionario tiene necesariamente que generar en él la convicción racional de que ha llegado el momento de poner en marcha la maquinaria procesal para investigar los hechos presuntamente

⁵⁷¹ PORTILLA CONTRERAS, G., POMARES CINTAS, E., “Delitos de abandono...”, *cit.*, pág. 169.

delictivos. Por el contrario, dicha información deberá reunir un mínimo de seriedad y definición en relación con las supuestas circunstancias delictivas.

Por un lado, en cuanto a su definición, esta no debe alcanzar tampoco el extremo de exigir que los hechos delictivos cuya persecución se omite hayan sido ya probados ni que exista una absoluta seguridad acerca de todos sus extremos, pues lo que se deja de perseguir son conductas indiciariamente delictivas⁵⁷². En este sentido, perfectamente puede condenarse a un funcionario por dejar de promover la persecución de un delito en virtud del art. 408 CP pese a que luego recaiga sentencia absolutoria en el proceso por el delito que aquel omitió perseguir y que, finalmente, sin embargo, pudo celebrarse⁵⁷³. Y ello porque, como someramente indica nuestro Tribunal Supremo, basta con que el sujeto activo tenga indicios de que la actividad que se desarrolla ante él y en la que no interviene, debiendo hacerlo, es indiciariamente delictiva, sin que sea necesaria la certeza de que aquella actividad es un delito con todos sus elementos jurídicos⁵⁷⁴.

De este modo y de acuerdo, una vez más, con la jurisprudencia, lo que se castiga no es dejar de perseguir un delito ya calificado, sino la abstención en el deber de todo funcionario de dar a la *notitia criminis* de cualquier delito el tratamiento profesional que exige nuestro sistema procesal⁵⁷⁵, ya que, tratándose de funcionarios públicos afectados por la obligación de promover la persecución de un delito, lo que reciben aquellos son precisamente noticias de la comisión de un hecho aparentemente delictivo, nunca de un hecho subsumido en un juicio de tipicidad definitivamente cerrado⁵⁷⁶. Lo contrario implicaría poner en manos del sujeto activo obligado a promover la persecución del hecho la decisión final sobre el carácter delictivo o no de esa denuncia⁵⁷⁷.

⁵⁷² En este sentido, ORTS BERENGUER, E., “Lección XXXVII. Delitos contra la administración...”, *cit.*, pág. 709, definió la *notitia criminis* requerida en el tipo penal que nos ocupa del siguiente modo: “tener noticia significa que una de las autoridades o funcionarios públicos obligadas a perseguir los delitos reciba información de que ha podido cometerse un delito, en el sentido de que haya indicios racionales de que haya podido producirse un hecho con apariencia delictiva, y se abstiene de proceder como procesalmente corresponde. No se trata, por tanto, de omitir el deber de perseguir delitos ya probados, sino de no perseguir conductas indiciariamente delictivas”.

⁵⁷³ En este sentido se pronuncia la STS 1391/2003, de 14 de noviembre y la STS 198/2012, de 15 de marzo.

⁵⁷⁴ STS 330/2006, de 10 de marzo.

⁵⁷⁵ STS 644/2016, de 14 de julio. Como se verá *infra* en el Capítulo Cuarto, semejante concepción de la conducta tipificada en el art. 408 CP tiene importantes consecuencias en lo que respecta al círculo de sujetos activos de dicho tipo penal, así como a la extensión dada a aquel.

⁵⁷⁶ Entre otras: SSTs 143/2020, de 13 de mayo; 644/2016, de 14 de julio; 342/2015, de 2 de junio.

⁵⁷⁷ Así se expone en la STS 198/2015, de 17 de abril. En la presente resolución judicial, el Tribunal Supremo condenó por el art. 408 CP a un Guarda Civil que, tras encontrar un paquete que podía contener un algún

En conclusión, para hallarnos ante una *notitia criminis* suficientemente definida a los efectos del art. 408 CP, los indicios delictivos sobre los hechos denunciados deben limitarse, dentro de los elementos del concepto dogmático de delito según la definición analítica del mismo, a su posible tipicidad y antijuridicidad o desvalor inicial, siendo indiferente, a efectos del deber de perseguir tales hechos, que de los mismos pueda inferirse la presencia de una causa de justificación, pues la concurrencia o no de esta es algo que solo puede verificarse en sede judicial y con ocasión del correspondiente proceso penal. Basta, por tanto, con que los hechos parezcan típicos para que el sujeto activo deba perseguirlos⁵⁷⁸.

Por otro lado, con respecto a la seriedad o a la calidad informativa mínima que debe reunir la *notitia criminis* para que emane de la misma el deber de promover la persecución de los hechos a los que esta se refiere, deberá atenderse a las circunstancias del caso concreto realizando un juicio de previsibilidad *ex ante*. Así, habrá de estimarse si cualquier otro sujeto integrante del mismo cuerpo funcional (es decir, observador imparcial dotado de los conocimientos especiales del autor) habría tomado la misma decisión de no perseguir los hechos por entender que estos eran, por ejemplo, meras bromas que no debían ser tomadas en serio⁵⁷⁹. Imagínese, en este sentido, que en una comisaría municipal un grupo de adolescentes intentara poner una denuncia a modo de juego, y el agente policial, que los conoce, sabe que tienden a hacer este tipo de gamberradas, les reprendiese por malgastar su tiempo y decidiera no tramitar la denuncia.

3.2. La toma de conocimiento de la notitia criminis y su relación con la cláusula típica “faltando a la obligación de su cargo”

tipo de drogas, decidió no informar de este hecho ni poner el mismo a disposición judicial tras considerar, a simple vista, que no tenía verdadera apariencia de droga. Asimismo, en la anterior STS 330/2006, de 10 de marzo, el Tribunal indicó que basta que el funcionario, en ese caso un guardia civil, tenga indicios de la actividad delictiva que se desarrolla ante él y en la que no interviene debiendo hacerlo, sin que sea necesaria la certeza por parte del agente de que aquella actividad es un delito con todos sus elementos jurídicos.

⁵⁷⁸ Es por ello por lo que resulta irrelevante que los hechos, ya sea a causa de su posible prescripción, por la presencia de causas de justificación o por falta de acreditación de los hechos, terminaran en sentencia absolutoria, como bien indican FABIÁN CAPARROS, E.A., “Lección 23. Delitos contra la Administración Pública (I)”, en *Lecciones y Materiales para el estudio del Derecho Penal. Parte Especial, Tomo III*, con TERRADILLOS BASOCO, J.M. (Dir.), Iustel, Madrid, 2011, pág. 133; y PORTILLA CONTRERAS, G., POMARES CINTAS, E., “Delitos de abandono de destino...”, *cit.*, pág. 180.

⁵⁷⁹ En el ATS 2 de junio de 2021, por ejemplo, se descarta la posible subsunción de los hechos objeto del recurso examinado en el art. 408 CP al entenderse que: “no dar traslado de una vaga *notitia criminis* sin aparecer claros los perfiles criminales ni haberse identificado a algún presunto responsable tras las correspondientes averiguaciones después, eso sí, de haberlo comunicado a la autoridad de la que depende, no constituye la conducta que castiga el art. 408 CP”.

Tal y como se verá más detalladamente en el espacio de la presente tesis doctoral dedicado al estudio de los intervinientes en el art. 408 CP, la expresión típica “faltando a la obligación de su cargo” que aparece en este, conlleva la restricción del círculo de sujetos activos del tipo a aquellos funcionarios que cuentan, entre las tareas específicas inherentes a su cargo público, con la de promover la persecución de los delitos. Consecuentemente, no todas las autoridades o funcionarios pueden incurrir en el art. 408 CP, sino solo una parte de estas.

Ahora bien, a la citada cláusula típica no se le asocia, únicamente, la función delimitadora de los sujetos activos a la que acabamos de hacer alusión, sino que, además, tanto doctrina como jurisprudencia le atribuyen una segunda finalidad, resultante de vincular las expresiones “faltando a la obligación de su cargo” y “de que tenga noticia”. En efecto, al conectar el significado de ambas cláusulas se concluye que el conocimiento del hecho indiciario de delito cuya persecución se omite se debe obtener en el ejercicio de las funciones derivadas del empleo o cargo público que desempeña el omitente, atendiendo a la normativa que regule sus competencias⁵⁸⁰. Es decir, que la *notitia criminis* ha de ser conocida por el funcionario omitente en el ejercicio de sus funciones⁵⁸¹.

Esta interpretación no debe extrañarnos, pues, al fin y al cabo, es la que presenta mayor coherencia con la estructura del propio delito. Recuérdese que, en el art. 408 CP, cobra un papel prevalente la posición de garantía del sujeto activo. Pero esta posición solo permanece activa mientras está vigente la propia obligación del funcionario público de promover la persecución de los delitos. Es durante el ejercicio de su profesión que el funcionario adquiere la condición de garante del bien jurídico protegido en aquel precepto. Fuera de la misma, esto es, cuando el funcionario no se encuentra ejerciendo

⁵⁸⁰ PORTILLA CONTRERAS, G., POMARES CINTAS, E., “Delitos de abandono...”, *cit.*, pág. 169.

⁵⁸¹ Como decíamos, también en el plano jurisprudencial se han entendido las expresiones típicas “faltando a la obligación de su cargo” y “de que tenga noticia” de modo que el sujeto activo deba haber tenido conocimiento del hecho delictivo estando en el ejercicio de su cargo. De hecho, en su Auto de 21 de abril de 1998, el Tribunal Supremo archivó la causa dirigida contra un juez de instrucción de la Audiencia Nacional amparándose en que “los hechos de los que se enteró y no persiguió no lo fueron en el ejercicio de sus funciones”, sino en el curso de conversaciones personales. No obstante, debe tenerse en cuenta que la jurisprudencia recaída en torno al tipo penal del art. 408 CP es, a menudo, contradictoria, pese a provenir del mismo órgano judicial. Prueba de ello es que en el mismo año en el que se emitió la resolución judicial a la que se acaba de hacer referencia, se dictó también la STS 846/1998, de 17 de junio, en la cual el Tribunal Supremo aseveró que: “el sujeto activo de la infracción solo puede ser el funcionario público o autoridad que tenga entre sus atribuciones legales la de promover la persecución del delito y de sus responsabilidades, bien entendido que no es necesario que los hechos delictivos se produzcan con ocasión del desempeño de sus funciones por cuanto que también deberá apreciarse el tipo penal del artículo 408 cuando se cometa fuera de las horas de servicio propias del funcionario de que se trate”.

sus funciones y delinque, lo hace en calidad de particular, no de servidor público especialmente vinculado a la Administración, y, por tanto, el trato punitivo que merecerá este será precisamente ese, el de un mero particular.

No obstante, el aparentemente pacífico criterio general en virtud del cual solo surge el deber de promover la persecución de delitos si el funcionario público se entera de la comisión del delito mientras ejerce sus funciones, se trunca cuando de miembros de la policía judicial se trata. La jurisprudencia aduce que, en el caso de los agentes policiales, resulta indiferente que la toma de conocimiento de la *notitia criminis* se haga fuera de las horas de servicio, y que tal conclusión ni siquiera supone una excepción al mencionado criterio general, puesto que del texto del art. 5.4 LOFCS se deduce que estos se hallan permanentemente de servicio⁵⁸². Este precepto dispone que tales agentes “deberán llevar a cabo sus funciones con total dedicación, debiendo intervenir siempre, en cualquier tiempo y lugar, se hallaren o no de servicio, en defensa de la Ley y de la seguridad ciudadana”.

De este modo, la lectura del art. 5.4 LOFCS lleva a la jurisprudencia a considerar que la particular configuración de la profesión policial que en aquel se establece determina que los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad tengan una obligación permanente de perseguir los delitos y, en consecuencia, una suerte de posición de garantía perpetua con respecto al valor protegido en el art. 408 CP. Semejante razonamiento conlleva, sin embargo, una aplicación acrítica del art. 5.4 LOFCS a la parte especial del Código penal y, en concreto, al tipo penal del art. 408 CP, que, no solo desatiende el fundamento originario de aquella, sino que, además, a nuestro parecer, confunde el ámbito

⁵⁸² COCA VILA, I., “Tirar a matar...”, *cit.*, pág. 13, analiza las consecuencias que tiene el reconocimiento de efectos penales al art. 5.4 LOFCS por parte de la jurisprudencia y pone de manifiesto que tal tendencia no se produce de forma aislada, sino que afecta al conjunto del Código: “el propio Tribunal Supremo ha reconocido la conformidad a Derecho de hechos típicos en cumplimiento de un deber, por lo tanto, jurídicamente obligatorios, llevados a cabo por un agente de policía franco de servicio (...) No es de extrañar, pues, que el Tribunal Supremo español tampoco advierta en el hecho de estar franco de servicio razón de peso para condenar a quien lo agrede por el delito de atentado a la autoridad (art. 550 CP)”. En el mismo sentido CERVELLÓ DONDERIS, V., “Uso de la fuerza y trato incorrecto en las actuaciones policiales en defensa de la seguridad ciudadana y el orden público”, en *Estudios sobre ciencias de la seguridad. Policía y seguridad en el Estado de Derecho*, con CERVELLÓ DONDERIS, V., ANTÓN BARBERÁ, F. (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 167, quien, sin embargo, apunta que “otras veces la Jurisprudencia, como es el caso de la STS 14.5.1998 (R. 3202), es más restrictiva al exigir que el agente obre en el ejercicio de un cometido específico, lo que implica que no baste con que el agente se encuentre de servicio, uniformado y con vehículo oficial sino que actúe dentro de sus funciones específicas, con un concepto funcional que refuerza las exigencias de legitimidad para los casos en los que está fuera de servicio o del lugar o demarcación en la que tiene conferida su competencia”.

típico del delito de omisión del deber de perseguir delitos con el propio de los tipos penales de omisión del deber de evitarlos o impedir su consumación.

Empero, a pesar de los problemas que el reconocimiento de efectos penales del art. 5.4 LOFCS puede plantear (y a los que enseguida nos referiremos con más detenimiento), lo cierto es que la doctrina ha tendido a asumir como propia la tesis jurisprudencial expuesta, afirmando que, efectivamente, su redacción obliga a entender que, dado que el agente policial siempre está de servicio, esté o no en sus horas y su lugar de trabajo, resulta indiferente cuándo haya conocido la *notitia criminis*, pues su deber de actuar en favor de la persecución de los delitos permanece siempre⁵⁸³. Sin embargo, y pese a la asunción doctrinal generalizada de la descrita postura jurisprudencial, se alzan algunas voces que proponen matizar la aplicación del art. 5.4 LOFCS al tipo penal que nos ocupa o, incluso, rechazarla.

En particular, GÓMEZ TOMILLO critica el efecto de desigualdad derivado de la puesta en relación entre los arts. 5.4 LOFCS y 408 CP, y, tras partir de que el tipo penal que nos ocupa “sólo tiene eficacia cuando el profesional se encuentra en el ejercicio de su cargo”, concluye que el criterio proclive a la aplicación del art. 5.4 LOFCS al tipo de omisión del deber de perseguir delitos “generaría desigualdad con otros funcionarios a los que no se les exige tanto, al tiempo que el incumplimiento de tal deber es más propio de una infracción disciplinaria que penal”⁵⁸⁴.

Igualmente, con el fin de evitar una interpretación demasiado extensa del art. 5.4 LOFCS en la presente materia, TORRES FERNÁNDEZ entiende que la obligación de actuar que incumbe a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad no alcanza a todas las funciones posibles propias de su cargo, sino solo a las que realicen “en defensa de la

⁵⁸³ ORTS BERENGUER, E., “Consideraciones sobre los delitos...”, *cit.*, pág. 346; CÓRDOBA RODA, J., “Arts. 404...”, *cit.*, pág. 1306; ORTS BERENGUER, E., CARDONA TORRES, J., *Derecho Penal. Parte Especial*, Bosch, Barcelona, 2010, pág. 493; REBOLLO VARGAS, R., “La omisión...”, *cit.*, pág. 24.

⁵⁸⁴ GÓMEZ TOMILLO, M., “Capítulo II. Del abandono de destino...”, *cit.*, pág. 1551. Por su parte, REBOLLO VARGAS, R., “La omisión...”, *cit.*, pág. 24, aunque, en principio, apoya la tesis jurisprudencial que reconoce efectos penales al art. 5.4 LOFCS, sin embargo, termina limitando el alcance de la misma, indicando que solo puede entenderse que los agentes policiales están permanentemente de servicio y deben actuar siempre cuando se trata de miembros del Cuerpo Nacional de Policía o de la Guardia Civil, no siendo tan clara esta conclusión para los agentes de las Policías Locales o Autonómicas. Ello debido a que –como continúa señalando– aunque la propia LOFCS reconozca la vigencia del art. 5.4 LOFCS también para estos últimos, lo cierto es que la competencia territorial de unos y otros se limita bien al municipio bien a la comunidad autónoma propia. Por todo ello, concluye que, fuera de su ámbito territorial competencial, los agentes de las Policías Locales y Autonómicas responderán, en caso de abstenerse de promover la persecución de un delito, como meros particulares.

Ley y de la seguridad ciudadana”. Esto es, tal deber de actuar surgirá, para la presente autora, únicamente ante la constatación de un peligro para personas y bienes, y que precisamente se pretende evitar, cuando las circunstancias no permitan demora alguna en la actuación y frustren la eficacia de cualquier intervención posterior⁵⁸⁵.

Ahora bien, debe recordarse que este comentario se cohonesto con la tesis minoritaria defendida por la citada autora con respecto al ámbito típico del art. 408 CP, en virtud de la cual, el verbo típico de este no abarca exclusivamente la labor de persecución delictiva en sentido estricto, sino también, de manera laxa, la de prevención o evitación de delitos. Es menester tener en consideración este matiz, puesto que, acto seguido, la propia penalista indica que la vigencia del art. 5.4 LOFCS, en los términos referidos que la vinculan al mantenimiento de la seguridad ciudadana, se enlaza únicamente con la función de prevención de delitos. Pese a lo cual, “no puede deducirse un deber de actuar, en todo momento, de cualquier funcionario implicado en las tareas de investigación o de su persecución, sino que ese deber ha de entenderse limitado, con carácter general, a perseguir los delitos de los que se tenga conocimiento en el ejercicio de sus funciones”.

3.3. Valoración crítica de las anteriores posturas y toma de posición: el art. 5.4 LOFCS y su aplicación a la parte especial de nuestro Código penal

Pues bien, como se ha visto, son más bien escasas las críticas vertidas frente a la postura de origen jurisprudencial que sostiene el carácter vinculante del art. 5.4 LOFCS sobre el tipo penal de omisión del deber de perseguir delitos. E incluso las dos críticas expuestas se caracterizan por la heterogeneidad de sus fundamentos, siendo el único denominador común a ellas la voluntad de limitar la aplicación de aquel precepto extrapenal al art. 408 CP. Dadas las diferencias que presentan, creemos conveniente analizar pormenorizadamente ambas propuestas doctrinales aludidas:

Para empezar, GÓMEZ TOMILLO motiva su rechazo a la tesis descrita en el hecho de que la misma tendría un efecto de desigualdad injustificado e intolerable sobre los agentes policiales frente al resto de funcionarios que pueden cometer el art. 408 CP, conclusión con la que ya adelantamos que estamos de acuerdo. La desigualdad denunciada por el citado autor sí se produce, pues la concepción del cargo policial como permanente en lo que respecta a su deber de promover la persecución de delitos determina un trato jurídico-

⁵⁸⁵ TORRES FERNÁNDEZ, M.E., “La omisión de perseguir delitos...”, *cit.*, pág. 1776.

penal más gravoso cuando el funcionario omitente pertenece a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, esto es: Policía Nacional, Guardia Civil, así como también cuando Policía Local (arts. 2.c y 52 LOFCS en relación con el art. 5.4 LOFCS) y Autonómica (arts. 2.b y 40 LOFCS en relación con el art. 5.4 LOFCS). Sujetos, todos ellos, que a su vez integran la policía judicial, encargada de las labores de averiguación de los delitos y de descubrimiento y aseguramiento de sus delincuentes (art. 547 LOPJ⁵⁸⁶ y 282 LECrim).

Evidentemente, no quiere decir el citado autor que el art. 5.4 LOFCS sea, en sí mismo, discriminatorio o, siquiera ilógico, ni que los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad estén en peor situación que el resto de los funcionarios públicos existentes por razón del mismo. Tal precepto, como ya se dijo, simplemente pone de manifiesto una diferente configuración de la profesión policial adaptada a las funciones atribuidas a esta, así como a las necesidades especiales derivadas de la misma⁵⁸⁷. Lo que denuncia GÓMEZ TOMILLO es el ilógico efecto resultante de aplicar dicho art. 5.4 LOFCS al art. 408 CP, que sí coloca en peor condición injustificadamente a los funcionarios policiales con respecto al resto de sujetos activos que admite el tipo penal del art. 408 CP, por los motivos que enseguida se señalarán.

Asimismo, TORRES FERNÁNDEZ aporta a tal denuncia un argumento esencial, al hacer hincapié en la relación que el art. 5.4 LOFCS presenta con las funciones relativas al mantenimiento de la seguridad ciudadana, según el propio texto de la norma. Efectivamente, la dedicación permanente de los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de

⁵⁸⁶ Art. 547 LOPJ: “La función de la Policía Judicial comprende el auxilio a los juzgados y tribunales y al Ministerio Fiscal en la averiguación de los delitos y en el descubrimiento y aseguramiento de los delincuentes. Esta función competirá, cuando fueren requeridos para prestarla, a todos los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, tanto si dependen del Gobierno central como de las comunidades autónomas o de los entes locales, dentro del ámbito de sus respectivas competencias”.

⁵⁸⁷ Sobre el alcance del art. 5.4 LOFCS, en el plano doctrinal, es obligatoria la referencia a BARCELONA LLOP, J., “Policía de seguridad y responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas”, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 2, 1993, págs. 51-134. Del mismo autor, BARCELONA LLOP, J., “Responsabilidad por daños derivados de actuaciones policiales”, en *Documentación Administrativa*, núm. 237-238, 1994, págs. 333-392; “Reflexiones constitucionales sobre el modelo policial español”, en *Revista española de derecho constitucional*, núm. 48, 1996, págs. 81-118. En dichos trabajos, el citado autor hace un análisis exhaustivo de la jurisprudencia del Tribunal Supremo con respecto a la extensión que debe darse al mencionado art. 5.4 LOFCS, el cual le lleva a concluir que (*ibidem*, pág. 100): “el criterio de la jurisprudencia de la Sala 2ª es, pues, bastante claro: sólo cabe apreciar la operatividad de la situación de servicio permanente cuando el policía, franco del ordinario, actúa en cumplimiento de las misiones encomendadas a las fuerzas de seguridad en virtud de su obligación legal de intervenir en cualquier tiempo y lugar, se halle o no de servicio, en defensa de la ley y en garantía de la seguridad ciudadana. Cuando tal ocurre, el agente actúa como si estuviera de servicio ordinario, con una fundamental consecuencia: la eventual antijuridicidad de su conducta podrá quedar excluida por aplicación de la eximente de obrar en cumplimiento de un deber”.

Seguridad (y en ello ha insistido tanto nuestro Tribunal Constitucional⁵⁸⁸ como el Tribunal Supremo), no implica que estos estén siempre de servicio. Más bien, como se invocó en la pionera STS de 11 de junio de 1981: “ese supuesto servicio permanente ha de entenderse como larvado, latente, expectante, y, en suma, inexistente, en tanto en cuanto una situación conflictiva de las previstas en la ya calendada Ley no le obligue a intervenir, por otra, que se emplean en el mismo precepto, y es en ese, y a partir de ese momento, cuando están en servicio real y efectivo”. O, como apunta sintéticamente BARCELONA LLOP: “no se está siempre de servicio permanente, simplemente se actualiza la situación cuando concurren las circunstancias determinadas por la norma. Y si tal no sucede, el funcionario de policía que comete un hecho delictivo (...) actúa bajo la condición de un simple particular. Del mismo modo que lo hacen todos los demás profesionales”⁵⁸⁹.

Las anteriores declaraciones nos sirven para poner de manifiesto algo sumamente relevante: que no podemos ignorar el verdadero sentido del art. 5.4 LOFCS y las razones por las que este establece en nuestro ordenamiento jurídico que la profesión policial tenga carácter permanente. En otras palabras, debemos delimitar con precisión, de acuerdo con los razonamientos de nuestra doctrina y jurisprudencia, la *ratio* de aquel precepto, pues solo a partir de la misma podremos también concluir a cuáles de las múltiples funciones otorgadas al cuerpo policial afecta, ya que, como podrá evidenciarse, no en todas tiene sentido una aplicación automática del art. 5.4 LOFCS⁵⁹⁰, mucho menos aún si ello deriva en efectos penales.

Desgraciadamente, debemos advertir ya que no han sido demasiados los intentos de fundamentar teóricamente por qué se configura la profesión policial de manera perpetua, más allá de una referencia genérica y abstracta al especial deber patriótico de sus miembros⁵⁹¹. Mientras que sí es profusa la doctrina y jurisprudencia vertida acerca del alcance que debe reconocérsele al art. 5.4 LOFCS, únicamente se atisban algunos

⁵⁸⁸ Al respecto, la STC 234/1991, de 10 de diciembre, contiene una escueta mención en su fundamento jurídico 2º.

⁵⁸⁹ BARCELONA LLOP, J., “Policía de seguridad...”, *cit.*, pág. 108.

⁵⁹⁰ Y esta es, a nuestro parecer, la clave de la crítica efectuada también por GÓMEZ TOMILLO a la postura jurisprudencial que venimos exponiendo, que parece partir del sin sentido (así como del efecto injustificado de trato más gravoso) de aplicar el art. 5.4 LOFCS a la función pública de promover la persecución de delitos.

⁵⁹¹ ACOSTA GALLO, P., *Derecho de la seguridad, responsabilidad policial y penitenciaria*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 84, señala que el concepto de dedicación profesional o servicio permanente “es muestra de su especial relación con la comunidad y con el Estado”.

intentos, bastante problemáticos en sus resultados, de aproximarse a la cuestión de su fundamento en sede de responsabilidad civil subsidiaria del estado en relación con delitos cometidos por miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que se encontraban fuera de servicio como resultado de su empleo de las armas reglamentarias.

En efecto, en resoluciones dictadas por nuestro Tribunal Supremo acerca de esta materia se sugiere que la dedicación permanente de todo agente policial se erige como una suerte de derecho-deber: derecho a poder actuar para autoprotegerse de ataques por su condición policial en cualquier momento, al partirse de la presunción de que su integridad corre peligro permanentemente, lo que a su vez conlleva el beneficio de poder portar sus armas en todo momento, extensible al menos para los funcionarios de la Guardia Civil y la Policía Nacional; y deber de intervenir (máxime cuando el sujeto tiene permiso para portar consigo sus armas) en favor de la ciudadanía siempre que esta se encuentre en peligro. Así parece razonarse en el Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 17-7-2002 sobre “el artículo 121 del Código penal y la responsabilidad civil subsidiaria del Estado” y en las SSTS 1161/2003, de 19 de septiembre; 6/2013, de 7 de febrero; 514/2016, de 13 de junio. Puede apreciarse, de este modo, una tendencia (ciertamente algo confusa y no acompañada de una argumentación clara) a relacionar la razón de ser del art. 5.4 LOFCS con la obligación de intervenir para disipar peligros que pueden afectar a las personas y sus bienes.

Por ello, en este punto, suscribimos las palabras de TORRES FERNÁNDEZ, referentes a que la obligación de actuar fuera de servicio que incumbe a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad no alcanza a todas las funciones posibles propias de su cargo, sino solo a aquellas que deban llevar a cabo para procurar la defensa de la Ley y de la seguridad ciudadana, de acuerdo con la noción de esta que se deriva del art. 104.1 CE⁵⁹². Estamos de acuerdo, entonces, con su apreciación acerca de que el sentido del texto es simplemente el de que los agentes entren automáticamente de servicio cuando observen una situación de peligro para la seguridad ciudadana o de necesidad de defensa de la Ley⁵⁹³, que a su vez se concretaría en un deber de dedicación plena para la protección de

⁵⁹² Art. 104.1 CE: “Las Fuerzas y Cuerpos de seguridad, bajo la dependencia del Gobierno, tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana”. Acerca de este precepto, es de sumo interés el estudio realizado en BARCELONA LLOP, J., *Policía y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1997.

⁵⁹³ TORRES FERNÁNDEZ, M.E., “Los delitos de atentado en el Código Penal de 1995”, en *Revista Electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 1, 1999, pág. 48. Es por ello por lo que la citada autora concluye, en relación con la consideración de los agentes policiales como sujetos pasivos del delito de atentado que:

las personas y bienes frente a acciones violentas o agresiones, situaciones de peligro o calamidades públicas⁵⁹⁴. Por consiguiente, dado que a las fuerzas policiales les compete el mantenimiento de la seguridad ciudadana, pero también otras misiones no relacionadas inmediatamente con esta, sino, por ejemplo, con la preservación del orden público⁵⁹⁵, sería esta una propuesta limitadora del alcance (como mínimo, jurídico-penal) del art. 5.4 LOFCS, que nos parece muy razonable.

Es esta una tesis, no obstante, a la que se pueden formular muchas (y justificadas) críticas, empezando por la de que el art. 5.4 LOFCS no limita su ámbito de operatividad al mantenimiento de la seguridad ciudadana, sino también a aquellas misiones policiales relacionadas con la “defensa de la Ley”. Sin embargo, como quiera que esta segunda misión podría entenderse como fuente de la obligación de los agentes policiales de actuar en todo momento con respecto al total de sus tareas asignadas (al fin y al cabo, todas ellas, como las de cualquier otro funcionario, están relacionadas, en última instancia, con la observancia de la legalidad), y es, por consiguiente, una declaración mucho más genérica que la que vincula la dedicación permanente del policía a la defensa de la seguridad

“una lectura apresurada de tal precepto pudiera inducir a pensar que los agentes de la autoridad se hallan permanentemente en el ejercicio de sus funciones. Sin embargo, no sucede así, sino que los miembros de los Cuerpos de Seguridad sólo ejercen sus funciones durante el curso de su jornada laboral o turno de trabajo, y cualquier ataque contra ellos dirigido fuera de ese periodo de tiempo sólo será constitutivo de atentado si tiene su causa en el ejercicio de esa actividad, pasada o futura, quedando en ese caso comprendido dentro de la modalidad de “con ocasión del ejercicio de sus funciones. Pero la duda surge en ciertos supuestos, en los que aun cuando el agente de la autoridad esté fuera de servicio, está obligado a ejercer sus funciones, en los supuestos legalmente previstos, para defender la Ley y la seguridad ciudadana. En esos casos, cuando estando fuera de servicio, el agente se encuentre ante una situación de riesgo para la seguridad ciudadana, que le obligue a intervenir, entra de nuevo en el ejercicio de sus funciones, y un ataque dirigido a él en esas circunstancias sería realizado en el ejercicio de sus funciones y por tanto constitutivo de atentado”.

⁵⁹⁴ TORRES FERNÁNDEZ, M.E., “Los delitos de atentado...”, *cit.*, págs. 48-50: “desórdenes públicos, seguridad ciudadana equivaldría a la protección de las personas y bienes frente a acciones violentas o agresiones, situaciones de peligro o calamidades públicas”. También, CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J.L., “Sobre los conceptos de orden público, seguridad ciudadana y seguridad pública”, en *Revista Vasca de Administración Pública (RVAP)*, núm. 27, 1990, pág. 24. En sentido similar, RUBIO LARA, P.A., “Delito de ausencia...”, *cit.*, pág. 3, el cual define “seguridad ciudadana” como “aquella prestación-obligación pública que está dirigida a evitar o perseguir delitos o males para las personas por la autoridad o funcionario público que tenga encomendada esta competencia, dependientes de una Administración Pública”.

⁵⁹⁵ Con respecto al cual, y aunque se han pronunciado numerosos autores, suscribimos aquí la propuesta de delimitación del concepto jurídico-penal de “orden público” que sugieren PAREDES CASTAÑÓN, J.M., “El orden público como bien jurídico autónomo (y legítimo)”, en *Derecho Penal del Estado Social y Democrático de Derecho: Libro Homenaje a Santiago Mir Puig*, con LUZÓN PEÑA, D.M. (Dir.), La Ley, Madrid, 2017, págs. 911-986; y COLOMER BEA, D., *El tratamiento penal de los desórdenes públicos*, Tirant Lo Blanch, 2021, pág. 59. En virtud de dicha definición, el orden público aludiría al “uso o disfrute de los espacios públicos”, significado que es eminentemente distinto del de la “seguridad ciudadana”.

ciudadana, no creemos que sea apta para constituir base suficiente de responsabilidad penal.

En otras palabras, para castigar penalmente al funcionario policial que omite el cumplimiento de deberes de evitación o de persecución delictiva fuera de servicio, debe exigirse, a nuestro modo de ver, que a tal omisión o dejación de funciones le preceda una situación de peligro activo para los bienes o las personas (concepto de “seguridad ciudadana” al que aquí nos acogemos). De este modo, a lo sumo, podría plantearse, si bien de forma dudosa, que los meros incumplimientos de la Ley por parte de los agentes policiales que estuvieran francos de servicio fueran sancionados por vía disciplinaria (en relación con la cual, podría hacerse una interpretación más literal del art. 5.4 LOFCS que admitiese su mayor fuerza expansiva), pero desde luego, no que fueran castigados a través los delitos de los arts. 412.3 CP⁵⁹⁶ y 408 CP. Baste decir que no se trata, evidentemente, de la única tesis correcta que puede ser defendida al aproximarse a esta materia. Si nos decantamos por la misma, a pesar de sus defectos, es por dos motivos:

En primer lugar, porque entendemos que es la más respetuosa con el principio *pro libertate*. En efecto, cuando se estudia el impacto del art. 5.4 LOFCS en el Código penal se aprecia como este produce desde efectos positivos para los agentes policiales⁵⁹⁷, como negativos⁵⁹⁸. Siendo legítima tal afectación en uno y otro sentido, creemos que estos últimos, por su carácter perjudicial para el funcionario policial, máxime generador de responsabilidad penal, deben ser sujetos a una lógica interpretativa más restrictiva. Y es siguiendo esta lógica que arribamos a la misma conclusión que propone TORRES FERNÁNDEZ: la de que el art. 5.4 LOFCS debe limitar su eficacia jurídico-penal a los escenarios de peligro activo para las personas y sus bienes.

⁵⁹⁶ En el caso del art. 412.3 CP esta tesis cohonesta mejor con la indicación, por parte de este, de que la denegación de auxilio del funcionario público al particular se produzca con respecto a delitos o males sufridos por este último. Tales “delitos” y “males” constituyen, indudablemente, situaciones de peligro activo para la seguridad ciudadana, puesto que representan un peligro para la indemnidad de las personas y sus bienes.

⁵⁹⁷ Verbigracia, la justificación de posibles conductas típicas de los mismos en el art. 20.7 CP por entender que aun estando fuera de servicio, actuaron en cumplimiento de su obligación de dedicación permanente, incluso aunque ello hubiera supuesto el empleo de sus armas ajenamente a su jornada de trabajo; o la consideración de los mismos como sujetos pasivos de delito de atentado ex art. 510 CP, aun cuando estaban francos de servicio al sufrir la agresión, aun si no portaban su uniforme)

⁵⁹⁸ Principalmente consistentes en el castigo penal por no haber impedido un delito estando fuera de servicio, pero, en alguna ocasión, también por no haber realizado actuaciones de investigación o persecución de los ya consumados

En segundo lugar, una postura como la recién expuesta parece conciliarse mejor con la línea seguida tanto por la doctrina española como por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional⁵⁹⁹ en lo que a la delimitación del término “seguridad ciudadana” se refiere, así como en la difícil tarea de deslindarla terminológicamente de otros como “orden público”, al mismo tiempo que pretende contribuir a frenar lecturas expansivas de los efectos del art. 5.4 LOFCS en el ordenamiento jurídico-penal.

Es aquí donde cobran mayor sentido las apreciaciones efectuadas por GÓMEZ TOMILLO y TORRES FERNÁNDEZ, relativas al sin sentido de fundamentar la responsabilidad penal del art. 408 CP sobre la base del art. 5.4 LOFCS, es decir, sobre la consideración de que el agente policial, pese a no estar de guardia cuando tuvo conocimiento de la *notitia criminis*, debió haber cumplido con sus deberes de investigar los delitos y de perseguir a sus responsables, pues ambos penalistas consideran que tales tareas no están abarcadas, al menos no con carácter general ni de forma más que indirecta o secundaria, dentro de la *ratio* del art. 5.4 LOFCS, tal y como antes la delimitamos a los efectos de su aplicación al Código penal, destinada a la protección de personas y bienes ante situaciones de peligro.

Sí vienen abarcadas por la *ratio* del art. 5.4 LOFCS, en cambio, los supuestos de dejación de la tarea policial de evitar los delitos y males sufridos por los ciudadanos (art. 11.1, b) y f) LOFCS), especialmente cuando los bienes jurídicos en riesgo por el hecho delictivo de un tercero son los señalados en el art. 450 CP: vida, integridad, libertad y libertad sexual. Semejante conexión con esta función policial, y dado que los ámbitos típicos de esta y de la función pública de perseguir los delitos tienden a confundirse, es la que ha favorecido, desde nuestro punto de vista, la aplicación jurisprudencial del art. 5.4 LOFCS al tipo penal del art. 408 CP, pese a que el ámbito típico de este no está normalmente vinculado más que de forma lejana con la obligación de proteger a las personas y sus bienes. Piénsese que el art. 408 CP se limita a las obligaciones

⁵⁹⁹ Esta ha sido definida desde los albores de nuestro actual Estado democrático como “actividad dirigida a la protección de las personas y bienes” (seguridad en sentido estricto) y “mantenimiento de la tranquilidad u orden ciudadano”. Así, en las SSTC 33/1982, de 8 de junio; 117/1984, de 5 de diciembre; 123/1984, de 18 de diciembre; 59/1985, de 6 de mayo; 104/1989, de 8 de junio; 235/2001, 13 de diciembre; 86/2014, de 29 de mayo; 184/2016, de 3 de noviembre. Por su parte, CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J.L., “Sobre los conceptos de orden público...”, *cit.*, pág. 22, entiende que tal afirmación del Tribunal Constitucional encerraría, en realidad, dos conceptos distintos: “el término orden público referiría a la primera de las funciones, que consistiría en el mantenimiento de la tranquilidad u orden ciudadano, mientras que seguridad ciudadana equivaldría a protección de las personas y bienes frente a acciones violentas o agresiones, situaciones de peligro o calamidades públicas”.

funcionariales de actuar cuando ya se ha consumado la lesión o puesta en peligro sobre la persona o los bienes del sujeto pasivo. El peligro para la seguridad ciudadana no solo se produjo ya, sino que alcanzó su exitosa consecución, quedando después únicamente vigentes las labores relativas a reestabilizar la situación jurídica *post delictum*.

En todo caso, únicamente puede concebirse, a nuestro parecer, un ejemplo con respecto al cual podría plantearse que la no persecución de un delito implica dejar de remover un peligro activo para la seguridad ciudadana, y, por tanto, que rige en su plena eficacia el art. 5.4 LOFCS para fundamentar que, en fin, la posición de garantía del agente policial con respecto a los bienes protegidos en el art. 408 CP, aun no encontrándose en el ejercicio de sus funciones, continuaba vigente.

Nos referimos al escenario (ciertamente dudoso) esbozado en apartados anteriores, referente a la obligación de detención policial de un sujeto, bien para ser investigado (por ejemplo, preso preventivo), bien porque hubiera sido condenado a una pena de prisión (pues igualmente este ha de ser investigado por un delito de quebrantamiento de condena), ya que aquí podría plantearse una mayor relación con la seguridad ciudadana y, además la detención es una tarea estrictamente policial. Eso sí, solo sería posible castigar a través del art. 408 CP la falta de detención policial por parte de un agente que esté fuera de servicio previa valoración de una serie de importantes circunstancias: la posición de garantía del funcionario policial, relacionada con la especial vinculación a la causa de dicho sujeto; así como la peligrosidad de este último para la seguridad ciudadana⁶⁰⁰.

⁶⁰⁰ Habrá que estar a la previsibilidad *ex ante* de que dicho sujeto, por su situación de libertad antijurídica, pueda ocasionar un peligro para las personas y sus bienes. Por tanto, deberá atenderse al delito por el que fue consumado, al riesgo de reincidencia del individuo fugado, etc. Asimismo, también habrá que atender a la seriedad y calidad informativa de la *notitia criminis* llega al agente policial. Imagínese que un miembro de la Policía Local escucha por casualidad una conversación en un restaurante de su municipio en el que dos personas se están jactando de haber “pegado una paliza” a otro hace unos días (o incluso unas horas). ¿Qué ocurre si el funcionario conoce a estos sujetos y sabe que es muy poco probable que se trate de algo más que habladurías? Por último, también deberá estimarse que la exigencia de intervención al agente policial no fuera desproporcionada. Verbigracia, no tendrá este la misma capacidad de intervenir de manera directa a detener a la persona si porta con él sus armas o no, aunque, eso sí, podría todavía promover la persecución de ese aparente delito informando (con una simple llamada) a sus compañeros del cuerpo policial que sí estén de servicio para que estos actúen. No obstante, ¿no rige esto también en el caso de que el funcionario que toma conocimiento de la *notitia criminis* fuera de su jornada laboral sea un juez o un fiscal? Y, por ello, ¿no es más conveniente en este caso rechazar la especial posición de garantía del sujeto que requiere el art. 408 CP siendo la consecuencia la atipicidad penal? Pues, ¿en qué se diferencia realmente un policía nacional de un juez en lo que a avisar a sus compañeros de guardia de que puede haberse cometido un delito se refiere? Nos parece más deseable, atendidas estas cuestiones, que la conducta del funcionario policial que ni siquiera hace una llamada para poner en marcha el aparato policial de reacción jurídica tras haber obtenido, fuera del ejercicio de sus funciones, la noticia de un hecho que presenta indicios racionales

Por lo demás, en el ejercicio del resto de las funciones *post delictum*, la profesión policial conlleva indudablemente idénticas obligaciones de persecución e investigación que las que pueden regir para otros funcionarios, verbigracia, los judiciales, y por ello, la situación derivada de aquella no difiere de la de estos⁶⁰¹. Abona, asimismo, esta interpretación, el hecho de que las sentencias que suelen citarse como ejemplo de aplicación jurisprudencial del art. 5.4 LOFCS en relación con el tipo de omisión del deber de perseguir delitos o bien no tienen necesidad de recurrir a aquel precepto, habida cuenta de que los hechos indiciariamente delictivos han sido conocidos por el funcionario policial cuando se encontraba de servicio⁶⁰², o bien se refieren a escenarios en los que el agente descubre la comisión de un delito flagrante por unos sujetos y no interviene para impedir y poner fin al mismo, sino que incluso llega a proponerles embarcarse en otra empresa delictiva junto a él⁶⁰³.

de delito sea objeto, únicamente, de sanción disciplinaria, pues, como se dijo *supra*, en esta vía no se descarta que pueda tener sentido entender el art. 5.4 LOFCS de un modo más laxo, dado la mención que este hace a la “defensa de la Ley” como ámbito en el que también rige la obligación policial de dedicación permanente.

⁶⁰¹ De hecho, el único precedente judicial que hemos conseguido localizar en el que se descartaba la aplicación del art. 408 CP por haber conocido el funcionario la *notitia criminis* del delito consumado fuera de servicio es el ATS de 21 de abril de 1998. En esta resolución se desestima la querella interpuesta contra un juez por no investigar hechos indiciariamente delictivos que llegaron a su conocimiento por medio de conversaciones personales, incluso telefónicas, aseverando el Tribunal que “el art. 408 CP no resulta aplicable al hecho, toda vez que dicha disposición exige que la omisión tenga lugar faltando (el omitente) a la obligación de su cargo. En efecto, el cargo sólo impone que el funcionario o el Juez, en su caso, hayan tenido conocimiento del delito que omiten perseguir en el ejercicio de sus funciones. En el presente caso, por el contrario, se trata de hechos conocidos fuera del desempeño de la función jurisdiccional y, consecuentemente, no afectados por las obligaciones del cargo”.

⁶⁰² En efecto, aunque a menudo se cita la STS 846/1998, de 17 de junio, como ejemplo de aplicación jurisprudencial del art. 5.4 LOFCS en relación con el delito de omisión del deber de perseguir delitos, lo cierto es que en ella se castigó por este tipo penal a un agente de policía que sistemáticamente y durante años dejó de tramitar y notificar al juzgado correspondiente múltiples denuncias por pura desidia. Proclama textualmente la sentencia que se trataba de “denuncias que, aunque no se referían a hechos de gran trascendencia, se dejaban en la oficina sin practicar ninguna clase de diligencia”. Se trató, en todo momento, de hechos indiciariamente delictivos cuyo conocimiento llegó al funcionario policial durante sus horas de servicio, por lo que, en puridad, no fue necesario aplicar el art. 5.4 LOFCS. De igual modo, en la STS 801/1998, de 25 de enero (otra resolución frecuentemente citada cuando se estudia la aplicación del art. 5.4 LOFCS al tipo penal del art. 408 CP), se justifica la condena por omisión del deber de promover la persecución de delitos precisamente en atención a que, si bien no se pudo probar que los funcionarios policiales habían participado de las torturas físicas infligidas a la víctima, sí se dio por acreditado que posteriormente y ya consumados tales malos tratos vieron la deplorable situación en que se hallaba esta y no investigaron lo sucedido ni abrieron diligencias contra los agentes encargados de su interrogatorio. Es decir, de nuevo y por mucho que el Tribunal Supremo se refiera expresamente al art. 5.4 LOFCS, la aplicación de este no se planteaba en el caso enjuiciado, ya que los funcionarios se hallaban de servicio y conocieron la *notitia criminis* estando en el ejercicio de sus funciones.

⁶⁰³ Es el caso de la STS de 18 de mayo de 1994, en el cual el funcionario policial “sorprendió a dos personas cuando se estaban apoderando de una caja que contenía latas de conservas que se estaban descargando de un camión (...) y tras detenerlos, esposarlos y llevarlos a un lugar apartado les propuso dejarlos en libertad si esa noche robaban en una empresa situada en un polígono continuo”. También, en el mismo sentido, la

Para acabar, cabe destacar que, recientemente, la STSJ CLM 94/2024, de 30 de octubre, ha razonado de manera similar a lo aquí planteado, obviando hacer, sin embargo, mención alguna acerca del art. 5.4 LOFCS. Así, se trata de un supuesto en el que un agente policial recibe una llamada de una amiga denunciando una agresión por parte de su pareja (amigo a su vez del propio agente), estando fuera de servicio, y se limita a señalarle que vaya al centro de salud y a poner una denuncia. Pues bien, aprecia el señalado tribunal que:

“Su abstención de otra conducta como hubiera sido la de abandonar inmediatamente la reunión, comprobar la denuncia y darle curso bien directamente, o bien a un superior como deduce y reprocha la sentencia apelada para iniciar la investigación, no tiene la gravedad de la conducta que castiga el artículo 408 del CP, suponiendo exigir un celo cuya omisión no es objetivo del tipo del injusto (...) Imponer a los agentes de la autoridad como deber en cualquier caso y cualquier circunstancia abandonar toda actividad privada para recibir denuncias o articular los medios para la persecución de todo tipo de hechos delictivos, máxime si no se perpetran en su presencia, reprendiendo penalmente este comportamiento está al margen del objetivo del delito que regula el artículo 408 del CP. Que ello hubiera sido deseable y elogiable no quiere decir que la abstención implique la comisión de un delito”.

Pese a la falta de alusión al art. 5.4 LOFCS, la citada sentencia hace una interesante y, a nuestro modo de ver, acertada reflexión en torno a qué actuación resulta proporcionado exigirle a un agente policial franco de servicio en aquellos casos en que no pelagra la seguridad ciudadana, concluyendo que no puede esperarse de los mismos un abandono absoluto de todo lo que están haciendo. No obstante, más allá de esta declaración, la argumentación del Tribunal Superior de Justicia resulta algo confusa⁶⁰⁴,

STS de 2 de junio de 1994, que aplicó el art. 359 CP 1973 (antecesor normativo del actual art. 408 CP) para castigar la conducta de un agente de la Policía Nacional que tenía perfecto conocimiento de la existencia y funcionamiento de una red de narcotráfico y que no hizo nada por informar de la misma ni por remover obstáculos a su buen éxito.

⁶⁰⁴ Por un lado, del razonamiento del Tribunal parece inferirse tácitamente la aceptación de la eficacia del art. 5.4 LOFCS en el tipo penal que nos ocupa, por cuanto se reconoce que no es dolosa la conducta del agente policial, el cual no reaccionó de manera totalmente pasiva, sino que recomendó a la víctima que acudiera al centro de salud y a comisaría y, además, al día siguiente, estando ya de servicio, informó a su superior jerárquico de lo sucedido. Por consiguiente, el Tribunal no descarta que el hecho de que la omisión del agente se produjera fuera de servicio excluya tajantemente la tipicidad objetiva del art. 408 CP, sino que, partiendo de la presencia de esta, niega la presencia de tipicidad subjetiva. No obstante, por otro lado, en el razonamiento antes citado sí parece deducirse un cierto entendimiento, por parte del Tribunal, de que las omisiones del deber de perseguir delitos que se producen fuera de servicio, si bien son reprochables, no son típicas. Por todo lo cual, insistimos en que la presente resolución judicial, si bien consideramos que

por cuanto no aclara si, aunque a su parecer no puede exigírsele a un agente policial fuera de servicio que lo deje todo para ir a comisaría a interponer la denuncia, sí cabe requerirle alguna clase de comportamiento menos gravoso, pues, en ese caso, el art. 5.4 LOFCS sí estaría teniéndose en cuenta. En otras palabras, ¿qué habría pasado si el agente policial le hubiera dicho, por ejemplo, que se hallaba en su tiempo libre y que, por ende, estaba ocupado? ¿estaríamos entonces ante una omisión subsumible en el art. 408 CP? En la sentencia tal cuestión permanece irresuelta.

3.4. Vías de obtención de la *notitia criminis*

Es pacífica entre la doctrina y la jurisprudencia la afirmación de que la *notitia criminis* puede haber llegado al conocimiento del funcionario omitente por cualquier vía, ya sea de forma directa (es decir, por haber presenciado los hechos él mismo), por denuncia (anónima o no), por comunicación (escrita o verbal) o por cualquier otra⁶⁰⁵. Los penalistas españoles que han emprendido la tarea de analizar jurídico-penalmente el contenido del art. 408 CP parecen haber alcanzado dicha conclusión de manera inductiva, a partir del estudio de distintas sentencias emitidas por el Tribunal Supremo en que se han ido contemplando casuísticamente las distintas vías de obtención de la *notitia criminis*. Por ello mismo, en sus comentarios sobre la cuestión que nos ocupa, todos ellos citan las resoluciones de referencia, a las cuales se remiten⁶⁰⁶. No obstante, la absoluta unanimidad que rodea a la aseveración de que la *notitia criminis* puede haber sido conocida por el funcionario público a través de cualquier fuente, si bien tiene razón de ser, requiere, como enseguida veremos, de una serie de matices.

En particular, nos llama especial atención la aceptación doctrinal generalizada del recurso al art. 408 CP para castigar a aquel funcionario que ha presenciado por sí mismo unos hechos delictivos y ha omitido la actuación que la ley le impone con respecto a los mismos. No es que tal fuente de obtención de la *notitia criminis* sea *per se* inidónea para

sostiene una tesis más acertada que la defendida mayoritariamente por la jurisprudencia, deja todavía bastantes interrogantes abiertos.

⁶⁰⁵ RUBIO LARA, P.A., “Delito de ausencia...”, *cit.*, págs. 3-4. En el mismo sentido se pronuncian: ORTOS BERENGUER, E., “Consideraciones sobre los delitos...”, *cit.*, pág. 346; TORRES FERNÁNDEZ, M.E., “La omisión de perseguir delitos...”, *cit.*, pág. 1776; MORALES PRATS, F., RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., “Título XIX. Delitos contra la Administración...”, *cit.*, pág. 1668; PORTILLA CONTRERAS, G., POMARES CINTAS, E., “Delitos de abandono de destino...”, *cit.*, pág. 180; REBOLLO VARGAS, R., “La omisión...”, *cit.*, pág. 35.

⁶⁰⁶ Sin ánimo de exhaustividad: SSTs 18 de mayo de 1994; 9 de julio de 1994; 5 de junio de 1995; 846/1998, de 17 de junio. En realidad, aunque las sentencias enumeradas no son las únicas que se han detenido a delimitar las distintas fuentes de obtención de la *notitia criminis* a los efectos del art. 408 CP, las referenciamos aquí por su carácter más claro o, en otros casos, pionero.

hacer nacer el deber funcional de promover la persecución de los delitos presenciados, pero en ocasiones la percepción directa de hechos delictivos puede hacer nacer un deber distinto, dirigido a su efectiva evitación. Y, como se ha insistido ya en reiteradas ocasiones a lo largo de la presente tesis doctoral, debido a que la tipificación de los delitos de no evitación delictiva y de no persecución delictiva es bastante caótica y está plagada de incoherencias sistemáticas y penológicas, conviene ahora plantear, de modo esquemático, los distintos escenarios que pueden darse cuando la *notitia criminis* es percibida de manera inmediata por el funcionario omitente:

A) Primer escenario: funcionario policial que presencia la comisión de un delito y reacciona pasivamente, no haciendo nada para evitarlo ni, a continuación, para perseguirlo.

Para empezar, merece un examen particular el supuesto protagonizado por un funcionario policial que presencia un delito y no hace nada para evitarlo. Para facilitar el presente análisis, comenzaremos imaginando que, en este escenario, el funcionario policial se encuentra de servicio, es decir, en el ejercicio de sus funciones, reservando el estudio del tratamiento que puede dársele a la pasividad del policía que no se halla de guardia para más adelante.

Pues bien, en virtud del art. 11. 1, f), deben los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad “prevenir la comisión de hechos delictivos”. En efecto, como bien indican POMARES CINTAS y NAVARRO MORENO, la función estatal relativa a la prevención de la comisión de delitos tiene naturaleza estrictamente policial, de manera que compete esta exclusivamente a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de los diferentes ámbitos de la Administración Pública⁶⁰⁷. La atribución competencial a estos ha motivado que planteemos separadamente este primer escenario, pues obliga a realizar ciertas consideraciones que no se dan cuando el funcionario omitente no pertenece a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y no tiene otorgada, por tanto, tal competencia. Además, dentro de este ejercicio queda todavía distinguir entre dos potenciales eventualidades. Así pues, es posible que el delito no evitado por el agente policial atente contra la vida, la integridad,

⁶⁰⁷ POMARES CINTAS, E., NAVARRO MORENO, M.I., “Lección 9ª. Delitos de denegación de auxilio”, en *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial III: Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia*, con ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 282.

la libertad o la libertad sexual de la víctima o que, por el contrario, se trate de cualquier otro delito.

Por un lado, si el delito no evitado pertenece al primer grupo señalado (delitos contra la vida, integridad, libertad o libertad sexual) mediando, además, requerimiento de un particular necesitado de auxilio, y el funcionario policial deniega u omite asistir al mismo, su castigo se producirá por la vía del tipo penal del art. 412.3 CP, al que nos hemos referido en varias ocasiones a lo largo de la presente tesis doctoral. Además, tratándose de los delitos mencionados, el precepto impone penas más severas que si se dejaran de evitar cualesquiera otros ilícitos penales.

Sin embargo, el hecho de que el funcionario policial quede obligado a prestar auxilio al particular dirigido a evitar el delito que este sufre, pudiendo ser, entonces, sancionado por el art. 412.3 CP, impide que a su vez podamos castigar al agente omitente por la vía del art. 408 CP, es decir, por haber omitido el deber de promover la persecución del delito correspondiente. Ello debido a que, a nuestro modo de ver, si el agente policial que ha reaccionado con pasividad ante la comisión de un delito se viera obligado, a pesar de su desidia, a perseguirlo (por ejemplo, informando del mismo a la autoridad judicial) estaría siendo forzado, en cierto modo, a confesar su inactividad delictiva, lo que implicaría exigirle una suerte de autodenuncia contraria al art. 24.2 CE.

Ahora bien, como se sabe, y aunque nada material aporta al injusto, el requisito del requerimiento del particular es la llave de la intervención penal cuando se trata de un funcionario que se abstenga de prestar auxilio en el ejercicio de sus funciones⁶⁰⁸. Ello torna en especialmente compleja la cuestión de cómo castigar al funcionario policial que, no mediando tal requerimiento por un particular, reacciona pasivamente ante la comisión de un delito⁶⁰⁹. Tal cuestión se simplifica cuando, pese a no haber mediado dicho requerimiento, el funcionario abandona su destino para no impedir los delitos presenciados, pues, en dicho caso, corresponde aplicar el art. 407 CP, precepto en el que se prevé la imposición de una pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años. Pero ¿qué sucede cuando el funcionario policial presencia

⁶⁰⁸ POMARES CINTAS, E., NAVARRO MORENO, M.I., “Lección 9ª. Delitos de denegación...”, *cit.*, pág. 280.

⁶⁰⁹ Lo que, como indica TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., “La responsabilidad omisiva...”, *cit.*, pág. 212, no es baladí puesto que: “conviene insistir en ello: en la práctica (al menos en la reflejada jurisprudencialmente) resulta muy infrecuente que la no evitación de delitos por parte de agentes policiales se plantee en el contexto “agente que presencia un delito cometido por un particular”.

la comisión de uno de los delitos mencionados en el art. 450.1 CP y, sin que medie requerimiento de auxilio, deja de evitarlo sin recurrir al abandono de servicio?

Una opción consistiría en castigar al funcionario policial omitente por medio del art. 450.1 CP. Este tipo común serviría, entonces, para sancionar el comportamiento del agente de la autoridad que está en presencia de la comisión de un delito contra la vida, integridad, libertad o libertad sexual que debe impedir y a pesar de ello se abstiene de cumplirlo⁶¹⁰. Mientras que la segunda alternativa (hacia la que, desde luego, parece haber sentido más afinidad la jurisprudencia, como se ha visto *supra*) sería la de castigar al policía omitente por el art. 408 CP, es decir, por la mera no persecución del delito una vez este ha sido consumado. No obstante, y desafortunadamente, ambas alternativas son igualmente imperfectas y problemáticas.

Con respecto a la primera opción, tendente a aplicar el art. 450.1 CP al escenario caracterizado por la no evitación policial de delitos sin mediar requerimiento de particular, dos son los problemas fundamentales que arroja esta tesis. El principal de ellos radicaría en que la no evitación policial de delitos en los que no se ha producido requerimiento de un particular vendría sancionada con más pena que aquella en la que sí hubiera mediado dicho requerimiento. Pero es que, además, del listado tasado de delitos mencionados por el art. 450.1 CP, cabría deducir que, cuando no lo solicita un particular, solo existe el deber policial de evitar delitos, jurídico-penalmente relevante, si estos atentan contra la vida, integridad, libertad y libertad sexual de la víctima. En relación con el resto de delitos, solo permanecería la opción de castigar al funcionario omitente por la no persecución del ilícito penal, en virtud del art. 408 CP.

Por su parte, en relación con la segunda opción, proclive a subsumir en el art. 408 CP la dejación del deber policial de evitar delitos sin requerimiento particular, son también varias las deficiencias que se ponen de manifiesto. Para empezar, ello agravaría aún más la ya de por sí absurda e incomprensible diferencia penológica existente entre los arts. 450.1 y 412.3 CP, en virtud de la cual es castigado menos severamente el funcionario policial que deja de evitar ciertos delitos que el particular que incurre en la misma omisión. Piénsese en que, de introducirse al art. 408 CP en la ecuación, se avalaría

⁶¹⁰ Estamos de acuerdo, pues, con la tesis de RUBIO LARA, P.A., *Omisión del deber de impedir...cit.*, pág. 210, para el cual el agente policial sí puede ser sujeto activo del art. 450.1 CP (no del art. 450.2 CP), aunque solo de no haberse producido requerimiento por particular, pues en dicho caso correspondería la aplicación del art. 412.3 CP.

una situación ciertamente grave desde el punto de vista del principio de proporcionalidad: el hecho de que a los ciudadanos se les sancione con penas incluso de prisión por no evitar importantes delitos personales, mientras que a los funcionarios policiales se les castigue solamente a través de una pena de inhabilitación especial de corta duración.

Asimismo, semejante tesis, que prefiere aplicar en los casos mencionados el art. 408 CP en lugar del 450 CP, puede producir el efecto de servir como patente de corso a la línea jurisprudencial que, considerando sinónimos los verbos “evitar/impedir” y “perseguir” los delitos, declara el carácter de tipo subsidiario del art. 408 CP con respecto al art. 412.3 CP, deformando el ámbito típico del primero e inobservando a su vez el significado asociado en lenguaje ordinario y también en el jurídico-técnico a la expresión “perseguir delitos”. E igualmente, por último, esta propuesta parte de la dudosa premisa de que los agentes policiales (o, incluso, los funcionarios en general) no pueden ser sujetos activos del art. 450.1 CP⁶¹¹.

Una segunda eventualidad tiene lugar cuando el funcionario policial presencia la comisión de cualquier otro delito distinto a los anteriormente señalados y no hace nada para evitarlo. Evidentemente, en este supuesto, será también posible la aplicación del art. 412.3 CP, aunque, de nuevo, esta vendrá condicionada por la exigencia de que se hubiera producido previo requerimiento de auxilio por un particular. Asimismo, al igual que en el escenario anterior, si el funcionario policial deja de evitar cualesquiera delitos abandonando su puesto de servicio, correspondería aplicar el tipo penal del art. 407 CP, no siendo necesario que medie requerimiento de particular⁶¹². Precepto que, para el caso de que no se impida alguno de los delitos recogidos en los Títulos XXI, XXII, XXIII y XXIV prevé una pena sorprendentemente alta: la de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación absoluta para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años

De no haber sido precedida por el requerimiento de un particular, así como de no hallarse dentro de la reducida *ratio* de aplicación del art. 407 CP, la omisión del agente

⁶¹¹ Verbigracia, QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho Penal...cit.*, pág. 1238, señala que de ser funcionario público el omitente no corresponderá la aplicación del art. 450.1 CP, sino la del art. 408 CP, pareciendo descartar, de entrada, que ostentándose la condición de funcionario público pueda cometerse el delito del art. 450 CP.

⁶¹² Por cierto, de nuevo, tanto en el caso de que pueda castigarse al funcionario policial por vía de los arts. 407 y 412.3 CP, reiteramos que no resulta adecuado, a nuestro modo de ver, acumular a dicha sanción penal la prevista por el art. 408 CP, pues ello implicaría constreñir al funcionario policial a suministrar la información del delito cometido por el tercero, pero también de su subsiguiente omisión delictiva (o a facilitar que esta sea descubierta) a las autoridades judiciales competentes.

policial que no interviene para evitar delitos distintos de los contenidos en el art. 450.1 CP solo puede ser castigada, en su caso, por el art. 408 CP. Podríamos pensar que, hasta cierto punto, ello supone un avance con respecto al panorama que hemos puesto de manifiesto con el anterior escenario analizado. No obstante, debe tenerse en cuenta que el art. 408 CP puede ser aplicado a los casos descritos de dos formas sustantivamente diferentes.

En primer lugar, puede entenderse que, sencillamente, si no concurren los elementos típicos de “requerimiento de particular” del art. 412.3 CP ni “abandono de servicio” del art. 407 CP, la omisión del deber policial de evitar delitos distintos de los señalados por el art. 450.1 CP no sufre castigo alguno por vía penal. De este modo, permanece únicamente abierta, en estos casos, la posibilidad de recurrir al art. 408 CP, castigando al agente por la falta de persecución del delito, una vez este hubiera sido consumado. Con el fin de poner de manifiesto lo absurdo de esta solución, POMARES CINTAS y NAVARRO MORENO emplean el ejemplo de un policía que contempla pasivamente cómo otros conspiran para cometer un delito de robo, concluyendo que solo podrá perseguirse penalmente su comportamiento omisivo cuando el acto delictivo se haya perpetrado y decida no promover su persecución (art. 408 CP), esto es, habrá que esperar hasta ese momento⁶¹³.

En segundo lugar, por mucho que hayamos calificado de incoherente la solución recién expuesta, nos parece todavía menos aconsejable optar por la segunda. Como ya hemos dicho, en este caso también se aplicaría el art. 408 CP. No obstante, en lugar de reconocer que existe una laguna punitiva que no permite sancionar penalmente la no evitación de ciertos delitos por los agentes policiales y recurrir al art. 408 CP para reprimir únicamente su no persecución, también cabe la posibilidad de sostener que este último tipo penal es subsidiario del art. 412.3 CP, con lo que, a través del mismo, se castigaría la no evitación de delitos que no pueda subsumirse en aquel. En fin, con ocasión del comentario sobre el anterior escenario que acabamos de realizar, ya hemos tenido la oportunidad de enumerar los inconvenientes derivados de esta segunda tesis, predicables también de adherirse a la misma en el caso que nos ocupa.

Para acabar con las reflexiones sobre este primer escenario planteado, en el que el sujeto omitente pertenece a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, debe hacerse una

⁶¹³ POMARES CINTAS, E., NAVARRO MORENO, M.I., “Lección 9ª. Delitos de denegación...”, *cit.*, pág. 280.

mención particular a los casos en los que este no se halle de servicio. Para ello, es menester tener presente que partiremos de las conclusiones alcanzadas en el epígrafe inmediatamente anterior a este. Por dicho motivo, desde una propuesta limitadora del alcance jurídico-penal del art. 5.4 LOFCS, hemos propuesto restringir la aplicación de este (y la consiguiente imposición de responsabilidad penal al agente de la autoridad que omitió una conducta debida fuera de sus funciones) a los supuestos en los que la seguridad ciudadana requiera la dedicación permanente del funcionario policial, habida cuenta de que corren peligro urgente las personas o sus bienes.

Partiendo de estas consideraciones, el agente policial franco de servicio que deja de evitar cualquier ilícito penal podrá ser responsable del art. 412.3 CP si hubiera mediado requerimiento de auxilio por un particular o por la vía del art. 407 CP si dejase de evitar cualquier otro delito abandonando su destino. Si no se dieran los elementos típicos de los anteriores preceptos, el agente policial solo podrá ser castigado por medio del art. 450.1 CP cuando deje de evitar delitos contra la vida, la integridad, la libertad o la libertad sexual de las personas.

Fuera de estos casos, se produce una laguna punitiva todavía mayor que la que tiene lugar cuando el agente de la autoridad se encuentra en el ejercicio de sus funciones, puesto que según la interpretación que aquí proponemos, con carácter general no podrá esgrimirse la eficacia del art. 5.4 LOFCS en las funciones de perseguir e investigar los delitos, a cuya preservación se dedica el art. 408 CP. Así pues, al no ser posible considerar al agente policial fuera de guardia, en lo respectivo a tales funciones, como nada más que un mero particular, carecerá de responsabilidad penal por su omisión, la cual solo podrá sancionarse bien disciplinariamente (de considerar que en tal rama del ordenamiento jurídico sí cabe reconocer una vigencia perpetua al art. 5.4 LOFCS con respecto a todas las funciones policiales) o bien a través de la insignificante multa en pesetas establecida en el art. 259 LECrim.

En conclusión, lo cierto es que todos los problemas que se acaban de poner de manifiesto no pueden ser solucionados de *lege lata*. Por el contrario, es necesaria una reforma exhaustiva del régimen de tipos penales relacionados con la pasividad funcional ante el fenómeno criminal.

B) Segundo escenario: funcionario público (distinto del policial) que presencia la comisión de un delito y se abstiene de evitarlo y, posteriormente, de promover su persecución

Nuevamente, en este segundo escenario, debemos dividir nuestro análisis en función de dos opciones: que el delito que deja de evitarse y perseguirse atente contra la vida, la integridad, la libertad o la libertad sexual de la víctima, o que se trate de una figura delictiva que afecta a cualesquiera otros bienes jurídicos. En cualquier caso, debemos aclarar que, tratándose de funcionarios públicos no pertenecientes a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, solo merecen nuestro estudio aquellos supuestos en los que se encontraran en el ejercicio de sus funciones, pues fuera de las mismas, son contemplados jurídico-penalmente como meros particulares. Y ello no suscita duda alguna, por cuanto, a diferencia del caso de los agentes policiales, no rige para el resto de los funcionarios una cláusula similar a la de dedicación permanente del art. 5.4 LOFCS que pueda levantar similares dilemas.

Pues bien, incluso estando de servicio, si un funcionario público (verbigracia, un juez) presencia la comisión de un delito contra la vida, la integridad, la libertad o la libertad sexual de las personas, su obligación de evitar tales delitos no será mayor que la de cualquier otro particular y estará sujeta a las condiciones requeridas en el art. 450.1 CP, aunque, de no cumplirse estas, quedará expedita la vía del tipo subsidiario situado en el art. 450.2 CP. Tal conclusión responde al hecho de que el ilícito penal contenido en el art. 412.3 CP queda reservado a aquellas autoridades y funcionarios públicos que cuentan, entre las obligaciones inherentes a su cargo, con la obligación especial de auxiliar a los ciudadanos impidiendo los delitos o males que estos padezcan⁶¹⁴. Y dicha obligación, en puridad, solo está encomendada a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, ex art. 11.1, b)⁶¹⁵.

Por ello, cuando el delito dejado de evitar no pertenezca al ámbito de los delitos enumerados en el art. 450.1 CP, la única obligación que tendrá el funcionario público que se halla en el ejercicio de sus funciones se referirá a la persecución de dicho delito, una

⁶¹⁴ Así, RUBIO LARA, P.A., *Denegación de auxilio...cit.*, pág. 108: “el círculo de posibles autoridades y funcionarios públicos que pueden ser considerados como sujetos activos del delito queda restringido a los que lo sean en materia de Seguridad o de Protección y tengan una normativa jurídica propia de regulación de sus funciones donde les corresponda prestar auxilio al ciudadano cuando se les requiera para ello”.

⁶¹⁵ POMARES CINTAS, E., NAVARRO MORENO, M.I., “Lección 9ª. Delitos de denegación...”, *cit.*, pág. 281.

vez esté consumado, y siempre y cuando forme parte del círculo de sujetos activos de este. En caso de integrar este, la omisión de tal funcionario de promover la persecución de los delitos por él presenciados y con respecto a los cuales no tenía deber especial de intervenir para evitarlos, podrá ser sancionada mediante el tipo penal del art. 408 CP o, si hubiera mediado abandono de su destino, a través del art. 407 CP.

CAPÍTULO CUARTO

EL TIPO OBJETIVO DE LA OMISIÓN DEL DEBER DE PERSEGUIR DELITOS (II).

INTERVINIENTES EN EL ART. 408 CP: SUJETOS ACTIVOS, AUTORES Y

PARTÍCIPES

I. INTRODUCCIÓN

Una vez delimitado el bien jurídico protegido en el art. 408 CP y hechas las consideraciones generales sobre sus principales elementos típicos, el siguiente paso

lógico desde el punto de vista dogmático consiste en analizar pormenorizadamente los sujetos que pueden intervenir en el presente tipo penal. Y, llegados a este punto, es menester comenzar señalando que el círculo de sujetos activos del art. 408 CP se nos presenta como una importante fuente de problemas interpretativos, por cuanto, según el texto de este precepto, la conducta tipificada solo puede ser realizada por ciertas autoridades o funcionarios públicos. Es decir, la omisión del art. 408 CP no puede ser llevada a cabo por cualquier funcionario o autoridad pública, sino solamente por algunos de ellos, en concreto, por aquellos que, entre las funciones inherentes a su cargo, tengan atribuida la de promover la persecución de los delitos. Así se desprende de la expresión típica “faltando a la obligación de su cargo”, la cual acota los posibles autores de este delito omisivo⁶¹⁶.

De este modo, al igual que sucede con la mayoría de los delitos del Título XIX de nuestro texto punitivo, la definición de lo que se entiende por “funcionario público” y “autoridad pública” cobra una particular relevancia, pues de ella depende la correcta exégesis de los tipos en los que se menciona a tales sujetos, así como la posibilidad de exigir responsabilidades penales⁶¹⁷. El tipo penal recogido en el art. 408 CP no es una excepción a este fenómeno y constituye, por ello, un delito especial, encuadrable, además, dentro de la categoría de los comúnmente denominados “delitos de funcionario público”. Entendiendo estos, de forma concisa, como “los hechos punibles que se caracterizan porque su comisión presupone el ejercicio abusivo de un cargo público”⁶¹⁸.

En definitiva, serán dos las grandes cuestiones que deberemos plantearnos a lo largo de este Capítulo: en primer lugar, nos dedicaremos exclusivamente a la determinación de los posibles sujetos activos del art. 408 CP, lo que nos obligará a repasar someramente los conceptos de “funcionario público” y “autoridad pública” manejados en Derecho penal, para, a continuación, pronunciarnos con respecto a cuáles de los sujetos que integran tales categorías tienen además atribuida la función pública de promover la

⁶¹⁶ PORTILLA CONTRERAS, G., POMARES CINTAS, E., “Delitos de abandono...”, *cit.*, pág. 176.

⁶¹⁷ VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., *Los delitos de ejercicio y ofrecimiento de influencias en el Código penal español (arts. 428, 429 y 430)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 70.

⁶¹⁸ BACIGALUPO ZAPATER, E., “Sobre la reforma...”, *cit.*, pág. 1095. Insistimos, suscribiendo las palabras de DE LA MATA BARRANCO, N., “El funcionario público ante el Derecho penal”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 20, 2010, pág. 27, en que debe quedar claro que la expresión “delitos de funcionarios” no “trata de penalizar conductas desde trasnochados esquemas de obediencia impropios de un Estado democrático, sino desde la perspectiva, en clave prestacional para el ciudadano, del interés general en el buen funcionamiento del servicio público que presta la Administración conforme a parámetros de eficacia, imparcialidad, legalidad o transparencia”.

persecución de los delitos y pueden, por tanto, incurrir en el delito del art. 408 CP si omiten dicha tarea; en segundo lugar, hallándonos, como nos hallamos, ante un delito especial, es decir, una figura típica en la que el sujeto activo tiene necesariamente que reunir ciertas cualificaciones o características personales, deberemos hacer hincapié en los problemas que plantea esta categoría delictiva de cara a delimitar el círculo de autores del art. 408 CP y a diferenciarlo del de sus partícipes⁶¹⁹. Ello nos llevará a enfrentarnos a la tradicional discusión doctrinal entre los autores que defienden que los delitos especiales, en particular los de funcionarios públicos, constituyen “delitos de infracción de deber”, y aquellos otros que rechazan categóricamente tal categoría. Se trata esta, como veremos, de una complejísima discusión que resulta agravada en nuestro caso, por cuanto además el art. 408 CP es un delito omisivo, con los problemas adicionales de cara a la determinación de la autoría que esta clase de delitos plantea⁶²⁰.

Por supuesto, seguiremos un orden secuencial a la hora de abordar ambas grandes cuestiones, de manera que primero nos adentraremos en la correspondiente a aclarar quiénes pueden ser sujetos activos del art. 408 CP, y solo después estudiaremos qué contornos adquieren la autoría y participación en dicho tipo penal. El motivo de seguir el orden descrito responde a la imposibilidad de ignorar que el concepto de “sujeto activo” es la base objetiva del concepto de “autor”, dado que alude a la persona que realiza el tipo, pues, ya que la tipicidad solo excepcionalmente no comporta antijuridicidad, dicho sujeto activo será normalmente el autor del hecho. En consecuencia, las características que debe reunir el sujeto activo son también características que reunirá el autor del delito⁶²¹.

⁶¹⁹ Realizaremos, en definitiva, el estudio de la autoría y participación del art. 408 CP dentro del análisis de su tipo objetivo. Seguimos, en este sentido, la concepción del injusto como injusto personal, donde el concepto de autor es una de las condiciones requeridas para la imputación objetiva del hecho. Dicha concepción ha sido suscrita por PORTILLA CONTRERAS, G., *El delito de práctica ilegal...cit.*, pág. 397, nota 958; OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito...cit.*, pág. 113; QUINTERO OLIVARES, G., “El delito de desobediencia y la desobediencia justificada”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. 80, núm. 3, 1981, pág. 77. Finalmente, en concreto, conviene hacer alusión a la postura de ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, Traducción de CUELLO CONTRERAS, J., SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J.L., Marcial Pons, Madrid, 2016, págs. 329 y 330, quien asevera que la autoría “tiene que hallar su sitio en la teoría del delito, y al constatar los supuestos concretos, y ello una vez comprobado los demás requisitos objetivos y subjetivos del tipo de injusto”.

⁶²⁰ Como bien apunta ROBLES PLANAS, R., *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, Atelier, Barcelona, 2007, pág. 35: “una de las cuestiones más controvertidas de la teoría de la intervención en el delito es la relativa a cómo opera en los delitos omisivos”, pues la cuestión “no depende sólo de consideraciones sobre la teoría de intervención en el delito, sino ante todo de la concepción de los delitos omisivos que se acoja”.

⁶²¹ GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., *Teoría jurídica del delito...cit.*, pág. 109.

1. El concepto de “funcionario público” a efectos penales

1.1. La obligada remisión al art. 24 CP

Como se acaba de señalar, la lectura del art. 408 CP arroja dos conclusiones en lo relativo al círculo de sujetos activos del tipo de omisión del deber de perseguir delitos: por un lado, la de que este solo puede ser cometido por autoridades y funcionarios públicos, y, por otro lado, que no basta con ostentar dicha cualidad o condición para poder incurrir en la conducta típica, pues resulta necesario, además, que la autoridad o funcionario que no promueve la persecución de los delitos o de sus responsables dejare de hacerlo “faltando a la obligación de su cargo”.

De este modo, salta a la vista que, para nuestro Código penal, no resulta siempre relevante la dejación de tal labor pública, sino solamente la de aquellos servidores públicos que cuentan, entre las funciones inherentes a su cargo público, precisamente con la de promover la persecución de los delitos y de sus responsables. Coincidimos, entonces, con REBOLLO VARGAS en lo que respecta a entender que la *ratio legis* del art. 408 CP está destinada a aquellos funcionarios que tienen atribuida, como expresa obligación del cargo, la de promover la persecución de los delitos, así como que una interpretación contraria supondría una inadmisibles extensión de la punibilidad a sujetos que entre sus competencias no tienen atribuido ese cometido⁶²².

Siendo así, resulta evidente que para emprender un estudio acerca de qué funcionarios y autoridades en concreto han de promover la persecución de los delitos y, por ende, pueden ser castigados con base en el art. 408 CP, deberemos previamente aclarar qué se entiende, a efectos penales, por “funcionario público” o “autoridad pública”. Semejante tarea, pese a venir, en principio, “facilitada” por la definición de tales conceptos que el Código penal realiza en su art. 24, continúa siendo objeto de agudas polémicas doctrinales y jurisprudenciales. No en vano múltiples penalistas han tachado de extremadamente vagas ambas nociones, lamentando que el hecho de venir fijadas legalmente no haya sumado mucho en términos de certeza y taxatividad de las mismas⁶²³.

⁶²² REBOLLO VARGAS, R., “La omisión...”, *cit.*, pág. 23.

⁶²³ Por citar solamente algunos ejemplos: FERRER SAMA, A., *Comentarios al Código Penal, Tomo II*, Sucesores de Nogués, Murcia, 1947, págs. 427-428; COBO DEL ROSAL, M., “Examen crítico del...”, *cit.*, pág. 217; VALEIJE ÁLVAREZ, I., “Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública

A pesar de los problemas interpretativos derivados del art. 24 CP, es obligatoria la referencia al mismo. Sin embargo, antes de acometer esta tarea, es necesario clarificar que, aunque el art. 408 CP menciona a la “autoridad” antes que al “funcionario”, y que el mismo proceder sigue el propio art. 24 CP, aludiremos aquí, primeramente, al concepto de funcionario público, pues es pacífico a nivel doctrinal el considerar que la autoridad pública no es más que una especial clase de funcionario público (habiendo entre ambos conceptos, por tanto, una relación de género y especie)⁶²⁴.

El art. 24.2 CP señala que “se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas”. El uso del verbo “se considerará”, unido al inicio del primer párrafo del art. 24 (“a los efectos penales”), pone de manifiesto que nos hallamos ante un concepto de “funcionario público” exclusivo del Derecho penal, y distinto, por consiguiente, del que se maneja en Derecho administrativo. En efecto, mientras que este último parece sostenerse todavía sobre la nota fundamental de que la incorporación del sujeto a la organización administrativa debe producirse en forma permanente y voluntaria⁶²⁵, aquel se adquiere por la concurrencia de dos requisitos distintos: uno de índole subjetiva, relativo a la existencia de un título, o cualidad jurídica en la persona; y otro de índole objetiva que vendría constituido por una efectiva participación en la función pública⁶²⁶. Ya que lo fundamental para reconocer a un sujeto la condición de funcionario público será comprobar que verdaderamente participa en el ejercicio de funciones públicas, esta última exigencia convierte a la noción penal de

y personas que desempeñan una función pública”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 62, 1997, pág. 436.

⁶²⁴ Por todos: OLAIZOLA NOGALES, I., “Concepto de funcionario público a efectos penales”, en *Delitos contra la Administración Pública*, con ASÚA BATARRITA, A. (Ed.), Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1997, pág. 83. Una explicación muy clara acerca del motivo por el cual el Derecho penal mantiene un concepto autónomo de “funcionario” y “autoridad pública” viene proporcionado en: QUERALT JIMÉNEZ, J.J., “Capítulo XVI. Delitos contra la Administración...”, *cit.*, pág. 420; así como por VALEIJE ÁLVAREZ, I., “Reflexiones sobre los conceptos penales...”, *cit.*, pág. 442.

⁶²⁵ COBO DEL ROSAL, M., “Examen crítico del...”, *cit.*, pág. 236. Más recientemente, en el mismo sentido, se pronuncian JAVATO MARTÍN, A., “Artículo 24”, en *Comentarios al Código Penal*, con GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), Lex Nova, Valladolid, 2011, pág. 226; y NICOLÁS JIMÉNEZ, P., “Capítulo 29. Delitos contra la Administración Pública I, en *Derecho Penal Parte Especial*, con ROMEO CASABONA, C.M., SOLA RECHE, E., BOLDOVA PASAMAR, M.A. (Coord.), Comares, Granada, 2016, pág. 678.

⁶²⁶ VALEIJE ÁLVAREZ, I., “Reflexiones sobre los conceptos penales...”, *cit.*, pág. 446.

funcionario en un concepto funcional, no bastando con la simple cualidad jurídica formalmente legitimadora (el título)⁶²⁷.

Como bien sintetiza VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, esta forma de comprender el término “funcionario público”, entronca directamente con la esencia misma de los delitos de funcionarios, pues la razón por la cual requieren “la conexión entre el delito y las competencias funcionales, entre la conducta y el contenido del cargo o función”, corresponde a que, en ellos, “el funcionario proyecta el abuso de sus facultades o poderes precisamente sobre la función o actividad que le corresponde desarrollar como órgano de la Administración”⁶²⁸.

1.2. El elemento de participación en la función pública

A) Significado de “función pública”

Hechas estas aclaraciones sobre el concepto penal de “funcionario público”, procedemos a estudiar sus dos componentes estructurales: la participación real y efectiva del sujeto en las funciones públicas y el título habilitante por el cual lleva a cabo dicha intervención. Ambos requisitos son igualmente vertebradores del concepto objeto de estudio, sin que sea posible definir el mismo prescindiendo de cualquiera de ellos. La participación efectiva en la función pública es de capital importancia, no obstante lo cual, no deja de ser una condición necesaria, pero no suficiente, para poder calificar a un sujeto como funcionario público a efectos penales. Se exige, además, que dicha participación se haga por un título habilitante: disposición inmediata de la ley, elección o nombramiento de la autoridad. Este segundo requisito será el que permitirá diferenciar al funcionario (a efectos penales) del particular que participa en el ejercicio de funciones públicas⁶²⁹.

En cualquier caso, cabe mencionar que son muchas las discrepancias doctrinales suscitadas con respecto al alcance del elemento típico de participación en el ejercicio de la función pública. En concreto, han corrido ríos de tinta al tratar de establecer una noción unívoca de “función pública”, concepto que resulta fundamental, por cuanto en torno a él

⁶²⁷ ROCA AGAPITO, L., “Lección 2. Concepto de autoridad y de funcionario público a efectos penales”, en *Tratado de Derecho Penal Parte Especial III: Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia*, con ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 61-62.

⁶²⁸ VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., *Los delitos contra la Administración...cit.*, pág. 123.

⁶²⁹ En ello hace especial hincapié DE LA MATA BARRANCO, N., “¿Quién es funcionario a efectos penales?”, en *Almacén del Derecho*, 2016, de quien hemos extraído la expresión “necesaria, pero no suficiente” al referirnos al requisito de participación funcional que enumera el art. 24.2 CP. En el mismo sentido: RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., *El delito de cohecho...cit.*, pág. 163.

se nuclea ontológica, jurídica y hasta semánticamente el de funcionario público⁶³⁰. Sin perjuicio de extendernos en demasía sobre esta cuestión, sí aludiremos a las tres principales corrientes de opinión vertidas en torno a la misma, para finalmente indicar con cuál nos alineamos y por qué motivos.

Una primera tesis es la conocida como “formal”, y en ella se delimita la función pública en atención al sector del ordenamiento jurídico que contempla el régimen de actividad del ente público cuyas funciones son objeto de consideración. Es decir, si su actividad está sometida a Derecho privado, serán funciones privadas; si está sujeta a Derecho público, serán públicas. La presente definición pertenece a QUERALT JIMÉNEZ, principal defensor de la concepción formal del término “función pública”⁶³¹. Contra esta se han esgrimido múltiples críticas que han apuntado a sus limitaciones frente a las nuevas formas de organización administrativa, jurídicamente sujetas al Derecho privado, pero materialmente públicas⁶³², lo cual ha llevado al propio QUERALT JIMÉNEZ a matizar su postura, aclarando que, actualmente, además de a la actividad, “habrá que atender a si realmente estamos en presencia de un ente que es un poder público, aunque se encuentre ilegítimamente enmascarado por normas no públicas; si desde el punto de vista material se llega a la conclusión (...) de que el ente ejerce potestades públicas, también lo serán sus funciones”⁶³³.

Un segundo grupo de autores sostiene una tesis teleológica-subjetiva, en virtud de la cual “función pública” es toda aquella proyectada al interés colectivo o social, al bien

⁶³⁰ QUERALT JIMÉNEZ, J.J., “Capítulo XVI. Delitos contra la Administración Pública...”, *cit.*, págs. 422-424.

⁶³¹ *Ibidem*, pág. 422.

⁶³² VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., “El concepto penal de funcionario público: algunas cuestiones problemáticas”, en *Liber Amicorum. Derechos Humanos y Derecho Penal. Homenaje al Profesor Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, Tomo II*, con FERRÉ OLIVÉ, J.C., DEMETRIO CRESPO, E., PÉREZ CEPEDA, A.I., *et al.* (Ed.), Ediciones Universidad Salamanca, 2022, pág. 434. Como bien explica VALEIJE ÁLVAREZ, I., “Reflexiones sobre los conceptos penales...”, *cit.*, pág. 497: “respecto a lo que se debe reputar en el campo penal “función pública” hemos sacado la impresión de que difícilmente se puede reconducir a una noción formal, esto es, a una noción construida atendiendo al régimen jurídico que disciplina la actividad. La búsqueda del principio de eficacia en la gestión de recursos públicos ha provocado la proliferación de entes privados de creación pública (patrimonios públicos adscritos a un fin público consistente ordinariamente en un servicio público económico), inaugurando el fenómeno denominado “huida del Derecho Administrativo”.

⁶³³ QUERALT JIMÉNEZ, J.J., “Capítulo XVI. Delitos contra la Administración Pública...”, *cit.*, pág. 423. Así pues, según señala el presente autor (*idem*): “desde una perspectiva material y constitucional este modo de actuación no puede hacer olvidar que, sea la que fuere la forma jurídica de estos entes, son poderes públicos, sin que pueda dispensarse a una organización inequívocamente pública (por su origen, por su actuación, dominada totalmente por la Administración Pública matriz, por su financiación y/o por las funciones y objetivos que tiene encomendados) el carácter de previa por el hecho instrumental, políticamente opinable, de que se someta a Derecho privado para su contratación de personal, bienes y/o servicios, p. ej.”.

común y realizada por órganos estatales o paraestatales⁶³⁴. Así la conciben MUÑOZ CONDE⁶³⁵, ROCA AGAPITO⁶³⁶, VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS⁶³⁷, JAVATO MARTÍN⁶³⁸, NAVARRO CARDOSO⁶³⁹, MARTÍN LORENZO⁶⁴⁰, GARCÍA ARROYO⁶⁴¹ y, sobre todo, VALEIJE ÁLVAREZ. En particular, esta última autora parte, inicialmente, de una concepción subjetiva del término “función pública”, al interpretar esta como aquella actividad desarrollada por la propia Administración o sobre cuyo desenvolvimiento mantiene una

⁶³⁴ Con anterioridad al desarrollo de la concepción teleológica-subjetiva de la expresión “función pública” se había mantenido, por autores como OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *La prevaricación...cit.*, pág. 151, una perspectiva puramente teleológica, la cual concebía como pública toda aquella función destinada al bien común o general. Sin embargo, como advierte ROCA AGAPITO, L., “Lección 2. Concepto de autoridad...”, *cit.*, pág. 65: “esta postura, sin embargo, en su forma más pura, no satisface adecuadamente las necesidades de una interpretación clara del texto del CP, dotándolo de una inseguridad e incertidumbre excesivas. No es adecuado seguir este criterio, pues el simple hecho de prestar unos servicios o realizar una función destinada al interés colectivo, no es suficiente para entender dichas funciones como públicas. Aparte de la inconcreción del concepto “interés colectivo” o “bien común”, si se siguiese este criterio se debería considerar como funciones públicas las realizadas, pongamos por caso, por un colegio privado, ya que no se puede negar el interés general o colectivo que tiene la educación; y así se podría seguir diciendo lo mismo con otras funciones, tales como la de caridad, la de asistencia médica, el transporte, las telecomunicaciones, la fabricación de vacunas, que prestan organismos privados”.

⁶³⁵ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal Parte Especial...cit.*, pág. 969. Precisamente al citado penalista pertenece la definición de la tesis teleológica-subjetiva recién brindada.

⁶³⁶ ROCA AGAPITO, L., “Lección 2. Concepto de autoridad...”, *cit.*, pág. 74: “todo lo expuesto nos lleva a la conclusión de sostener un criterio mixto subjetivo-material, en virtud del cual las “funciones públicas” que configuran el concepto de funcionario a efectos penales serían aquellas que están orientadas al interés o bien general, pero siendo los poderes públicos, incluida la Administración (en sentido amplio), quienes la llevan a cabo”.

⁶³⁷ VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., “El concepto penal de funcionario...”, *cit.*, pág. 437.

⁶³⁸ JAVATO MARTÍN, A.M., “El concepto de funcionario y autoridad a efectos penales”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 23, 2011, pág. 160.

⁶³⁹ NAVARRO CARDOSO, F., *El cohecho en consideración...cit.*, pág. 44, quien añade, con respecto a la corriente teleológica-subjetiva de la función pública, que gracias a la misma el concepto de funcionario público comprenderá “no solo a los que directamente trabajan en una administración pública territorial, sino en cualquiera de los entes, organismos, órganos desconcentrados locales, corporaciones, fundaciones, sociedades, entidades, etc. que desarrollen funciones de titularidad pública, incluyendo, por tanto, el sector público instrumental”. En el mismo sentido, GÓMEZ RIVERO, M.C., “El castigo penal de la corrupción en el ámbito del llamado sector público instrumental”, en *Revista Electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 18, 2016, pág. 11, expresa que, a partir de la concepción funcional del funcionario a efectos penales se comprende que la noción desborde la comprensión de los funcionarios de carrera para alcanzar a un amplio abanico de sujetos (quienes desempeñan su función en la Administración corporativa, cargos políticos o quienes ejercen funciones públicas, como es el caso de los notarios y registradores, entre otros) y que, de modo específico (...) la doctrina y la jurisprudencia se haya decantado decididamente por reconducir a su concepto la actuación de los directivos y altos cargos de las sociedades instrumentales, incluyendo los miembros de su Consejo de Administración u órganos de gobierno equivalentes, en tanto que el nombramiento de éstos corresponde a la Administración matriz”.

⁶⁴⁰ MARTÍN LORENZO, M., “Concepto penal de funcionario y externalización de funciones públicas”, en *Derecho Penal para un estado social y democrático de derecho. Estudios penales en homenaje al Profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieto*, con MAQUEDA ABREU, M.L., MARTÍN LORENZO, M., VENTURA PÜSCHEL, A. (Coord.), Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 2016, págs. 215-216.

⁶⁴¹ GARCÍA ARROYO, C., *El delito de cohecho subsiguiente...cit.*, págs. 90-92.

posición dominante de control, dirección o regulación. De forma que función pública es, para la citada penalista, una expresión verbal utilizada para describir el conjunto de intereses de cuya tutela o prestación se hace cargo el Estado, ya sea directa o indirectamente, a través de actos de delegación⁶⁴². No obstante, la propia autora dota a su teoría de un cariz teleológico, a modo de mecanismo corrector de la misma, al señalar que la aplicación del estatuto penal de la función pública debe aplicarse a todas las entidades instrumentales de la Administración que desempeñen en todo o en parte funciones públicas, e independientemente de que adopten o no una forma jurídico-pública⁶⁴³.

En tercer lugar, el tenor doctrinal mayoritario ha consistido en defender un concepto mixto restrictivo de “función pública”. Acuñado originariamente por VIVES ANTÓN⁶⁴⁴, incorpora tres elementos de forma simultánea: el subjetivo (función pública es la actividad llevada a cabo por un ente público), el teleológico (función pública es aquella en la que se persiguen fines públicos) y el objetivo o formal (función pública es la actividad realizada mediante actos sujetos al Derecho público, no identificables con los meros actos administrativos, pues engloban además los actos que emanan del poder ejecutivo y los producidos por órganos legislativos o judiciales). Esta postura ecléctica ha sido suscrita por ZÚÑIGA RODRÍGUEZ⁶⁴⁵, OLAIZOLA NOGALES⁶⁴⁶, PORTILLA CONTRERAS⁶⁴⁷, GONZÁLEZ CUSSAC⁶⁴⁸ o CUGAT MAURI⁶⁴⁹, entre otros.

A pesar del carácter dominante de esta última corriente doctrinal, nos alineamos, en la presente tesis doctoral, con la definición de “función pública” aportada por la concepción teleológica-subjetiva. Así, coincidimos con JAVATO MARTÍN en que la perspectiva ecléctica impulsada por VIVES ANTÓN y seguida mayoritariamente por el resto

⁶⁴² VALEIJE ÁLVAREZ, I., “Reflexiones sobre los conceptos penales...”, *cit.*, págs. 497-498.

⁶⁴³ *Ibidem*, pág. 492. La expresión “mecanismo corrector” pertenece a VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., “El concepto penal de funcionario...”, *cit.*, pág. 435, a quien nos sumamos asimismo en su apreciación de que VALEIJE ÁLVAREZ se encuadra en una corriente teleológica-subjetiva, y no puramente subjetiva, como podría deducirse de una primera lectura de su teoría.

⁶⁴⁴ VIVES ANTÓN, T.S., “Detenciones ilegales”, en *La detención. Detenciones ilegales. La detención gubernativa y la detención judicial*, con VIVES ANTÓN, T.S., GIMENO SENDRO, J.V., Bosch, Barcelona, 1977, pág. 51.

⁶⁴⁵ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Libertad personal y seguridad ciudadana. Estudio del tipo de injusto del delito de detenciones ilegales practicadas por funcionario público*, PPU, Barcelona, 1993, pág. 176.

⁶⁴⁶ OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito...cit.*, pág. 133.

⁶⁴⁷ PORTILLA CONTRERAS, G., *El delito de práctica ilegal...cit.*, pág. 151.

⁶⁴⁸ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *El delito de prevaricación...cit.*, pág. 100.

⁶⁴⁹ CUGAT MAURI, M., *La desviación del interés general...cit.*, pág. 176.

de la doctrina, implicaría sustraer del control del Derecho penal a la actividad de la Administración desplegada por empresas, organismos o entes públicos sometidos a un régimen jurídico-privado, o por los particulares concesionarios de servicios públicos. Por ello, resulta más conveniente mantener una interpretación en clave eminentemente subjetiva del concepto “función pública”, que incida especialmente en el dato de la titularidad de la función, aunque matizando dicho criterio mediante la exigencia adicional de que la actividad venga impregnada de una finalidad pública o se dirija a la prestación de un servicio público⁶⁵⁰. Semejante concepción permite sujetar al estatuto penal de la Administración Pública al personal de todos los entes públicos que, cumplimentando dichos requisitos, revisten forma mercantil o cuyo giro o actividad, en general, están sometidos al Derecho privado y que posee, indudablemente, la capacidad de afectar a los bienes jurídicos protegidos en el Título XIX del Código penal⁶⁵¹.

En concreto, nos parece apropiado optar por la específica concepción teleológica-subjetiva de la “función pública” impulsada por VALEIJE ÁLVAREZ, puesto que, como bien sintetiza MARTÍN LORENZO, no solo evita el riesgo de elusión de la responsabilidad penal en amplios sectores de la actividad estatal que introducen la creciente externalización de la actividad de la Administración, sino que además este criterio no es sino una forma de concretar la finalidad pública como elemento definitorio del concepto “función pública”, pues esos fines son el conjunto de intereses de cuya tutela o prestación se hace cargo el Estado. Estamos así, ante una restricción del criterio teleológico, que continúa siendo, sin embargo, el esencial⁶⁵².

No obstante, cabe tener en cuenta que, si bien las disquisiciones doctrinales expuestas poseen un innegable valor teórico, lo cierto es que, tal y como apunta JAREÑO LEAL: “para la jurisprudencia el concepto penal de funcionario es un concepto de hecho, supeditado a la comprobación fáctica de que se participa en una actividad que persigue un interés público. Por eso, una vez que se ha comprobado que existe dicha actividad la condición de funcionario por parte del sujeto activo se suele resolver afirmativamente”⁶⁵³. Se tiende

⁶⁵⁰ JAVATO MARTÍN, A.M., “El concepto de funcionario...”, *cit.*, pág. 160.

⁶⁵¹ VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., “El concepto penal de funcionario...”, *cit.*, pág. 437.

⁶⁵² MARTÍN LORENZO, M., “Concepto penal de funcionario...”, *cit.*, págs. 215-216.

⁶⁵³ JAREÑO LEAL, A., *El delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos*, Aranzadi, Navarra, 2015. La presente autora cita, asimismo, una sentencia del Tribunal Supremo que enfatiza precisamente que “lo verdaderamente relevante es proteger de modo eficaz la función pública, así como también los

a sostener, de este modo —al menos por el Tribunal Supremo—, un concepto amplio, incluso extensivo, de “funcionario público” basado en la mera comprobación práctica de que el sujeto ha participado en la función pública, expresión esta última que es asimismo objeto de una laxa interpretación⁶⁵⁴.

En efecto, son varios los autores que han puesto de manifiesto la predisposición de nuestro Alto Tribunal a soslayar la exigencia formal referente al título habilitante exigida por el art. 24.2 CP⁶⁵⁵. Y es que, en recientes sentencias, pese a mencionarse en un principio dicha exigencia legal, procede luego el Tribunal a señalar que “puede presentarse la participación en el ejercicio de funciones públicas tanto en las del Estado, entidades locales y comunidades autónomas, como en las de la llamada administración institucional (...) de modo que cualquier actuación de estas entidades donde exista un interés público responde a este concepto amplio de función pública⁶⁵⁶”.

B) Significado de “participar” en la función pública

Hemos señalado, anteriormente, que son muchos los problemas interpretativos que plantea la expresión típica “participar en el ejercicio de la función pública”. Hasta el momento se ha reflexionado acerca del sentido que debe otorgársele al término “función pública”. Sin embargo, las discusiones descritas no agotan los múltiples interrogantes suscitados por aquella, por cuanto resta todavía por descifrar qué debe entenderse por “participar” en la misma.

En particular, la doctrina ha tratado de discernir si es lo mismo “participar en el ejercicio de la función pública” que “ejercer un cargo público”. COBO DEL ROSAL responde a esta cuestión de forma negativa, tras concluir que participar en la función pública no implica ejercer el cargo, pudiendo participarse en aquella sin ejercer y sin tener cargo

intereses de la administración en sus diferentes facetas y modos de operar” (SSTS 166/2014, de 28 de febrero; y 149/2015, de 11 de marzo).

⁶⁵⁴ De hecho, la propia JAREÑO LEAL, A., “Los diferentes conceptos de autor utilizados por la jurisprudencia (reflexiones a partir del ejemplo de varios delitos)”, en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 40, 2023, pág. 2, inaugura este trabajo advirtiendo que: “el amplio concepto de funcionario público que utiliza el Tribunal Supremo en los delitos contra la Administración pública del Título XIX del Código penal comporta una extensión de la autoría, al margen de la teoría utilizada sobre el propio concepto de autor”.

⁶⁵⁵ VALEIJE ÁLVAREZ, I., “Reflexiones sobre los conceptos penales...”, *cit.*, pág. 449; QUINTERO OLIVARES, G., “Comentario al artículo 24 CP”, en *Comentarios al Código Penal español, Tomo I*, con QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), Aranzadi, Navarra, 2011, pág. 322; y RAMÓN RIBAS, E., “La derogación jurisprudencial del artículo 24.2 CP (concepto de funcionario público)”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIV, 2014, pág. 183.

⁶⁵⁶ SSTS 769/2024, de 6 de septiembre; y 546/2019, de 11 de noviembre.

alguno⁶⁵⁷. También OCTAVIO DE TOLEDO rechaza que nos hallemos ante expresiones que puedan emplearse indistintamente, entendiendo que ejercer un cargo público supone algo más que la mera participación en la función pública, existiendo una suerte de relación de género a especie entre ambos elementos. Es decir, todo ejercicio del cargo constituye una forma de participación en la función pública, pero no toda participación en la misma pasa por ser un ejercicio del cargo⁶⁵⁸. En el extremo opuesto se sitúa QUERALT JIMÉNEZ, para quien ambas expresiones son equivalentes a efectos penales⁶⁵⁹.

Sin ánimo de profundizar en la presente controversia, pues sin duda la misma ha perdido fuerza debido a la sustitución del criterio de agrupación de los denominados delitos de funcionarios operado en el Código de 1995 (de “Delitos en el ejercicio del cargo” a “Delitos contra la Administración Pública”)⁶⁶⁰, sí cabe indicar que nos hallamos de acuerdo con la perspectiva adoptada por OCTAVIO DE TOLEDO, cuando precisa que “ejercer el cargo supone más que participar del ejercicio de la función pública: implica ejercer dicha función”. De manera que, continúa diciendo:

“Al legislador no le interesa agrupar en este título todos los delitos de los empleados públicos (...) sino únicamente aquellos que son cometidos por éstos precisamente cuando ejercen el cargo y no en otras ocasiones en las que un empleado público (...) realiza acciones consideradas delictivas, fuera del ejercicio del cargo que desempeña, o bien, realizándolas dentro del mismo, cuando con ellas conculca no sólo la función pública, sino además, otro bien jurídico que se considere prevalente a efectos de sistematización”⁶⁶¹.

Ciertamente, pese a que la rúbrica del Título XIX sea ahora la de “Delitos contra la Administración Pública”, los tipos penales recogidos en la misma continúan haciendo alusión en muchas ocasiones a que la conducta típica deba realizarse “en el ejercicio de su competencia” (art. 405 CP), “faltando a la obligación de su cargo” (art. 408 CP), entre otras análogas⁶⁶². Con ello, viene a recordarse y a ponerse de manifiesto la idea

⁶⁵⁷ COBO DEL ROSAL, M, “Examen crítico del...”, *cit.*, pág. 255.

⁶⁵⁸ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *La prevaricación...cit.*, pág. 139.

⁶⁵⁹ QUERALT JIMÉNEZ, J.J., “Capítulo XVI. Delitos contra la Administración Pública...”, *cit.*, pág. 484.

⁶⁶⁰ JAVATO MARTÍN, A.M., “El concepto de funcionario...”, *cit.*, pág. 163.

⁶⁶¹ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *La prevaricación...cit.*, pág. 137.

⁶⁶² Así: “dictadas dentro del ámbito de su respectiva competencia” (art. 410 CP); “a que se venga obligado por razón de su cargo” (art. 412.3, párrafo primero, CP); “cuya custodia le esté encomendada por razón de su cargo” (art. 413 CP); “por razón de su cargo” (art. 414 CP); “cuya custodia le está confiada por razón de su cargo” (art. 415 CP); “de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo” (art. 417 CP); “para realizar en el ejercicio de su cargo” (art. 419 CP); “para realizar un acto propio de su cargo” (art. 420 CP); “en consideración a su cargo o función” (art. 422 CP); “prevaleciéndose del ejercicio de las facultades de su

preconizada por OCTAVIO DE TOLEDO de que, para el legislador, no nos encontramos ante todos los delitos cometidos por los funcionarios públicos, sino solamente ante los perpetrados contra la función pública por aquellos que pueden atacarla desde dentro (quienes participan de su ejercicio), precisamente cuando actúan desde el interior (cuando realizan –efectivamente– esta participación)⁶⁶³.

Se resalta así la idea subrayada por VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS de que, 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 delictiva⁶⁶⁴. De este modo, expresiones como las recién enumeradas que ponen énfasis en la necesidad de hallarse, para poder perpetrar la conducta típica, en el ejercicio del cargo o dentro del ámbito competencial del específico funcionario, denotan el acceso del mismo a elementos procedimentales, organizativos o funcionales que le proporcionan una posición privilegiada para agredir los bienes jurídicos institucionales (y, en su caso, los individuales) implicados en el desarrollo de la actividad administrativa⁶⁶⁵.

La presente idea no resulta incompatible con la propuesta de *lege ferenda* que se ha realizado en el Capítulo Segundo de la presente tesis doctoral, en el cual incidimos en la necesidad de modificar la ubicación sistemática del art. 408 CP al Título XX, correspondiente a los “delitos contra la Administración de Justicia”. Ello debido a que también en este último título se encuentran delitos cometidos por funcionarios públicos a los que les es consustancial este requisito de “ataque desde dentro” que, sin embargo, se dirige en su caso contra la Administración de Justicia (la cual, para la mayoría de la

cargo” (art. 428 CP); “se apropie del patrimonio público que tenga a su cargo” (art. 432 y 433); “interviniendo por razón de su cargo” (art. 436 CP); “abusando de su cargo” (art. 438 CP); “durante el desempeño de su función o cargo” (art. 438 bis CP); “debiendo intervenir por razón de su cargo” (art. 439 CP); “en asunto en que deba intervenir o haya intervenido por razón de su cargo” (art. 441 CP); “haga uso de un secreto del que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo” (art. 442 CP); “persona sujeta a su guarda” (art. 443 CP). Asimismo, como apunta acertadamente CUGAT MAURI, M., *La desviación del interés...cit.*, pág. 182: “en otros casos, no se hace referencia expresa a la realización de la conducta delictiva en el ejercicio del cargo. Sin embargo, la lógica exigencia del requisito por parte de la doctrina y jurisprudencia penal lleva al mismo tipo de restricción que en el grupo anterior. Éste es el caso del delito de prevaricación del art. 404, que se considera sólo realizable por los sujetos con competencia para dictar resoluciones administrativas; del abandono de destino del art. 407, cuyo sujeto activo debe tener atribuidas competencias para perseguir los delitos a los que se hace referencia; o de la denegación de auxilio del art. 412.1 y 2, cuyo sujeto activo debe de estar obligado a la prestación del auxilio (“debido”)”.

⁶⁶³ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *La prevaricación...cit.*, pág. 137.

⁶⁶⁴ VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., *Los delitos contra la Administración...cit.*, pág. 392.

⁶⁶⁵ *Ibidem*, pág. 369.

doctrina, no deja de constituir una especial parte del más amplio concepto “Administración Pública”)⁶⁶⁶.

C) Títulos de incorporación a la función pública

Junto al requisito recién estudiado, de participación efectiva en el ejercicio de la función pública, el art. 24.2 CP también exige que dicha participación tenga su origen en uno de los tres títulos mencionados: disposición inmediata de Ley, nombramiento de la autoridad competente o elección. Dicha enumeración lleva a no considerar funcionarios públicos a los meros colaboradores espontáneos de la Administración, pues si el único elemento que se mencionara en el art. 24.2 CP fuera el de la participación en las funciones públicas, podría resultar que, como pone de manifiesto QUERALT JIMÉNEZ con su famoso ejemplo *ad absurdum*, hubiera de ser considerado funcionario el particular que repeliera una agresión en legítima defensa, habida cuenta de que el fundamento de la legítima defensa no solo comprende la protección de la propia persona, sino también el mantenimiento del orden jurídico (función indudablemente pública en la que el sujeto estaría participando)⁶⁶⁷.

A la hora de analizar la relación entre los tres títulos habilitantes recogidos en el art. 24.2 CP, la doctrina se ha planteado si en verdad se trata de tres títulos diferentes o si se reducen a uno solo. Verbigracia, para MUÑOZ CONDE, las tres fuentes de incorporación pueden, en realidad, comprenderse como una sola: la disposición inmediata de la ley; por cuanto la elección o el nombramiento tienen que basarse en una ley que las determine⁶⁶⁸. No obstante, en este punto coincidimos con ROCA AGAPITO, cuando señala que el empleo por el art. 24.2 CP de la conjunción disyuntiva “o” para enlazar los tres títulos enumerados en dicho precepto da a entender que se trata de tres títulos diferenciados⁶⁶⁹.

⁶⁶⁶ Así sucede, por ejemplo, con los tipos de prevaricación judicial (arts. 446 a 449 CP), encubrimiento en su modalidad de favorecimiento personal con abuso de funciones públicas (art. 451.3º, b CP), obstrucción a la justicia y deslealtad profesional cometidos por representante del Ministerio Fiscal en el ejercicio de su función (art. 463.2 CP), revelación de actuaciones declaradas secretas (art. 466.2 CP), quebrantamiento de condena y evasión de presos cometido por funcionario público encargado de la custodia de un condenado, preso o detenido (art. 471 CP) y cohecho cometido por funcionarios de la Corte Penal Internacional en relación con sus funciones oficiales (art. 471 bis. 7 CP).

⁶⁶⁷ QUERALT JIMÉNEZ, J.J., “Capítulo XVI. Delitos contra la Administración Pública...”, *cit.*, pág. 485.

⁶⁶⁸ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal Parte Especial...cit.*, pág. 954. A esta misma tesis se adhieren GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *El delito de prevaricación...cit.*, págs. 99-100; y GARCÍA ARROYO, C., *El delito de cohecho subsiguiente...cit.*, pág. 104.

⁶⁶⁹ ROCA AGAPITO, L., “Lección 2. Concepto de autoridad...”, *cit.*, pág. 76. En el mismo sentido, OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito...cit.*, pág. 152: “el CP, para bien o para mal, habla de la ley como forma específica de acceso y la interpretación de estos autores –MUÑOZ CONDE Y DEL TORO MARZAL– convierte en reiterativo

En cualquier caso, como se ha visto, el primer título de incorporación a la función pública que prevé nuestro texto punitivo es la “disposición inmediata de la Ley”, expresión cuya interpretación suscita dos problemas fundamentales: el primero, qué significado jurídico-penal cabe atribuir al término “Ley”; y el segundo, si con semejante expresión se está haciendo referencia, bien a la relación estatutaria que une a determinados sujetos con el Estado, o bien, simplemente, si a través suyo se trata de configurar una modalidad amplia de acceso al ejercicio de la función pública⁶⁷⁰.

Con respecto a la primera cuestión, la doctrina se ha mostrado dividida en dos grupos fundamentales: los que otorgan un sentido estricto al término “Ley”, limitándola a las leyes formales emanadas del Poder legislativo⁶⁷¹; y aquellos otros que la dotan de un contenido más amplio, comprendiendo en su seno cualquier norma estatal, incluyendo el conjunto de disposiciones dictadas por las Administraciones estatal y autonómicas en uso de sus facultades reglamentarias⁶⁷². DEL TORO MARZAL sustenta esta interpretación más laxa al argumentar lo excepcional que es que una ley, de entenderse en sentido estricto, adscriba a una persona concreta a una determinada función⁶⁷³. Sin embargo, ante estas objeciones debemos sumarnos a la precisión terminológica realizada por VIVES ANTÓN, cuando sostiene que el art. 119 del anterior Código penal (de idéntica redacción al actual art. 24 CP en lo que ahora nos interesa), no configuraba títulos de “adscripción” a la función pública, sino títulos de “participación” en el ejercicio de la función pública⁶⁷⁴.

En realidad, se trata esta, como reconoce MARTÍN LORENZO, de una discusión de escasa virtualidad práctica, puesto que una interpretación restrictiva en tal sentido no impediría que la incorporación vía decreto u otra norma de rango inferior a la ley fuera

el precepto”. También MARTÍN LORENZO, M., “Concepto penal de funcionario...”, *cit.*, pág. 219, hace un interesante apunte: “si bien es cierto que las tres posibilidades contempladas en el artículo 24.2 CP pueden reconducirse al título disposición de la ley, dado que regula tanto la elección como el nombramiento, no lo es menos que el acceso en virtud de estos dos últimos títulos no lo es en virtud de una disposición “inmediata” de la ley”.

⁶⁷⁰ VALEIJE ÁLVAREZ, I., “Reflexiones sobre los conceptos penales...”, *cit.*, pág. 451.

⁶⁷¹ Dentro de este primer grupo de autores se hallan: RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho Penal español...cit.*, pág. 1126: “no basta que así se diga en un reglamento o cualquier otra disposición de rango inferior al de la ley, aunque no fuere por otra consideración que la de que ello llevaría a extender en perjuicio del reo y más allá de la letra del Código la responsabilidad criminal, o un trato más severo”.

⁶⁷² En este sentido: GARCÍA ARROYO, C., *El delito de cohecho subsiguiente...cit.*, pág. 98.

⁶⁷³ DEL TORO MARZAL, A., “Comentario al art. 119”, en *Comentarios al Código Penal, Tomo II (artículos 23-119)*, con CÓRDOBA RODA, J. (Dir.), Ariel, Barcelona, 1972, pág. 736.

⁶⁷⁴ VIVES ANTÓN, T.S., “Detenciones...”, *cit.*, pág. 49.

eficaz a los efectos del art. 24.2 CP, ya que puede calificarse como nombramiento por autoridad competente⁶⁷⁵. Además, de forma ajena al debate doctrinal, que mayoritariamente suele inclinarse hacia la defensa de un concepto estricto de “Ley”, la jurisprudencia del Tribunal Supremo reconoce que la atribución de la condición de funcionario público puede producirse mediante todo tipo de normas de la escala jerárquica, desde la Ley Orgánica hasta la Orden ministerial⁶⁷⁶.

Las dos cuestiones planteadas con relación a la expresión “disposición inmediata de la Ley” son respondidas por VALEIJE ÁLVAREZ, autora con la cual nos alineamos completamente en este extremo. Las conclusiones que alcanza la presente penalista en su aproximación a ambas problemáticas pasan por entender que la citada expresión hace referencia descriptiva al acto de nombramiento de los funcionarios de carrera: aquellas personas que en virtud de un nombramiento legal desempeñen servicios de carácter permanente, figuran en las correspondientes plantillas y perciben sueldos o asignaciones fijas con cargo a las consignaciones de personal de los presupuestos. Así, con “disposición inmediata de la Ley”, el legislador se estaría refiriendo a la resolución u Orden Ministerial que se publica en el BOE, indicativa de un nombramiento legal. Solo una vez obtenido este título y tomada posesión del cargo el funcionario inicia una relación jurídica con la Administración⁶⁷⁷.

El segundo título de incorporación enumerado en el art. 24.2 CP es la “elección”, que, hasta el año 1944 venía acompañada del adjetivo “popular”, lo que impedía incluir bajo la misma a sujetos como los alcaldes, los presidentes de las corporaciones provinciales o los diputados provinciales, pues se trataba de cargos públicos que no provenían directamente, sino de forma secundaria o terciaria, del derecho de sufragio⁶⁷⁸. Hoy en día, no cabe duda de que dichos sujetos gozan de la consideración de funcionarios públicos a efectos penales, siendo el título por medio del cual participan en el ejercicio de las funciones públicas, precisamente, el de la elección. Se trata de cargos electos de

⁶⁷⁵ MARTÍN LORENZO, M., “Concepto penal de funcionario...”, *cit.*, pág. 219.

⁶⁷⁶ VALEIJE ÁLVAREZ, I., “Reflexiones sobre los conceptos penales...”, *cit.*, pág. 453. Véase el estudio que la presente autora realiza en dicha página (concretamente, en la nota 34) con respecto a cómo la tradición jurisprudencial se ha apegado a una noción amplia del término “ley”.

⁶⁷⁷ *Ibidem*, pág. 456. Se muestra de acuerdo con esta tesis JAVATO MARTÍN, A., “Artículo 24...”, *cit.*, pág. 229.

⁶⁷⁸ OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito...cit.*, págs. 152-153.

representación política como consecuencia del ejercicio de la soberanía popular, o del derecho de sufragio activo y pasivo (alcaldes, concejales, diputados, senadores, etc.)⁶⁷⁹.

Por último, el tercer título habilitante en virtud del cual puede participarse en la función pública y ser considerado funcionario a efectos penales es el “nombramiento de autoridad competente”. Originariamente, la inserción de este título en la definición de “funcionario público” tuvo por objeto conferir esta cualidad, en sentido jurídico-penal, a los sujetos que eventualmente participaban en tareas públicas debido a la libre designación, o lo que es lo mismo, aquellos que actualmente se denominan “personal de confianza política” (personal eventual *ex arts. 8 y 12 EBEP*) y cuyo sueldo no deriva directamente del Presupuesto General del Estado⁶⁸⁰.

Cabe destacar que este título de incorporación a la función pública ha despertado la suspicacia de una parte de la doctrina. QUERALT JIMÉNEZ, sin ir más lejos, considera que es este título el que mayores problemas hermenéuticos suscita, por cuanto por su causa podrían entenderse como redundantes las anteriores formas de adquisición de la condición de funcionario público, dado que todos estos, a efectos del Código, son nombrados por la autoridad competente, sea esta judicial, electoral, administrativa o política⁶⁸¹. No obstante, en la actualidad, el “nombramiento” señalado por el art. 24.2 CP consiste en la designación hecha por una autoridad competente para adscribir un sujeto al concreto empleo público y para crear una relación jurídica válida. Por ello, se consideran funcionarios públicos en sentido penal, bajo dicho título, a los funcionarios de empleo, es decir, los interinos, los contratados administrativos y el personal laboral competente (*ex arts. 8, 10 y 11 EBEP*)⁶⁸².

2. El concepto de “autoridad” a efectos penales

Por el concepto penal de autoridad pública pasaremos mucho más brevemente, puesto que, en general, no suele haber diferencia en el tratamiento punitivo otorgado a los funcionarios y a las autoridades, hasta el punto de que la mayoría de los delitos ubicados en el Título XIX incluyen, en su círculo de sujetos activos, a ambas clases de servidores

⁶⁷⁹ VALEIJE ÁLVAREZ, I., “Reflexiones sobre los conceptos penales...”, *cit.*, pág. 458.

⁶⁸⁰ JAVATO MARTÍN, A.M., “El concepto de funcionario...”, *cit.*, pág. 166.

⁶⁸¹ QUERALT JIMÉNEZ, J.J., “Capítulo XVI. Delitos contra la Administración Pública...”, *cit.*, pág. 488.

⁶⁸² VALEIJE ÁLVAREZ, I., “Reflexiones sobre los conceptos penales...”, *cit.*, págs. 458-459.

públicos⁶⁸³. Este es el caso, precisamente, del tipo de omisión del deber de perseguir delitos, el cual se extiende a toda aquella autoridad o funcionario público que tenga, entre las competencias inherentes a su cargo, la de promover la persecución de los delitos y de sus responsables. En realidad, dado que, como hemos señalado, el concepto de autoridad presupone el de funcionario público (pues existe entre ambos una relación de especie y género), todos los tipos penales que nombran a ambos sujetos podrían limitarse a mencionar a los funcionarios públicos⁶⁸⁴.

En nuestro Código penal, el art. 24.1 CP señala que “se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Tendrán también la consideración de autoridad los funcionarios del ministerio fiscal y los fiscales de la Fiscalía Europea”.

La expresa mención de algunos cargos públicos por el art. 24.1 CP responde a la voluntad de otorgarles indubitadamente la condición de autoridad a efectos penales. Así sucede con los funcionarios del ministerio fiscal, pues de no haberlos nombrado en dicho precepto, carecerían de la condición de autoridad al actuar todos ellos por delegación, salvo los fiscales-jefes. A su vez, por medio de un razonamiento análogo, se explica la expresa referencia a los Diputados, Senadores, miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Así pues, el legislador ha entendido que, aun no siendo los Parlamentos o las Cámaras ni órgano colegiado ni tribunal, era preciso reconocerles la condición de autoridad a sus miembros, al ser evidente su coparticipación en el ejercicio de potestades soberanas⁶⁸⁵.

Fuera de estos cargos, indicados explícitamente por el Código, solo puede ser considerado “autoridad pública” a efectos penales aquel funcionario que, por sí solo o

⁶⁸³ ROCA AGAPITO, L., “Lección 2. Concepto de autoridad...”, *cit.*, pág. 79.

⁶⁸⁴ Como bien señala QUINTERO OLIVARES, G., “Comentario al art. 24 CP”, en *Comentarios al Código Penal Español, Tomo I (Artículos 1 a 233)*, con QUINTERO OLIVARES, G., MORALES PRATS, F., TAMARIT SUMALLA, J.M., *et al.*, Aranzadi, Navarra, 2016, pág. 331: “en verdad se hubiera podido simplificar en muchos tipos la descripción de los autores con una única mención a los funcionarios públicos. Pero lo cierto es que existen infracciones que distinguen entre Autoridades y funcionarios, sea para la conducta activa, sea como destinatarios de la ofensa, y eso sólo obliga a contar con estas explicaciones legales”.

⁶⁸⁵ *Ibidem*, pág. 332.

como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado, “tenga mando” o “ejerza jurisdicción propia”. Expresiones típicas ambas, que han sido objeto de profundos debates doctrinales acerca de su significado preciso, habida cuenta de que ninguna de las dos viene definida en nuestro texto punitivo. Como puede observarse, la partícula disyuntiva “o” conlleva que sea suficiente con que concurra uno de los dos elementos señalados (y no los dos de forma acumulativa), a cuya presencia deberán sumarse también los requeridos en el art. 24.2 CP (participación en funciones públicas y título habilitante), para que pueda afirmarse la condición de autoridad del sujeto⁶⁸⁶.

Por un lado, con respecto al requisito de tener “mando”, parece situarse hoy el núcleo de dicho elemento en la noción de “obediencia”⁶⁸⁷. Así, fueron REBOLLO VARGAS y QUERALT JIMÉNEZ quienes primero introdujeron dicha noción⁶⁸⁸ y, en el caso del segundo, quien además conceptualizó el mando como “potestad de reclamar obediencia”, siguiéndole después la mayoría de la doctrina⁶⁸⁹. Idea esta, la de la obediencia, muy importante, ya que la falta de acatamiento de las decisiones de un funcionario no engendra, al revés de lo que sucede con las de la autoridad, el delito de desobediencia⁶⁹⁰. Cuestión distinta, en la que no nos detendremos, es la del alcance o amplitud que debe reunir la capacidad de mando: interna, esto es, referente al poder autoritario del que ciertos funcionarios están revestidos cuando ocupan determinados escalones dentro de la

⁶⁸⁶ GARCÍA ARROYO, C., *El delito de cohecho subsiguiente...cit.*, pág. 107.

⁶⁸⁷ A su vez, la idea de “obediencia” fue traída a colación por QUERALT JIMÉNEZ, J.J., “Capítulo XVI. Delitos contra la Administración Pública...”, *cit.*, pág. 498, en su comentario a la tesis de DEL TORO MARZAL, A., “Comentario al art. 119...”, *cit.*, págs. 746-747, ya que este último situaba la esencia del concepto de “mando” en la noción de “coerción”. Frente a ello, esgrimió QUERALT JIMÉNEZ (*idem*) que “a la autoridad, por el hecho de serlo, le es implícita la potestad de ordenar, de mandar, pero ello no implica per se la existencia de la coerción, al menos en su sentido físico, que es propia a todo ordenamiento jurídico que se precie de serlo (...) La autoridad está dotada de mando, pero que este por sí mismo, en atención a consideraciones políticas, el principio de separación de poderes entre otras, no comporta la coerción física por el hecho mismo de la desobediencia. Si se trata, en cambio, de la coerción jurídica, ésta, como queda dicho, es propia del ordenamiento jurídico como tal (...) En consecuencia mando ha de entenderse como potestad de reclamar obediencia”.

⁶⁸⁸ REBOLLO VARGAS, R., *La revelación de secretos e informaciones por funcionario público*, CEDECS, Barcelona, 1996, pág. 103: “la coacción es una consecuencia que tiene su origen en el incumplimiento del mandato de la autoridad, es decir, en la desobediencia a la autoridad. Con lo cual, la coacción es un efecto fundamentado en la desobediencia, no una característica consustancial al concepto de autoridad”.

⁶⁸⁹ QUERALT JIMÉNEZ, J.J., “Capítulo XVI. Delitos contra la Administración Pública...”, *cit.*, pág. 495; OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito...cit.*, pág. 171; JAVATO MARTÍN, A.M., “El concepto de funcionario...”, *cit.*, pág. 168; NAVARRO CARDOSO, F., *El cohecho en consideración...cit.*, pág. 78; GARCÍA ARROYO, C., *El delito de cohecho subsiguiente...cit.*, págs. 107-108.

⁶⁹⁰ ROCA AGAPITO, L., “Lección 2. Concepto de autoridad...”, *cit.*, pág. 81.

pirámide jerárquica y con respecto a sus subordinados; o externa, es decir, con relación al resto de los ciudadanos⁶⁹¹.

Por otro lado, con respecto al concepto de “jurisdicción propia”, se suele definir doctrinalmente tal requisito como la potestad de resolver los asuntos sometidos a la consideración del funcionario público que impliquen la aplicación del derecho objetivo, de manera que tendrán jurisdicción no solamente los jueces, sino también los funcionarios públicos que posean competencia de resolver en asuntos administrativos⁶⁹². En síntesis, el término jurisdicción hace referencia tanto al llevar a la práctica las leyes desde el punto de vista ejecutivo, como al auténticamente jurisdiccional de declarar el Derecho en cualquiera de los órdenes jurisdiccionales, admitidos y regulados legalmente⁶⁹³. Por último, cabe destacar que ha sido también discutido si el empleo del término “propia” por el art. 24.1 CP, al requerir “jurisdicción”, impide considerar autoridad pública a efectos penales a aquel funcionario que ostente la jurisdicción de manera delegada, supuesto que solo resulta imaginable con respecto a asuntos administrativos (no así de la jurisdicción judicial, que siempre es propia e indelegable)⁶⁹⁴.

3. Los sujetos activos del art. 408 CP: ¿qué funcionarios públicos son competentes para promover la persecución de los delitos?

Una vez analizados los conceptos de funcionario y autoridad pública a efectos penales, es necesario delimitar cuáles de los sujetos que ostentan dicha condición se encuentran, a su vez, legitimados por nuestro ordenamiento jurídico para promover la persecución de los delitos y de sus responsables. Ello debido a que, como hemos señalado

⁶⁹¹ En este sentido, RODRÍGUEZ MESA, M.J., *Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos*, Comares, Granada, 2000, pág. 212: “tener mando equivale a poseer un *imperium erga subditos* o manifestación de un poder jurídicamente superior al de los conciudadanos, y al que estos deben obediencia. No se trata del mando interno, característico de las relaciones jerárquicas propias de la administración. De forma similar parece pronunciarse MUÑOZ CONDE, F., “Delitos contra la Administración Pública en el Nuevo Código Penal: especial consideración de la prevaricación y del concepto de funcionario a efectos penales”, en *Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal*, con MUÑOZ CONDE, F. (Coord.), Instituto Andaluz de Administración Pública, 1997, pág. 482, cuando define el mando como una “actividad autoritaria”; así como GARCÍA ARROYO, C., *El delito de cohecho subsiguiente...cit.*, pág. 108.

⁶⁹² OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito...cit.*, pág. 171. La doctrina es prácticamente unánime en este punto, entre otros: MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal Parte Especial...cit.*, pág. 970; ROCA AGAPITO, L., “Lección 2. Concepto de autoridad...”, *cit.*, pág. 82; DEL TORO MARZAL, A., “Comentario al art...”, *cit.*, pág. 743; REBOLLO VARGAS, R., *La revelación de secretos...cit.*, pág. 104; GARCÍA ARROYO, C., *El delito de cohecho subsiguiente...cit.*, pág. 109.

⁶⁹³ RODRÍGUEZ MESA, M.J., *Torturas y otros delitos contra la integridad...cit.*, pág. 212.

⁶⁹⁴ GARCÍA ARROYO, C., *El delito de cohecho subsiguiente...cit.*, págs. 110-111.

previamente, con la incorporación de la cláusula “faltando a la obligación de su cargo” en el art. 408 CP, se ha determinado que solamente es típica aquella omisión llevada a cabo por quienes tienen atribuido un específico deber de perseguir delitos. Así pues, aunque todo funcionario público puede verse potencialmente enterado de una *notitia criminis* en el ejercicio de su cargo, la responsabilidad penal derivada del art. 408 CP se reserva exclusivamente a aquellos funcionarios que incumplan la obligación, inherente a su cargo y exigida por este, de perseguir los delitos a los que dicha *notitia* se refiere⁶⁹⁵.

Queda aclarado, entonces, que no consideramos aquí que deba atribuirse al “deber de promover la persecución de delitos” ex art. 408 CP una extensión tal que termine por interpretar el precepto en el sentido de que cualquier funcionario puede ser castigado por reaccionar pasivamente ante los delitos de los cuales tenga noticia en el ejercicio de sus funciones. Por el contrario, parece evidente que ha de tratarse de sujetos que tienen realmente atribuidas, entre sus funciones, la de perseguir los delitos y a sus responsables, pues solo aquellos son titulares, no solo de un deber genérico de garantizar un funcionamiento idóneo de la Administración Pública (común a todos los servidores públicos), sino de un compromiso específico hacia el mencionado servicio público que impone su intervención personal en el mismo, lo que en ese momento convierte al funcionario público en garante de los bienes jurídicos protegidos⁶⁹⁶. Mientras que, para el resto de los funcionarios que carecen de la obligación de perseguir delitos resta, en su caso, la respuesta penal por otras vías y, más concretamente, la disciplinaria.

Teniendo en cuenta que el art. 408 CP no especifica cuáles son dichos funcionarios competentes para perseguir delitos (es decir, quiénes pueden ser sujetos activos de este tipo penal), estos habrán de ser delimitados individualmente, pues insistimos en que, para colmar los requisitos típicos de la presente figura delictiva no basta con que el sujeto ostente la mera condición de funcionario público, resultando esencial, por el contrario, averiguar quiénes son competentes, dentro del conjunto de funcionarios públicos —al menos en abstracto— para perseguir delitos. Por este motivo, algunos autores han catalogado al art. 408 CP, en lo que a la tarea de determinar su círculo de sujetos activos

⁶⁹⁵ De hecho, como explica CUGAT MAURI, M., *La desviación del interés general...cit.*, pág. 180: “la opción por la inclusión de todo tipo de funcionarios en el ámbito del sujeto activo del delito no es la tónica general del Título (XIX). En la mayoría de casos, el requisito de realizar el delito “en el ejercicio del cargo”, restringe el ámbito de funcionarios incluíbles en el tipo a aquellos con competencias para realizar un tipo de conductas concretas”.

⁶⁹⁶ REBOLLO VARGAS, R., “La omisión...”, *cit.*, págs. 23 y 31.

se refiere, como una suerte de norma penal en blanco⁶⁹⁷, habida cuenta de que aquel no es autosuficiente, ya que requiere del complemento de otra norma extrapenal que fije en qué hipótesis ha de promoverse la persecución de delitos⁶⁹⁸.

Pues bien, a los efectos de delimitar los sujetos activos del art. 408 CP, la norma extrapenal más relevante es la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Doctrina y jurisprudencia aducen unánimemente que la citada ley fija, en su art. 282 (así como en su art. 283, si bien, como se verá, esto último es mucho más discutible), el catálogo de sujetos principalmente obligados a perseguir los delitos, al referirse a los miembros de la policía judicial y a aquellos órganos de los que esta depende: el ministerio fiscal y el juzgado o tribunal competente en materia de instrucción. Sin embargo, también coinciden (esta vez, con la oposición de algún autor) en afirmar que los funcionarios encargados de promover la persecución de los delitos y de sus responsables no son exclusivamente los mencionados en dichos preceptos, sino asimismo aquellos otros que, por normas de carácter especial de las que son destinatarios, están específicamente obligados a velar por que no queden impunes determinados delitos⁶⁹⁹.

Por todo ello, se hace necesario llevar a cabo una labor hermenéutica de las distintas normas legales que, de acuerdo con la doctrina y jurisprudencia, operan como fuente de la señalada obligación de perseguir los delitos, a fin de poder pronunciarnos certeramente acerca de si, en verdad, los funcionarios derivados de las mismas pueden incurrir en el art. 408 CP⁷⁰⁰. No obstante, antes debemos advertir que, para afirmar la presencia de dicho deber especial, no basta con invocar como su fuente normativa la proclamación genérica realizada en el art. 262 LECrim⁷⁰¹, ya que este precepto se limita a establecer un

⁶⁹⁷ ESQUINAS VALVERDE, P., “Lección 29. Delitos contra la Administración...”, *cit.*, pág. 613.

⁶⁹⁸ GÓMEZ TOMILLO, M., “Capítulo II. Del abandono de destino...”, *cit.*, pág. 1551.

⁶⁹⁹ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Código Penal comentado...cit.*, pág. 1457.

⁷⁰⁰ Labor que, como bien explica REBOLLO VARGAS, R., “La omisión...”, *cit.*, pág. 22, no es necesaria únicamente para localizar las distintas normas extrapenales que, aparte de los arts. 282 y 283 LECrim, determinan los funcionarios obligados a promover la persecución delictiva, sino también para aclarar el sentido de aquellos preceptos, pues: “las previsiones de la propia LECrim son algo imprecisas y (...) permiten una interpretación laxa de la misma. Piénsese, por ejemplo, en la muestra de indeterminación que significa el inciso primero del artículo 283, en el que se regula la Policía Judicial y la referencia a: “las autoridades administrativas encargadas de la seguridad pública y de la persecución de todos los delitos o de algunos especiales”. Indeterminación que durante mucho tiempo ha propiciado, como veremos seguidamente, una interpretación extensiva del precepto”. Puede añadirse a estas acertadas reflexiones del citado autor, que la LECrim no es en absoluto una norma reciente, por lo que el contenido de tales preceptos está plagado de anacronismos, lo cual obliga aún más urgentemente a pronunciarnos sobre su sentido actual.

⁷⁰¹ Art. 262 LECrim: “Los que por razón de sus cargos, profesiones u oficios tuvieren noticia de algún delito público, estarán obligados a denunciarlo inmediatamente al Ministerio fiscal, al Tribunal competente, al

deber genérico de denuncia no dirigido exclusivamente a los funcionarios públicos, y el art. 408 CP requiere de un deber específico⁷⁰².

En el desarrollo de la tarea propuesta, comenzaremos analizando los distintos funcionarios que por doctrina y jurisprudencia han sido admitidos como posibles sujetos activos del tipo de omisión del deber de perseguir delitos, así como los supuestos en que tales funcionarios pueden incurrir en el mismo. Acto seguido, tras haber estudiado la extensión que suele dársele al círculo de sujetos activos del art. 408 CP, tomaremos posición acerca de si la misma tiene sentido o si, por el contrario, debe restringirse a los sujetos estrictamente encargados de perseguir delitos, esto es, a los mencionados en el art. 282 LECrim, y, en caso afirmativo, por qué.

3.1. Primer grupo de sujetos activos del art. 408 CP de acuerdo con doctrina y jurisprudencia: los funcionarios públicos del art. 282 LECrim (jueces de instrucción, fiscales y agentes de la policía judicial)

A) Jueces de instrucción

Aprécia TORRES FERNÁNDEZ que, como miembros del Poder Judicial y titulares en exclusiva de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos según el art. 117.3 CE, y en particular, en los del orden jurisdiccional penal —en cuanto encargados de dirigir la investigación y aplicar el Derecho penal—, los jueces y magistrados son personas susceptibles de engrosar el conjunto de sujetos activos de este delito y sus omisiones son especialmente trascendentes en orden a la lesión del bien jurídico protegido en el art. 408 CP⁷⁰³. Pues bien, debemos matizar ciertos aspectos de la conclusión a la que llega la citada penalista, ya que, a nuestro parecer, no todos los jueces y magistrados (ni siquiera los del orden jurisdiccional penal) puedan perpetrar la conducta tipificada en este tipo penal.

Para empezar, centrándonos solo en los pertenecientes al orden jurisdiccional penal, no todos los juzgados se encargan de dirigir la investigación de los presuntos delitos, sino

Juez de instrucción y, en su defecto, al municipal o al funcionario de policía más próximo al sitio si se tratare de un delito flagrante. Los que no cumplieren esta obligación incurrirán en la multa señalada en el artículo 259, que se impondrá disciplinariamente. Si la omisión en dar parte fuere de un Profesor en Medicina, Cirugía o Farmacia y tuviese relación con el ejercicio de sus actividades profesionales, la multa no podrá ser inferior a 125 pesetas ni superior a 250. Si el que hubiese incurrido en la omisión fuere empleado público, se pondrá además en conocimiento de su superior inmediato para los efectos a que hubiere lugar en el orden administrativo”.

⁷⁰² GÓMEZ TOMILLO, M., “Capítulo II. Del abandono de destino...”, *cit.*, pág. 1551. En contra de esta conclusión se pronuncia HEDO IDOPE, J.L., “Los delitos de abandono...”, *cit.*, pág. 380.

⁷⁰³ TORRES FERNÁNDEZ, M.E., “La omisión de perseguir delitos...”, *cit.*, pág. 1775.

solamente aquellos que se encargan de la instrucción de los procesos. Los juzgados que verdaderamente ostentan competencia funcional para llevar a cabo la investigación de los delitos y que pueden, por ende, incurrir en el art. 408 CP, son: los Juzgados de Instrucción⁷⁰⁴, los Juzgados de Violencia sobre la Mujer⁷⁰⁵ y los Juzgados Centrales de Instrucción⁷⁰⁶. Así se dispone en el art. 14.2 LECrim en virtud del cual se atribuye la competencia para la instrucción de las causas criminales a los tres juzgados enumerados.

En sus respectivos ámbitos materiales, estos tres juzgados podrán: de oficio iniciar el procedimiento preliminar (sumario o diligencias previas) para investigar el delito correspondiente⁷⁰⁷; recibir y tramitar las denuncias interpuestas ante los mismos, los atestados policiales y las querellas a fin de iniciar el procedimiento a instancia de parte; practicar las primeras diligencias del sumario, especialmente las más urgentes, y las restantes que se estimen pertinentes a partir de ese momento⁷⁰⁸; siendo, además, los jueces

⁷⁰⁴ Art. 87.1 a) LOPJ: “Los Juzgados de Instrucción conocerán, en el orden penal: a) De la instrucción de las causas por delito cuyo enjuiciamiento corresponda a las Audiencias Provinciales y a los Juzgados de lo Penal, excepto de aquellas causas que sean competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer”.

⁷⁰⁵ Art. 87 ter.1 a) y b) LOPJ y art. 14.5 LECrim: “Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer conocerán, en el orden penal, de conformidad en todo caso con los procedimientos y recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de los siguientes supuestos: a) De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por los delitos recogidos en los títulos del Código Penal relativos al homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad sexual, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales, contra la intimidad y el derecho a la propia imagen, contra el honor o cualquier otro delito cometido con violencia e intimidación, siempre que se hubiesen cometido contra quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aún sin convivencia, así como de los cometidos sobre los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o personas con la capacidad modificada judicialmente que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género; b) De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por cualquier delito contra los derechos y deberes familiares, cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra anterior”. Debe tenerse en cuenta, asimismo, el art. 17 bis LECrim: “La competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer se extenderá a la instrucción y conocimiento de los delitos y faltas conexas siempre que la conexión tenga su origen en alguno de los supuestos previstos en los números 3º y 4º del artículo 17 de la presente Ley”.

⁷⁰⁶ Art. 88 LOPJ: “En la villa de Madrid podrá haber uno o más Juzgados Centrales de Instrucción, con jurisdicción en toda España, que instruirán las causas cuyo enjuiciamiento corresponda a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional o, en su caso, a los Juzgados Centrales de lo Penal y tramitarán los expedientes de ejecución de las órdenes europeas de detención y entrega, los procedimientos de extradición pasiva, los relativos a la emisión y la ejecución de otros instrumentos de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea que les atribuya la ley, así como las solicitudes de información entre los servicios de seguridad de los Estados miembros de la Unión Europea cuando requieran autorización judicial, en los términos previstos en la ley”. En el mismo sentido se pronuncian los arts. 65 LOPJ y 14.2 LECrim.

⁷⁰⁷ Tal posibilidad se desprende del art. 303 LECrim: “La formación del sumario, ya empiece de oficio, ya a instancia de parte, corresponderá a los Jueces de instrucción por los delitos que se cometan dentro de su partido o demarcación respectiva y, en su defecto, a los demás de la misma ciudad o población, cuando en ella hubiere más de uno, y a prevención con ellos o por su delegación, a los Jueces municipales”.

⁷⁰⁸ Art. 311 LECrim: “El Juez que instruya el sumario practicará las diligencias que le propusieran el Ministerio Fiscal o cualquiera de las partes personadas si no las considera inútiles o perjudiciales”. E igualmente, art. 312 LECrim: “Cuando se presentare querella, el Juez de instrucción, después de admitirla

de instrucción los únicos que pueden autorizar la práctica de aquellas diligencias que afecten a derechos fundamentales. En resumen, como bien apunta MUÑOZ CUESTA: “los sujetos de la conducta delictiva son los Jueces y Magistrados, no todos, sólo los que están desempeñando sus funciones dentro del ámbito o jurisdicción penal con competencias para persecución de ilícitos penales, como son por ejemplo los Jueces de instrucción”⁷⁰⁹.

El segundo matiz que cabe introducir a la reflexión hecha por TORRES FERNÁNDEZ se relaciona con la necesidad de que el juzgado de instrucción sea competente a nivel territorial para emprender la investigación del delito correspondiente. Dicha competencia se rige por las reglas establecidas en los arts. 14, 15 y 15 bis LECrim, a las cuales nos remitimos en este punto.

Por último, el tercer matiz que puede hacerse es el de que no todos los supuestos de omisión dolosa de las actuaciones judiciales antes descritas (iniciar de oficio el procedimiento, tramitar las denuncias, atestados y querellas recibidas, así como practicar las diligencias de investigación de oficio o a instancia de parte) deben llevarnos necesariamente a castigar por el art. 408 CP a los jueces encargados de la instrucción de una causa. Pues, como se verá seguidamente, son varios los factores que dificultan apreciar responsabilidad penal de un juez por omisión del deber de perseguir delitos. De hecho, pese a que tradicionalmente se ha afirmado a nivel doctrinal que los jueces de instrucción son, junto con los agentes policiales y los fiscales, los sujetos activos por excelencia del art. 408 CP, son escasas las hipótesis en las cuales pueda aseverarse la responsabilidad penal de un juez de instrucción por un delito de omisión del deber de perseguir delitos. Tal es así que, hasta donde nos alcanza, no hemos hallado ninguna sentencia que, bajo la vigencia del actual Código penal, haya condenado a jueces de instrucción por el tipo penal que nos ocupa.

Pues bien, con respecto a los factores que dificultan la aplicación del art. 408 CP a los jueces de instrucción, nos parece esencial tener en cuenta tres, a los que seguidamente nos referimos:

si fuere procedente, mandará practicar las diligencias que en ella se propusieren, salvo las que considere contrarias a las leyes o innecesarias o perjudiciales para el objeto de la querella, las cuales denegará en resolución motivada”. También, art. 315 LECrim, que establece la posibilidad de acordar diligencias de investigación de oficio: “El Juez hará constar cuantas diligencias se practicaren a instancia de parte. De las ordenadas de oficio solamente constarán en el sumario aquellas cuyo resultado fuere conducente al objeto del mismo”.

⁷⁰⁹ MUÑOZ CUESTA, F.J., “Omisión del deber de perseguir...”, *cit.*, pág. 2.

Primero, debemos partir de que, como regla general, los juzgados hacen avanzar la investigación de los delitos a través de la emisión de sucesivas resoluciones judiciales motivadas. A partir de aquí, si, en efecto, el juez dicta una resolución (de archivo o de inadmisión de una querella, por ejemplo) es clara la naturaleza activa de su comportamiento. Sobre todo, si se tiene en cuenta que a la emisión de dicha resolución normalmente le precede la práctica de ciertas diligencias urgentes de oficio. Es decir, que, en el escenario planteado, sí se ha producido cierta persecución, aunque parcial e insuficiente, de los hechos delictivos. Y, si bien en la presente tesis doctoral nos hemos mostrado favorables a entender al verbo típico del art. 408 CP como comisivo-omisivo, abonando la interpretación de que en él caben modalidades de comisión activas, siempre y cuando supongan (como en el caso descrito) la no persecución de los delitos, no podemos dejar de recordar que nuestra jurisprudencia no acepta de manera uniforme esta misma conclusión (ni tampoco la doctrina)⁷¹⁰.

Segundo, incluso asumiendo el carácter comisivo-omisivo del art. 408 CP, lo cierto es que, una vez dictada la resolución judicial ilícita, las partes interesadas en combatirla tienen a su disposición mecanismos legales para hacerlo, destacando principalmente el de la interposición de recursos contra la misma. Verbigracia, es evidente que, si un juez de instrucción deniega la práctica de diligencias de investigación pedidas por las partes, por mucho que lo haga con voluntad de que no prospere la instrucción de la causa correspondiente, estas pueden enfrentar tal bloqueo a través de la interposición de un recurso de apelación (art. 311, párrafo segundo, LECrim), o, simplemente, volviendo a solicitar la práctica de aquellas diligencias no autorizadas en el juicio oral, ante un juez o magistrado diferente (art. 314 LECrim). Siendo así, no parece que, en el escenario descrito, el juez de instrucción esté consiguiendo siquiera poner en peligro idóneamente el bien jurídico protegido en el art. 408 CP, ni, por supuesto, mucho menos, contribuir a su lesión⁷¹¹.

⁷¹⁰ A modo de ejemplo, recuérdese que la Audiencia Provincial de Burgos en su Auto 208/2021, de 17 de marzo, en relación con la imputación a un agente policial de un delito de omisión del deber de perseguir delitos *ex* art. 408 CP, termina pronunciándose denegando tal imputación, por considerar que por mucho que la parte apelante no estuviera de acuerdo con las diligencias practicadas por el agente ni con el trato dispensado por el mismo a aquel, “no podemos decir que por el agente no se practicasen diligencias tendentes a la investigación de los hechos denunciados”. La práctica de ciertas diligencias excluye, a consideración de la Audiencia, que nos hallemos ante una verdadera omisión del deber de promover la persecución de delitos.

⁷¹¹ Quedaría todavía disponible la posibilidad de castigar al juez por un delito de prevaricación judicial *ex* art. 446.3 CP.

Por motivos similares, también encuentran difícil encaje en el art. 408 CP los casos en los que un juez de instrucción recibe una denuncia y la inadmite por su especial interés en que no se persigan los hechos, cosa que hará a través de un auto motivado en el que expresará por qué la conducta denunciada carece de carácter delictivo (art. 269 y 313 LECrim). E igualmente, con respecto a la querella, el art. 313 LECrim prevé la posibilidad de interponer un recurso de apelación contra el auto de inadmisión de la misma, por lo que, de nuevo, las partes interesadas tienen mecanismos legales para combatir la resolución que les impide hacer prosperar su causa a nivel judicial⁷¹².

Tercero, aun considerando que la existencia de múltiples mecanismos de reacción procesales contra las resoluciones judiciales injustas no impide apreciar responsabilidad penal del juez instructor por el art. 408 CP, continúa existiendo el obstáculo probatorio de acreditar la tipicidad subjetiva requerida por tal precepto y que exige que la conducta de dicho funcionario sea dolosa (y, además, según buena parte de la doctrina y jurisprudencia, que se cometa por medio de dolo directo, no siendo suficiente el eventual). Especialmente, teniendo en cuenta que el ejercicio de las distintas funciones jurisdiccionales (incluso en fase de instrucción) exige un importante juicio de discrecionalidad, el cual, aún sometido al respeto de la legalidad, concede un importante margen a la valoración que los Juzgados de Instrucción hagan de las circunstancias específicas del caso concreto⁷¹³. Teniendo todo esto en consideración, será verdaderamente complicado, por ejemplo, probar que un juez que ha denegado la práctica de ciertas diligencias de investigación ha obrado intentando conculcar la legalidad, por

⁷¹² En relación con la querella, cabe destacar que, en muchas ocasiones en la práctica judicial, el proceso habrá sido iniciado ya por medio de denuncia, atestado policial o incluso de oficio, y la querella (es decir, el ejercicio de la acción penal) puede producirse posteriormente hasta el trámite de calificación del delito, o incluso con posterioridad a dicho trámite de calificación, adhiriéndose al escrito del Fiscal (art. 109 bis LECrim). En caso de acusación popular se limita el momento de ejercicio de la acción penal al trámite de calificación sin poder adherirse después (ATS de 16 noviembre de 2018). Por su parte, las víctimas de delitos de violencia de género pueden personarse "como acusación particular" en cualquier fase del procedimiento (así se dispone en el art. 20.7 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género).

⁷¹³ Debe tenerse en cuenta que, en los supuestos descritos, sería difícil de argumentar incluso la concurrencia de un delito de prevaricación judicial, puesto que el Tribunal Supremo ha reiterado en varias ocasiones que "es evidente que los jueces son responsables. Cuando actúan deliberadamente en contra de las leyes y la justicia se les ha de exigir responsabilidad. Pero es una temeridad con efectos perversos generar y alimentar la sospecha de que se está prevaricando cada vez que se produce una resolución discrepante con las tesis de una parte, y además razonada en derecho y acudiendo a criterios fundados, aunque puedan no compartirse" (ATS de 21 de julio de 2021).

cuanto acordar diligencias es una actividad sometida a un juicio muy abierto sobre su pertinencia, utilidad y relevancia⁷¹⁴.

Con todo, y pese a las anteriores consideraciones, sí que nos es posible visualizar algunos escenarios hipotéticos en los que cabe plantearse que un juez instructor incurra en el comportamiento descrito por el art. 408 CP. Ahora bien, incluso en estos, es posible comprobar la dificultad de superar los factores recién señalados, que perfectamente pueden esgrimirse como argumentos (razonables) para rechazar la condena a un juez de instrucción por el tipo penal que nos ocupa, así como otros obstáculos específicos:

- La primera hipótesis en la que resulta posible avalar la condena por el art. 408 CP a un juez de instrucción se refiere a casos especialmente flagrantes en los que el auto de inadmisión dictado por este incurre en un falseamiento de los hechos⁷¹⁵, pues, ciertamente, cabría articular su responsabilidad penal a través de un concurso entre los delitos de prevaricación judicial⁷¹⁶ y de omisión del deber de perseguir delitos, cuando aquel falseamiento hubiera sido el medio para conseguir el

⁷¹⁴ Lo mismo sucede en relación con la admisión y práctica de diligencias restrictivas de derechos fundamentales, cuya particularidad reside en que siempre debe ser el juez de instrucción quien las autorice. Ello incluso cuando el proceso se sustancie por la responsabilidad penal de menores y sea un fiscal quien instruya la causa, de acuerdo con el art. 23.3 LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores: “El Ministerio Fiscal no podrá practicar por sí mismo diligencias restrictivas de derechos fundamentales, sino que habrá de solicitar del Juzgado la práctica de las que sean precisas para el buen fin de las investigaciones. El Juez de Menores resolverá sobre esta petición por auto motivado. La práctica de tales diligencias se documentará en pieza separada”.

⁷¹⁵ Más dudoso resulta el escenario en el que el auto de inadmisión dictado fuera absolutamente parco e insuficiente, carente, en suma, de una verdadera motivación. Con respecto a esta posibilidad, ha indicado el Tribunal Constitucional que: “la evaluación de la efectividad y suficiencia de la tutela judicial dispensada coincidirá con la suficiencia de la indagación judicial. Debiendo insistirse en que la suficiencia de la investigación judicial no puede ser resuelta solo con criterios abstractos, sino en función tanto de los datos que se aportaron inicialmente a la instrucción y de los después conocidos, que aportaban o eliminaban argumentos para continuarla o para darla por terminada, como de la gravedad de los hechos investigados y de la dificultad propia de la investigación, que pueden exigir nuevas y más incisivas diligencias que en otro tipo de causas serían innecesarias” (STC 34/2008, de 25 de febrero y STC 106/2011, de 20 de junio). No obstante, la dificultad de aplicar el art. 408 CP a estos casos viene dada por la complejidad de probar el carácter doloso (y no meramente imprudente) de la conducta del juez que hubiera dictado el auto.

⁷¹⁶ Art. 446.3º CP: “El juez o magistrado que, a sabiendas, dictare sentencia o resolución injusta será castigado: Con la pena de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de diez a veinte años, cuando dictara alguna otra sentencia o resolución injustas”. Comparten otra opinión CALDERÓN, A., CHOCLÁN, J.A., *Código Penal comentado*, Deusto Jurídico, Barcelona, 2004, pág. 904, pues estiman que debe excluirse a jueces y magistrados del círculo de sujetos activos del art. 408 CP debido a que el comportamiento de omitir el deber de perseguir delitos constituiría, en realidad, delito de prevaricación judicial. No obstante, creemos que tal conclusión parte de seguir concibiendo al tipo de omisión del deber de perseguir delitos, esencialmente, como una modalidad específica de prevaricación administrativa, tal y como ha sido hasta el año 1995.

objetivo inherente a este último tipo penal. Este mismo supuesto es imaginable cuando el juez de instrucción sobresee la causa precipitadamente y con fines espurios, quedando plasmado en el auto de archivo correspondiente. No obstante, en ambos casos, se plantea un relevante problema concursal con el delito de negativa a juzgar *ex art. 448 CP*⁷¹⁷. A este respecto, es menester traer a colación el comentario efectuado por RAMOS TAPIA, quien, acerca del concurso entre este ilícito y el art. 408 CP señala que este último será de aplicación preferente cuando el juez se abstenga de dar curso a una denuncia ya que “aquí no hay propiamente una negativa a admitir el ejercicio de una acción penal, pues la naturaleza de la denuncia no es, a diferencia de la querella, ejercicio de acción penal alguna, sino sólo la de una declaración de conocimiento por la que se transmite la noticia de un hecho delictivo”⁷¹⁸. De este razonamiento puede extraerse la razonable conclusión, *a sensu contrario*, de que cuando lo que hace un juez de instrucción es combatir, mediante resoluciones, el regular avance de una acción penal, debe prevalecer el art. 448 CP frente al art. 408 CP.

- Una segunda hipótesis que puede derivar en la imputación del art. 408 CP a un juez de instrucción se corresponde con la posibilidad de que este reciba de un particular, del ministerio fiscal, de la policía judicial (a través de atestado policial) o de un miembro de su Oficina Judicial la *notitia criminis*, bajo indicación por parte de aquellos del carácter aparentemente delictivo de los hechos denunciados, y este no haga absolutamente nada, sino que reaccione con una pasividad e indiferencia totales (es decir, deje “aparcado en un cajón” el asunto). De igual modo, podría suceder que un juez de instrucción se dé cuenta de que no es competente territorialmente para investigar un presunto delito, y que ni practique las diligencias urgentes ni dicte inhibitoria en favor del verdaderamente competente. En ambos casos, el inmovilismo del juez lleva a que ni siquiera pueda abrirse o comenzarse el procedimiento (lo que tampoco permite al abogado de la

⁷¹⁷ Art. 448 CP: “El Juez o Magistrado que se negase a juzgar, sin alegar causa legal, o so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la Ley, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a cuatro años”.

⁷¹⁸ RAMOS TAPIA, I., *El delito de prevaricación...cit.*, págs. 472-473.

parte denunciante a dirigir un escrito de impulso procesal al juzgado). Sin embargo, es evidente que resultará ardua, una vez más, la tarea de probar que, en el ejemplo recién señalado, la omisión del juez instructor es dolosa, pues perfectamente podría tratarse únicamente de un mero retraso o descuido de aquel, relacionado con el exceso de trabajo de su oficina judicial⁷¹⁹. Asimismo, un importante obstáculo a la aplicación del art. 408 CP lo constituye, en nuestra opinión, la existencia del delito de retardo malicioso *ex art. 449 CP*⁷²⁰. Castigado con una pena superior a la del tipo que nos ocupa (de inhabilitación especial de seis meses a cuatro años), el retardo malicioso incorpora, en su tipicidad, el requisito de que el funcionario hubiera perseguido cualquier finalidad ilegítima (que, evidentemente, puede consistir en que el delito denunciado deje de ser perseguido). Todo lo cual podría llevar a sostener que el art. 449 CP mantiene una relación de especialidad con respecto al art. 408 CP, lo que lo convierte en preferente frente a este último en un escenario hipotético como el descrito.

- Una tercera hipótesis de responsabilidad del juez por el tipo de omisión del deber de perseguir delitos se refiere a aquellos casos en los que un juez de instrucción toma conocimiento por sí mismo de la *notitia criminis* y no hace nada por tratar de averiguar los hechos y de discernir su potencial carácter delictivo. Ciertamente, sin embargo, se trata de un escenario anecdótico, pues, aunque la posibilidad de que los jueces de instrucción

⁷¹⁹ De hecho, la STC 36/1984, de 14 de marzo, aclara que la sobrecarga de trabajo sirve para exculpar a los jueces de toda responsabilidad personal, tanto penal como disciplinaria, si bien no priva a los ciudadanos del derecho a reaccionar frente a tales retrasos, ni permite considerarlos inexistentes, o dicho con mayor exactitud, autoriza a considerar que la dilación no es indebida, sin prueba alguna de que se haya intentado agotar todos los medios que las circunstancias permiten para evitarlas

⁷²⁰ Art. 449 CP: “1. En la misma pena señalada en el artículo anterior incurrirá el Juez, Magistrado o Secretario Judicial culpable de retardo malicioso en la Administración de Justicia. Se entenderá por malicioso el retardo provocado para conseguir cualquier finalidad ilegítima. 2. Cuando el retardo sea imputable a funcionario distinto de los mencionados en el apartado anterior, se le impondrá la pena indicada, en su mitad inferior”. Acerca del delito de retardo malicioso, véanse: QUINTERO OLIVARES, G., “Título XX. Delitos contra la Administración de Justicia”, en *Comentarios al Código Penal, Tomo III. Parte Especial (Artículo 319 a DF 7º)*, con QUINTERO OLIVARES, G., MORALES PRATS, F., TAMARIT SUMALLA, J.M., *et al.*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2008, págs. 745-748; RAMOS TAPIA, I., *El delito de prevaricación...cit.*, págs. 474-477; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., “Negativa a juzgar: retardo malicioso”, en *Tratado de Derecho Penal español. Parte Especial, III: Delitos contra las Administraciones Públicas y de Justicia*, con ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 847-870; PEREA GONZÁLEZ, A., “La pasividad culpable: el delito de retardo malicioso”, en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 31, 2019.

inicien de oficio el procedimiento preliminar viene reconocida en el art. 303 LECrim., no es más, como explica CORTÉS DOMÍNGUEZ, que una brevísima matización del principio acusatorio, puesto que, de lo contrario, “repugnaría a la defensa de los intereses públicos, que protege precisamente el Derecho Penal, que no se pudiera “procesalizar” la situación por el hecho de que nadie de los posibles legitimados acuse formalmente, siendo desconocedores de los hechos”⁷²¹. Es por este motivo que, desde el momento en que un juez de instrucción tiene noticia de la perpetración de un delito, el art. 308 LECrim le impone al mismo ponerlo en conocimiento del Fiscal competente, a través del Letrado al Servicio de la Administración de Justicia⁷²². En fin, del conjunto de preceptos citados se deduce que sí es posible articular a través del art. 408 CP la responsabilidad penal de aquellos jueces que, enterados de una *notitia*

⁷²¹ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., “Lección 12. Modos de iniciación del proceso penal”, en *Derecho Procesal Penal*, con MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2024, pág. 209. No obstante, cabe mencionar la aclaración efectuada a este respecto por CALAZA LÓPEZ, S., “Lección 12. El inicio del proceso penal: Actos de iniciación, de imputación y de defensa”, en *Derecho Procesal Penal*, con GIMENO SENDRA, V., DÍAZ MARTÍNEZ, M., CALAZA LÓPEZ, S., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pág. 211: “las formas de obtención de este conocimiento del Juez, por sí mismo, y no a través de terceros, de la actuación delictiva, son remotas: así, el Juez podría encontrarse presente en el exacto momento de la comisión de esta actuación e, incluso, sorprender, *in fraganti*, a su presunto autor; asimismo, el Juez podría tener puntual conocimiento de una actuación delictiva porque así se le hiciese saber, por parte de la comunidad social, a través de variados rumores, creencias o suposiciones, comunicaciones, todas ellas espontáneas —y no formalizadas a través de la oportuna denuncia o querrela—; finalmente, el Juez puede entrar en contacto con el hecho delictivo, de manera personal, directa e inmediata —sin necesidad una luminosa información de parte— cuando sea de una gran evidencia, notoriedad y publicidad: esto acontece, a modo de ejemplo, con los graves delitos públicos, como por ejemplo los atentados, de los que se toma conocimiento por medios de comunicación masiva: prensa, radio, televisión y redes sociales. Pero como puede comprenderse, ninguna de estas modalidades pueden equipararse con las habituales o típicas formas de iniciación del proceso penal, por cuánto, todas ellas, presentan dificultades severas: En los tres supuestos, la casual circunstancia de que el Juez tome conocimiento directo del hecho delictivo, por sí mismo, y no mediado por actuación formal de parte alguna, no exime ni convalida la imprescindible atribución, de ese concreto hecho delictivo, al que goce de Jurisdicción y competencia para iniciar el procedimiento; de suerte que, aquél Juez —conocedor del delito por sí mismo— muy probablemente habrá de afrontar, en su caso, unas primeras diligencias urgentes —de cuyo estudio nos ocuparemos en la siguiente Lección— antes de derivar el asunto al Juez investido de aquellos elementales presupuestos procesales. Asimismo, la espontánea traslación, al Juez, de rumores, creencias o suposiciones, sobre la presunta comisión de un hecho delictivo, por parte de personas de su entorno más cercano, se asemeja mucho a una informal «denuncia anónima», cuya admisión resulta altamente cuestionable; razón por la que, sin negar categóricamente, en tales casos, la actuación judicial *ex officio*, ha de advertirse que dicha facultad ha de ser considerada excepcional y, desde luego provisional, quedando a expensas, como es lógico, de una acusación pública, popular o particular —recuérdese: *nemo iudex sine accusatore*—”.

⁷²² Por dicho motivo, como indica CALAZA LÓPEZ, S., “Lección 12. El inicio del proceso...”, *cit.*, pág. 212, la denominada “iniciación de oficio” no pasa de ser, en realidad, una mera posibilidad de afrontar la práctica de las primeras diligencias urgentes, acompasadas, en el tiempo, a la inmediata comunicación de dicha actuación delictiva al Ministerio Fiscal para dar cuenta de aquella actuación ilícita y que este acusador público asuma el inmediato sostenimiento de la pretensión punitiva, sin perjuicio del ulterior ofrecimiento de acciones que quepa, en su caso, efectuar.

criminis, no hacen absolutamente nada por perseguirla: ni ordenar la práctica de diligencias urgentes; ni incoar el procedimiento preliminar; ni notificar al fiscal competente la misma.

Para acabar, queda pendiente examinar si pueden incurrir en el art. 408 CP aquellas autoridades judiciales que pertenecen a órdenes jurisdiccionales distintos del penal (por ejemplo, el civil o el contencioso administrativo), pero que, en el curso de sus respectivas funciones y al hilo de las causas que estuvieran conociendo, detectasen indicios delictivos. Piénsese, por ejemplo, en que, en el transcurso de la celebración de un proceso civil por divorcio, apreciase el juez que hay indicios de violencia doméstica, de género o vicaria, y no cumplierse con las normas que regulan las situaciones de prejudicialidad penal (arts. 10.2 LOPJ y 40 LEC), es decir, no alertase inmediatamente del posible carácter delictivo de los hechos al ministerio fiscal⁷²³. ¿Encajaría esta omisión en el ámbito típico del art. 408 CP? Pues bien, trataremos de responder a este interrogante más adelante, cuando nos pronunciemos acerca de la extensión con la que debe interpretarse el círculo de sujetos activos del tipo penal que nos ocupa.

B) Miembros del ministerio fiscal

El art. 124 de la Constitución otorga al ministerio fiscal la misión de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados⁷²⁴. Esta tarea de interés general, relativa al ejercicio de la acción de la justicia, nos interesa especialmente a los efectos de pronunciarnos sobre el art. 408 CP, así como en relación con el papel que en su comisión pueden jugar los miembros del ministerio fiscal⁷²⁵.

⁷²³ El mismo escenario podría plantearse, por ejemplo, en el orden jurisdiccional contencioso administrativo (arts. 3 y 4 *ex* Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa).

⁷²⁴ Art. 124.1 CE: “El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social”. Igualmente, así se dispone en el art. 1 EOMF (Ley 50/1981, de 30 de diciembre).

⁷²⁵ Tarea de interés general que, a su vez, es objeto de desarrollo legal en el EOMF. En efecto, la LOPJ se refiere muy escuetamente a la regulación del Ministerio Fiscal y de su papel en la función de perseguir los delitos, y solo lo hace, en su art. 541, para remitir dicha regulación al EOMF. En el art. 3 del citado Estatuto, concretamente en sus apartados 4º y 5º, se encomienda al Ministerio Fiscal “ejercitar las acciones penales y civiles dimanantes de delitos u oponerse a las ejercitadas por otros” e “intervenir en el proceso penal, instando de la autoridad judicial (...) la práctica de las diligencias encaminadas al esclarecimiento de los hechos o instruyendo directamente el procedimiento en el ámbito de lo dispuesto en la Ley Orgánica

La atribución constitucional al ministerio fiscal del deber de ejercitar la acción penal, lleva a REBOLLO VARGAS a referirse a este como “el órgano que tiene atribuido en primera instancia el deber de promover la acción penal”⁷²⁶. Y, en efecto, lo es, pues se trata del único órgano público con legitimación para ejercitar la acción penal, no pudiendo recaer esta jamás, en virtud del principio acusatorio, en manos del juez de instrucción⁷²⁷. Sin embargo, como ha podido verse en el Capítulo anterior, la conducta consistente en “promover la persecución de los delitos de los que se tenga noticia o de sus responsables” no se agota en la mera promoción de la acción penal por los funcionarios del ministerio fiscal, puesto que, si así fuera, estos serían los únicos sujetos activos que podrían incurrir en el tipo penal del art. 408 CP⁷²⁸. Interpretación que contrastaría, asimismo, con la realidad judicial, tras cuyo examen destaca la escasez (por no decir nulidad) de sentencias condenatorias a miembros del ministerio fiscal por el art. 408 CP.

Los funcionarios del ministerio fiscal son, entonces, solamente uno de los posibles sujetos activos que pueden incurrir en el art. 408 CP. Pudiendo hacerlo, además, de distintas formas, y no solo por medio de la falta de ejercicio dolosa de la acción penal, habida cuenta de que, en el art. 3 EOMF (concretamente en sus apartados 4º y 5º), se confiere a aquellos varias labores públicas que inciden directamente en la correcta persecución de los delitos. Así pues, además de estar obligados a “ejercitar las acciones penales y civiles dimanantes de delitos u oponerse a las ejercitadas por otros”, deben igualmente “intervenir en el proceso penal, instando de la autoridad judicial (...) la práctica de las diligencias encaminadas al esclarecimiento de los hechos o instruyendo directamente el procedimiento en el ámbito de lo dispuesto en la Ley Orgánica reguladora

reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, pudiendo ordenar a la Policía Judicial aquellas diligencias que estime oportunas”.

⁷²⁶ REBOLLO VARGAS, R., “La omisión...”, *cit.*, pág. 26.

⁷²⁷ Art. 102.3º LECrim: “Sin embargo de lo dispuesto en el artículo anterior, no podrán ejercitar la acción penal el Juez o Magistrado. Los comprendidos en los números anteriores podrán, sin embargo, ejercitar la acción penal por delito o falta cometidos contra su persona o bienes o contra las personas o bienes de sus cónyuges, ascendientes, descendientes, hermanos consanguíneos o uterinos y afines. Los comprendidos en los números 2º y 3º podrán ejercitar también la acción penal por el delito o falta cometidos contra las personas o bienes de los que estuviesen bajo su guarda legal”.

⁷²⁸ Es decir, a *sensu contrario*, si se identificase íntegramente el deber público de promover la persecución de los delitos con el de ejercitar la acción penal, está claro que el único funcionario que podría incurrir en el tipo penal del art. 408 CP sería el perteneciente al ministerio fiscal. No obstante, es evidente que no es esta la interpretación que se ha hecho del precepto a lo largo de su vigencia, ni por la doctrina ni a nivel jurisprudencial.

de la Responsabilidad Penal de los Menores, pudiendo ordenar a la Policía Judicial aquellas diligencias que estime oportunas”.

Ahora bien, de manera similar a como se acaba de explicar en relación con los jueces de instrucción, cabe puntualizar que el solo hecho de darse las conductas que iremos enumerando no tiene por qué conllevar la presencia del tipo recogido en el art. 408 CP, pues todavía hará falta acreditar la tipicidad subjetiva requerida por el mismo. Esta constituirá un aspecto clave a la hora de diferenciar entre: aquellas omisiones realizadas legítimamente en el margen de discrecionalidad técnica que el ejercicio de la profesión fiscal admite⁷²⁹; aquellas otras que, pese a su carácter *contra legem*, quedarán extramuros del art. 408 CP por haberse cometido imprudentemente; así como, por último, las omisiones dolosas que sí deberán recibir castigo por medio de dicho tipo penal. A modo de ejemplo, es evidente que cualquier fiscal puede omitir la petición o práctica de una diligencia de investigación porque estima que su realización no resulta útil, necesaria ni pertinente para esclarecer los hechos acaecidos, pudiendo deberse tal omisión a un olvido o simplemente ser el fruto de una deliberación profesional con la que otro miembro del mismo ministerio fiscal podría estar o no de acuerdo⁷³⁰.

Sentada esta advertencia, plantearemos, a continuación, una serie de escenarios en los que el comportamiento de los fiscales puede suponerles responsabilidad penal por el delito del art. 408 CP:

- El primer escenario consiste en que el fiscal toma conocimiento de la comisión de un delito, bien porque se lo comunica la policía judicial⁷³¹, bien porque recibe una

⁷²⁹ Verbigracia, piénsese en que el art. 105.1 LECrim dispone que: “Los funcionarios del Ministerio Fiscal tendrán la obligación de ejercitar, con arreglo a las disposiciones de la Ley, todas las acciones penales que consideren procedentes, haya o no acusador particular en las causas, menos aquellas que el Código Penal reserva exclusivamente a la querella privada”. El uso de la expresión “que consideren procedentes” matiza la intensidad de la obligación de promover la acción penal por parte de los fiscales, permitiendo que, de su deliberación profesional, estos extraigan la conclusión de que no procede ejercer la acción penal en un caso concreto. Sobre el margen de discrecionalidad técnica permitido a jueces, fiscales y agentes de la policía judicial véase: REBOLLO VARGAS, R., “La omisión...”, *cit.*, pág. 35. Igualmente, el ATSJ Madrid 35/2024, de 13 de junio, inadmite una querella interpuesta contra el fiscal de una causa por haber recurrido la revisión de condena del querellante, con un recurso que, de acuerdo con este último, adolecía de una motivación suficiente. Tal inadmisión se debe a que “el hecho de haber recurrido la decisión de revisar la sentencia, conforme a las razones que considerase oportunas, entra dentro de las competencias propias del Ministerio Fiscal y no puede tacharse de delictiva”.

⁷³⁰ Habrá que estar, por tanto, a las características del caso concreto, pues no será lo mismo en una investigación que en otra ordenar o no la realización de, por ejemplo, una determinada diligencia testifical.

⁷³¹ Efectivamente, la policía judicial viene obligada, de acuerdo con los arts. 284 y 295 LECrim, a notificar la *notitia criminis* a la autoridad judicial o al ministerio fiscal. El uso por ambos preceptos de la conjunción disyuntiva “o” pone de manifiesto que los agentes policiales cumplirán con su obligación remitiendo los hechos únicamente al fiscal competente, en quien confían para que investigue pre procesalmente la causa,

denuncia interpuesta por cualquier ciudadano, y no hace absolutamente nada por notificar la *notitia criminis* al órgano judicial competente, impidiendo que el procedimiento llegue a iniciarse. En particular, en relación con los ciudadanos denunciantes, el art. 5 EOMF señala que “el fiscal podrá recibir denuncias, enviándolas a la autoridad judicial o decretando su archivo, cuando no encuentre fundamentos para ejercitar acción alguna, notificando en este último caso la decisión al denunciante”. Imagínese, a raíz del citado precepto, que el fiscal conecedor de la *notitia criminis* hace como que la denuncia no existe, y omite dar trámite a la misma sin notificárselo a la persona denunciante a fin de que pueda reiterar su denuncia ante otro de los sujetos autorizados legalmente para recibirla y tramitarla (verbigracia, el juez de instrucción). En este último supuesto, la conducta descrita podría encajar perfectamente con la tipificada en el art. 408 CP.

- No obstante, más complejo resulta exigir responsabilidad por el art. 408 CP cuando el fiscal archiva la denuncia por medio de auto falseando los hechos. Nos hallamos aquí ante una conducta activa por parte del fiscal que puede venir acompañada o no de una posterior omisión (la del deber de notificar al denunciante el archivo). En ambos casos, se trata de un comportamiento “prevaricador”, con respecto al cual puede producirse un resultado penológicamente preocupante, de impunidad penal. Ello debido a que, por un lado, no parece posible acudir al delito de prevaricación administrativa para castigar tal comportamiento, por cuanto el archivo de una denuncia no es un acto decisorio a los efectos exigidos por el art. 404 CP⁷³². Por otro lado, pese a ostentar carácter activo, el escenario de arbitrario archivo de la denuncia puede, en nuestra opinión, subsumirse en el art. 408 CP, si bien tal decisión entra en conflicto con la interpretación que en sede jurisprudencial se ha hecho en ocasiones del verbo típico “dejar de promover la persecución de los delitos”, la cual, como ya se trató

se querelle iniciando el procedimiento o comunique al juzgado de instrucción por medio de una suerte de denuncia lo que ha ocurrido para que este incoe la investigación.

⁷³² Como bien señala RAMOS TAPIA, I., *El delito de prevaricación...cit.*, pág. 206, ni siquiera forzándolo interpretativamente, será idóneo el art. 404 CP para subsumir las actuaciones “prevaricadoras” de los miembros del ministerio fiscal, debido a que la participación del ministerio fiscal en el proceso prevista por las leyes procesales no es, en general, a través de resoluciones sino de informes, dictámenes o peticiones, salvo la excepción de las facultades para ordenar diligencias de investigación y decretar el archivo de las actuaciones que, en el procedimiento abreviado, le atribuye el art. 785 CP. Por tanto, la inmensa mayoría de sus actuaciones procesales no pueden subsumirse, por muy arbitrarias que resulten, en la conducta típica “dictar resolución”.

al pronunciarnos sobre la posible intervención de los jueces instructores en el art. 408 CP, pone este en relación con conductas puramente omisivas, de manera que resultaría poco coherente con semejante tesis jurisprudencial afirmar que el fiscal que ha archivado una denuncia ha dejado de perseguir de forma absoluta un delito⁷³³. Asimismo, también entra en conflicto, de nuevo, con el amplio margen de discrecionalidad técnica reconocido a los fiscales en el ejercicio de sus funciones, por lo que tendría que tratarse de un archivo de denuncia flagrantemente falso e injusto.

- Bastante similar resulta el tercer supuesto que nos planteamos de aplicación del art. 408 CP al ministerio fiscal y que se enmarca en el contexto de la atribución de facultades cuasi instructoras que el art. 773 LECrim⁷³⁴ otorga a los funcionarios del ministerio fiscal en los procedimientos abreviados. En estos, se autoriza a los fiscales el desarrollo de una suerte de procedimiento investigador previo a la instrucción judicial *stricto sensu*, siempre y cuando no se estuviera tramitando ya un procedimiento judicial sobre los mismos hechos. Este “procedimiento” sirve a modo de filtro para instar del juez de instrucción la apertura del proceso penal una vez el fiscal ha apreciado, mediante su investigación pre procesal de los hechos, que estos presentan carácter delictivo. Cuando, por el contrario, el fiscal entiende que los hechos no revisten dicho carácter delictivo, la Ley le autoriza a archivar la causa, bajo condición de que se lo comunique a quien hubiere alegado ser

⁷³³ Dicho esto, es cierto que, si el fiscal archiva dolosamente la denuncia y omite el necesario acto de notificación posterior a la persona denunciante, podría plantearse más fácilmente la responsabilidad de dicho fiscal por vía del art. 408 CP. Además, obviamente, el ciudadano que denuncia un delito ante el fiscal deposita en este funcionario una especial confianza en que obre correctamente, por lo que podría considerar que la falta de comunicación sobre el destino de la denuncia se debe, por ejemplo, a la sobrecarga de trabajo de las fiscalías que no ha permitido todavía el examen de la misma, inhibiéndose así de volver a presentarla ante otra autoridad competente para su recepción.

⁷³⁴ Art. 773 LECrim: “2. Cuando el Ministerio Fiscal tenga noticia de un hecho aparentemente delictivo, bien directamente o por serle presentada una denuncia o atestado, informará a la víctima de los derechos recogidos en la legislación vigente; efectuará la evaluación y resolución provisionales de las necesidades de la víctima de conformidad con lo dispuesto en la legislación vigente y practicará él mismo u ordenará a la Policía Judicial que practique las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho o de la responsabilidad de los partícipes en el mismo. El Fiscal decretará el archivo de las actuaciones cuando el hecho no revista los caracteres de delito, comunicándolo con expresión de esta circunstancia a quien hubiere alegado ser perjudicado u ofendido, a fin de que pueda reiterar su denuncia ante el Juez de Instrucción. En otro caso instará del Juez de Instrucción la incoación del procedimiento que corresponda con remisión de lo actuado, poniendo a su disposición al detenido, si lo hubiere, y los efectos del delito. El Ministerio Fiscal podrá hacer comparecer ante sí a cualquier persona en los términos establecidos en la ley para la citación judicial, a fin de recibirle declaración, en la cual se observarán las mismas garantías señaladas en esta Ley para la prestada ante el Juez o Tribunal. Cesará el Fiscal en sus diligencias tan pronto como tenga conocimiento de la existencia de un procedimiento judicial sobre los mismos hechos”.

persona perjudicada u ofendida por dichos hechos, a fin de que estos puedan reiterar su denuncia ante el juez de instrucción. Partiendo de que el fiscal archive la investigación con la intención de que no se lleguen a perseguir los delitos sustanciados en aquella, la aplicación del art. 408 CP será más fácilmente concebible si lo hiciese sin comunicarle después tal decisión a los interesados. Aunque, tratándose de un archivo flagrantemente falso o malicioso, que claramente persigue la finalidad de que no se persiga el delito, el hecho de haber notificado a las partes la decisión no tiene por qué impedir el castigo a través del art. 408 CP.

- Un cuarto escenario imaginable de omisión del deber de perseguir delitos por los miembros del ministerio fiscal es aquel en el que, incoado ya por el juez instructor un procedimiento y habiéndose iniciado por un sujeto no integrante del ministerio fiscal, este tomase la decisión de no personarse en el proceso y, en consecuencia, no formulase querella, a pesar de revestir los hechos aparentemente carácter delictivo⁷³⁵. Esta posibilidad puede darse tanto en los procesos por delitos públicos, como en los procesos por delitos cuasipúblicos y semipúblicos, pues en ambos tiene el deber el ministerio fiscal de ejercitar la acción penal, siempre en el primer caso y solo si ya se hubiese iniciado por la persona agraviada en el segundo. En principio, de estimar improcedente el ejercicio de la acción penal, el fiscal no puede “sin más” permanecer al margen del proceso abierto, sino que tendrá que hacer uso de las facultades que se prevén en el art. 27 EOMF (así se desprende del art. 6, párrafo segundo, EOMF⁷³⁶). No obstante, aunque infrecuente en la práctica, parece posible imaginar un supuesto en que el fiscal competente

⁷³⁵ El art. 271 LECrim, en concreto, dispone que: “Los funcionarios del Ministerio Fiscal ejercerán también, en forma de querella, las acciones penales en los casos en que estuvieren obligados con arreglo a lo dispuesto en el artículo 105”.

⁷³⁶ Art. 6, párrafo segundo, EOMF: “Si el Fiscal estimare improcedente el ejercicio de las acciones o la actuación que se le haya confiado, usará de las facultades previstas en el artículo 27 de este Estatuto”. Igualmente, art. 27 EOMF: “Uno. El Fiscal que recibiere una orden o instrucción que considere contraria a las leyes o que, por cualquier otro motivo estime improcedente, se lo hará saber así, mediante informe razonado, a su Fiscal Jefe. De proceder la orden o instrucción de éste, si no considera satisfactorias las razones alegadas, planteará la cuestión a la Junta de fiscalía y, una vez que ésta se manifieste, resolverá definitivamente reconsiderándola o ratificándola. De proceder de un superior, elevará informe a éste, el cual, de no admitir las razones alegadas, resolverá de igual manera oyendo plenamente a la Junta de Fiscalía. Si la orden fuere dada por el Fiscal General del Estado, éste resolverá oyendo a la Junta de Fiscales de Sala. Dos. Si el superior se ratificase en sus instrucciones lo hará por escrito razonado con la expresa relevación de las responsabilidades que pudieran derivarse de su cumplimiento o bien encomendará a otro Fiscal el despacho del asunto a que se refiera”.

hiciera “oídos sordos” sobre el asunto, tratando de que la causa se olvidase con el tiempo⁷³⁷. Si bien, igualmente, aquí parece preferente, dada su mayor especificidad y penalidad, la aplicación del delito de retardo malicioso ex art. 449.2 CP, en el que se prevé su castigo para supuestos en que hubiera sido cometido por funcionarios distintos de los incluidos en el apartado primero (es decir, que no sean jueces, magistrados ni letrados al servicio de la Administración de Justicia)⁷³⁸.

- Podemos plantear la responsabilidad penal de los funcionarios del ministerio fiscal a través del art. 408 CP en un quinto escenario, que comprende los supuestos en los que estos dejaren, manifestando desidia o indiferencia absolutas, de ordenar la práctica de las diligencias necesarias para la investigación de los hechos presuntamente delictivos, frenando así, en cierto modo, el desarrollo debido de dicha investigación. No obstante, esta solución no está exenta de inconvenientes, habida cuenta de que, atendiendo, de nuevo, al bien jurídico-penal cuya integridad se halla en juego, no podemos evitar preguntarnos si en verdad se ve este lesionado por el inmovilismo del fiscal, o si acaso evita su lesión el hecho de que haya otras partes acusadoras personadas en el proceso, que puedan solicitar la práctica de esas mismas diligencias, o incluso el hecho de que el juez, de oficio, tiene siempre la potestad de ordenar que se lleven a cabo cuantas estime pertinente.
- Para acabar, debemos hacer una observación con respecto a los procesos penales de menores, en los que la labor instructora recae en los funcionarios del ministerio fiscal⁷³⁹. Continuando con el escenario descrito previamente, aunque matizando este por el hecho de que el sujeto activo que archiva injustamente la causa no sería

⁷³⁷ Este supuesto es particularmente grave, puesto que, como apunta CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., “Lección 12. Modos de iniciación...”, *cit.*, pág. 210: “sin el acto formal de acusación proveniente del Ministerio Fiscal o de cualquier ciudadano legitimado, si bien el órgano judicial podrá iniciar el proceso, no podrá proseguirlo, pues la acusación no sólo es necesaria al principio de la investigación, sino fundamentalmente, al final de la misma y durante la misma, solicitando actuaciones concretas que el órgano judicial no podrá llevar a cabo sin que sean pedidas por el acusador (por ejemplo, la prisión provisional, art. 539, II y III)”.

⁷³⁸ En efecto, como explica MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., “Negativa a juzgar...”, *cit.*, pág. 869: “no parece existir inconveniente —que sí aparece cuando se trata de prevaricación— en incluir en el tipo atenuado a los Fiscales (...) que retarden maliciosamente el procedimiento”.

⁷³⁹ Art 6 LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores: “Corresponde al Ministerio Fiscal la defensa de los derechos que a los menores reconocen las leyes, así como la vigilancia de las actuaciones que deban efectuarse en su interés y la observancia de las garantías del procedimiento, para lo cual dirigirá personalmente la investigación de los hechos y ordenará que la policía judicial practique las actuaciones necesarias para la comprobación de aquellos y de la participación del menor en los mismos, impulsando el procedimiento”.

un juez, sino un fiscal, debemos hacer una aclaración. La actual regulación del delito de prevaricación judicial, como es sabido, no incluye entre sus tipos penales una referencia expresa a la figura del fiscal, ni siquiera a la del fiscal instructor, por lo que no puede aplicarse al mismo, a pesar de que ello sería congruente desde una perspectiva teleológica, pues el bien jurídico protegido en la prevaricación judicial puede, en esos casos concretos, verse atacado también por él (quien, en el fondo, puede dictar una resolución de sobreseimiento equivalente a la que emitiría un juez de instrucción)⁷⁴⁰. Pero es que tampoco pueden las actuaciones “prevaricadoras” del fiscal recibir castigo alguno desde la vía del tipo básico de prevaricación administrativa del art. 404 CP, dada la exigencia en este de que se “dictare resolución injusta en asunto administrativo”⁷⁴¹. Es cierto que, siguiendo el ejemplo de OCTAVIO DE TOLEDO, podríamos sustentar que la expresión “asunto administrativo” resulta equivalente a la de “asunto no estrictamente jurisdiccional o legislativo”⁷⁴², abriendo la puerta a la posibilidad de castigar a través del art. 404 CP los supuestos de sobreseimiento arbitrario por el fiscal de la instrucción de procesos de menores. Sin embargo, coincidimos con RAMOS TAPIA en que esta tesis fuerza muchos los contornos típicos del delito de prevaricación administrativa⁷⁴³. Otra posibilidad destinada a evitar que la conducta descrita quede impune, a nuestro parecer la única y más correcta, consistiría en castigarla a través del art. 408 CP. Sin embargo, tal escenario contrasta, una vez más, con la postura doctrinal y jurisprudencial (no compartida en la presente tesis doctoral) que limita la aplicación del ilícito que nos ocupa a supuestos de pasividad u omisión absoluta del deber de perseguir delitos, con respecto a los cuales no se haya producido ningún acto positivo de investigación, aunque este resultara insuficiente o inidóneo de manera patente.

⁷⁴⁰ Como señala RAMOS TAPIA, I.M., *El delito de prevaricación...cit.*, pág. 205: “no queremos dejar de señalar aquí lo injustificable que resulta la falta de previsión del nuevo Código Penal de un tipo propio sobre la actuación de los miembros del Ministerio Fiscal en el proceso. Nos referimos a un tipo que castigue la infracción por parte de los miembros del Ministerio Fiscal de su deber constitucional (art. 125 CE) y legal (art. 2 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal) de actuar con sujeción a los principios de legalidad e imparcialidad”.

⁷⁴¹ Partimos aquí de la explicación dada, a este respecto, por GARCÍA ARÁN, M., *La prevaricación...cit.*, pág. 99.

⁷⁴² OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *La prevaricación...cit.*, pág. 131.

⁷⁴³ RAMOS TAPIA, I.M., *El delito de prevaricación...cit.*, pág. 206.

C) *Miembros de la policía judicial*

De entre todos los posibles funcionarios que pueden incurrir en el art. 408 CP, sin duda los sujetos protagónicos en la práctica son los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad⁷⁴⁴. Efectivamente, atendiendo solo al conjunto de autos y sentencias judiciales emitidos por el Tribunal Supremo, los Tribunales Superiores de Justicia y las Audiencias Provinciales a lo largo del año 2024 en los que se aplicaba el presente tipo penal, la abundante mayoría se pronunciaba en relación con agentes de la Policía Local, Policía Nacional, Policía Autonómica o Guardia Civil.

Semejante situación no se debe tanto a que los sujetos que pertenecen a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad delincan más que otras clases de empleados públicos (como jueces, fiscales etc.), sino a que disponen, por el concreto reparto de funciones hecho a los mismos, de más oportunidades de incurrir en el delito de omisión del deber de perseguir delitos que el resto de los funcionarios⁷⁴⁵. Delito que, recordemos, aparece destinado, en nuestra opinión, a la preservación del principio de legalidad procesal, conectado con el procedimiento preliminar del proceso penal, el cual viene integrado a su vez por una fase pre procesal y otra de instrucción. Y, en ambas fases, como enseguida se explicará, ocupan un rol esencial los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

En efecto, por mandato constitucional se atribuye a los agentes de la policía judicial el ejercicio de las funciones de averiguación del delito y de descubrimiento y aseguramiento del delincuente (art. 126 CE)⁷⁴⁶. Si bien, para ello, dependen

⁷⁴⁴ Art. 2 LOFCS: “Son Fuerzas y Cuerpos de Seguridad: a) Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado dependientes del Gobierno de la Nación; b) Los Cuerpos de Policía dependientes de las Comunidades Autónomas; c) Los Cuerpos de Policía dependientes de las Corporaciones Locales”.

⁷⁴⁵ MARTÍNEZ PÉREZ, R., *Policía Judicial y Constitución*, Aranzadi, Navarra, 2001, pág. 373, señala que “la realidad es otra y quien instruye de hecho es la policía, siendo sus agentes quienes practican las diligencias de investigación, a pesar de lo cual el legislador dedica pocos preceptos a las atribuciones policiales en este sentido. A su vez, BORRAJO INIESTA, J., “Presunción de inocencia. Investigación y prueba”, en *Cuadernos de derecho judicial*, núm. 9, 1996, pág. 45, apunta que la labor del juez instructor muchas veces se limita a “reinstruir las causas (...), a presidir una cadena de ratificaciones, más o menos automáticas y formales, de las distintas diligencias previamente instruidas por un funcionario policial”.

⁷⁴⁶ Art. 126 CE: “La policía judicial depende de los Jueces, de los Tribunales y del Ministerio Fiscal en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, en los términos que la ley establezca”. De forma más genérica, el art. 104 CE dispone que: 1. “Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, bajo la dependencia del Gobierno, tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana”. Aunque consideramos que este último precepto conecta más íntimamente con la función de evitar los delitos (función estrictamente policial, de acuerdo con el art. 11.1 f LOFCS) que con la de promover su persecución (en la cual los miembros de la policía judicial dependen funcionalmente de jueces y fiscales), es evidente que la seguridad ciudadana sigue latente en un segundo plano en esta función. Así pues, la detención por parte de la policía del autor de un delito violento con altas cotas de peligrosidad o la apertura de un proceso penal contra el mismo coadyuvan

funcionalmente del ministerio fiscal y de los juzgados y tribunales, lo cierto es que, en la práctica, son los miembros de la policía judicial los que asumen *de facto* tal labor pública, por lo que no debe extrañarnos que sean condenados a través del art. 408 CP en proporción mucho mayor que el resto de sujetos activos teóricamente admitidos por dicho tipo penal. No en vano afirma NIEVA FENOLL que “la realidad es que la mayoría de dichas diligencias –refiriéndose a las de investigación– son realizadas materialmente, directa o indirectamente, por la policía judicial”⁷⁴⁷.

Pues bien, como habrá podido observarse, hasta el momento se ha hecho una identificación entre los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y los de la policía judicial⁷⁴⁸. Semejante equiparación no constituye una confusión terminológica, sino que tiene un fundamento legal claro. Fundamento que no se encuentra, como *a priori* podría parecer, en el art. 283 LECrim, pese a que este precepto contiene una enumeración sin duda exhaustiva de los sujetos que integran la institución de la policía judicial⁷⁴⁹. Ello debido a que tan amplio concepto de lo que constituye la policía judicial, algunos de cuyos componentes ni existen en la actualidad, es criticado ampliamente (y con razón) por la

también a mantener la seguridad ciudadana, aunque sea de forma menos directa que cuando, por ejemplo, un agente interviene directamente para evitar un delito flagrante consiguiendo que la lesión del bien jurídico no llegue a producirse.

⁷⁴⁷ NIEVA FENOLL, J., *Fundamentos...cit.*, pág. 103. Aunque, ciertamente reconoce luego que estas reciben “posterior, e inexcusable, convalidación extrapolicial –judicial o fiscal–”. En sentido similar, MARTÍNEZ PÉREZ, R., *Policía Judicial...cit.*, pág. 202, quien, aunque reconoce que es un “órgano auxiliar de la justicia”, advierte de que “la intervención policial (...) adquiere prevalencia jurídico-procesal, siendo decisiva en el transcurrir procedimental, hasta tal punto que, sin su participación, en muchos casos, se haría imposible instruir un sumario”.

⁷⁴⁸ Para más información sobre la institución de la policía judicial véase: ANDRÉS IBÁÑEZ, P., “Jueces y policía (Acerca de la distribución del trabajo represivo)”, en *Sistema: revista de ciencias sociales*, núm. 79, 1987, págs. 107-116. BOIX REIG, F.J., “Policía y administración de justicia”, en *Anales de la Universidad de Alicante: Facultad de Derecho*, núm. 5, 1990, págs. 35-48; y FAIRÉN GUILLÉN, V., “Sobre las Policías Judiciales españolas (I)”, en *Revista de Derecho Procesal*, núm. 1, 1995, págs. 7-62.

⁷⁴⁹ Art 283 LECrim: “Constituirán la Policía judicial y serán auxiliares de los Jueces y Tribunales competentes en materia penal y del Ministerio fiscal, quedando obligados a seguir las instrucciones que de aquellas autoridades reciban a efectos de la investigación de los delitos y persecución de los delincuentes. Primero. Las Autoridades administrativas encargadas de la seguridad pública y de la persecución de todos los delitos o de algunos especiales. Segundo. Los empleados o subalternos de la policía de seguridad, cualquiera que sea su denominación. Tercero. Los Alcaldes, Tenientes de Alcalde y Alcaldes de barrio. Cuarto. Los Jefes, Oficiales e individuos de la Guardia Civil o de cualquier otra fuerza destinada a la persecución de malhechores. Quinto. Los Serenos, Celadores y cualesquiera otros Agentes municipales de policía urbana o rural. Sexto. Los Guardas de montes, campos y sembrados, jurados o confirmados por la Administración. Séptimo. Los funcionarios del Cuerpo especial de Prisiones. Octavo. Los Agentes judiciales y los subalternos de los Tribunales y Juzgados. Noveno. El personal dependiente de la Jefatura Central de Tráfico, encargado de la investigación técnica de los accidentes”.

doctrina, tachándose de mera ficción enumerativa que nada tiene que ver con el concepto moderno de policía judicial ni con los fines que tiene encomendados⁷⁵⁰.

De hecho, no son pocos los autores que aseveran que la entrada en vigor de la Constitución habría conllevado la derogación tácita del art. 283 LECrim, habida cuenta de que nuestra Carta Magna establece la necesidad de ley orgánica para la regulación del poder judicial y “del personal al servicio de la administración de justicia” ex art. 122⁷⁵¹, entre el que indudablemente se encuentra la policía judicial, al menos en lo respectivo a sus funciones de investigación del delito y descubrimiento y aseguramiento de los investigados por el mismo⁷⁵².

En fin, acudiendo a las leyes orgánicas que han desarrollado la institución de la policía judicial de manera post constitucional, hallamos la LOPJ y la LOFS, las cuales, como a continuación mostraremos, esbozan una composición de aquella diferente a la del art. 283 LECrim. Tratándose de leyes orgánicas –frente al carácter de ley ordinaria de la LECrim– y mucho más recientes, acogeremos aquí el concepto de “policía judicial” que se deduce de las mismas, entendiendo como tácitamente derogado el art. 283 LECrim y la desfasada enumeración de sujetos contenida en el mismo.

Pues bien, resulta patente que, actualmente, la policía judicial está integrada por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, es decir, por los agentes de la Policía Nacional, Guardia Civil, Policía Autonómica y Policía Local (art. 547 LOPJ⁷⁵³); y organizada a través de las denominadas “unidades de policía judicial” (art. 548.1

⁷⁵⁰ ALONSO PÉREZ, F., *La policía judicial*, Dykinson, Madrid, 1998, pág. 20; MARTÍNEZ PÉREZ, R., *Policía Judicial...cit.*, pág. 208, quien critica el texto del art. 283 LECrim aduciendo que “no se delimita, pues, un concepto de policía judicial en sentido específico, sino que el legislador atribuye el ejercicio de dicha función a un grupo heterogéneo, cuyo único nexo de unión era la necesidad de auxiliar a los órganos jurisdiccionales en su investigación de los delitos (...) siendo ajenos por completo a dicha función, lo cual provocaba no pocas disfunciones”.

⁷⁵¹ Art. 122.1 CE: “La ley orgánica del poder judicial determinará la constitución, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales, así como el estatuto jurídico de los Jueces y Magistrados de carrera, que formarán un Cuerpo único, y del personal al servicio de la Administración de Justicia”.

⁷⁵² LÓPEZ RODRÍGUEZ, J.A., “La policía judicial y la obsoleta Ley de Enjuiciamiento Criminal”, en *Diario La Ley*, núm. 7637, 2011, pág. 2; MARTÍNEZ PÉREZ, R., *Policía Judicial...cit.*, pág. 216. Ciertamente, parece difícil estar en desacuerdo con esta conclusión, puesto que la propia LOPJ regula la institución de la policía judicial en el Libro VII, “Del Ministerio Fiscal, la Fiscalía Europea y demás personas e instituciones que cooperan con la Administración de Justicia” y, en concreto, en su Título III, “De la Policía Judicial”.

⁷⁵³ Art. 547 LOPJ: “La función de la Policía Judicial comprende el auxilio a los juzgados y tribunales y al Ministerio Fiscal en la averiguación de los delitos y en el descubrimiento y aseguramiento de los delincuentes. Esta función competirá, cuando fueren requeridos para prestarla, a todos los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, tanto si dependen del Gobierno central como de las comunidades autónomas o de los entes locales, dentro del ámbito de sus respectivas competencias”.

LOPJ⁷⁵⁴ y art. 29 y ss. LOFCS⁷⁵⁵). Así como también es claro el catálogo de competencias atribuidas a los componentes de la policía judicial, por cuanto viene establecido en el art. 549.1 LOPJ, precepto que resulta esencial a los efectos de interpretar en qué supuestos pueden los agentes policiales incurrir en el tipo penal del art. 408 CP, y que debe completarse con el art. 11 LOFCS.

El citado art. 549.1 LOPJ incluye un listado con diversas funciones que, aunque enunciadas de forma bastante vaga, facultan a las unidades de policía judicial, en síntesis, al desempeño exclusivo de toda una serie de labores imprescindibles para poder perseguir los delitos y a sus responsables y, en suma, emprender la investigación penal⁷⁵⁶. Una mayor concreción en las funciones otorgadas a los miembros de la policía judicial se atisba en el art. 11.1, g) LOFCS, que obliga a los mismos a investigar los delitos para descubrir y detener a los presuntos culpables, asegurar los instrumentos, efectos y pruebas del delito, poniéndolos a disposición del juez o tribunal competente, y elaborar los informes técnicos y periciales correspondientes⁷⁵⁷. Finalmente, el desarrollo pormenorizado de los deberes impuestos a los miembros de la policía judicial en las fases

⁷⁵⁴ Art. 548.1 LOPJ: “Se establecerán unidades de Policía Judicial que dependerán funcionalmente de las autoridades judiciales y del Ministerio Fiscal en el desempeño de todas las actuaciones que aquéllas les encomienden”.

⁷⁵⁵ Art. 29 LOFCS. “1. Las funciones de Policía Judicial que se mencionan en el artículo 126 de la Constitución serán ejercidas por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, a través de las Unidades que se regulan en el presente capítulo. 2. Para el cumplimiento de dicha función tendrán carácter colaborador de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado el personal de Policía de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales”.

⁷⁵⁶ Art. 549.1 LOFCS: “Corresponden específicamente a las unidades de Policía Judicial las siguientes funciones: a) La averiguación acerca de los responsables y circunstancias de los hechos delictivos y la detención de los primeros, dando cuenta seguidamente a la autoridad judicial y fiscal, conforme a lo dispuesto en las leyes. b) El auxilio a la autoridad judicial y fiscal en cuantas actuaciones deba realizar fuera de su sede y requieran la presencia policial. c) La realización material de las actuaciones que exijan el ejercicio de la coerción y ordenare la autoridad judicial o fiscal. d) La garantía del cumplimiento de las órdenes y resoluciones de la autoridad judicial o fiscal. e) Cualesquiera otras de la misma naturaleza en que sea necesaria su cooperación o auxilio y lo ordenare la autoridad judicial o fiscal”.

⁷⁵⁷ Art. 11.1 g) LOFCS. En concreto, además, precisa el art. 12.1 e) LOFCS que compete a los agentes integrantes del Cuerpo Nacional de Policía: “la investigación y persecución de los delitos relacionados con la droga”.

previas e iniciales del proceso penal se lleva a cabo en los arts. 282⁷⁵⁸, 282 bis⁷⁵⁹, 284⁷⁶⁰, 287⁷⁶¹ y 292 LECrim⁷⁶².

Cabe destacar, además, que la policía judicial es objeto de desarrollo reglamentario a través del RD 769/1987, de 19 de junio, en cuyo art. 4 se insiste en la atribución a sus miembros de la práctica “por su propia iniciativa y según sus respectivas atribuciones” de “las primeras diligencias de prevención y aseguramiento así que tengan noticia de la perpetración del delito presuntamente delictivo, y la ocupación y custodia de los objetos que provinieren del delito o estuviesen relacionados con su ejecución”⁷⁶³. A

⁷⁵⁸ Art. 282 LECrim: “La Policía Judicial tiene por objeto y será obligación de todos los que la componen, averiguar los delitos públicos que se cometieren en su territorio o demarcación; practicar, según sus atribuciones, las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes, y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la autoridad judicial. Cuando las víctimas entren en contacto con la Policía Judicial, cumplirá con los deberes de información que prevé la legislación vigente. Asimismo, llevarán a cabo una valoración de las circunstancias particulares de las víctimas para determinar provisionalmente qué medidas de protección deben ser adoptadas para garantizarles una protección adecuada, sin perjuicio de la decisión final que corresponderá adoptar al Juez o Tribunal. Si el delito fuera de los que sólo pueden perseguirse a instancia de parte legítima, tendrán la misma obligación expresada en el párrafo anterior, si se les requiere al efecto. La ausencia de denuncia no impedirá la práctica de las primeras diligencias de prevención y aseguramiento de los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial”.

⁷⁵⁹ Art. 282 bis. 1 LECrim: “A los fines previstos en el artículo anterior y cuando se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada, el Juez de Instrucción competente o el Ministerio Fiscal dando cuenta inmediata al Juez, podrán autorizar a funcionarios de la Policía Judicial, mediante resolución fundada y teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación, a actuar bajo identidad supuesta y a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos. La identidad supuesta será otorgada por el Ministerio del Interior por el plazo de seis meses prorrogables por períodos de igual duración, quedando legítimamente habilitados para actuar en todo lo relacionado con la investigación concreta y a participar en el tráfico jurídico y social bajo tal identidad”.

⁷⁶⁰ Art. 284.1 LECrim: “Inmediatamente que los funcionarios de la Policía judicial tuvieren conocimiento de un delito público o fueren requeridos para prevenir la instrucción de diligencias por razón de algún delito privado, lo participarán a la autoridad judicial o al representante del Ministerio Fiscal, si pudiesen hacerlo sin cesar en la práctica de las diligencias de prevención. En otro caso, lo harán así que las hubieren terminado”.

⁷⁶¹ Art. 287 LECrim: “Los funcionarios que constituyen la Policía judicial practicarán sin dilación, según sus atribuciones respectivas, las diligencias que los funcionarios del Ministerio fiscal les encomienden para la comprobación del delito y averiguación de los delincuentes y todas las demás que durante el curso de la causa les encargaren los Jueces de instrucción y municipales”.

⁷⁶² Art. 292 LECrim: “Los funcionarios de Policía judicial extenderán, bien en papel sellado, bien en papel común, un atestado de las diligencias que practiquen, en el cual especificarán con la mayor exactitud los hechos por ellos averiguados, insertando las declaraciones e informes recibidos y anotando todas las circunstancias que hubiesen observado y pudiesen ser prueba o indicio del delito. La Policía Judicial remitirá con el atestado un informe dando cuenta de las detenciones anteriores y de la existencia de requisitorias para su llamamiento y busca cuando así conste en sus bases de datos”.

⁷⁶³ Como bien indica MARTÍNEZ PÉREZ, R., *Policía Judicial...cit.*, pág. 369: “la participación policial en la investigación criminal no sólo se produce delegadamente ante el requerimiento de sus superiores orgánicos y/o funcionales, sino que también vienen obligados a practicar diligencias de prevención “*motu proprio*” desde el momento en que tienen conocimiento de la “*notitia criminis*”.

su vez, en el art. 28 de la mencionada norma reglamentaria se especifican las concretas funciones que podrán encomendárseles a los miembros de la policía judicial en la práctica, siendo estas: las inspecciones oculares, la aportación de primeros datos, averiguación de domicilios y paraderos y emisión de informes de solvencia o de conducta; la emisión, incluso verbal, de informes periciales provisionales, pero de urgente necesidad para adoptar decisiones judiciales que no admiten dilación; la intervención técnica en levantamiento de cadáveres y la recogida de pruebas; la ejecución de órdenes inmediatas de presidentes, jueces y fiscales, y las demás actuaciones de inmediata intervención, junto a cualesquiera otras de similar naturaleza a las anteriores.

Hechas las anteriores aclaraciones con respecto a la institución de la policía judicial y a las tareas a cuya realización están obligados sus miembros, es menester ahora examinar si la omisión dolosa de las mismas puede subsumirse en el tipo penal del art. 408 CP. Insistimos de nuevo en algo que ya hemos señalado con respecto a jueces y fiscales: un aspecto clave del que dependerá la condena a agentes policiales a través del art. 408 CP consistirá en que pueda acreditarse la presencia de la tipicidad subjetiva requerida por el susodicho tipo penal, el cual no admite la punición de la omisión imprudente de perseguir delitos. Ello, sumado al hecho de que la profesión policial tiene un amplio margen de discrecionalidad en el desempeño de muchos de sus cometidos concretos, dificulta enormemente la aplicación del art. 408 CP.

Llegados a este punto, debe hacerse una advertencia. De la lectura de las sentencias que condenan a agentes policiales por el delito que nos ocupa se desprende que, en la mayor parte de ocasiones, el art. 408 CP se emplea en el contexto que ya hemos puesto de manifiesto en epígrafes anteriores, esto es, para castigar supuestos de permisividad policial y prestación de ayuda activa ante la actividad ilícita desarrollada por redes dedicadas al contrabando o al tráfico de drogas. Supuestos para cuya sanción hemos concluido, igualmente, que no corresponde el art. 408 CP, sino otros tipos penales (delitos de tráfico de drogas si se ha tratado de una conducta activa de ayuda o, en su caso, delitos de no evitación de delitos si se hubiera limitado a una actitud meramente pasiva). Curiosamente, fuera de dichos escenarios, prácticamente no existen resoluciones en las que se sanciona a un agente policial por dejar de perseguir e investigar los delitos, es decir, por incumplir cualquiera de las funciones atribuidas a estos en el procedimiento preliminar, antes enumeradas.

Una de las pocas resoluciones judiciales que aplica el art. 408 CP a un caso donde sí se produce, estrictamente, una omisión de las labores atribuidas a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para la averiguación e investigación de los delitos es la STS 846/1998, de 17 de junio. En dicha sentencia se ratifica la condena por el tipo penal que nos ocupa a un agente de la Policía Local que durante varios años se abstuvo de tramitar denuncias interpuestas ante el mismo por los particulares en comisaría. En comparación a la abundante mayoría de sentencias condenatorias que aplican el art. 408 CP, marcadas por la interpretación extensiva de este más allá de sus contornos típicos y que favorecen un resultado de privilegio penológico para los funcionarios policiales, la citada resolución constituye una innegable mejora.

Así pues, resulta evidente que la conducta del agente policial que deja de tramitar las denuncias ante él interpuestas es reprochable y contraria a la legalidad. En efecto, el policía ante el que se interpone una denuncia queda obligado a tramitarla, pues la decisión sobre su archivo no compete al mismo, sino a las autoridades de las que depende funcionalmente (jueces y tribunales, así como miembros del ministerio fiscal). Excepción hecha en el caso de que tal denuncia no hubiera identificado sospechoso alguno, pues en dicho caso, salvo que concurren determinadas circunstancias, la policía judicial únicamente debe conservar el atestado a disposición de tales autoridades⁷⁶⁴. El hecho de que tal obligación de tramitar las denuncias no admita, en principio, margen de discrecionalidad, sino que conlleve dar traslado de la misma a las autoridades señaladas, facilita la cuestión de la prueba del dolo en la conducta del agente policial que tira la denuncia a la basura, no registra la misma, convence a los denunciantes de que no la interpongan aduciendo distintos motivos, etc., lo que puede servir para explicar por qué la conducta de omitir la tramitación de denuncias solo ha sido castigada en relación con agentes policiales, y no con fiscales o jueces de instrucción, pese a que ante ellos también puede cualquier particular interponer una denuncia.

⁷⁶⁴ Art. 284 LECrim: “1. Inmediatamente que los funcionarios de la Policía judicial tuvieren conocimiento de un delito público o fueren requeridos para prevenir la instrucción de diligencias por razón de algún delito privado, lo participarán a la autoridad judicial o al representante del Ministerio Fiscal, si pudieren hacerlo sin cesar en la práctica de las diligencias de prevención. En otro caso, lo harán así que las hubieren terminado. 2. No obstante, cuando no exista autor conocido del delito la Policía Judicial conservará el atestado a disposición del Ministerio Fiscal y de la autoridad judicial, sin enviárselo, salvo que concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) Que se trate de delitos contra la vida, contra la integridad física, contra la libertad e indemnidad sexuales o de delitos relacionados con la corrupción; b) Que se practique cualquier diligencia después de transcurridas setenta y dos horas desde la apertura del atestado y éstas hayan tenido algún resultado; o c) Que el Ministerio Fiscal o la autoridad judicial soliciten la remisión”.

Cabe aclarar que, si bien es cierto que el particular cuya denuncia es desatendida por la policía todavía puede interponerla ante el resto de las autoridades legitimadas para hacerlo (ministerio fiscal y jueces de instrucción), y que, por supuesto, en ningún punto de la LOPJ ni la LECrim se establece una jerarquía entre las autoridades que pueden recibir denuncias, la confianza legítima que los ciudadanos depositan en cualquiera de dichas autoridades para que persigan los delitos padecidos hace que la negativa a tramitar su denuncia consiga un efecto de inhibición en aquellos, que en última instancia conduce a que dejen de acudir a la jurisdicción o que, en el mejor de los escenarios, les fuerza a “mendigar” dicho acceso ante otras autoridades, peregrinando de unas a otras hasta que alguna les atienda y les dé el trato debido. Ello ocurrirá especialmente en aquellos casos en que tales autoridades no se limiten a ignorar la denuncia, sino que directamente le aseguren al denunciante, por ejemplo, que la misma no tiene carácter delictivo, que falta la concurrencia de una condición de perseguibilidad inexistente de los mismos, que esta ha sido inadmitida por fiscales o jueces cuando en realidad no se ha comunicado a los mismos la *notitia criminis*, etc.⁷⁶⁵.

Por su parte, otro ejemplo de lo que, a nuestro parecer, constituye una forma correcta de aplicar el art. 408 CP a agentes policiales la hallamos en la STS 801/1998, de 25 de enero, en la cual se condena por dicho tipo penal a dos agentes policiales que al observar que una detenida tiene lesiones en la cara y, a pesar de la alta probabilidad de que se debieran a torturas policiales infligidas por otros agentes (como así era, en efecto), reaccionan pasivamente. En este punto, además, el art. 408 CP se enmarca en un contexto de consenso internacional que busca garantizar la realización de una investigación efectiva e indagación judicial suficiente ante denuncias de tortura policial interpuestas por presos y detenidos, y que, en nuestro país, se ha traducido en numerosas sentencias

⁷⁶⁵ Un supuesto distinto, que no vamos a tratar en la presente tesis doctoral, es el siguiente: ante la interposición de una denuncia de violencia de género, el agente policial deja de adoptar las medidas protectoras de la víctima arrojadas por el sistema algorítmico de VioGen, pese a la precisión y claridad de este en determinar las medidas de protección más convenientes en función del riesgo de revictimización de aquella. Si, más tarde, la víctima sufriera de nuevo un delito de parte de su victimario, la omisión del agente policial no se produciría con respecto a su deber de promover la persecución de delitos, sino en relación con el deber de evitarlos. Por lo que, en suma, su castigo debería articularse por la vía del art. 412.3 CP.

del Tribunal Constitucional⁷⁶⁶, inspiradas a su vez en la línea doctrinal marcada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁷⁶⁷.

Por último, existen otros muchos ejemplos de posibles hechos protagonizados por un agente policial que pueden subsumirse en el art. 408 CP. Ya hemos señalado uno en el Capítulo anterior, relativo a la falta de detención policial del preso preventivo o reo condenado fugado. Otro supuesto, sin duda algo conflictivo, es el relativo a la falta de recogida dolosa, por parte del agente policial, de los medios de prueba con el fin de dificultar el avance de la investigación, de favorecer al autor del delito o simplemente por pura desidia o desinterés. En este caso, aunque tal conducta supone una dejación del deber de promover la persecución de delitos, más bien parece corresponderse con el tipo penal de encubrimiento por favorecimiento real, que sanciona la ocultación, alteración o inutilización del cuerpo, los efectos o los instrumentos de un delito, para impedir su descubrimiento⁷⁶⁸. Entre tales delitos, además, no puede existir concurso real, sino solo aparente de normas, por cuanto, como bien apunta CANCIO MELIÁ: “en esta modalidad, más que la enumeración de los objetos relacionados con el delito o los verbos típicos, que han solido interpretarse de modo amplio por la jurisprudencia, lo decisivo es el fin («para») al que se dirigen las conductas: impedir el descubrimiento del delito. Se trata, por lo tanto, de una conducta directamente encaminada a evitar el funcionamiento del sistema de persecución penal”.

⁷⁶⁶ Sin ánimo de ser exhaustivos, algunas de las más recientes sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en este ámbito son: SSTC 130/2016, de 18 de julio; 166/2021, de 4 de octubre; y 13/2022, de 7 de febrero.

⁷⁶⁷ Así, entre los últimos, SSTEDH de 9 de marzo de 2021, asunto *López Martínez c. España*; de 19 de enero de 2021, asunto *González Etayo c. España*; de 31 de mayo de 2016, asunto *Beortegui Martínez c. España*. Sobre las obligaciones positivas en materia de denuncia e investigación de los delitos, incluidos los de tortura, reconocidas por la jurisprudencia del TEDH véase TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., “La responsabilidad omisiva de los funcionarios públicos por la no evitación de delitos: un (no) sistema insostenible”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 22, 2019, págs. 181-238.

⁷⁶⁸ CANCIO MELIÁ, M., “Sección 3. Encubrimiento”, en *Memento penal*, Francis Levebre, Madrid, 2025, pág. 1943. En este punto, resulta de especial interés la STS 198/2012, de 15 de marzo, en relación con un Guardia Civil al que un particular le comunica telefónicamente que en una calle cercana a su vivienda hay un paquete de algo que parece ser hachís. Ante dicha llamada, el agente acude al lugar referido, aduciendo motivos personales en comisaría y, por ende, ocultando que iba a investigarla, y tras encontrar el mencionado paquete, se marcha del lugar con él en mano, se reincorpora a su servicio, sin informar de la llamada recibida ni del presunto paquete encontrado (con respecto al cual no pudo acreditarse que fuera hachís). En la causa contra dicho funcionario policial, se le acusó de un delito del art. 408 CP (por el que finalmente le acaba condenado el Tribunal Supremo), y no de un delito de encubrimiento (por lo que, por principio acusatorio, no puede condenársele por este último ilícito), a pesar de que tanto el Tribunal de instancia como el Supremo reconocen que el agente de la Guardia Civil hizo suya la decisión de ocultar y destruir (según la propia versión que dio el mismo) el paquete.

Atendiendo a estas observaciones, puede deducirse que el favorecimiento real ya incorpora en sí mismo la finalidad de omitir la persecución de los delitos, además de añadir algunos elementos típicos adicionales y de venir castigado con penas más altas, todo lo cual otorga preferencia a la aplicación de este sobre el delito del art. 408 CP⁷⁶⁹.

3.2. Segundo grupo de sujetos activos del art. 408 CP: otros funcionarios públicos admitidos por doctrina y jurisprudencia

Más allá de los funcionarios enumerados en el art. 282 LECrim (jueces, fiscales y agentes de la policía judicial), esto es, de los que indudablemente puede concluirse que ostentan una especial obligación de promover la persecución de los delitos, hay, como ya hemos señalado, toda una constelación de empleados públicos que, de acuerdo con la doctrina mayoritaria y con la jurisprudencia, son titulares también de ese mismo deber y que pueden ser, por tanto, sujetos activos del art. 408 CP en virtud de otras normas especiales que les imponen aquel, incluyéndolo de manera específica como parte de sus funciones.

Verbigracia, precisamente dentro de este segundo grupo de funcionarios obligados a promover la persecución de los delitos, la jurisprudencia ha reconocido que se debe incluir, en primer lugar, a los integrantes de los cuerpos de inspección, pronunciándose particularmente en relación con los Inspectores de Hacienda en las SSTS 22/1979, de 23 de febrero; 1391/2003, de 14 de noviembre; 17/2005, de 3 de febrero; y SSAP Madrid 226/2002, de 11 de abril; Barcelona 6528/2011, de 27 de julio. Dicha proclamación ha sido asumida también a nivel doctrinal⁷⁷⁰ y se ha considerado extensible a otros funcionarios que llevan a cabo actividades de inspección, como los Inspectores de Trabajo⁷⁷¹ (si bien debe advertirse que todavía no hay sentencias que hayan sancionado a

⁷⁶⁹ *Ibidem*, pág. 1943: “en esta modalidad, más que la enumeración de los objetos relacionados con el delito o los verbos típicos, que han solido interpretarse de modo amplio por la jurisprudencia, lo decisivo es el fin («para») al que se dirigen las conductas: impedir el descubrimiento del delito. Se trata, por lo tanto, de una conducta directamente encaminada a evitar el funcionamiento del sistema de persecución penal”.

⁷⁷⁰ MORALES PRATS, F., RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., “Título XIX. Delitos contra la Administración...”, *cit.*, pág. 1667; GÓMEZ TOMILLO, M., “Capítulo II. Del abandono de destino...”, *cit.*, pág. 1551.; HEDO IDOIBE, J.L., “Los delitos de abandono...”, *cit.*, págs. 379-380; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Código Penal...cit.*, pág. 1457; RUBIO LARA, P.A., “Delito de ausencia...”, *cit.*, pág. 5.

⁷⁷¹ Tal extensión hallaría cobertura normativa en el texto del art. 17.3 de la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social: “Si apreciase la posible comisión de un delito, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, por el cauce orgánico que reglamentariamente se determine, remitirá al Ministerio Fiscal relación circunstanciada de los hechos que haya conocido y de los sujetos que pudieren resultar afectados”; así como en el art. 39.2 del Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, dentro del cual se establece que: “La Inspección de Trabajo y Seguridad Social pondrá

estos por el art. 408 CP). Igualmente, existen resoluciones que reconocen la condición de sujeto activo del art. 408 CP de aquellos alcaldes que no dan el tanto de culpa a la Administración pese a detectar indicios de delitos contra la ordenación del territorio (SAP Almería 184/2012, de 22 de mayo; STS 443/2013, de 22 de mayo). Asimismo, hallamos alguna sentencia que condena por omisión del deber de perseguir delitos a un Letrado al Servicio de la Administración de Justicia (STS de 30 de marzo de 1964).

Pues bien, es evidente que en todos los cargos públicos indicados (inspectores, alcaldes, letrados al servicio de la administración de justicia...) la responsabilidad penal por el art. 408 CP se encuentra limitada a los delitos que entran dentro de su función pública (por ejemplo, delitos contra la Hacienda Pública en el caso de los Inspectores de Hacienda⁷⁷²). En realidad, este apunte resulta superfluo, ya que es obvio que la posición de garantía sobre el bien jurídico protegido en el art. 408 CP solo puede existir dentro de los límites marcados por la competencia funcional del sujeto omitente. Dicho de otra manera, un Inspector de Hacienda solo puede afectar a la correcta investigación y persecución de los delitos fiscales, pero no así de otros (por ejemplo, delitos contra la libertad sexual) porque en el ejercicio de sus funciones únicamente se ven implicadas cuestiones relacionadas con aquel grupo de ilícitos penales. Semejante circunstancia contrasta con la realidad de los funcionarios mencionados en el art. 282 LECrim, que ostentan competencias relacionadas con la investigación y persecución de todos los delitos.

Además, a diferencia de estos últimos, el resto de los funcionarios que, según nuestra doctrina y jurisprudencia, poseen un deber específico de promover la persecución de los delitos carecen de las múltiples oportunidades de delinquir de aquellos, que les proporciona el hecho de tener atribuidas numerosas tareas en el marco de la función pública de perseguir e investigar los delitos y a sus responsables. Por el contrario,

en conocimiento del Ministerio Fiscal aquellos hechos que conozca en sus actuaciones y que pudieran ser constitutivos de delitos públicos, comunicándolo a la autoridad correspondiente”.

⁷⁷² Aunque los tribunales no aluden al marco normativo del que emanaría esta especial obligación de perseguir los delitos por parte de los Inspectores, esta puede hallarse en los arts. 95.3, párrafo tercero, y 250.1 y ss. de la Ley General Tributaria, así como en el art. 197 bis y ss. del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos. En todos estos preceptos se alude al deber de la Administración Tributaria, particularmente en los procedimientos de Inspección, de pasar el tanto de culpa al ministerio fiscal y a los órganos judiciales competentes de apreciar indicios delictivos.

funcionarios como los inspectores de hacienda o de trabajo solo incurrirán en el tipo penal del art. 408 CP cuando dejen de poner en conocimiento del ministerio fiscal o de la autoridad judicial aquellos hechos indiciarios de delitos que conocieren a causa del ejercicio de sus funciones. Así concebido, el deber de promover la persecución de los delitos, en el caso de los funcionarios públicos distinto de jueces, fiscales y policías judiciales, únicamente posee un carácter mediato con respecto al bien jurídico del art. 408 CP, pues el deber de perseguir los delitos solo abarca, para aquellos, la obligación de puesta en conocimiento de la *notitia criminis* a las autoridades que sí son directamente competentes para perseguir e investigar los delitos.

Semejante concepción, verdaderamente amplia, del deber de promover la persecución de delitos, llevada a sus últimas consecuencias lógicas, implica que pueda hacerse responsable del art. 408 CP a todo funcionario o autoridad pública que tenga reconocido legalmente el deber de notificar a las autoridades del art. 282 LECrim aquellos hechos dotados de apariencia delictiva que hubiera detectado en el ejercicio de sus funciones públicas y, no obstante, se abstuviera de ponerlo en conocimiento de la Administración de Justicia, cuando de ello se derive la obstaculización o la imposibilidad de perseguirlo conforme a la legalidad⁷⁷³. Consecuentemente y a modo de ejemplo, mediante esta tesis hermenéutica podría castigarse a través del art. 408 CP a aquellos funcionarios dedicados a la enseñanza en colegios o institutos que observaran la posible comisión de delitos contra los menores del centro y no hicieran nada al respecto⁷⁷⁴.

⁷⁷³ En este sentido parece pronunciarse la STS 604/2025, de 1 de julio, que declara que “cualquier funcionario que tenga noticia de un hecho delictivo tiene obligación de promover su persecución (cfr. art. 408 CP)”.

⁷⁷⁴ Ello se debería al deber de comunicación cualificado derivado del art. 16 de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia: Art. 16. “1. El deber de comunicación previsto en el artículo anterior es especialmente exigible a aquellas personas que por razón de su cargo, profesión, oficio o actividad, tengan encomendada la asistencia, el cuidado, la enseñanza o la protección de niños, niñas o adolescentes y, en el ejercicio de las mismas, hayan tenido conocimiento de una situación de violencia ejercida sobre los mismos. En todo caso, se consideran incluidos en este supuesto el personal cualificado de los centros sanitarios, de los centros escolares, de los centros de deporte y ocio, de los centros de protección a la infancia y de responsabilidad penal de menores, centros de acogida de asilo y atención humanitaria de los establecimientos en los que residan habitualmente o temporalmente personas menores de edad y de los servicios sociales. 2. Cuando las personas a las que se refiere el apartado anterior tuvieran conocimiento o advirtieran indicios de la existencia de una posible situación de violencia de una persona menor de edad, deberán comunicarlo de forma inmediata a los servicios sociales competentes. Además, cuando de dicha violencia pudiera resultar que la salud o la seguridad del niño, niña o adolescente se encontrase amenazada, deberán comunicarlo de forma inmediata a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y/o al Ministerio Fiscal. 3. Cuando las personas a las que se refiere el apartado 1 adviertan una posible infracción de la normativa sobre protección de datos personales de una persona menor de edad, deberán comunicarlo de forma inmediata a la Agencia Española de Protección de Datos. 4. En todo caso, las personas a las que se refiere el apartado 1 deberán prestar a la víctima la atención inmediata que precise,

En definitiva, resulta evidente, entonces, que la tendencia doctrinal y jurisprudencial es la de declarar teóricamente que el ámbito de sujetos activos del art. 408 CP debe comprender a todos aquellos que poseen, bien un deber de promover la persecución de los delitos en sentido estricto, bien en sentido mediato o indirecto, relativo a la obligación de mera puesta en conocimiento de la *notitia criminis* a los sujetos incluidos en el primer grupo señalado. Sin embargo, en contra de esta dominante línea interpretativa, se alza TORRES FERNÁNDEZ, quien concluye que:

“Parece más bien que el deber de los funcionarios mencionados se identifica con el de denunciar del art. 262 de la LECrim, cuya infracción da lugar a la imposición de la multa prevista en ese mismo artículo, y que ese deber legal no puede identificarse con el de perseguir delitos, que sólo corresponde a los funcionarios encargados de servir a los entes públicos que tienen atribuidas las competencias en las que se incardinan las actividades de investigación y castigo de delitos en el sentido del tipo (...) Una interpretación semejante extiende en exceso el ámbito de sujetos típicamente relevantes, a costa de la seguridad jurídica en su aplicación y de la confusión del contenido de funciones y competencias públicas que en el Ordenamiento Jurídico aparecen suficientemente diferenciadas”⁷⁷⁵.

Asimismo, MUÑOZ CUESTA parece compartir la misma tesis, por cuanto afirma que, con respecto a los órganos jurisdiccionales, solo los Juzgados de Instrucción pueden incurrir en el art. 408 CP, mientras que:

“Si otros miembros de la Carrera Judicial tuviesen noticia de un delito dentro de su actividad civil, mercantil, social o contencioso administrativo y no lo pusiesen en conocimiento del Fiscal o en su caso otro Juez con competencias en materia penal, no perpetrarían este delito porque dentro de las obligaciones propias de su cargo no están las de perseguir delitos, ello sin perjuicio de otras responsabilidades en que pudieran incurrir por tal omisión al tratarse en todo caso de funcionarios públicos, ya que es distinta la obligación de denunciar, art. 262 párrafo 3º LECrim (LEG 1882, 16), no delictiva, de la de perseguir delitos por quien tiene ese cometido en las obligaciones de su cargo”⁷⁷⁶.

facilitar toda la información de que dispongan, así como prestar su máxima colaboración a las autoridades competentes. A estos efectos, las administraciones públicas competentes establecerán mecanismos adecuados para la comunicación de sospecha de casos de personas menores de edad víctimas de violencia”.

⁷⁷⁵ TORRES FERNÁNDEZ, M.E., “La omisión de perseguir delitos...”, *cit.*, pág. 1772. Por su parte, si bien no se pronuncia expresamente acerca de esta compleja cuestión, ORTS BERENGUER, E., “Consideraciones sobre los delitos...”, *cit.*, pág. 346, indica que este delito “está referido a jueces, fiscales y a los funcionarios señalados en el art. 238 LECrim”, manteniendo así, como TORRES FERNÁNDEZ, una concepción restrictiva del círculo de sujetos activos del art. 408 CP.

⁷⁷⁶ MUÑOZ CUESTA, F.J., “Omisión del deber de perseguir...”, *cit.*, pág. 2.

Pues bien, como se acaba de advertir, la posición jurisprudencial y doctrinal proclive a concebir la obligación de promover la persecución de los delitos de forma amplia, a los efectos de delimitar el círculo de sujetos activos del art. 408 CP, incurre en una discutible extensión de este último. Sin embargo, lo cierto es que, pese a existir dicho riesgo, los tribunales no desarrollan coherentemente su propia tesis, de tal manera que dicha extensión no llega a verificarse. Así pues, pese a proclamarse judicialmente que en el art. 408 CP “lo que se castiga no es dejar de perseguir un delito ya calificado, sino la abstención en el deber de todo funcionario de dar a la *notitia criminis* de cualquier delito el tratamiento profesional que exige nuestro sistema procesal” (STS 443/2013, de 22 de mayo), la realidad práctica pone de manifiesto que semejante forma de definir el tipo penal del art. 408 CP no tiene efectos reales más que sobre dos clases de funcionarios públicos: ciertos inspectores y los alcaldes. Por el contrario, no se castiga al resto de posibles funcionarios públicos que, de acuerdo con esta línea interpretativa, deberían incurrir en el delito del art. 408 CP cuando no comunicaran al ministerio fiscal la *notitia criminis* de un ilícito detectado en su ámbito funcional. Parece, entonces, que no existe un interés político-criminal en reprimir penalmente, de manera general, el incumplimiento de la obligación que ostentan múltiples funcionarios de informar a la Administración de Justicia de hechos indiciariamente delictivos, sino que tal interés se limita a unos pocos servidores públicos.

3.3. Toma de posición: el círculo de sujetos activos del art. 408 CP

En vista de las anteriores consideraciones, creemos, como TORRES FERNÁNDEZ, que es preferible optar por una interpretación restrictiva del círculo de sujetos activos del tipo penal que nos ocupa, que abone por su limitación a aquellos funcionarios públicos que ostentan un deber de promover la persecución de los delitos en sentido estricto, por causa de su incardinación en el proceso penal y de las funciones a ellos atribuidas dentro del mismo. Es decir, a los funcionarios del art. 282 LECrim: jueces de instrucción, fiscales y agentes de la policía judicial. Por supuesto, puede continuar manteniéndose la que constituye la actual tesis dominante e incluir en el ámbito típico del art. 408 CP a todos los funcionarios públicos que estén vinculados por una obligación más amplia, consistente en comunicar los hechos con posible carácter delictivo descubiertos en el ejercicio del cargo. Sin embargo, consideramos que existen razones de peso que aconsejan el abandono de dicha postura mayoritaria.

Para empezar, teniendo en cuenta cómo está siendo aplicada realmente esta, y, sobre todo, el hecho de que no está acarreado responsabilidad penal más que a algunos funcionarios titulares de dicha obligación de transmisión de la *notitia criminis*, seguir defendiendo una concepción amplia de la obligación de perseguir delitos a los efectos del art. 408 CP sirve para perpetuar una desigualdad de trato injustificable hacia distintas clases de funcionarios (en particular, Inspectores de Hacienda y alcaldes). A nuestro modo de ver, o se postula por una aplicación judicial que resulte coherente con la forma de concebir al círculo de sujetos activos del art. 408 CP y, entonces, se defiende que pueda castigarse a través del mismo a cualquier funcionario que incumpla su obligación especial de denuncia, o se interpreta de manera restrictiva dicho círculo de sujetos activos, como sugiere TORRES FERNÁNDEZ. Actualmente y habida cuenta del número nada desdeñable de funcionarios a los que se confieren obligaciones reforzadas de denuncia en múltiples ámbitos competenciales, esta última parece la opción más deseable.

De este modo, desarrollando la interpretación aquí propuesta y llevándola, de nuevo, al ejemplo de los docentes de colegios públicos, si a uno de ellos una alumna le comunica que otro profesor está acosándola o agrediendo sexualmente y, a pesar de ello, no hace nada ni pone en marcha el debido protocolo, el instrumento penal se reserva para aquellos casos en que el delito denunciado está todavía activo (incluyéndose, por supuesto, delitos permanentes o continuados), lo que determina que el papel del docente receptor de la *notitia criminis* sea esencial de cara a impedir que se perpetúe la lesión del bien jurídico libertad sexual de la víctima.

Fuera de estos supuestos, si la víctima denuncia ante el profesor hechos perpetrados hace años por un profesor ya jubilado que no ha vuelto a aparecer por el centro y, por tanto, que ya cesaron, aquel debe todavía comunicar dichos ataques a la Administración de Justicia, pero, de no hacerlo, no incurriría en responsabilidad penal por el art. 408 CP (aunque para casos más graves, aun quedaría disponible la vía del encubrimiento ex art. 451 CP, por ejemplo, si el profesor eliminase los documentos que le proporciona la víctima en los que se incrimina claramente al docente agresor). Y ello se debe a que los funcionarios incluidos en el art. 282 LECrim (es decir, jueces de instrucción, fiscales y agentes de la policía judicial) son los únicos garantes verdaderos de la indemnidad del bien jurídico protegido en el art. 408 CP. En efecto, solo dichos funcionarios pueden, por las funciones atribuidas a los mismos, impedir realmente que prospere la persecución de los delitos y que la víctima acceda eficazmente a la jurisdicción. En otras palabras, que el

docente del segundo ejemplo propuesto no apoye a la víctima del delito ya cesado y no notifique a las autoridades lo sucedido, si bien es ciertamente reprochable y debe acarrear responsabilidad disciplinaria, no creemos que en el actual sistema acogido por el Código penal le suponga responsabilidad penal.

Pese a haberlo traído a colación con respecto a los docentes, este mismo esquema es predicable del resto de funcionarios públicos que tienen atribuido legalmente el deber de notificar hechos indiciariamente delictivos detectados en el ejercicio de sus funciones.

Sin embargo, merece un comentario particularizado el caso de aquellos funcionarios públicos dedicados a labores de inspección en los ámbitos urbanístico y medioambiental. Pues bien, las figuras delictivas recogidas en los arts. 320.1⁷⁷⁷ y 329.1 CP⁷⁷⁸ sancionan modalidades específicas de prevaricación administrativa en los ámbitos urbanístico y medioambiental respectivamente. A su vez, dentro de ambos preceptos se han tipificado modalidades omisivas de comisión consistentes en silenciar la infracción de las normas reguladoras de tales materias, así como en omitir la realización de inspecciones de carácter obligatorio. Salta a la vista el gran parecido existente entre ambos comportamientos típicos con el que resulta sancionado en el art. 408 CP, a pesar de lo cual, los primeros vienen castigados con penas no solo de inhabilitación especial, sino

⁷⁷⁷ Art. 320. 1. CP “La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas de ordenación territorial o urbanística vigentes, o que con motivo de inspecciones haya silenciado la infracción de dichas normas o que haya omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio será castigado con la pena establecida en el artículo 404 de este Código y, además, con la de prisión de un año y seis meses a cuatro años y la de multa de doce a veinticuatro meses”.

⁷⁷⁸ Art. 329. 1. CP. “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 hubiere silenciado la infracción de leyes o disposiciones normativas de carácter general que las regulen, o que hubiere omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio, 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 y la de multa de ocho a veinticuatro meses”. Sobre ambos ilícitos penales, véase: ACALE SÁNCHEZ, M., *Delitos urbanísticos*, Cedecs, Madrid, 1997; GÓRRIZ ROYO, E., *Protección penal de la ordenación del territorio: los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto del art. 319 CP*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003; GÓRRIZ ROYO, E., *Los delitos de prevaricación urbanística*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004; BOLDOVA PASAMAR, M.A., *Los delitos urbanísticos*, Atelier, Barcelona, 2007; GÓRRIZ ROYO, E., *Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., “Conductas omisivas de funcionarios inspectores (en especial, en materia medioambiental y urbanística)”, en *Estudios Jurídicos en memoria de la Profesora Doctora Elena Górriz Royo*, con GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, págs. 821-834; y JAREÑO LEAL, A., “La prevaricación urbanística: tres cuestiones acerca de su aplicación y una reflexión final”, en *Criminal Compliance Programs y mapas de riesgos*, con MATA LLÍN EVANGELIO, A., FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A. (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, págs. 425-458.

también de prisión y multa. E igualmente, resulta llamativo que los arts. 320 y 329 CP sean castigados con más pena que los delitos de los arts. 450 y 412.3 CP (y no solo que el del art. 408 CP), de lo que parece inferirse que se otorga mayor importancia a la evitación y persecución de los delitos urbanísticos y medioambientales que a la concerniente a los restantes ilícitos penales.

Disfuncionalidades, todas ellas, que como señala TOMÁS-VALIENTE provienen de que “no parece existir una explicación plausible a toda esta desconcertante regulación, ni una interpretación que consiga hacerla coherente y eliminar toda disfunción valorativa”⁷⁷⁹. Y, ciertamente, así es, puesto que el verbo típico “silenciar” empleado en los arts. 320.1 y 329.1 CP parece acoger en su significado tanto la no evitación de delitos como la no persecución de los mismos. Razón por la cual, la citada penalista aboga por el hecho de que los delitos ya consumados, con respecto a los cuales solo cabe la persecución (conducta *ex post*), queden extramuros de los arts. 320.1 y 329.1 CP e indica que estos deberían restringirse a situaciones en las que la actuación correcta del inspector hubiera sido idónea para detener la ejecución delictiva en curso, pues solo en estos casos se daría lugar a la cooperación necesaria omisiva que parece estar en la mente del legislador, mientras que, si la inspección detectara una actividad delictiva ya definitivamente cesada, la omisión de denunciar debería reconducirse al art. 408 CP⁷⁸⁰.

En efecto, estamos de acuerdo en que resulta imposible solucionar por vía interpretativa el panorama distorsionador y asistemático arrojado por nuestro Código penal en relación con los tipos penales que sancionan la pasividad funcional ante el fenómeno criminal. Asimismo, coincidimos con TOMÁS-VALIENTE en que, dadas las elevadas penas de los arts. 320.1 y 329.1 CP, es más conveniente dejar fuera de estos la omisión del deber de perseguir delitos de los funcionarios encargados de inspeccionar en materia urbanística y medioambiental.

Sin embargo, disentimos con la misma en entender que deba reprimirse este último escenario a través del art. 408 CP, habida cuenta de que no consideramos que quienes ostentan un deber reforzado de denuncia en el ejercicio de cargos públicos deban ser necesariamente sancionados penalmente por incumplirlo. Por el contrario, tal sanción solo deberá producirse, a nuestro parecer, si todavía puede impedirse la lesión de bienes

⁷⁷⁹ TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., “La responsabilidad omisiva...”, *cit.*, pág. 219.

⁷⁸⁰ *Ídem*.

jurídicos, es decir, si aún cabe la evitación de los delitos. Pues esta función, igual que viene otorgada a los particulares en ciertos casos (art. 450 CP), está con más razón atribuida a los funcionarios con capacidad de detectar en su ámbito hechos delictivos en curso y de comunicarlos al ministerio fiscal. O sea, que los funcionarios sí deben evitar delitos manteniendo un determinado comportamiento (informar de la *notitia criminis* a la Administración de Justicia), pero, fuera de dichos casos, no están más obligados a perseguirlos (es decir, cuando ya no hubiese peligro de inminente lesión para bienes jurídicos) que el resto de los particulares.

Pero es que, por último, debe tenerse en cuenta lo semánticamente cuestionable que resulta afirmar que los docentes (al igual que los alcaldes, los inspectores o cualquier otro funcionario público) que dejan de comunicar una *notitia criminis* al ministerio fiscal han omitido la persecución de un delito, puesto que dichos funcionarios no se ocupan de la tarea de “perseguir” los delitos, sino que solo entran en contacto puntual y tangencialmente con la misma. Precisamente a perseguir los delitos se dedican el ministerio fiscal, los juzgados de instrucción o incluso la policía judicial, razón por la cual se obliga a poner en conocimiento de los mismos la susodicha *notitia*, pues solo ellos pueden (tienen atribuidas las funciones específicas destinadas a tal fin) y, deben (so amenaza de incurrir en responsabilidad penal) perseguir los delitos, gracias a la posición privilegiada que ocupan en el proceso penal. Lo contrario implicaría afirmar que el mismo reproche jurídico-penal merecen los agentes policiales que dejan de tramitar denuncias o los jueces que dictan el sobreseimiento de una causa dolosa e indebidamente (conductas, todas ellas, potencialmente subsumibles en el art. 408 CP), que la falta de notificación de posibles hechos delictivos a dichos funcionarios cualificados, pese a estar estos cualificados para la puesta en marcha del proceso y la investigación de los hechos sustanciados en el mismo.

III. ALGUNOS PROBLEMAS ESPECÍFICOS DE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN EL TIPO PENAL DE OMISIÓN DEL DEBER DE PERSEGUIR DELITOS

1. Consideraciones previas sobre los delitos de infracción de deber

Como se ha señalado al iniciar el presente Capítulo, no hemos dudado en afirmar el carácter de delito especial del tipo penal del art. 408 CP. En efecto, si los ilícitos penales, en función de su distinto grado de apertura para la realización en calidad de autor, se dividen en comunes y especiales, y estos últimos, a su vez, son aquellos que requieren la

conurrencia de determinadas “condiciones, cualidades o relaciones” en el sujeto que realiza la conducta típica para que este sea reputado autor⁷⁸¹, resulta más que evidente que nos hallamos ante un delito especial, puesto que en su texto se requiere la condición de funcionario o autoridad pública que esté obligado a la persecución de los delitos. Delito especial que, a su vez, hemos calificado como “propio”, habida cuenta de que el análisis de su ámbito típico nos ha llevado a la conclusión de que carece de una figura delictiva que pueda erigirse como su correlativo común⁷⁸².

Aunque *a priori* pueda parecer que con estas observaciones iniciales estamos, en realidad, “empezando por el final” el estudio de la autoría y participación en el art. 408 CP, lo cierto es que consideramos necesario aludir, desde el principio, a su carácter de delito especial propio. Al fin y al cabo, un vistazo superficial a los manuales dedicados a la parte general del Derecho penal enseguida nos revela los problemas singulares que arrojan los tipos penales especiales (particularmente los de funcionarios)⁷⁸³, así como el análisis separado que se suele hacer de la autoría y participación en los mismos.

Pues bien, a lo largo de los apartados siguientes, en los que haremos alusión, primero, a las particularidades apreciables con respecto a la autoría del art. 408 CP y, segundo, a las posibilidades de participación en dicho tipo penal, se pondrá de manifiesto que no es posible tratar de aproximarse a tales cuestiones (ni mucho menos de resolverlas) sin hacer alusión, aunque sea de forma superficial, al tradicional “campo de batalla” que históricamente ha existido en el marco del debate doctrinal relativo a la autoría y participación en los delitos especiales. Sin perjuicio de que, al ir pronunciándonos sobre las problemáticas particulares suscitadas en este ámbito por el art. 408 CP, iremos tomando posición acerca de tal discusión doctrinal, consideramos necesario hacer una serie de aclaraciones previas.

En primer lugar, no le falta razón a VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS cuando apunta que, pese a haber sido formuladas toda una serie de teorías concretas sobre la naturaleza de los

⁷⁸¹ SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Derecho Penal...cit.*, pág. 1269.

⁷⁸² MUÑOZ CONDE, F., *Teoría General del Delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pág. 263. En la presente obra se expresa sintéticamente la definición de “delitos especiales propios” compartida por la doctrina mayoritaria en España.

⁷⁸³ La asociación entre delitos especiales y delitos de funcionarios es tal que QUINTERO OLIVARES, G., *Los delitos especiales y la teoría de la participación*, Editorial Cymys, Barcelona, 1974, pág. 29, llega a apuntar: “cabe destacar, además, la importancia del bloque de delitos de funcionarios, que resulta cuantitativamente tan importante que se comprende, hasta cierto punto, el por qué ciertos autores se han limitado, al hablar de los delitos especiales, a hacer referencia a los de funcionarios”.

delitos especiales, lo fundamental es el hecho de que tales teorías hayan pasado de concebirlos desde parámetros puramente formales⁷⁸⁴ a definirlos como “aquellas figuras caracterizadas porque la posición jurídica o fáctica en que el sujeto se halla frente al bien jurídico por consecuencia de cualidades, estados, condicionantes o situaciones reclamadas explícita o implícitamente como elementos esenciales de la norma penal”⁷⁸⁵. En efecto, esta es una premisa fundamental para el estudio aquí emprendido, y que ha sido puesta de manifiesto recientemente por otros muchos penalistas⁷⁸⁶.

En segundo lugar, tal premisa es necesaria, pero no suficiente, para cualquier intento de investigar la autoría y participación en los delitos especiales (y, por ende, en el art. 408 CP). Aclarado que los delitos especiales no pueden delimitarse con base a criterios meramente formales, queda inaugurada la discusión acerca del fundamento material que lleva a la restricción del círculo de autores en aquellos. Dicho en otras palabras y como bien resume GÓMEZ MARTÍN: “¿cuál es la razón material que impulsa al legislador a restringir el círculo de posibles autores de un delito con el objeto de proteger adecuadamente el bien jurídico?”⁷⁸⁷.

⁷⁸⁴ VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., *Los delitos contra la Administración...cit.*, pág. 319 explica que: “en efecto, cuando se dice que aquel implica la existencia de una cierta posición del agente frente al bien jurídico, se está haciendo alusión a un elemento del tipo –la posición– que pone en conexión dos términos distintos (el sujeto y el bien jurídico) y que, por lo tanto, como escribe MAIANI, podría ser analizado con relación a cualquiera de ellos: con relación al sujeto si se tomase como punto de referencia el vínculo existente entre la norma especial y quienes se hallan en la posición misma; y con relación al bien jurídico si se considerasen los elementos que, dando contenido material a la posición, como complejo de poderes y deberes, entran a formar parte del tipo de injusto y adquieren significado de acuerdo con el fin esencial de toda norma jurídico-penal: la protección de bienes jurídicos contra determinadas conductas lesivas o peligrosas. La adopción de la primera de las pautas conduciría a la aceptación de la tesis tradicional que veía en la presencia de un deber jurídico-penal correlativo a la restricción de destinatarios impuesta por la norma el único dato relevante de la estructura de la figura. Una tesis falsa y que, por lo tanto, debe combatirse”. Igualmente, QUINTERO OLIVARES, G., *Los delitos especiales... cit.*, pág. 16-17.

⁷⁸⁵ VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., *Los delitos contra la Administración... cit.*, pág. 314 y ss.

⁷⁸⁶ SILVA SÁNCHEZ, J.M., “Prologo”, en *La responsabilidad en los “delitos especiales”. El debate doctrinal en la actualidad*, con ROBLES PLANAS, R. (Dir.), Editorial B de f, Buenos Aires, 2022, pág. XX, indica que: “en una primera aproximación, la distinción entre delitos comunes y especiales parecería ser únicamente formal. Se relacionaría, entonces, con la redacción de los tipos y podría explicarse en términos de un decisionismo legislativo más o menos fundado que, en todo caso, se vincularía en virtud del principio de legalidad. Sin embargo, desde su inicio, la doctrina de los delitos especiales trató de vincularlos a razones materiales relacionadas con la existencia de deberes especiales subyacentes a determinados tipos legales. Tales deberes especiales afectarían sólo a determinados sujetos (*intranei*), los únicos que estarían en condiciones de infringirlos. Ello, a su vez, conduciría a toda una serie de consecuencias en materia de autoría y participación”. De modo similar, GÓMEZ MARTÍN, V., “Los delitos especiales y el art. 65.3 del Código Penal español”, en *La responsabilidad en los “delitos especiales”. El debate doctrinal en la actualidad*, con ROBLES PLANAS, R. (Dir.), Editorial B de f, Buenos Aires, 2022, pág. 106 y ss., rechaza la delimitación de la categoría de los delitos especiales a través de criterios exclusivamente formales, deteniéndose a analizar cuál puede ser el fundamento material de los mismos.

⁷⁸⁷ GÓMEZ MARTÍN, V., “Los delitos especiales...”, *cit.*, pág. 106.

Es en este punto donde surgen diversas teorías de cuño doctrinal que tratan de resolver dicha cuestión. Ahora bien, aunque la presente tesis doctoral no nos proporciona un espacio adecuado para examinar adecuadamente cada una de las mismas, sí resulta necesario diferenciar entre los tres grandes marcos teóricos en torno a los cuales se divide actualmente el debate. A grandes rasgos, estos vienen conformados por sectores doctrinales que promueven la teoría de los *Pflichtdelikte* (delitos de infracción de deber) creados por ROXIN; la de aquellos otros que defienden el desarrollo que a la misma dio JAKOBS; y, finalmente, la de quienes, partiendo de la crítica a las dos anteriores, formulan diversas hipótesis acerca de los delitos especiales y de su sustrato material, que bien se separan radicalmente de la tesis de ROXIN, bien parecen aceptar en mayor o menor medida las bases de esta.

Nos referiremos, en primer lugar, a los “delitos de infracción de deber” (*Pflichtdelikte*) según la concepción de estos ideada por ROXIN. Sin ánimo de extendernos demasiado, para el insigne penalista, tales delitos funcionarían como una categoría contrapuesta a la de los llamados por él “delitos de dominio” (*Herrschaftsdelikte*), y operarían a modo de instrumento dogmático para superar los problemas que su teoría del dominio del hecho ofrecía para reflejar la realidad formada, en materia de autoría y participación, de ciertos delitos, entre los cuales se hallarían los de funcionario público. En estos, la falta de dominio del hecho no constituiría, a juicio del autor alemán, un elemento relevante para definir la autoría, siendo lo verdaderamente importante, a fin de poder ser autor, ostentar la cualidad requerida por el correspondiente tipo penal⁷⁸⁸.

Desde luego, la propuesta formulada por ROXIN resulta muy sugerente, hasta tal punto que, pese a no haber recibido demasiado predicamento entre la doctrina penalista española, continúa en ocasiones subyaciendo a muchas de las teorías manejadas por algunos de sus miembros. No en vano afirma GIMBERNAT ORDEIG que tal postura goza de

⁷⁸⁸ Para más información de los *Pflichtdelikte*, véase: ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General, Tomo II: Especiales formas de aparición del delito*, Traducción de LUZÓN PEÑA, D.M., PAREDES CASTAÑÓN, J.M., DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., et al., Aranzadi, Navarra, 2014, Aranzadi, Navarra, 2014, págs. 343 y ss. Téngase en cuenta, no obstante, que tal categoría delictiva fue diseñada por primera vez en su obra: ROXIN, C., *Täterschaft und Tatherrschaft*, Walter de Gruyter, Berlín, 1963. Sin embargo, en las reediciones posteriores de la presente obra, el propio autor ha ido modificando sensiblemente los contornos de sus *Pflichtdelikte*. Cabe advertir, asimismo, de que la teoría de los *Pflichtdelikte* nació para ROXIN, como acertadamente explican ROBLES PLANAS, R., RIGGI, E.J., “El extraño artículo 65.3 del Código Penal”, en *La responsabilidad en los “delitos especiales”*. *El debate doctrinal en la actualidad*, con ROBLES PLANAS, R. (Dir.), Editorial B de f, Buenos Aires, 2022, pág. 68: “para solucionar el problema del instrumento doloso no cualificado y poder denominar así autor mediato a la persona de atrás que no domina la voluntad de la de delante, pero que, sin embargo, aparece como figura central del hecho”.

gran atractivo debido a que no carece de todo fundamento, pues “es cierto, en efecto, que en los delitos especiales la infracción del deber juega un papel destacadísimo”⁷⁸⁹. En el mismo sentido, DE LA CUESTA AGUADO destaca que “la teoría de los delitos de infracción de un deber, sin embargo, tiene a su favor, que explica de forma muy gráfica el fundamento de la autoría en los delitos especiales”⁷⁹⁰.

No obstante, en nuestro país, la recepción de la teoría de los *Pflichtdelikte* se ha dado de bruces con una marcada resistencia doctrinal. En efecto, son muchas las críticas formuladas contra esta, provistas de un importante valor teórico y que ponen de manifiesto lo discutibles que son los efectos dogmáticos y político-criminales derivados de la misma⁷⁹¹. De entre las mismas, nos parece especialmente esclarecedora la desarrollada por GRACIA MARTÍN. El citado penalista pone de manifiesto que, pese a que ROXIN no niega que los delitos de infracción de deber produzcan un desvalor de resultado (lesión o puesta en peligro de un bien jurídico), resulta evidente que, si lo decisivo en tales delitos es la infracción del deber extrapenal, no habría más remedio que deducir que lo injusto en los mismos se agota en el desvalor de la acción⁷⁹².

Esta es, en opinión del señalado autor (que aquí, por cierto, suscribimos) la única consecuencia que puede derivarse coherentemente de la construcción roxiniana de los delitos de infracción deber, puesto que, de insistirse en que esta categoría delictiva posee también un desvalor de resultado (al igual que los delitos de dominio), se vendría a reconocer, por lo menos tácitamente, que estos delitos no consisten solo en la infracción de un deber, sino que consisten en algo más: por lo menos, en la producción de un resultado y, cuando así se requiera por el tipo, en que ese resultado derive de una concreta modalidad de acción.

Igualmente, llegando a conclusiones a las que aquí nos sumamos, entiende GRACIA MARTÍN que la infracción del deber constituye un elemento del tipo, pero no su *ratio*

⁷⁸⁹ GIMBERNAT ORDEIG, E. *Autor y cómplice en Derecho Penal*, B de f, Buenos Aires, 2006, pág. 296, nota 2.

⁷⁹⁰ DE LA CUESTA AGUADO, P., “Lección 3º. Autoría y participación en los delitos contra la Administración Pública”, en *Tratado de Derecho Penal español. Parte Especial, III: Delitos contra las Administraciones Públicas y de Justicia*, con ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 91 y ss.

⁷⁹¹ ROBLES PLANAS, R., RIGGI, E.J., “El extraño artículo 65.3...”, *cit.*, pág. 62 y ss., se centran en ejemplificar algunas de las consecuencias adversas de los delitos de infracción de deber a nivel político-criminal.

⁷⁹² GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro en Derecho Penal I, Teoría General*, Secretariado de Publicaciones, Zaragoza, 1985, pág. 333.

essendi, pues esta última deberá hallarse atendiendo a la relación del autor idóneo del delito especial con el bien jurídico protegido (relación en la que, además, no descarta que pueda subrogarse un tercero, formulándose un juicio de equivalencia)⁷⁹³. Y, en cuanto a dicha relación, insiste el mencionado penalista en que no es lo mismo el *status* o rol de un sujeto que la función materialmente realizada por él, siendo esto último lo que en verdad le confiere dominio a aquel, esto es, capacidad de disposición sobre el bien jurídico⁷⁹⁴. Pues bien, lo cierto es que, en España, la práctica totalidad de la doctrina comparte el punto de vista de GRACIA MARTÍN, y, en particular, sus observaciones acerca de que, pese a ser un elemento típico sumamente relevante, la infracción del deber no constituye el rasgo esencial definitorio de los delitos especiales, en los cuales también juega un mayor o menor margen el criterio del dominio⁷⁹⁵.

⁷⁹³ GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro...cit.*, pág. 334. Es visible la influencia de SCHÜNEMANN en el pensamiento de GRACIA MARTÍN, que él mismo reconoce, calificando su teoría de los delitos especiales como “uno de los intentos más ambiciosos y originales de hallar un criterio de equivalencia entre la acción y la omisión”, que pronto extendió a los delitos especiales (*ibidem*, pág. 342), pese a diferir luego en aspectos esenciales con el autor alemán, y llegar a conclusiones distintas. Si se desea ahondar en la tesis de los *Garantensonderdelikte* de SCHÜNEMANN, véase: SCHÜNEMANN, B., “Moderne Tendenzen...”, *cit.*, págs. 787-798; SCHÜNEMANN, B., *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia: con una aportación a la metodología del derecho penal*, Traducción de CUELLO CONTRERAS, J., GRACIA MARTÍN, L., Marcial Pons, Barcelona, 2009; SCHÜNEMANN, B., “Dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico o infracción del deber en los delitos especiales”, en *Revista de Derecho PUCP*, núm. 81, 2018, Traducción de PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, C., págs. 93-112. El presente autor rechaza la vigencia de la teoría de los *Pflichtdelikte* esbozada por ROXIN y defiende, en su lugar, la reconducción de los delitos especiales propios a la teoría del dominio del hecho, que simplemente debe adaptarse a la peculiar realidad formada por aquellos. En concreto, expresa SCHÜNEMANN, B., *Unternehmenskriminalität und Strafrecht: eine Untersuchung der Verantwortlichkeit der Unternehmen und ihrer Führungskräfte nach geltendem und geplante Strafrecht und Ordnungswidrigkeitenrecht*, Heymann, 1979, pág. 93, que: “la posición de autor en todos los delitos especiales (...) presume nada más y nada menos que un dominio de la protección sobre la vulnerabilidad del bien jurídico”. En sentido similar, QUINTERO OLIVARES, G., *Los delitos especiales...cit.*, págs. 39-40, expone que una cosa es lo típico y otra lo antijurídico. Es decir, que el hecho de que la infracción de deber sea un elemento relevante del tipo, por cuanto sirve para delimitar su círculo de sujetos activos y autores, no define el contenido de injusto de los delitos especiales.

⁷⁹⁴ Lo cual explica, a su vez, por qué un *extraneus* puede incluso subrogarse en la posición del *intraneus* y, pese a no ostentar el deber o estatus funcional, atacar a los bienes jurídicos protegidos afectando negativamente a la función que ejerce aquel. En sentido similar, véase JAREÑO LEAL, A., “Los diferentes conceptos de autor...”, *cit.*, pág. 7: “el mayor inconveniente que encuentro en esta práctica jurisprudencial radica en que se decanta por una modalidad de autor por infracción de deber constatando la mera cualidad funcional del sujeto. Por el contrario, debe ser el propio tipo el que contenga las características que le habiliten para su consideración como tal delito (si atendemos a la definición más clásica de esta categoría), y no creo que sea posible afirmar, sin más, que todos los delitos cometidos por los funcionarios públicos son delitos de deber con base en lo dispuesto “de forma genérica” en el art. 103 de la Constitución. El conglomerado de deberes genéricos a los que están sometidos los funcionarios, derivados de dicho art. 103 CE, no puede constituir una fuente directa de garante para *cualquier* empleado público en el ejercicio de *cualquiera* de sus funciones. En mi opinión, una cosa es vulnerar los deberes declarados de forma genérica en el art. 103 de la Constitución lo que, a mi juicio, ocurre en todos, o casi todos, los tipos del Título XIX del Código penal, y otra muy distinta incumplir los concretos deberes que puede describir un tipo penal para el sujeto activo”.

⁷⁹⁵ Como expresa DE LA CUESTA AGUADO, P., “Lección 3º. Autoría y participación...”, *cit.*, pág. 95: la posición más extendida no acoge sin críticas la teoría de los delitos de infracción de deber porque se

Además, de lo comentado por GRACIA MARTÍN, puede deducirse que el actual desarrollo de la teoría de la infracción de deber, impulsado por JAKOBS y que ha reformulado sustancialmente los contornos de los *Pflichtdelikte*, aunque no fue imaginado por ROXIN, sí que supuso, en cierto modo, una evolución natural de la construcción dogmática propuesta por este⁷⁹⁶, dentro de la cual ya latía una cierta “lógica de la acción” (lesión del deber) y no del resultado (lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos)⁷⁹⁷. La particularidad que ha tenido la acogida de este concepto por JAKOBS ha sido su incorporación al modelo normativo y funcionalista del derecho penal defendido por él, y, en España, por su discípulo SÁNCHEZ-VERA⁷⁹⁸, con la que no podemos estar de acuerdo en la presente tesis doctoral.

Ello debido a que, en el pensamiento de JAKOBS, se avala la completa sustitución de la lesión del bien jurídico como esencia del hecho punible por la infracción de deberes⁷⁹⁹, pudiendo concluirse que el fin principal que el penalista alemán persigue con su concepción de la autoría es delimitar esferas de responsabilidad o de incumbencia partiendo de un análisis del comportamiento desde un punto de vista objetivo. Es decir,

considera que, incluso en los delitos especiales que exigen la infracción de un deber aún es necesario “algo más —a la mera infracción del deber—”, que se concreta en la lesión del bien jurídico protegido descrito en el tipo”.

⁷⁹⁶ PEÑARANDA RAMOS, E., “Sobre el alcance del art. 65.3 CP. Al mismo tiempo: una contribución crítica de la teoría de los delitos de infracción de deber”, en *La responsabilidad en los “delitos especiales”: el debate doctrinal en la actualidad*, con ROBLES PLANAS, R. (Dir.), Editorial B de f, Buenos Aires, 2022, pág. 13, denomina a la construcción de JAKOBS, pese a separarse tajantemente de la misma, “un refinamiento, y, en algunos aspectos, un indudable progreso para esta construcción”.

⁷⁹⁷ Usamos aquí, por parecernos especialmente clara, la terminología propuesta por ALCÁZER GUIRAO, R., *¿Lesión de bienes jurídicos o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material de delito*, Atelier, Barcelona, 2003; ALCÁZER GUIRAO, R., “Los fines del Derecho Penal. Una aproximación desde la filosofía política”, en *ADPCP*, Tomo 51, Fasc/Mes 1-3, 1998, págs. 365-588; y ALCÁZER GUIRAO, R., “¿Protección de bienes jurídicos o protección del ordenamiento jurídico?”, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, vol. 7, núm. 11, 2011, págs. 293-335.

⁷⁹⁸ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES, J., *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Marcial Pons, Madrid, 2002; y SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES, J., *El denominado “delito de propia mano”: respuesta a una situación jurisprudencial*, Dykinson, Madrid, 2004; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES, J., “Delito de infracción de deber”, en *La responsabilidad en los “delitos especiales”: el debate doctrinal en la actualidad*, con ROBLES PLANAS, R. (Dir.), Editorial B de f, Buenos Aires, 2022, págs. 288-316.

⁷⁹⁹ JAKOBS, G., *Rechtsgüterschutz? Zur Legitimation des Strafrechts*, BRILL, 2019, pág. 17 y ss.; JAKOBS, G., *¿Protección de bienes jurídicos? Sobre la legitimación del Derecho penal*, Traducción de RODRIGO ALFLEN, P., B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2020; JAKOBS, G., *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Traducción de CUELLO CONTRERAS, J., SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J.L., Marcial Pons, Madrid, 1995, pág. 47 y ss. En efecto, como bien apunta SCHÜNEMANN, B, “Dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico...”, *cit.*, pág. 100: “mientras que ROXIN quería originalmente determinar los delitos de infracción de deber mediante la lesión de un deber especial extrapenal, para JAKOBS se trata de un deber penal en sí mismo, cuya concreta infracción sería idéntica al daño para la vigencia de la norma penal general”.

analizando únicamente si determinado comportamiento constituye una infracción de la norma o un acto socialmente adecuado. El concepto de infracción de deber se convierte así en el criterio determinante de la autoría⁸⁰⁰. De hecho, como bien apuntan ROBLES PLANAS y RIGGI, la tesis jakobsiana propone que cualquier bien jurídico pueda ser lesionado por vía institucional (no organizativa), es decir, basada en la mera constatación de la deslealtad del sujeto para con el bien o la institución⁸⁰¹.

Para acabar, finalizaremos este apartado haciendo alusión a la siguiente crítica de MIR PUIG, dirigida a la visión del Derecho penal promovida por JAKOBS, y que nos parece que expresa muy adecuadamente la razón por la que consideramos necesario distanciarnos de aquel:

“Ésta es una razón importante para oponerse a la propuesta de JAKOBS de prescindir del concepto de bien jurídico y sustituirlo por el de lesión de la vigencia de la norma, que en sí misma —y con independencia de la intención de su autor—, tiene un significado autoritario. El principio de que el Derecho penal sólo puede proteger bienes merecedores de dicha tutela supone una limitación que desaparece cuando no se considera necesario comprobar tal merecimiento de protección, sino que se declara suficiente la infracción de cualquier norma y ésta se convierte —cualquiera que sea su contenido— en el único objeto de protección del Derecho penal. Mientras que el concepto político-criminal de bien jurídico condiciona la legitimidad de una norma penal a que sirva a la protección de valores que la merezcan, la concepción de JAKOBS invierte en cierto modo el planteamiento y convierte la norma en objeto en sí mismo legítimo de la protección penal: la norma pasa de instrumento que necesita ser legitimado por su fin, a fin en sí mismo legitimado”⁸⁰².

2. Cuestiones problemáticas en materia de autoría en el art. 408 CP

⁸⁰⁰ GORRIZ ROYO, E.M., *El concepto de autor en derecho penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 402.

⁸⁰¹ ROBLES PLANAS, R., RIGGI, E.J., “El extraño artículo 65.3...”, *cit.*, pág. 67.

⁸⁰² MIR PUIG, S., “Valoraciones, normas y antijuridicidad penal”, en *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, con DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., ROMEO CASABONA, C.M., GRACIA MARTÍN, L., *et al.* (Ed.), Tecnos, Madrid, 2003, pág. 79. En el mismo sentido, de manera muy elocuente, HASSEMER, W., “¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?”, en *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, con HEFENDEHL, R., VON HIRSCH, A., WOHLERS, W. (Eds.), Traducción de SPÍNOLA TÁRTALO, B., Marcial Pons, Barcelona, 2016, pág. 99: “una prohibición de una conducta bajo amenaza penal que no pudiera remitirse a un bien jurídico sería terror de Estado. Sería nada menos que una intromisión en la libertad humana de actuación respecto a la cual el Estado injerente no puede decir con qué fin la lleva a cabo (...) La intervención en la libertad de conducta no tendría algo que la legitimara, algo de lo que pudiera extraerse su sentido”.

2.1. Algunas aclaraciones previas acerca del concepto de autor asumido en la presente tesis doctoral

Cuando hablamos de autoría y participación nos movemos en el plano de la concreta realización de un hecho delictivo. Es entonces cuando nos preguntamos qué persona o personas han cometido este hecho determinado, y en qué medida ha contribuido cada una de ellas a su realización, en la específica forma en que se ha llevado a cabo. No se trata, entonces, de una pregunta en abstracto, sino que se analiza ya una determinada y precisa comisión delictiva⁸⁰³.

El art. 28 CP distingue, en su párrafo primero, tres clases de autoría: autoría directa, correspondiente a quien realiza el hecho “por sí solo”; coautoría, cuando el hecho es realizado “conjuntamente”; y autoría mediata, si el hecho es llevado a cabo por medio de otro del que se sirve como instrumento. Tal precepto, como puede observarse, opta claramente por un concepto restrictivo de autor⁸⁰⁴, que permite mantener la vigencia del principio de accesoriedad de la participación, a la vez que resulta compatible con la extensión de la pena de los autores a ciertos partícipes⁸⁰⁵. Esta última precisión es necesaria por cuanto, como aprecia MUÑOZ CONDE: “una cosa lo que, a efectos de pena, el Código penal considera autores y otra cosa es lo que desde un punto de vista conceptual puede entenderse como tal. No toda conducta de intervención en el delito puede considerarse como autoría del mismo, aunque sí pueda castigarse con la misma pena en los casos en que la participación tenga la misma gravedad, aunque distinta entidad conceptual que la autoría”⁸⁰⁶.

Ahora bien, como aprecia MIR PUIG, las opiniones se dividen a la hora de precisar el criterio que debe decidir cuándo concurre una contribución de autor y cuándo una de

⁸⁰³ ORTS BERENGUER, E., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Introducción al Derecho Penal...cit.*, pág. 141. Es menester incluir aquí la aclaración efectuada por GORRIZ ROYO, E.M., *El concepto de autor... cit.*, pág. 71, quien afirma que no debe confundirse la explicación hecha por los presentes autores con una cuestión diferente, cual es la de que los arts. 28 y 29 CP no tienen en cuenta la culpabilidad, por tanto, más bien aluden a categorías de personas responsables del delito en abstracto, sin considerar si devienen o no responsables en concreto.

⁸⁰⁴ Sobre el concepto restrictivo de autor, acogido prácticamente de forma unánime por la doctrina española, véase, a título ejemplificativo: RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Comentarios al Código Penal, Tomo I*, Civitas, Madrid, 1997, pág. 802; y DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *La autoría en derecho penal*, PPU, Barcelona, 1991, pág. 407 y ss.

⁸⁰⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Derecho Penal español. Parte General*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 386.

⁸⁰⁶ MUÑOZ CONDE, F., *Teoría General...cit.*, pág. 216.

partícipe⁸⁰⁷, pues es en este punto donde se generan mayores divergencias doctrinales. En concreto, se distinguen varias corrientes doctrinales distintas, de entre las cuales solo nos centraremos, aunque muy superficialmente (por exceder esta cuestión del objeto de la presente tesis doctoral) en las teorías objetivo-formales y la teoría del dominio del hecho. Si bien, cabe advertir al lector acerca de que nuestros comentarios no incidirán en todas y cada una de las distintas variantes que se han concebido de estas teorías, sino que únicamente se limitarán a una referencia general de los rasgos fundamentales de las mismas. En esta tarea de síntesis, ya adelantamos que seguiremos principalmente el estudio realizado por DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, que nos parece especialmente claro, tanto en su forma de abordar teóricamente como de valorar críticamente ambas construcciones doctrinales referentes a la autoría.

Pues bien, en primer lugar, el citado penalista, pese a hacer una distinción entre las dos principales versiones de las teorías objetivo-formales, concluye que estas engloban todas aquellas tesis en virtud de las cuales se define como autor a aquel que ejecuta (total o parcialmente) la acción descrita en los tipos de la parte especial. Asimismo, también insiste en que, de entre los reproches dirigidos contra esta construcción, el más contundente es aquel que indica que las teorías objetivo-formales no son capaces de explicar la autoría mediata de manera satisfactoria⁸⁰⁸. En efecto, dicha crítica ha sido responsable, en gran parte, del creciente abandono doctrinal que en nuestro país han sufrido recientemente las teorías objetivo-formales⁸⁰⁹. No en vano comienza GIMBERNAT ORDEIG su célebre monografía “Autor y cómplice en Derecho Penal” advirtiendo ya que “hasta el advenimiento de la doctrina del dominio del hecho, la tesis objetivo-formal ha sido la absolutamente dominante en la doctrina científica alemana”⁸¹⁰.

No obstante, y sin ánimo de profundizar en este complejo problema, compartimos con DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO la apreciación de que el rechazo a las teorías objetivo-formales no es conveniente solo debido a su incapacidad para fundamentar adecuadamente ciertas

⁸⁰⁷ MIR PUIG, S., *Derecho Penal...cit.*, pág. 381.

⁸⁰⁸ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *La autoría...cit.*, págs. 411 y 466.

⁸⁰⁹ Si bien es cierto, que VIVES ANTÓN, T.S., *Libertad de prensa y responsabilidad criminal (La regulación de la autoría en los delitos cometidos por medio de la imprenta)*, Universidad Complutense de Madrid, 1977, págs. 181-189, logra responder suficientemente a los autores que esgrimen tales críticas, hasta el punto de que desarrolla una variante de la teoría objetivo-formal que destaca por explicar por qué el autor mediato de un delito sí ejecuta el tipo.

⁸¹⁰ GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y cómplice...cit.*, pág. 6.

formas de autoría, sino más bien porque no ha de considerarse autor a todo aquel que ejecuta actos típicos. Por el contrario, y siguiendo a este penalista, únicamente debe considerarse autor a quien más directamente ataque la norma directa de prohibición (o mandato) de conductas contenida en cada tipo de delito: solo esa conducta merece y necesita (en la propia valoración legal) el más alto grado de responsabilidad: el que esa responsabilidad sea autónoma y no dependiente de la cualidad de la acción de ningún otro sujeto. Por ello, en definitiva, para ser autor no bastará con ejecutar cualquier acción típica, sino, en aquellos casos que el tipo describa más de una, aquella acción típica que pueda calificarse de “nuclear”, atendiendo a distintos factores: la que más directamente realice el injusto típico, la que la ley tenga una necesidad más perentoria (urgencia) de impedir, la que de modo directo (que no significa inmediato) lesione o ponga en peligro (en el peligro descrito por el tipo) el bien jurídico protegido en el tipo, etc., pues todo ello son factores o facetas de una misma idea material)⁸¹¹.

Ahora bien, el hecho de que DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO se separe de las teorías objetivo-formales por el motivo expuesto, no le lleva a asumir acríticamente la teoría del dominio del hecho en su concepción original⁸¹². Por el contrario, y sumándose (aunque con matices) a la teoría de la “determinación objetiva y positiva” creada por su maestro LUZÓN PEÑA, acaba avalando una versión bastante restrictiva de la teoría del dominio del hecho, la cual tiene como ventaja impedir que esta degenere en un concepto extensivo de autor. Razón por la cual, el propio DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO se muestra tajante en su afirmación de que, por ejemplo, en el caso de los delitos de robo, los sujetos que realizan meras conductas de vigilancia no pasan de ser meros partícipes⁸¹³. Difiere así su postura, en mucho, de la versión de la teoría del dominio del hecho manejada habitualmente por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo y que, justamente, incurre en el riesgo apuntado de avalar un concepto extensivo de autor⁸¹⁴.

La exigencia de que el autor determine objetiva y positivamente el hecho implica que aquel se halle en la posición de control del hecho, aislada o conjuntamente con otras

⁸¹¹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *La autoría...cit.*, págs. 513 y 532.

⁸¹² MAURACH, R., *Tratado de Derecho...cit.*, pág. 343, resume a la perfección el sentido de la teoría del dominio del hecho cuando expresa que quien es autor lo es porque tiene dolosamente en sus manos el curso del suceder típico.

⁸¹³ Así puede comprobarse en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *La autoría...cit.*, pág. 681 y ss.

⁸¹⁴ Nos remitimos, en este punto, al estudio jurisprudencial realizado por JAREÑO LEAL, A., “Los diferentes conceptos de autor...”, *cit.*

personas, sobre la producción del resultado, pudiendo decidir positivamente el si y el cómo de la misma⁸¹⁵. Así, en virtud de la noción de autor esbozada por este penalista y basada en tal exigencia, a la que aquí nos adherimos, solo podrá calificarse como tal a aquel sujeto que, reuniendo los elementos personales o especiales de la autoría exigidos por algunos tipos y cumpliendo el resto de los elementos del tipo, solo e inmediatamente (autor inmediato individual, concurren o no otros intervinientes), a través de otro al que utiliza como instrumento (autor mediato), o mediante la actuación conjunta con otros (coautor) domina el hecho, es decir, determina objetiva y positivamente el curso del suceso⁸¹⁶.

Aunque no está exenta de reproches, la tesis recién resumida nos parece la que más exitosamente consigue eludir las críticas efectuadas contra las teorías objetivo-formales, al mismo tiempo que evitar convertirse en las versiones más discutibles, por su tendencia a fijar un concepto extensivo de autor, de las teorías del dominio del hecho. Además, la presente teoría tiene la ventaja de servir también para comprender la estructura de delitos como el art. 408 CP, en los que, pese a ser un requisito del tipo ciertamente importante el ostentar la titularidad de determinado deber, no es esta su *ratio essendi*, que debe seguir cifrándose en términos de dominio. A esta cuestión nos volveremos a referir más adelante, en el epígrafe relativo a las formas de participación admitidas por el art. 408 CP.

2.2. Formas de autoría concebibles en relación con el art. 408 CP

La primera categoría de autor, referente a la autoría inmediata o directa, es, desde luego, la menos problemática de las tres mencionadas en el art. 28 CP, incluso hallándonos como nos hallamos ante un delito especial⁸¹⁷. En efecto, en la medida en que el art. 408 CP es un delito especial, será autor directo o inmediato aquel sujeto que ostente la

⁸¹⁵ El desarrollo de esta concepción de la teoría del dominio del hecho se lleva a cabo principalmente en: LUZÓN PEÑA, D.M., “La determinación objetiva del hecho. Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado”, en *ADCP*, 1989, págs. 889-913; y LUZÓN PEÑA, D.M., “Autoría e imputación objetiva en el delito imprudente: valoración de las aportaciones causales (Comentario a la Sentencia TS 27-1-1984)”, en *Derecho Penal de la Circulación (Estudios de la jurisprudencia del Tribunal Supremo)*, 1985, págs. 83-106. Se suma a ella expresamente, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *La autoría...cit.*, pág. 627.

⁸¹⁶ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *La autoría...cit.*, pág. 627. Igualmente, en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “Autoría y participación”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, núm. 10, 2008, pág. 19.

⁸¹⁷ Coincidimos con el punto de partida seguido por SCHÜNEMANN, B., “El dominio sobre el fundamento del resultado...”, *cit.*, págs. 986-987, en virtud del cual “son los tipos de la Parte Especial que describen el hecho los que, de ese modo, caracterizan como autor a quien pertenece a esta descripción”. Así pues, las descripciones de la autoría directa o inmediata (individual) que se hallan en los tipos penales en particular, contienen la clave para delimitar las restantes formas de autoría.

condición de funcionario o autoridad pública con especial obligación de promover la persecución de los delitos (*intraneus*) que inobserve tal deber sin intermediarios, en solitario y sin aprovechamiento de ninguna otra persona⁸¹⁸, vulnerando los bienes jurídicos protegidos en aquel precepto, de modo que el sujeto aparezca como protagonista de su propio hecho⁸¹⁹.

Más conflictiva resulta la cuestión de si puede apreciarse coautoría en el delito del art. 408 CP calificando como tal los supuestos en los que dos *intranei*, es decir, en el caso del tipo penal que nos ocupa, dos funcionarios públicos con obligación de perseguir e investigar los delitos, acuerdan incumplir tal obligación, siendo conscientes del daño que generará tanto al correcto y legal funcionamiento de la Administración de Justicia, como a las víctimas o personas denunciantes. A modo de ejemplo, piénsese en que dos agentes de la Policía Local, adscritos a la única comisaría existente en un municipio, compartiesen el plan de dejar de tramitar sistemáticamente todas las denuncias que se pretendan interponer por determinados delitos (ej. delitos de violencia de género o delitos de odio contra colectivos vulnerables).

No hallamos, en fin, ningún motivo para rechazar la coautoría en el tipo penal del art. 408 CP. Pues, si bien es cierto que, como apunta SILVA SÁNCHEZ, esta forma de autoría es solo muy limitadamente posible en los delitos omisivos puros, con respecto a los cuales, lo que se produce cuando cada omitente incumple su deber es una situación de autoría paralela⁸²⁰, al hallarnos ante una omisión de gravedad intermedia a la que nos hemos decidido a calificar, de manera amplia, como comisiva omisiva y teniendo en cuenta la amplitud con la que viene definida la conducta típica del art. 408 CP, no puede descartarse en este la coautoría, puesto que es perfectamente concebible que el deber de

⁸¹⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Derecho Penal...cit.*, pág. 387.

⁸¹⁹ MIR PUIG, S., *Derecho Penal...cit.*, pág. 385.

⁸²⁰ SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Derecho Penal...cit.*, pág. 1281: “el acuerdo de varios *intranei* para infringir de modo simultáneo o sucesivo sus respectivos deberes con ocasión de una concreta situación de riesgo se integra en esta segunda figura y no en la coautoría”. La observación efectuada por el citado penalista es especialmente relevante en relación con el art. 408 CP, puesto que el hecho de que la jurisprudencia mayoritaria, impulsada por el Tribunal Supremo, lo califique como un delito de omisión pura puede ser el motivo por el que este último no haya apreciado coautoría en ningún proceso planteado en relación con el art. 408 CP. En efecto, aunque no la descarta de modo expreso en ninguna de sus resoluciones sobre el tipo penal que nos ocupa, sí resulta claro que opta por castigar a los distintos funcionarios, que han permanecido pasivos ante la comisión de delitos, de manera separada en calidad de autores. Así puede comprobarse en las SSTS 1699/2001, de 1 de octubre; 330/2006, de 10 de marzo; 470/2006, de 28 de abril.

perseguir delitos recaiga en varios sujetos conjuntamente. De modo que, en aquellos casos en los que la única forma de dejar de perseguir un delito sea mediante la suma de aportaciones, realizada de mutuo acuerdo, entre los funcionarios titulares conjuntamente de tal deber, cabrá la coautoría.

Por supuesto, esto implica que para poder apreciar coautoría en relación con el art. 408 CP será necesario tener en cuenta el sistema de reparto de competencias existente entre los funcionarios policiales omitentes, así como las tareas que ha realizado cada uno de ellos y que han terminado conduciendo a la vulneración del bien jurídico protegido en el art. 408 CP. Verbigracia, piénsese en que, para lesionar tal valor y dejar de promover la investigación o denuncia de un delito, fuera necesaria la firma por parte de varios funcionarios de un mismo documento⁸²¹. O, asimismo, otro supuesto de coautoría podría ser planteado en el caso de una brigada policial formada por dos agentes policiales que estuviera encargada de detener a un reo o preso preventivo fugado que se halla en búsqueda y captura. Si ambos sujetos vieran al individuo fugado y decidieran irse y no hacer nada (por ejemplo, porque les queda poco para acabar su turno y saben que eso alargaría irremediablemente su jornada), su comportamiento omisivo bien podría calificarse de coautoría y no de autoría paralela, pues ambos policías compartían un deber de detención que requería de su actuación conjunta y simultánea.

Queda todavía por resolver una relevante cuestión: ¿qué ocurre si en el reparto de funciones acordado entre los funcionarios omitentes uno de ellos se limita a realizar meras funciones de vigilancia? En este caso, no debe confundir al lector el hecho de que nos hayamos sumado a teoría del dominio del hecho para definir la autoría (y, por ende, también la coautoría), puesto que debe recordarse que la variante de tal teoría ideada por LUZÓN PEÑA y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO sirve para defender un concepto restrictivo de autor, hasta el punto de que este último penalista se pronuncia expresamente descartando que quien desarrolla meras funciones de vigilancia en un delito pueda ser calificado como

⁸²¹ A modo de ejemplo, los miembros de una oficina judicial (funcionarios encargados de la gestión y tramitación procesal, letrados al servicio de la administración de justicia y jueces) pueden perfectamente ponerse de acuerdo para dejar de perseguir ciertos delitos. Dado que, interpuesta una denuncia ante un juzgado de guardia, la misma pasa por manos de cada uno de dichos sujetos (que examinarán la denuncia hasta transmitírsela al juez, fin de la cadena competencial que decide sobre la admisión o inadmisión de aquella), la actuación conjunta de ellos, en este caso, sí podría constituir un supuesto de coautoría del art. 408 CP. Si bien debe tenerse en cuenta que esta conclusión depende, a su vez, de reconocer como *intranei* de dicho tipo penal a aquellos funcionarios distintos del juez instructor que componen una oficina judicial, posición que, como ha podido verse, no es la que mantenemos en la presente tesis doctoral, aunque sí es la mayoritariamente sostenida por doctrina y jurisprudencia.

autor. Solo será, a lo sumo, un mero partícipe, puesto que —y llevando ya el presente escenario al art. 408 CP—, si un solo funcionario es capaz de dejar de perseguir el delito efectivamente (por ejemplo, borrando electrónicamente los registros de la denuncia interpuesta por un particular), ello implica que, en puridad, el incumplimiento del deber y la vulneración del bien jurídico que este conlleva dependían únicamente de él. Es decir, que la conducta del vigilante ha sido puramente facilitadora de la del autor, pero no puede decirse que, para vulnerar el bien jurídico del art. 408 CP, haya hecho falta la suma de aportaciones funcionales de igual entidad por parte de ambos⁸²².

Finalmente, cabe puntualizar que no es posible articular la coautoría en delitos especiales entre el *intraneus* y el *extraneus*, pues en este último no se dan las exigencias precisadas por el tipo penal⁸²³. Y esta precisión debe servirnos tanto para descartar la coautoría en casos en los que el *extraneus* es un particular, como también en aquellos otros en los que sí se trata de un funcionario o autoridad, pero no tiene atribuido el deber especial de promover la persecución delictiva.

Parece tener también cabida teórica en el art. 408 CP la autoría mediata⁸²⁴, pues es posible concebir el hipotético supuesto de que un funcionario público se sirva de otro, por ejemplo, a través del engaño, para dejar de perseguir delitos. Vemos, en el presente ejemplo, que concurren aquellos elementos definitorios de la autoría mediata sobre los que existe consenso doctrinal: el autor mediato, denominado también “el hombre de atrás”, realiza la conducta como propia mediante la instrumentalización de un sujeto

⁸²² Consigue así eludirse uno de los efectos más reprochados (con razón) a las teorías del dominio del hecho, cual es la de su extensión prácticamente ilimitada de lo que se termina entendiendo por “autor”. Especialmente claros en su crítica a la teoría del dominio del hecho y, en particular, a sus consecuencias en materia de coautoría: GIMBERNAT ORDEIG, E. *Autor y cómplice...cit.*, pág. 219; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., MIRA BENAVENT, J., “II. Comentario primero. Autoría o participación en determinados supuestos de vigilancia (Comentarios a la STS de 21 de febrero de 1989)”, en *Poder Judicial*, núm. 27, 1992, pág. 193; GIMBERNAT ORDEIG, E., “Autor y cómplice en Derecho Penal. Medio siglo después”, en *Jueces para la democracia*, núm. 81, 2014, pág. 61: “las definiciones del dominio del hecho —porque no hay una definición, sino muchas definiciones de esa teoría— son tan ambiguas y carentes de contornos precisos que —sea la que sea la definición que elijamos— no es posible subsumir en ellas con una mínima seguridad (jurídica) de entre las inabarcables variantes con las que en la vida real se pueden presentar las distintas contribuciones de las personas que intervienen en un hecho delictivo, quién tiene y quién no tiene el dominio del hecho, y, por consiguiente, quién es autor y quién es sólo partícipe (ejecutivo, cooperador necesario, cómplice o inductor)”.

⁸²³ ORTS BERENGUER, E., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Compendio de Derecho Penal...cit.*, pág. 317.

⁸²⁴ No ahondaremos, en el presente trabajo, en el concepto y las problemáticas asociadas a la figura de la “autoría mediata”. Sobre tales aspectos véase: RODRÍGUEZ MOURULLO, G., “El autor mediato en Derecho Penal español”, en *ADCP*, vol. 22, núm. 3, 1969, págs. 461-488; y BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata en Derecho Penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.

manipulado o inducido a error (instrumento ciego) para ejecutar materialmente el hecho⁸²⁵. De este modo, tal y como indica RODRÍGUEZ MOURULLO: “la noción de autoría mediata responde a una realidad sustancial: la de que los hombres pueden realizar ciertos hechos a través de otras personas que actúan como instrumentos. La interposición de estas personas no impide en absoluto que aquellos hechos aparezcan también entonces como obra del hombre que actúa desde detrás”.

Así, en el anterior escenario, el superior jerárquico de la comisaría podría ser el que diera la orden de archivar las denuncias a otro agente policial que, dado que se encarga normalmente de otras funciones y confía en el criterio profesional de aquel, actúa según su indicación, pese a ser ilícita, movido por el error en que el superior le ha colocado. O que, en un procedimiento abreviado, el fiscal encargado de la investigación pre-instructora, *ex art. 773 LECrim*, instase del juez de instrucción la incoación del procedimiento, pero omitiendo datos o falseando estos con la intención de que este, engañado, aprecie que no hay indicios de delito que justifiquen instruir un proceso. Dicho todo esto, y aunque teóricamente es concebible (tanto si el instrumento es un *intraneus* como un *extraneus*⁸²⁶) la realidad es que no encontramos en la jurisprudencia ningún caso de omisión del deber de perseguir delitos cometido por autoría mediata.

Más polémicos resultan aquellos casos en los que el autor directo (instrumento) no actúa ciegamente, sino de forma plenamente consciente y buscando producir el resultado lesivo para el bien jurídico del art. 408 CP. Por supuesto, nos referimos a supuestos en los que el instrumento es un *extraneus*, ya que, de tratarse de otro sujeto cualificado, simplemente habría una inducción por parte del agente que da la orden y una autoría directa por el funcionario que la ejecuta. La dificultad estriba, entonces, en resolver aquellos escenarios caracterizados porque el ejecutor (sujeto de delante) interviene en el delito especial con total libertad y pleno conocimiento de los designios del sujeto de detrás, pero no ostenta la cualidad personal exigida en el delito especial (es decir, es un *extraneus*). En tal situación, dicho sujeto no puede realizar el tipo, de acuerdo con su formulación legal, ni, en consecuencia, se le puede impugnar el hecho en calidad de autor. Ello impide, así mismo, que al instigador (*intraneus*) —sujeto de detrás— se le

⁸²⁵ ORTS BERENGUER, E., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Compendio de Derecho Penal...cit.*, pág. 317.

⁸²⁶ En estos casos, el instrumento estaría incurriendo en un error de tipo (art. 14.1 CP), y, dado que el tipo penal del art. 408 CP no sanciona su comisión a título de imprudencia, la concurrencia de aquel error llevaría a la atipicidad de la conducta del instrumento ciego.

castigue como inductor, dado que no puede haber partícipe sin autor. Como puede apreciarse, lo cierto es que sí concurren la totalidad de los elementos del tipo penal, pero repartidos entre ambos sujetos: el *intraneus* reúne los elementos objetivos de autoría y el *extraneus* ejecuta la acción típica. Esta “escisión de los elementos del tipo” es lo que caracteriza a los supuestos denominados por la doctrina como “instrumento doloso no cualificado”⁸²⁷.

Sin ánimo de profundizar en el debate doctrinal suscitado en torno a la calificación jurídica que merecen estos supuestos de instrumento doloso no cualificado, nos adherimos aquí a la propuesta teórica que apuesta por la aplicación a estos casos del art. 31 CP⁸²⁸. Precisamente porque tal precepto permite sortear la laguna punitiva provocada por aquella figura: el representante que ha cometido la conducta material lesiva responderá, gracias al art. 31 CP, aunque carezca de las condiciones o cualidades del tipo⁸²⁹. De hecho, para un sector autorizado de la doctrina, esta cláusula otorga a los actuantes en lugar de otro, *extranei*, la categoría de *intranei*, posibilitando su imputación a título de autor⁸³⁰. No obstante, coincidimos con la apreciación que realiza COLOMER BEA cuando apunta que “una cosa es negar que el fundamento de los delitos especiales radique en el estatus que ostenta el *intraneus* (...) y otra muy distinta es privar de valor a dicho estatus cuando el *extraneus* interviene como autor en un delito especial”⁸³¹.

⁸²⁷ COLOMER BEA, D., “Los supuestos de instrumento doloso no cualificado: ¿actuación en nombre de otro, autoría mediata o comisión por omisión?”, en *Estudios Jurídicos en memoria de la Profesora Doctora Elena Gorriz Royo*, con GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 238.

⁸²⁸ Art. 31 CP: “El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre”. En contra de recurrir a este precepto para solventar la laguna punitiva generada por los supuestos de instrumento doloso no cualificado se halla SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Derecho Penal...cit.*, pág. 1282.

⁸²⁹ MOLINA FERNÁNDEZ, F., “Capítulo 14. Autoría y participación delictiva”, en *Memento Penal*, Francis Lefevre, Madrid, 2025, págs. 406-407. En relación con este precepto, resulta interesante la puntualización que hace SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Derecho Penal...cit.*, págs. 1276-1277: “no es infrecuente que esta cláusula se entienda como relativa únicamente a la responsabilidad de personas físicas por delitos especiales cuyas condiciones de autoría recaen sobre personas jurídicas. Ciertamente, en algunos países ese es su alcance. Sin embargo, en el caso español esta forma de responsabilidad constituye solo la mitad de su contenido real; la otra mitad se refiere al caso del *extraneus* que actúa por un *intraneus* persona física”.

⁸³⁰ MOLINA FERNÁNDEZ, F., “Capítulo 14. Autoría...”, *cit.*, págs. 406-407; GÓMEZ MARTÍN, V., “La actuación por otro y la participación de *extranei* en delitos especiales”, en *Nuevas tendencias en política criminal: una auditoría al Código Penal español de 1995*, con GÓMEZ MARTÍN, V., CORCOY BIDASOLO, M., MIR PUIG, S. (Coord.), Editorial Reus: B de F, Barcelona, 2006, pág. 213.

⁸³¹ COLOMER BEA, D., “Razones para atenuar la pena del *extraneus* que interviene como autor”, en *Diario La Ley*, núm. 8821, 2016, pág. 5.

Es decir, y según el citado autor, dado que la cláusula de actuación en lugar de otro tiene por finalidad evitar que los hechos tipificados como delitos especiales queden impunes por no haber intervenido en ellos como autor el sujeto que reúne las condiciones, cualidades o relaciones personales señaladas en el correspondiente precepto legal, el efecto que debe atribuírsele a dicha cláusula es el de extender la autoría a aquellos otros sujetos que no poseen tales condiciones, pero que llevan a cabo la conducta típica. En ese caso, y siempre que la actuación se enmarque en alguna de las relaciones que señala el art. 31 CP, el *extraneus* se convierte en “autor” del delito especial, no en *intraneus*⁸³².

Semejante interpretación, que apuesta por considerar al art. 31 CP como una cláusula que permite la extensión de la autoría en los delitos especiales propios al *extraneus* que dolosamente ejecuta la acción típica vedada al *intraneus*, quien se limita a instigar su comportamiento, nos parece la más adecuada, además de ser plenamente aplicable al caso formado por el art. 408 CP. Así pues, el instrumento doloso no cualificado que deje de promover la persecución de un delito por encargo del funcionario público verdaderamente competente de tal labor deberá ser castigado, en virtud del art. 31 CP, como autor directo del tipo penal que nos ocupa⁸³³, mientras que al *intraneus* le corresponderá el castigo como inductor.

3. Cuestiones problemáticas en materia de participación del art. 408 CP

3.1. ¿Es punible la participación de los extranei en el tipo penal de omisión del deber de perseguir delitos?

⁸³² *Ibidem*, pág. 6. Además, el mencionado penalista (COLOMER BEA, D., “Los supuestos de instrumento doloso...”, *cit.*, pág. 248), argumenta muy claramente por qué es preferible optar por la calificación como “autor” del *extraneus*-instrumento doloso no cualificado, en lugar de recurrir a las figuras de la autoría mediata o la comisión por omisión: “el problema es que en los delitos especiales no todas las personas reúnen las condiciones para ser sujeto activo, lo que, en principio, se requiere para realizar el hecho delictivo y, en consecuencia, para poder ser autor del delito. En esto se basan tanto la construcción de la autoría mediata a través de instrumento doloso no cualificado como la solución alternativa de la comisión por omisión. En ambos casos, se busca el modo de fundamentar la autoría del *intraneus*-instigador, tomando en cuenta que solo él puede ser sujeto activo del delito. Se dice, así, que el *intraneus* posee el dominio social o normativo del hecho, que infringe el deber especial contemplado en la norma incriminadora, que le pertenece el delito o que es garante del bien jurídico lesionado o puesto en peligro. La realidad, sin embargo, es que en los supuestos de instrumento doloso no cualificado el *extraneus* tiene el dominio del hecho, en tanto en cuanto ejecuta la acción típica con plena consciencia y libertad”.

⁸³³ Cuestión distinta, y ciertamente compleja, es si dicho *extraneus*-autor del delito en virtud del art. 31 CP merece además una atenuación de pena por no reunir la cualidad personal requerida por el tipo para ser autor. Sobre tal posibilidad se ha pronunciado afirmativamente: COLOMER BEA, D., “Razones para atenuar...”, *cit.*

Debemos comenzar este apartado aclarando que nuestro análisis de las cuestiones problemáticas en materia de participación en el art. 408 CP parte de la siguiente premisa: hallándonos como nos hallamos, ante un delito especial propio, resulta ajustado afirmar, de acuerdo con la doctrina dominante en este extremo, que aquellos *extranei* (particulares o funcionarios no competentes para perseguir delitos) que intervengan en su comisión no podrán ser calificados nunca como autores, sino solamente, y a lo sumo, como partícipes del mismo⁸³⁴.

Ahora bien, la cuestión de si declarar punible o no el comportamiento de los *extranei* que intervienen en un hecho delictivo en calidad de partícipes ha sido largamente discutida. Un autorizado sector doctrinal ha argumentado que, al consistir los delitos especiales en ilícitos que giran en torno a la infracción de un deber extrapenal, la conducta de cualquier individuo que no ostenta la titularidad de aquella obligación debe quedar impune. Los defensores de dicho sector, a su vez, alcanzan conclusiones diferentes en función de si suscriben o no la teoría de los delitos de infracción de deber según el desarrollo dado a la misma por JAKOBS. E, incluso, dentro del grupo de autores que rechaza la participación de extraños en los delitos especiales definidos a través de un deber —asumiendo la descripción de estos que realiza ROXIN—, pero sin que ello suponga su aceptación de la teoría ideada por JAKOBS, hay divergencia de opiniones acerca de la extensión que debe dársele a tal categoría.

Hemos aclarado ya, al principio del presente Capítulo, que nos separamos de la teoría de los delitos de infracción de deber de JAKOBS por las razones que se han dejado señaladas. Nos parece más pertinente, por tanto, centrarnos aquí en este último grupo de autores mencionado, el cual, si bien no rechaza de pleno (o directamente acepta) la categoría de delitos de infracción de deber según la concibió ROXIN, disiente en cuanto al grupo de delitos concretos que compondrían la misma. Verbigracia, mientras que para ROBLES PLANAS tal categoría (denominada por él “delitos especiales de deber”) tiene una presencia cuantitativamente significativa en nuestro texto punitivo y se corresponde con gran parte de los delitos contra la Administración Pública⁸³⁵, otros penalistas como

⁸³⁴ GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y cómplice...cit.*, pág. 222 y ss.; PEÑARANDA RAMOS, E., *La participación en delito y el principio de accesoriedad*, Tecnos, Madrid, 1990, pág. 340 y ss.; QUINTERO OLIVARES, G., *Los delitos especiales...cit.*, págs. 47 y ss.

⁸³⁵ La propuesta realizada por ROBLES PLANAS, R., *Garantes y cómplices...cit.*, pág. 133, así como por ROBLES PLANAS, R., RIGGI, E.J., “El extraño artículo 65.3...”, *cit.*, pág. 92, es realmente sugerente a nivel teórico. Para los citados penalistas, los delitos especiales de deber, dentro de los cuales podemos afirmar sin muchas dudas que se incluiría el art. 408 CP en coherencia con la delimitación que hace de tal categoría,

PEÑARANDA RAMOS o SILVA SÁNCHEZ le confieren una virtualidad excepcional, entendiendo este último que los delitos especiales de funcionarios son, según su concepción, “mixtos”, puesto que, pese al papel central que cumple el deber funcional en los mismos, existe cierto elemento organizativo o de dominio en ellos⁸³⁶. En la

no admitirían la participación de *extranei*, habida cuenta de que “la organización sin poseer el deber que justifica el tipo es inocua. Por ello, un no obligado, por mucho que lleve a cabo una organización decisiva del hecho (o lo que es lo mismo: por mucho que domine el hecho), no realiza una conducta típica. El tipo no codifica “organizaciones del mundo”, sino infracciones de deberes”. Por tal motivo, para que la participación de *extranei* pueda admitirse, será necesario que el legislador lo haya tipificado expresamente en la parte especial de nuestro Código penal (cosa que en efecto hace en reiteradas ocasiones a lo largo del Título XIX). Fuera de estas previsiones, el comportamiento del extraño que intervenga en el hecho deberá quedar impune, con la salvedad de la inducción por parte del mismo al funcionario, la cual, en su caso, podrá castigarse por vía del delito de cohecho activo del art. 424 CP. Pues bien, aunque nos parece muy coherente la presente construcción, no podemos adherirnos a la misma por dos motivos principales y uno secundario. En cuanto a los principales, la distinción que realiza ROBLES PLANAS entre delitos de posición y delitos especiales de deber no nos parece que arroje una división tan clara entre los mismos. La superposición entre una y otra categoría, especialmente en los delitos contra la Administración Pública es frecuente, y creemos que precisamente por eso SILVA SÁNCHEZ entiende que es difícil hallar delitos que carezcan de elementos organizativos o de posición (según la concepción de ROBLES PLANAS). De hecho, el propio ROBLES PLANAS, R., *Garantes y cómplices...*cit., pág. 133, señala que también en los delitos especiales de deber el legislador selecciona una serie de posiciones de afectación al bien jurídico, si bien, acto seguido, priva de sustancialidad a tal elemento de posición cuando asevera que: “a diferencia de los delitos de posición, los delitos especiales de deber se caracterizan porque el injusto no consiste, primariamente, en la lesión del bien a través de esa posición, sino en el incumplimiento del haz de deberes que la define. Por ello, como se ha afirmado, los únicos delitos especiales en sentido estricto son aquellos en los que el contenido de injusto se agota en la infracción de determinados deberes especiales”. Cita dentro de estos el conjunto de delitos de funcionarios, indicando asimismo que en ellos la lesividad radica “en el quebrantamiento personal de la confianza por parte del funcionario frente al Estado”. Tal argumentación, sin embargo, nos recuerda demasiado a la concepción de los delitos de funcionarios como delitos de estos “en el ejercicio de sus cargos”, en el sentido vigente hasta el Código penal de 1995; puesto que se hace hincapié (hasta el punto de definir la lesividad de dichos tipos penales) en la relación interna que une a los funcionarios infractores con la Administración, y no en el vínculo de estos (y de esta) para con la ciudadanía, según lo prescrito en el art. 103 CE. Por otro lado, la razón de que el legislador haya previsto, para un número nada desdeñable de delitos de funcionarios, el castigo expreso de las formas de participación por extraños en los mismos, no creemos que excluya necesariamente la intervención de *extranei* en los restantes tipos penales que guarden silencio acerca de este extremo. Pues ello podría deberse a que el legislador haya querido castigar más duramente ciertas participaciones delictivas, llegando incluso al punto de elevar una de ellas, la de inducción al cohecho pasivo, como delito autónomo.

⁸³⁶ La construcción defendida por el citado autor en: SILVA SÁNCHEZ, J.M., *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, Atelier, Barcelona, 2005, págs. 64-70; y SILVA SÁNCHEZ, J.M., “Prólogo...”, cit., pág. XX, parte de que, con carácter general, debe hacerse distinción entre dos categorías delictivas: los delitos de dominio y los delitos de infracción de deber, aceptando, eso sí, que los delitos especiales pueden integrarse en una u otra y no necesariamente han de corresponderse con la segunda. Debe, sin embargo, entenderse que existen delitos que, por su configuración típica, se resisten a encajar de forma perfecta en tal dualidad, ya que buena parte de los delitos de infracción de deber, en concreto, exigen, además, de un modo u otro, un elemento de dominio u organización trascendente a la pura vinculación institucional del sujeto. Dentro de estos creemos que se hallaría el art. 408 CP, lo cual nos permitiría aceptar la intervención conjunta de *intranei* y *extranei* en el mismo. Asimismo, según la construcción del citado penalista, en los delitos de infracción de deber: “la intervención supuestamente accesoria del *extraneus* en realidad no sería expresión de una auténtica accesoriadad, sino sencillamente de la infracción propia de un deber general (negativo) de abstenerse de perturbar la institución positiva que subyace al deber específico del *intraneus*; un deber cuya intensidad quedaría pendiente de determinar”; con el añadido, en los delitos mixtos de que: “el *extraneus*, además de infringir ese deber general al que se acaba de hacer alusión, contribuye efectivamente al dominio del *intraneus*. Esa contribución es precisamente la que permitiría fundamentar su sanción directamente a partir del hecho del *intraneus*, aunque desde luego no por el propio marco típico por el que se sanciona al

práctica, ambos autores terminan, consecuentemente, entendiendo que los delitos contra la Administración Pública sí admiten, con mayor o menos extensión, la participación de *extranei*. Por ello, pese a ser el razonamiento efectuado diferente al que esgrime QUINTERO OLIVARES, la consecuencia a la que se llega termina siendo esa misma⁸³⁷. En efecto, para este insigne penalista, si bien es cierto que en los delitos especiales se produce una limitación del círculo de potenciales autores, todo comportamiento tendente a lesionar los valores o intereses protegidos por dichos delitos ofenden la voluntad comunitaria, sin importar en principio de quién pueda proceder el ataque⁸³⁸. Es decir, y según palabras del citado autor:

“Un tipo penal no protege un bien jurídico en cuya salvaguardia estén interesados unos cuantos sujetos, sino la comunidad toda, y actuar contra ese bien jurídico será materialmente injusto tanto si lo hace un sujeto no cualificado como si, eventualmente, puede hacerlo un sujeto cualificado. No hay pues una destinación especial de la norma, sino general, de donde derivará la antijuridicidad de la conducta del partícipe (...) La única diferencia real, en los delitos especiales, es que el partícipe no cualificado nunca hubiera podido ser autor principal, lo que no ocurre en los delitos comunes, pero no por eso varía el fundamento del castigo”⁸³⁹.

referido *intraneus*. Un marco típico –todo él– regido por la lógica de la infracción del deber de dicho *intraneus*”.

⁸³⁷ En este sentido, ROBLES PLANAS, R., RIGGI, E.J., “El extraño artículo 65.3...”, *cit.*, pág. 73, apunta, con respecto a la propuesta formulada por PEÑARANDA RAMOS, E., “Sobre el alcance del art. 65.3 CP. Al mismo tiempo: una contribución en la crítica de la teoría de los delitos de infracción de deber”, en *Estudios Penales en homenaje a Enrique Gimbernat. Tomo II*, con V.V.A.A., Edisofer, Madrid, 2008, pág. 1419 y ss.: “en este punto su propuesta también resulta plausible, ya que con ello está aludiendo a la imposibilidad de la intervención de *extranei* en delitos especiales de deber. Sin embargo, pese a este importante reconocimiento –tan poco habitual en la doctrina–, PEÑARANDA RAMOS termina negando a pie de página la existencia práctica de los delitos especiales de deber”.

⁸³⁸ QUINTERO OLIVARES, G., *Los delitos especiales...cit.*, pág. 42. En efecto, de acuerdo con el citado penalista, una vez tipificado cualquier delito de funcionario: “se evidencia que el interés en él protegido ha alcanzado naturaleza comunitaria y a todos compete el deber de protegerlo y a todos afecta la norma que incrimina su lesión”. Desde un punto de vista contrario a la señalada tesis, aunque coincidiendo en las consecuencias alcanzadas, GÓMEZ MARTÍN, V., “Los delitos especiales...”, *cit.*, págs. 188-189, razona, empleando el ejemplo del delito de prevaricación judicial: “que sólo un juez o magistrado pueda dictar una resolución judicial injusta no significa que para ayudar a su dictado también haya que serlo. Cualquiera podría hacerlo eficazmente, de tal modo que limitar esta posibilidad a los *intranei* cuando el tipo no lo exige expresamente daría lugar a una restricción teleológica completamente injustificada desde el punto de vista de una protección eficiente del bien jurídico implicado: el buen funcionamiento de la Administración de Justicia (...) De tal modo que podría afirmarse que mientras que sobre el *intraneus* recae el deber positivo de dictar resoluciones conforme a Derecho, sobre los *extranei* pesa el deber negativo de no cooperar con jueces y magistrados al dictado de resoluciones injustas”.

⁸³⁹ QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General...cit.*, pág. 645.

La posición teórica defendida por QUINTERO OLIVARES ha sido suscrita mayoritariamente (bien expresa o tácitamente) por la doctrina penalista, la cual, aunque con importantes diferencias argumentales, en cuyo análisis detallado no vemos conveniente entrar en la presente tesis doctoral, acepta la participación de *extranei* en los delitos especiales propios e impropios. En línea con dicha posición preeminente en el panorama doctrinal español, asumimos aquí que es posible y punible la participación de extraños en el art. 408 CP, pues, pese a tratarse de un delito en el que cumple un papel fundamental la tipificación del deber de promover la persecución de los delitos, este no agota ni define el contenido de injusto del tipo penal que nos ocupa, aunque sí lo condiciona, pues evidentemente, el legislador ha concedido un papel nuclear al mismo al definir el círculo de autores de manera restringida a los funcionarios públicos especialmente obligados a perseguir delitos.

Por consiguiente, y llevando estas consideraciones al art. 408 CP, los *extranei* únicamente podrán intervenir en dicho tipo y responder penalmente en calidad de partícipes⁸⁴⁰. Evidentemente, y a diferencia de los problemas suscitados en relación con la punición de extraños en los delitos especiales impropios, tal conducta de participación lo será a título del ilícito de omisión del deber de promover la persecución delictiva, pues no existe una figura correlativa común que se corresponda con este (unidad del título de imputación).

3.2. *¿Debe atenuarse la pena impuesta a los partícipes extranei en el art. 408 CP?*

En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que, desde la reforma introducida por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, el art. 65.3 CP dispone que: “Cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la ley para la infracción de que se trate”. Gracias a la incorporación de dicho precepto, terminó por obtener refrendo legal la posición que mayoritariamente había defendido la doctrina, desde opciones metodológicas muy

⁸⁴⁰ Además, como bien explica OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito...cit.*, pág. 176, resulta incorrecta una interpretación proclive a exigir también a los partícipes las cualidades requeridas a los autores en un delito especial desde el concepto restrictivo de autor que lleva aparejado como característica fundamental el principio de accesoriedad.

distintas, y por la que se había decantado también, de forma explícita, la jurisprudencia: la de atenuar la responsabilidad del *extraneus* en los delitos especiales⁸⁴¹.

Sin embargo, y pese a que, en un principio, con el art. 65.3 CP quiso saldarse una antigua discusión dogmática, lo cierto es que la doctrina continúa dividida en torno a si de dicho precepto debe derivarse una solución de atenuación penológica siempre que el partícipe de un delito especial sea un *extraneus*. Ciertamente, se han aducido motivos razonables a favor y en contra de tal interpretación. RODRÍGUEZ PUERTA, por ejemplo, entiende que sería deseable:

“Partir de la consideración de que en los delitos especiales la participación debe ser tratada de modo sustancialmente similar a como se trata en los delitos comunes. Tal y como ocurre en éstos últimos, la menor responsabilidad que pueda atribuirse al partícipe va a depender de la intensidad de su contribución. Cuestión distinta es si determinadas formas de participación en los mismo merecen un reproche menor y cuál es el límite adecuado de esa atenuación o moderación de la pena, pero esto debería examinarse como una cuestión a dirimir en el caso concreto y no apriorísticamente como parece deducirse del art. 65.3 CP”⁸⁴².

En sentido contrario, la mayoría de penalistas, como es el caso de RUEDA MARTÍN, abogan por entender que, aunque los *extranei* pueden lesionar o poner en peligro el bien jurídico protegido por el delito especial como partícipes, sus acciones no pueden tener el mismo significado desde el punto de vista de lo injusto que las acciones de los partícipes *intranei*, por ello merecen una atenuación de la pena⁸⁴³. Semejante interpretación es compartida, como se ha señalado, por varios otros autores, los cuales, aunque aduciendo

⁸⁴¹ RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., “Los delitos especiales y la teoría de la participación. Una crítica al alcance y aplicación del art. 65.3 CP”, en *Represión Penal y Estado de Derecho, Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares*, con MORALES PRATS, F., TAMARIT SUMALLA, J.M., GARCÍA ALBERO, R., (Coord.), Aranzadi, Navarra, 2018, pág. 447. Originariamente, GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y cómplice...cit.*, pág. 285, nota 179, manifestó que para él era evidente que, en los delitos de funcionarios públicos, “el hecho de no estar vinculado por un deber especial podría considerarse una circunstancia atenuante”, si bien, habida cuenta de la falta de previsión legal de una cláusula que hiciera posible la atenuación (como la que se encuentra en el actual art. 65.3 CP), el célebre penalista descartaba que fuera posible producir articular tal efecto atenuador.

⁸⁴² RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., “Los delitos especiales y la teoría...”, *cit.*, pág. 455. La posición de la citada penalista parece partir de la división de los delitos en torno a la dualidad de la que hablaba SILVA SÁNCHEZ, J.M., *El nuevo escenario...cit.*, págs. 64-70.

⁸⁴³ RUEDA MARTÍN, M.A., “El fundamento de la atenuación (facultativa) de la pena del partícipe *extraneus* en un delito especial en el Código penal español”, en *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3, 2018, pág. 16 y ss.

en ocasiones argumentos diferentes, coinciden con la citada autora en la conclusión arribada⁸⁴⁴.

Desde nuestro punto de vista, la opción proclive a atenuar la responsabilidad penal de los partícipes *extranei* en delitos especiales o, por el contrario, la de apostar por mantener esta al mismo nivel penológico que la de los *intranei*, depende en gran medida de si se concibe a los mismos, en palabras de SILVA SÁNCHEZ, como delitos de posición, delitos de infracción de deber o delitos mixtos (con componentes de los dos anteriores). Pues, de definir, por ejemplo, al art. 408 CP (o a cualquier otro delito de los del Título XIX), como un delito de posición, en el que la restricción legal del círculo de autores se debe únicamente a que se entiende que estos son los que, de entrada, se encuentran en una posición idónea para lesionar el bien jurídico protegido, descartando la importancia dogmática que pueda tener el deber en sí mencionado en tal precepto, lo más coherente sería rechazar que el *extraneus* coautor material, cooperador necesario o inductor hayan de recibir una atenuación general por el mero hecho de serlo⁸⁴⁵. Y precisamente tal motivo es el que lleva a RODRÍGUEZ PUERTA, de manera muy coherente, a rechazar el recurso de la atenuación.

No obstante, como ya hemos indicado *supra*, la doctrina mayoritaria parece suscribir más o menos expresamente la vinculación de los delitos contra la Administración Pública (y, por ende, también el art. 408 CP) con los rasgos propios de la mencionada categoría de “delitos mixtos” a los que se refiere el propio SILVA SÁNCHEZ, caracterizados, como ya se ha señalado, por concurrir en ellos tanto el elemento de la infracción de deber extrapenal como elementos de organización o de dominio⁸⁴⁶. Ello

⁸⁴⁴ BOLDOVA PASAMAR, M.A., *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*, Civitas, Zaragoza, 1995, pág. 254; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *La autoría...cit.*, pág. 161; PEÑARANDA RAMOS, E., “Sobre el alcance del art. 65.3 CP...”, *cit.*, págs. 52-53, destaca acertadamente la necesidad de desvincular la decisión de apoyar un trato penológico atenuado en estos casos de la problemática doctrinal de los delitos de infracción de deber. Por otro lado, aunque comparte, en principio, estas observaciones, SILVA SÁNCHEZ, J.M., “Prólogo...”, *cit.*, pág. XX: “es clara la posibilidad de inducir a la infracción de un deber y discutible que en estos casos proceda la atenuación del inductor, pese a no alcanzar a éste el deber especial”.

⁸⁴⁵ SILVA SÁNCHEZ, J.M., *El nuevo escenario...cit.*, pág. 66.

⁸⁴⁶ SILVA SÁNCHEZ, J.M., “Prólogo...”, *cit.*, pág. XIX. También, VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., *Los delitos contra la Administración...cit.*, pág. 331 indica que: “es el desarrollo de las funciones sociales o institucionales inherentes al *status* del autor lo que permite el acceso típico al bien jurídico, esto es, lo que proporciona la clase de dominio, influencia o poder que los tipos reclaman como condición *sine qua non* para ejecutar las acciones de lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos. Definición del autor en términos de *status* y fundamento de la tipicidad en la función que fluye de aquéllos y con arreglo a la cual acceden al bien jurídico y ejecutan la conducta típica son, pues, los dos momentos constitucionales de la tipicidad de los delitos especiales”.

lleva a dos consecuencias fundamentales: primero, la punición de la participación de extraños en el ámbito de los delitos especiales, aceptando que la mención del deber funcional y el rol nuclear que este cumple en aquellos no descarta tal intervención; y segundo, la atenuación de la mencionada participación de *extranei*, habida cuenta de que sí se concede cierta importancia al hecho de que el legislador haya definido tanto el círculo de sujetos que pueden cometer el delito, como las formas de realización típica, a través de la infracción de un deber determinado⁸⁴⁷. De este modo, se entiende razonable disminuir la pena del partícipe no cualificado, pues es mayor el contenido de injusto en que incide el funcionario especialmente obligado, el cual está vinculado de manera más intensa con los bienes jurídicos protegidos.

Pues bien, en la presente tesis doctoral suscribimos esta concepción del art. 408 CP como delito “mixto”, si bien consideramos que, aunque tal categoría es tremendamente útil para reflejar el pensamiento doctrinal mayoritario en relación con los delitos especiales, no es tanto que el delito sea mixto, sino que, como ha señalado GRACIA MARTÍN, la infracción del deber no es más que un elemento típico del mismo, pero no constituye su *ratio essendi*.

En cualquier caso, deseamos advertir que los delitos de infracción de deber puros (que el mismo SILVA SÁNCHEZ apunta que deben ser excepcionales) no son frecuentes en nuestro Código penal y desde luego no lo son entre los delitos de funcionarios recogidos a lo largo de los Títulos XIX y XX de este. Así, aunque no nos atrevemos a descartar de pleno la existencia en el texto punitivo español de los delitos puros de infracción de deber, pues semejante aseveración exigiría un estudio en detalle de tal categoría que en esta tesis no podemos hacer, por razones de economía textual, sí aclaramos que los delitos situados en estos títulos, aun cuando concedan un papel preminente a los deberes funcionariales, no renuncian a reconocer en ellos un importante margen definido por el dominio u organización (en función de la terminología preferida). A esto se refiere, precisamente,

⁸⁴⁷ En este sentido, coincidimos con ROBLES PLANAS, R., *Garantes y cómplices...cit.*, pág. 124, cuando, aun desvinculándose de la teoría de los delitos de infracción de deber que acuñó ROXIN, insiste en que el concepto de intervención viene integrado por dos factores muy diferentes que frecuentemente no se distinguen: “por un lado, la intervención implica la afirmación de que la relación existente en la conducta de un sujeto y el hecho delictivo tiene una determinada naturaleza normativa y es jurídico-penalmente relevante. Por otro, el concepto de intervención evoca también la cuota o parte que le corresponde al sujeto por su actividad (o pasividad) en el delito”. En nuestra opinión y, de acuerdo con esta interpretación de lo que implica “intervenir en un delito”, la presencia de un deber funcional en delitos como el del art. 408 CP, y el rol central que salta a la vista que cumple en aquellos, no puede ser ignorado, ni carece de importancia jurídico-penal.

PEÑARANDA RAMOS, cuando, pese a no descartar por completo que puedan existir delitos puros de infracción de deber (si bien es contrario a los mismos) indica que: “la raíz de los problemas que surgen en este contexto se encuentra, a mi juicio, precisamente en la contraposición de los “delitos de dominio” y los “delitos de infracción de deber”, como si fuesen “dos tipos de delitos completamente distintos”, esto es, como delitos sometidos a dos modelos de responsabilidad radicalmente diferentes, con lo que se escinden y desconectan indebidamente aspectos del hecho que son relevantes para la imputación de responsabilidad en todos los casos”⁸⁴⁸.

En fin, las consideraciones anteriores nos han servido para poner de manifiesto que la opción, dominante en la doctrina, de atenuar la pena de los partícipes no cualificados en delitos como el art. 408 CP es, a nuestro parecer, la más adecuada y no está desprovista de sentido. Tal atenuación deberá producirse a través y según el marco esbozado por el art. 65.3 CP. La lectura de este precepto, sin embargo, enseguida nos revela aún otra dificultad derivada de su redacción, cual es la falta de mención absoluta de aquel a los cómplices, dejando abierto el interrogante de si el silencio legal implica que debe dejárseles impunes⁸⁴⁹, que debe aplicárseles analógicamente *in bonam partem* la atenuación del art. 65.3 CP, castigándoles igual que los cooperadores necesarios e inductores, o, finalmente, que es preferible castigarlos de manera normal, es decir, según lo dictado por el art. 63 CP⁸⁵⁰.

Por lo demás, las distintas formas de participación recogidas en los arts. 28 y 29 CP son perfectamente imaginables en relación con el tipo penal del art. 408 CP. Así, en primer lugar, es posible concebir un supuesto de inducción de un particular al funcionario para que deje de promover la persecución de los delitos. A modo de ejemplo, imagínese que el recepcionista de una comisaría local convenciera a una agente policial para que diga a los particulares que intenten interponer denuncias en la comisaría que los hechos denunciados carecen de carácter delictivo para despacharlos rápido⁸⁵¹; y, en segundo

⁸⁴⁸ PEÑARANDA RAMOS, E., “Sobre el alcance del art. 65.3 CP...”, *cit.*, pág. 11, nota 16.

⁸⁴⁹ Verbigracia, ROBLES PLANAS, R., *Garantes y cómplices...cit.*, pág. 149.

⁸⁵⁰ Art. 63 CP: “A los cómplices de un delito consumado o intentado se les impondrá la pena inferior en grado a la fijada por la Ley para los autores del mismo delito”. A favor de esta posición se encuentra, por ejemplo, GÓMEZ MARTÍN, V., “Los delitos especiales...”, *cit.*, pág. 213, si bien el citado autor propone, de *lege ferenda*, que por razones de proporcionalidad se introduzca la posibilidad de atenuar doblemente al cómplice *extraneus*.

⁸⁵¹ Téngase en cuenta, sin embargo, que, si la descrita conducta del *extraneus* fuese acompañada del ofrecimiento de dádiva o retribución, habría de ponderarse si se articula un concurso aparente de normas o

lugar, también son concebibles la cooperación necesaria y no necesaria (complicidad), especialmente cuando sean de naturaleza psíquica o estén basadas en la prestación de apoyo al *intraneus*.

real entre el tipo penal del art. 408 CP y el del art. 424.1 CP, que tipifica el cohecho activo. El mismo interrogante se plantea en relación con los supuestos de cohecho pasivo del art. 419 CP en los que lo buscado es que el funcionario deje de promover la persecución de algún delito. Pese al indudable interés suscitado por esta cuestión, entendemos que su tratamiento excede del ámbito de la presente tesis doctoral, sin perjuicio de que la abordemos en trabajos futuros.

CAPÍTULO QUINTO

EL TIPO SUBJETIVO DEL DELITO DE OMISIÓN DEL DEBER DE PERSEGUIR DELITOS

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo del presente Capítulo es examinar el delito de omisión del deber de promover la persecución de los delitos desde el punto de vista de sus componentes típicos subjetivos. El estudio de la tipicidad subjetiva del art. 408 CP es, cuanto menos, complejo, si bien viene facilitado por el hecho de ser este un delito eminentemente doloso, con respecto al cual no cabe, en ningún caso, el castigo de su comisión imprudente. En efecto, en la medida en que dicho tipo penal no prevé tal posibilidad, el castigo de la omisión imprudente del deber de promover la persecución de los delitos queda descartado, habida cuenta del sistema de incriminación tasada que rige, con relación a la imprudencia, en nuestro Código penal (art. 12 CP).

Ciertamente, al margen de las argumentaciones que puedan esgrimirse acerca de la conveniencia de *lege ferenda* de tipificar la omisión imprudente del deber de promover la persecución de los delitos, así como de que tal posibilidad de incriminación fuera contemplada expresamente por el legislador en el pasado, la falta de previsión legal de esta da por zanjada la cuestión de si cabe la imprudencia en el art. 408 CP. Pero es que, además, más allá del presente argumento de tipo formal o positivo, cabe destacar que el art. 408 CP se caracteriza por incorporar la expresión “intencionadamente”, gracias a la cual se vislumbra que la estructura típica del presente delito excluye indudablemente la imprudencia. Ello incluso aunque no rigiera el sistema de *numerus clausus* de la misma propio de nuestro texto punitivo, pues el uso de dicha cláusula parece incidir en el componente volitivo inherente al dolo de la conducta, reforzando la exigencia de este.

Hasta tal punto es así, que doctrinalmente se ha discutido si con el adverbio señalado no habría venido a añadirse al art. 408 CP un elemento típico subjetivo especial al injusto, en virtud del cual, a la omisión de la conducta debida se le debería adicionar una finalidad específica —la cual, sin embargo, muchas veces no termina de concretarse—. O, como mínimo, si con semejante expresión no se estaría denegando la relevancia penal de la

comisión dolosa eventual del art. 408 CP o, incluso, del dolo directo de segundo grado en el mismo.

No obstante, desde una perspectiva completamente opuesta, otro autorizado sector doctrinal estima que el uso de expresiones como “intencionadamente” no modifica en nada el tipo subjetivo de un ilícito. Por el contrario, tales adverbios simplemente cumplirían un papel estilístico, puramente ornamental y sin incidencia alguna en el ámbito del dolo admitido en el precepto correspondiente.

En el presente Capítulo pretendemos analizar las posiciones recién expuestas, desarrollando pormenorizadamente cada una de las mismas para, finalmente, tomar posición acerca de cuál creemos que es la más adecuada y por qué motivos. Previamente al examen de la tipicidad subjetiva del art. 408 CP, haremos, no obstante, una serie de aclaraciones en torno al concepto de dolo aquí asumido.

II. BREVES ACLARACIONES EN TORNO AL CONCEPTO DE DOLO ASUMIDO

1. Ubicación del dolo

Como es sabido, el tipo de ilícito o de injusto requiere siempre de una parte subjetiva (o parte interna de la conducta, por contraposición a la parte objetiva o externa de la misma), lo que desde la perspectiva de la antijuridicidad se denomina el “desvalor subjetivo de la acción”, integrada por el dolo o por la imprudencia. A ello se puede unir, en ciertos delitos, la exigencia de alguno de los denominados elementos subjetivos (específicos) del tipo o del ilícito o injusto⁸⁵². Todos ellos (dolo, culpa y elementos subjetivos especiales) definen el contenido de la voluntad que rige la acción (fin, selección de medios y efectos concomitantes)⁸⁵³.

Además, como aclara LUZÓN PEÑA, existe, tanto en la doctrina alemana como en la nuestra, “un sector que defiende la doble posición o ubicación sistemática del dolo: tanto en el tipo de ilícito o injusto (donde configura el mayor desvalor de la acción y sirve para delimitar el tipo doloso del tipo imprudente, menos grave y en muchas legislaciones castigado excepcionalmente) como en la culpabilidad (donde vuelve a influir en el grado

⁸⁵² LUZÓN PEÑA, D.M., *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2025, pág. 225.

⁸⁵³ MUÑOZ CONDE, F., *Teoría General...cit.*, pág. 71.

de reprochabilidad personal como muestra de la actitud interna del sujeto)⁸⁵⁴. Sin embargo, al igual que el citado penalista, en la presente tesis doctoral nos adherimos, como habrá podido deducirse del párrafo con el que hemos inaugurado este apartado, a la tesis que ubica el dolo y la imprudencia dentro del tipo de injusto.

Es esta una posición teórica que proviene, en su origen, del finalismo, ya que, como explica MIR PUIG: “al estudiar el tipo doloso importa únicamente el primer nivel de dolo típico, que corresponde al concepto de dolo natural usado por el finalismo”, y este, a su vez, se caracteriza por incluir únicamente el conocer y querer la realización de la situación objetiva descrita por el tipo del injusto, y no requiere que se advierta que dicha realización es antijurídica (no incluye la conciencia de la antijuridicidad)⁸⁵⁵, pues esta última será objeto de constatación en un momento posterior del análisis del comportamiento del sujeto⁸⁵⁶.

Sin embargo, lo cierto es que, hoy en día, tanto adversarios como defensores de la doctrina de la acción finalista promueven esta ubicación del dolo y la imprudencia, seguramente debido a que, como explica pormenorizadamente CEREZO MIR, existen otros argumentos dogmáticos a partir de los cuales puede llegarse a idéntica conclusión⁸⁵⁷. Tal es así que, actualmente, podría decirse que la tesis de que el dolo es un elemento subjetivo de lo injusto de los tipos dolosos es mayoritaria entre la doctrina española⁸⁵⁸.

El principal razonamiento que ha llevado a muchos autores, a pesar de su distanciamiento con el pensamiento finalista, a promover la pertenencia del dolo al tipo subjetivo es aquel que aduce que, como la pena ha de tener un carácter preventivo general por su efecto de motivación, requiere una posibilidad de dirección de los sujetos con

⁸⁵⁴ LUZÓN PEÑA, D.M., *Lecciones de Derecho...cit.*, pág. 225.

⁸⁵⁵ MIR PUIG, S., *Derecho Penal...cit.*, pág. 267.

⁸⁵⁶ BUSTOS RAMÍREZ, J.J., HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Trotta, Madrid, 2006, pág. 209.

⁸⁵⁷ CEREZO MIR, J., “La doble posición del dolo en la Ciencia del Derecho Penal española”, en *ADCP*, Fasc. 2-3, 1981, pág. 456.

⁸⁵⁸ Sin ánimo de ser exhaustivos, se suscribe la misma en: MIR PUIG, S., *Derecho Penal...cit.*, págs. 267 y 268; QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General...cit.*, pág. 361; Díez RIPOLLÉS, J.L., *Derecho Penal...cit.*, pág. 189 y ss.; GIMBERNAT ORDEIG, E., *Estudios de Derecho Penal*, Tecnos, Madrid, 1990; ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “La demarcación entre el dolo y la culpa: el problema del dolo eventual”, en *ADCP*, núm. 39 (2), 1986, pág. 396, nota 3; FEIJOO SÁNCHEZ, B., “La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 65, 1998, pág. 270.

respecto a sus acciones⁸⁵⁹. Sin embargo, el que nos parece más decisivo es el apuntado, de nuevo, por MIR PUIG, quien señala que la propia posibilidad de distinguir entre tipo y antijuridicidad presupone la de diferenciar entre conocimiento del tipo y conocimiento de la antijuridicidad. Así, asevera que: “esta distinción será necesaria si admitimos que los tipos pueden ser dolosos o imprudentes: hará falta un concepto de dolo típico que permita distinguir a los tipos dolosos de los que no lo son. Dicho dolo típico ha de ser dolo referido al tipo; el conocimiento que le caracteriza ha de limitarse a la situación típica, que no comprende su prohibición”⁸⁶⁰.

Hecha ya esta primera aclaración, consideramos necesario justificar que la celeridad con que se ha abordado la misma se debe a que el problema de la ubicación del dolo en la tipicidad o en la culpabilidad⁸⁶¹ (o incluso, en ambas)⁸⁶², si bien no carece de importancia, sí que ha dejado de ocupar un papel central en las discusiones más recientes

⁸⁵⁹ A su vez, BUSTOS RAMÍREZ, J.J., HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Lecciones de Derecho Penal...cit.*, pág. 209, justifican la ubicación del dolo dentro del tipo de injusto por el siguiente motivo: “no puede ser de otra forma si se considera que el modelo tiene su punto de partida en la afirmación de que es el bien jurídico y su protección el que está en la base del injusto y que es, por tanto, el bien jurídico el que le da contenido material a la realización típica. Este contenido material se concreta en la significación social de la conducta, significación social que queda definida por el bien jurídico. En esas condiciones el dolo necesariamente tiene que ser considerado como un elemento de la tipicidad...”.

⁸⁶⁰ MIR PUIG, S., “Conocimiento y voluntad en el dolo”, en *Cuadernos de Derecho Judicial (ejemplar dedicado a los elementos subjetivos de los tipos penales)*, 1994, pág. 2, si bien, siguiendo un razonamiento en cuyo análisis no nos es posible entrar en la presente tesis doctoral, el citado penalista señala que, amparándose en la teoría de los elementos negativos del tipo, el error de prohibición indirecto es, en realidad, un error de tipo, puesto que: “el conocimiento del tipo y el conocimiento de la ausencia de presupuestos fácticos de una causa de justificación son necesarios, según esto, para el conocimiento de todos los elementos de la infracción. Para que ésta sea dolosa, no bastará el dolo típico. Conviene admitir un concepto de dolo más amplio que el de dolo típico que alcance también a la ausencia de los presupuestos objetivos de una causa de justificación. La realización dolosa de un tipo suponiendo que concurren los presupuestos fácticos de una causa de justificación no supone la realización dolosa de un hecho antijurídico”.

⁸⁶¹ Sin ánimo de ser exhaustivos: FAKHOURI GÓMEZ, Y., “Teoría del dolo vs. Teoría de la culpabilidad -un modelo para afrontar la problemática del error de prohibición”, en *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, núm. 4, 2009, pág. 19; MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, Bosch Editorial, Barcelona, 2001, pág. 478; JAKOBS, G., “Dolus malus”, en *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, núm. 4, 2009, Traducción de FAKHOURI GÓMEZ, Y.; ORTS BERENGUER, E., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Introducción al Derecho Penal...cit.*, pág. 157.

⁸⁶² Aquí se enmarca, precisamente, el pensamiento del citado autor: COBO DEL ROSAL, M., VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho Penal...cit.*, págs. 616 y ss. Como los propios penalistas explican (*idem*): “según esta teoría, denominada de la doble posición o doble función, dolo e imprudencia, como formas del comportamiento, son portadoras del sentido jurídico-social de la acción, mientras que, como formas de la culpabilidad, encarnan el desvalor del ánimo”. Sin ánimo de ser exhaustivos, semejante tesis ha sido también sostenida por otros destacados autores: RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho Penal...cit.*, pág. 462 y ss.; ANTÓN ONECA, J., *Derecho Penal Parte General, Tomo I*, Madrid, 1949, pág. 197 y ss. Por su parte, una defensa especialmente detallada de esta teoría se encuentra en GALLAS, W., “Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 67, núm. 1, 1955, págs. 45-47.

del Derecho penal⁸⁶³. Consecuentemente, suscribimos aquí la propuesta de ubicación del dolo en el tipo de injusto, si bien no por ello negamos que las realidades jurídicas puedan ser relevantes desde el punto de vista de distintas categorías del delito. Ello no supone adoptar la doble posición del dolo en la tipicidad y la culpabilidad, sino, simplemente, reconocer que el dolo, como un todo, posee trascendencia desde ambas partes del delito, pues es evidente que quien actúa dolosamente denota una actitud más hostil al Derecho que quien confía (aunque sea negligentemente) en la producción del resultado⁸⁶⁴.

2. Componentes del dolo: ¿conocimiento y voluntad?

Tanto el dolo como la imprudencia ocupan un papel central en la definición de “delito” establecida en el art. 10 de nuestro texto punitivo: “Son delitos las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley”⁸⁶⁵. Más allá de este precepto, lo cierto es que el Código penal español no entra a definir qué es el dolo, de lo que se deduce que, para el legislador, es este un concepto que pertenece a la cultura jurídica de cada tiempo y que, además, admite interpretaciones diferentes, siempre y cuando, por respeto al principio de legalidad, no se esbocen interpretaciones del concepto de dolo (o del de imprudencia) que acaben violando la prohibición de fundamentar la responsabilidad penal con criterios objetivos⁸⁶⁶.

Tal indefinición en que incurre nuestro derecho positivo ha llevado a que, desde antiguo, la literatura jurídica haya tendido a definir el contenido del dolo con base en dos componentes esenciales: el conocimiento (también conocido como elemento cognitivo) y la voluntad (también conocida como elemento volitivo). No obstante, desde antiguo también, dicha literatura se ha mostrado dividida en torno a semejante composición del dolo, por existir numerosos autores que, lejos de suscribirla, han sostenido que este no es más que, en esencia, puro conocimiento. A partir de este dilema, se han propuesto numerosas teorías que, con distintas denominaciones, se han inclinado hacia uno u otro

⁸⁶³ VIVES ANTÓN, T.S., “Reexamen del dolo”, en *Problemas actuales del Derecho penal y de la criminología. Estudios Penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, con MUÑOZ CONDE, F. (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 370.

⁸⁶⁴ ROXIN, C., *Derecho Penal...cit.*, pág. 427.

⁸⁶⁵ Especialmente el dolo, pues para la imprudencia rige, de acuerdo con el art. 12 CP, un sistema de *numerus clausus*, por lo que la regla general es que la comisión imprudente de delitos no resulte castigada. Solo se reprimirá penalmente la misma cuando el propio Código lo disponga expresamente, cosa que, como hemos señalado ya *supra*, en la introducción a este Capítulo, no sucede en el caso del art. 408 CP.

⁸⁶⁶ QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General...cit.*, pág. 262.

lado de la balanza: dolo como “conocer” y “querer”⁸⁶⁷ o, en cambio, dolo exclusivamente como “conocer”⁸⁶⁸; y que, por dicho motivo, y aun no de forma exacta, son susceptibles de bipartición. En efecto, son varios los penalistas que, pese a conocer las diversas ramificaciones que ha sufrido cada teoría, aciertan a englobar todas ellas en dos grandes grupos: las teorías de la representación y las teorías de la voluntad⁸⁶⁹.

A pesar de su carácter teórico, la presente cuestión no carece, desde luego, de relevancia práctica, por cuanto, como indica ROXIN, la afirmación o negación del dolo “decide la mayoría de las veces sobre la punibilidad y en todo caso sobre su magnitud”⁸⁷⁰. Precisamente, la razón por la que la doctrina busca discernir cuál es la esencia del dolo es eminentemente práctica, y se corresponde con la necesidad de distinguir entre el dolo y la imprudencia⁸⁷¹, habida cuenta de que esta no se castiga más que en los casos expresos en que así se dispone en la parte especial de nuestro Código (en virtud del sistema de *numerus clausus* ex art. 12 CP), así como de la menor pena asociada a la conducta imprudente, consecuencia del menor contenido de injusto de esta frente al de la dolosa. Y especialmente, urge dicha necesidad de distinción entre el dolo eventual y la culpa consciente, ámbito al que CÓRDOBA RODA se refirió como ese “fatal campo de nadie entre el dolo y la culpa”⁸⁷².

Por un lado, para aquellos que promueven una noción del dolo basada en ambas notas de voluntad y conocimiento, el hecho de que una conducta merezca el calificativo (y el

⁸⁶⁷ Sobre las distintas teorías de la voluntad véase el estudio de las mismas realizado por ROXIN, C., *Derecho Penal...cit.*, pág. 430 y ss.

⁸⁶⁸ La teoría de la representación pura, de origen alemán (*Vorstellungstheorie*), se la debemos principalmente a FRANK, R., “Vorstellung und Wille in der modernen Doluslehre”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, núm. 10, 1890, pág. 169 y ss. Defensores de la teoría de la representación pura, de origen alemán (*Vorstellungstheorie*), son, en nuestro país: GIMBERNAT ORDEIG, E., *Estudios de Derecho...cit.*, pág. 245 y ss.; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., HUERTA TOCILDO, S., *Derecho Penal Parte General. Teoría Jurídica del delito*, Rafael Castellanos, Madrid, 1986, pág. 135.

⁸⁶⁹ MIR PUIG, S., *Derecho Penal...cit.*, pág. 268; ANTÓN ONECA, J., *Derecho Penal...cit.*, pág. 197 y ss.; BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho Penal...cit.*, pág. 183; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., HUERTA TOCILDO, S., *Derecho Penal...cit.*, págs. 129-134; RAGUÉS I VALLÈS, R., “De nuevo, el dolo eventual: un enfoque revolucionario para un tema clásico. Recensión a Gabriel Pérez Barberá, El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental, Hammurabi, Buenos Aires, 2011”, en *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3, 2012, pág. 1, habla de las dos teorías clásicas.

⁸⁷⁰ ROXIN, C., *Derecho Penal...cit.*, pág. 415. Especialmente ocurre así en el delito que nos ocupa, pues el art. 408 CP solamente castiga la omisión dolosa del deber de perseguir delitos, no así la imprudente, por lo que una delimitación adecuada entre ambas formas de imputación subjetiva es esencial.

⁸⁷¹ BACIGALUPO ZAPATER, E., *Derecho Penal Parte General*, Ara ediciones, Lima, 2004, pág. 306.

⁸⁷² CÓRDOBA RODA, J., *Notas de Derecho español a la obra de Maurach, Tratado de Derecho Penal, Tomo I*, Barcelona, 1962, pág. 321.

tratamiento jurídico) de “dolosa” no depende únicamente de que el sujeto se haya representado la acción típica y las consecuencias derivadas de esta, sino de que, a su vez, también haya querido realizar tal acción y obtener el correspondiente resultado⁸⁷³. Por otro lado, la teoría de la representación se fundamenta en la falta de claridad del concepto de voluntad y propone eliminar, por dicho motivo, la nota volitiva del término “dolo”, cuyo contenido propone basar únicamente en el mero conocimiento o representación de la realización del tipo por parte de su autor. De modo que, de acuerdo con esta teoría, hay dolo eventual cuando el autor se representa la realización de aquel como muy probable y, a pesar de ello, actúa admitiendo o no su realización, mientras que hay culpa consciente cuando el autor se representa la realización del tipo con un grado de probabilidad lejano o remoto⁸⁷⁴.

A esta última teoría se le ha reprochado, con razón, el hecho de que, llevada hasta sus últimas consecuencias de manera coherente, incurre en una identificación plena entre dolo de peligro, dolo eventual de lesión e imprudencia consciente. Motivo por el cual supone una excesiva ampliación del ámbito del dolo y, por ende, de la propia responsabilidad penal, además de que obvia la diferencia cualitativa esencial que existe entre el dolo y la imprudencia y que alude a su diferente contenido de injusto, lo que justifica la diferente penalidad de ambos⁸⁷⁵. Asimismo, también se ha criticado la incapacidad de la teoría de la representación para determinar el grado de probabilidad con el que el autor se tiene que representar la realización del tipo para poder afirmar que ha obrado con dolo⁸⁷⁶.

De hecho, si bien es cierto, como ponen de manifiesto CUELLO CONTRERAS⁸⁷⁷ o GIMBERNAT ORDEIG⁸⁷⁸ que las teorías de la voluntad crean el riesgo de vulnerar el

⁸⁷³ Expresando muy acertadamente la esencia de las teorías de la voluntad, FRISCH, W., “El error como causa de exclusión del injusto y/o de la culpabilidad en el Derecho penal alemán”, en *Justificación y exculpación en Derecho penal: Coloquio Hispano-Alemán de Derecho Penal*, con ESSER, A., GIMBERNAT ORDEIG, E., PERRON, W., et al., Madrid, 1995, pág. 198: “incluso un Derecho Penal dirigido a la protección de bienes jurídicos solo puede lograr tal protección a través de la contención o la supresión de determinados actos de decisión”.

⁸⁷⁴ ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “La demarcación entre el dolo...”, *cit.*, pág. 396, nota 3.

⁸⁷⁵ RODRÍGUEZ MONTAÑES, T., *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2004, pág. 79.

⁸⁷⁶ BACIGALUPO ZAPATER, E., *Derecho Penal...cit.*, pág. 306.

⁸⁷⁷ CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho Penal español. Parte General. Nociones introductorias. Teoría del delito*, Dykinson, Madrid, 2002, pág. 647.

⁸⁷⁸ GIMBERNAT ORDEIG, E., *Estudios de Derecho...cit.* En sentido muy similar, BUSTOS RAMÍREZ, J., “Política criminal y dolo eventual”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. 83, núm. 2, 1984, págs. 313-314, califica a varias ramificaciones de las teorías de la voluntad como autoritarias y moralizantes, afirmando que, en ellas, “la gravedad se mide por la maldad subjetiva del individuo y, por tanto, basta para su castigo cualquier

principio del hecho, pues, dan a entender que la pura voluntad puede llegar a ser decisiva en Derecho penal, así como también terminan avalando una aplicación arbitraria del Derecho basada en la mayor simpatía del juez hacia ciertos sujetos, no creemos que dicho problema sea solucionado por recurrir a la teoría de la representación, y coincidimos con GIL GIL en que, en la medida en que esta hace depender lo injusto de factores aleatorios, se corre el riesgo igualmente de incurrir en la paradoja de —al contrario de lo que se predica—, conceder relevancia a determinados datos y manifestaciones de la voluntad para imputar el dolo (pero no para negarlo), o de variar esas valoraciones sociales (por lo general escasamente definidas) conforme al interés del intérprete⁸⁷⁹.

Asimismo, aún hay otro argumento que resulta clave, a nuestro parecer, para rechazar una concepción puramente cognitiva del dolo. Y es que, como varios autores ponen de manifiesto, las limitaciones que muchos defensores de la teoría de la representación tratan de introducirle al momento intelectual, llevan a “una velada vuelta al momento volitivo”, tal y como expresa muy acertadamente RODRÍGUEZ MONTAÑÉS⁸⁸⁰. También ANTÓN ONECA reprocha a los partidarios de la representación que, al desarrollar su noción del dolo eventual, donde mayor eficacia podría hallar su criterio, no dejan de limitarlo con el principio de voluntad⁸⁸¹.

3. Concepción del dolo aquí seguida

Pues bien, en la presente tesis doctoral suscribimos aquella postura teórica que sostiene que el dolo es tanto conocimiento como voluntad, rechazando, por consiguiente, aquellas otras tesis que tratan de delimitarlo de forma puramente cognoscitiva, por los motivos recién expuestos en el apartado anterior. Ahora bien, por supuesto, esta mera afirmación referente a que el dolo es “conocer” y “querer” no es más que un adecuado (pero insuficiente por sí mismo) punto de partida para conceptualizar el dolo. Por ello, a fin de exponer nuestra postura acerca del dolo comenzaremos refiriéndonos al razonamiento efectuado por ROXIN. Para el insigne penalista alemán, la diferencia

forma de comprobación de ella, sea un procedimiento real o uno hipotético —en este último caso en definitiva el dolo no está en la cabeza del sujeto juzgado, sino en la del juez—“.

⁸⁷⁹ GIL GIL, A., “Lección 10. El delito como acción típica, II. El tipo subjetivo del delito de acción doloso”, en *Curso de Derecho Penal Parte General*, con GIL GIL, A., LACRUZ LÓPEZ, J.M., MELENDO PARDOS, M., *et al.*, Dykinson, Madrid, 2015, pág. 227.

⁸⁸⁰ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Delitos de peligro...cit.*, pág. 59.

⁸⁸¹ ANTÓN ONECA, J., *Derecho Penal...cit.*, pág. 197 y ss.

cualitativa esencial existente entre “dolo” e “imprudencia” radica en que, mientras que el primero es “realización del plan delictivo” —e incorpora una decisión a favor de la posible lesión de bienes jurídicos—, la negligencia es mero descuido o ligereza⁸⁸².

De este modo, a juicio del citado autor, quien incluye en sus cálculos la realización de un tipo reconocida por él como posible, sin que la misma le disuada de su plan, se ha decidido conscientemente (aunque solo sea para el caso eventual y a menudo en contra de sus propias esperanzas de evitarlo) en contra del bien jurídico protegido por el correspondiente tipo. Esta “decisión por la posible lesión de bienes jurídicos” es la que diferencia al dolo eventual en su contenido de desvalor de la imprudencia consciente y la que justifica su más severa punición. Sin dicha decisión en contra de los valores jurídicos típicamente protegidos, solo podrá reprochársele al sujeto su descuidada negligencia. Reproche que, a su vez, es más atenuado y merece solo la pena de la imprudencia⁸⁸³. Asimismo, cabe destacar que dicha decisión tiene lugar desde el momento en que el sujeto cuenta seriamente con la posibilidad de realizar el tipo, pero a pesar de ello sigue actuando y se resigna así, de buena o de mala gana, a la eventual realización del delito⁸⁸⁴.

A partir de aquí, las distintas fórmulas empleadas para designar al elemento volitivo del dolo serán correctas siempre y cuando pongan de manifiesto esa decisión contra el bien jurídico del sujeto que, pese a todo, sigue actuando. Nos referimos a expresiones tales como “aceptar, conformarse, contar con, tomarse en serio...”⁸⁸⁵. De entre las mismas, aquí mostramos preferencia por “conformarse con”, pues de ella parece deducirse que no se requiere tanto, a efectos volitivos, como de otros verbos tales como “desear”, “perseguir”, “aprobar” o “consentir” con agrado⁸⁸⁶.

⁸⁸² ROXIN, C., *Derecho Penal...cit.*, págs. 425-427.

⁸⁸³ *Ibidem*, pág. 426.

⁸⁸⁴ *Ibidem*, pág. 427. Ahora bien, es importante tener en cuenta la siguiente precisión efectuada por DÍAZ PITA, M.M., *El dolo eventual*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1994, pág. 309: “hay que insistir llegados a este punto, en la idea de que la lesión del bien jurídico puede o no coincidir con el objetivo perseguido por el sujeto, es decir, con lo que el sujeto quiere. Se renuncia así a la relación intencional del sujeto con el resultado como paradigma delimitador entre dolo e imprudencia: la lesión del bien jurídico forma parte, como un componente más, de la situación global en la que se tomará la decisión de actuar o no. El motivo que a ello lleve el sujeto no es de incumbencia para el Derecho penal”.

⁸⁸⁵ A ellas se refieren tanto el propio ROXIN (*ibidem*, pág. 426), como, adhiriéndose a su criterio de distinción entre dolo e imprudencia, RODRÍGUEZ MONTAÑES, T., *Delitos de peligro...cit.*, pág. 81.

⁸⁸⁶ MIR PUIG, S., *Derecho Penal...cit.*, pág. 275.

Sin embargo, adhiriéndonos al planteamiento de RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, resulta fundamental requerir que la confianza del sujeto en que no se produzca el resultado sea algo más que mera esperanza ciega, supersticiosa o irracional. De forma que, para que sea penalmente relevante y tenga la virtualidad de excluir el dolo, es necesario un mínimo de fundamento o base racional, lo que lleva al establecimiento de limitaciones objetivas a la posibilidad de confiar, las cuales, a su vez, vienen dadas por “el grado o magnitud del peligro que la acción representa y por las posibilidades de control del mismo”⁸⁸⁷.

Al fin y al cabo, como asevera DÍAZ PITA al defender la objetivación del elemento cognoscitivo integrante del dolo: “no podemos olvidar que estamos tratando un concepto que se engloba dentro del sistema del hecho punible y cualquier elemento tratado en este contexto comporta un innegable componente normativo que ningún jurista puede soslayar”⁸⁸⁸. Ello implica encontrar un equilibrio entre el componente normativo de este elemento y la señalada realidad empírico-psicológica que le sirve de base. Equilibrio que la citada autora halla en su propuesta de definición del conocimiento objetivo válido a efectos del dolo y que lo configura como la “aprehensión correcta de la situación global por parte del sujeto agente”, la cual, además, deberá abarcar (pues ello es lo que el sujeto ha de conocer) el tipo objetivo en su totalidad⁸⁸⁹.

En definitiva, la esencia del dolo radica, insistimos, en que exista una decisión consciente y voluntaria de lesionar los bienes jurídicos protegidos en una norma penal. Sí hay, por tanto, a nuestro juicio, una diferencia cualitativa (y no meramente cuantitativa, como se deriva de la teoría de la representación) entre el dolo y la imprudencia.

⁸⁸⁷ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Delitos de peligro...cit.*, pág. 81. Por cierto, aunque pueda parecer que, con este razonamiento, la citada autora incurre (y nosotros también, al adherirnos a su planteamiento) en una suerte de velada vuelta a las teorías de la representación, coincidimos, de nuevo, con RODRÍGUEZ MONTAÑÉS en que la exigencia de baremos objetivos que limiten lo que entendemos por “confianza” a efectos de excluir dolo no supone volver a una concepción de este puramente cognoscitiva, sino: “tan sólo el establecimiento de ciertos límites a la misma: lo relevante para el dolo sigue siendo lo que efectivamente el sujeto se representa y quiere, pero ante ciertos riesgos en los que no existe posibilidad de control, de forma que la integridad del bien jurídico depende del azar o de la suerte, la decisión del sujeto de actuar pese al conocimiento de estas circunstancias es expresión inequívoca de su decisión contra el bien jurídico, de su eventual aceptación de la realización del tipo”. Con la misma voluntad de fijar límites objetivos a lo que se considera como “confianza”, CORCOY BIDASOLO, M., “En el límite entre dolo e imprudencia (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1983)”, en *ADCP*, Fasc. 3, 1985, pág. 973.

⁸⁸⁸ DÍAZ PITA, M.M., *El dolo...cit.*, pág. 290. En el mismo sentido: FEJOO SÁNCHEZ, B., “La distinción entre dolo e imprudencia...”, *cit.*, pág. 270; HASSEMER, W., *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, C.H. Beck’sche, München, 1990, pág. 222.

⁸⁸⁹ *Ibidem*, pág. 297. De nuevo, en el mismo sentido, FEJOO SÁNCHEZ, B., “La distinción entre dolo e imprudencia...”, *cit.*, pág. 278.

A su vez, creemos conveniente hacer una breve referencia a las tres clases de dolo unánimemente reconocidas por doctrina y jurisprudencia, las cuales atienden, precisamente, al grado de intensidad con que concurre el elemento volitivo del dolo en el caso concreto. En efecto, debemos distinguir entre: dolo directo de primer grado, en el que el autor persigue la realización del delito (sobre la definición y los caracteres propios de esta clase de dolo nos pronunciaremos más extensamente al analizar el significado de la expresión típica “intencionadamente”, presente en el art. 408 CP); dolo directo de segundo grado o dolo de consecuencias necesarias, caracterizado porque en él el autor no busca la realización del tipo, pero sabe y advierte como seguro que su actuación dará lugar al delito; y dolo eventual, en el cual, según la concepción del mismo aquí acogida, el autor se representa el delito como resultado muy posible y, pese a ello, se conforma con tal opción. Dicha forma de querer concurre necesariamente siempre que se impulsa o se mantiene voluntariamente (o, si se prefiere, siempre que se decide llevar adelante) la conducta que se advierte como suficientemente peligrosa en el caso concreto⁸⁹⁰.

III. EL SIGNIFICADO DE LA CLÁUSULA “INTENCIONADAMENTE”

1. Delimitación del problema

La omisión del deber de promover la persecución de los delitos de los que se tenga noticia o de sus responsables solo se castiga en relación con aquellas autoridades y funcionarios públicos que falten a la obligación de su cargo “intencionadamente”. Evidentemente, el presente tipo penal, al igual que los restantes delitos tipificados en el Capítulo II, Título XIX, Libro II CP, solo se sanciona en su modalidad dolosa. Como ya hemos señalado, la forma imprudente se excluye, no solo por la inexistencia de un tipo específico que así lo prevea (conforme a la exigencia del art. 12 CP) sino, además, porque el precepto incorpora una específica referencia a la intencionalidad del sujeto activo⁸⁹¹.

Esta expresa referencia del tipo penal a la intencionalidad del autor ha provocado una discusión doctrinal (y también, en menor medida, jurisprudencial) en torno a la admisión o exclusión de ciertas clases de dolo en el art. 408 CP. Así, mientras que, para la mayoría de los autores, el empleo del término “intencionadamente” responde a la

⁸⁹⁰ La presente clasificación ha sido elaborada según lo dispuesto en MIR PUIG, S., *Derecho Penal...cit.*, pág. 273-275.

⁸⁹¹ MESTRE DELGADO, E., “Tema 22. Delitos contra la Administración Pública”, en *Delitos y faltas. La parte especial del Derecho Penal*, con LAMARCA PÉREZ, C. (Dir.), Colex, Madrid, 2012, pág. 707.

voluntad del legislador por reforzar o intensificar el nivel de intensidad de la intención con la que debe cometerse el delito por el autor, lo que lleva a excluir ciertas modalidades de dolo del ámbito típico de los delitos que tienen incorporada dicha cláusula (fundamentalmente el dolo eventual, pero incluso el de segundo grado o consecuencias necesarias)⁸⁹², para otros no es más que una expresión superflua, que no aporta nada, en realidad, en términos de tipicidad subjetiva.

Evidentemente, la cuestión recién planteada no es, en absoluto, baladí, puesto que, caso de no interpretarse el adverbio “intencionadamente” como equivalente a la exigencia, en el tipo penal que lo contiene, de dolo directo de primer grado (o, al menos, de dolo directo), la referencia a la “intención” del sujeto activo sería simplemente equiparable al dolo y, por ende, superflua. En efecto, si “intencionadamente” equivale a “dolosamente”, nada aporta al tipo penal la mención de esta expresión, y, consiguientemente, su incorporación a un delito no altera en nada el ámbito típico del mismo, lo cual, desde luego, es dudoso en términos del principio de vigencia.

La problemática descrita será abordada en los siguientes apartados, a través de los cuales pretendemos reflexionar acerca del sentido que debe atribuirse a la cláusula típica “intencionadamente”. Sin embargo, dado que el empleo de esta no se produce únicamente en el art. 408 CP, sino también en otros extremos del Código penal, nos vemos obligados a distinguir dos planos de análisis: el referente primero a qué función cumple “intencionadamente” con carácter general en nuestro texto punitivo (si es que puede afirmarse que cumple alguna función común a todos aquellos preceptos en los que aparece), así como el relativo, después, a qué papel ostenta, en concreto, en relación con el delito de omisión del deber de promover la persecución de los delitos.

⁸⁹² Sea como fuere, la cuestión es, a nuestro juicio, menos problemática cuando nos referimos al dolo directo de segundo grado o dolo de consecuencias necesarias, sin que parezca entenderse que el reforzamiento del dolo deba llegar al extremo de excluir este. Tal y como explica MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “¿Existen expresiones reveladoras del dolo directo en el CP español?” en *Estudios Penales en homenaje al Profesor José Manuel Lorenzo Salgado*, con GUINARTE CABADA, G., VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., ABEL SOUTO, M., *et al.*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pág. 873, la definición de la palabra “intención”, equivalente, de acuerdo con la Real Academia Española, a “determinación de la voluntad en orden a un fin” es compatible con el dolo directo de segundo grado, en la medida en que el Diccionario alude simplemente a “un fin”, sin especificar de qué clase de fin se trata, siendo así que en el dolo directo de segundo grado la consecuencia necesaria también es “un fin” perseguido por el agente, por más que no sea el fin primordial que rige su voluntad: será un fin secundario, si se quiere, pero, desde luego, se trata de un fin ineluctable en el caso concreto en el que el sujeto actuó, que es lo que aquí nos importa, con independencia de que ese fin le resulte indiferente o incluso que lo lamente y con independencia de que no hubiese aceptado ese fin en otras circunstancias (algo irrelevante a los efectos conceptuales que aquí nos interesan).

2. Debate doctrinal en torno al significado de la cláusula “intencionadamente”

2.1. En general: sobre la presencia del adverbio “intencionadamente” a lo largo del Código penal

La expresión “intencionadamente” aparece nombrada en diversos preceptos del Código penal⁸⁹³, junto con otras (“maliciosamente” o “a sabiendas”), que han merecido también la atención de la doctrina española. Con carácter general, se señala unánimemente algo que puede parecer, a simple vista, evidente: “intencionadamente” apela al componente volitivo del dolo —y no al intelectual, como ocurre, por ejemplo, con “a sabiendas”—. A partir de tal premisa, la duda radica en delimitar si dicho adverbio aporta algo en términos de la intencionalidad requerida por los tipos que lo incorporan o, si, por el contrario, es simplemente un término redundante, que se limita a subrayar el carácter doloso de los mismos.

En este último sentido, recuérdese la contundente valoración acerca de este tipo de expresiones que emitió RODRÍGUEZ DEVESA, y a la que hemos hecho alusión en el Capítulo Primero de esta tesis doctoral. Para el citado penalista, cláusulas como “intencionadamente” no son más que inútiles y anacrónicas menciones del dolo, que no hacen más que reflejar un modelo de tipificación de la imprudencia (de *numerus apertus*) ya superado con el Código penal de 1995⁸⁹⁴. Ciertamente, no le falta razón a RODRÍGUEZ DEVESA en que la presencia en nuestro Código de este tipo de expresiones típicas responde, muy probablemente, al mero producto de un *lapsus* del legislador histórico, que olvidó eliminarlas pese a que su importante rol como excluyentes de la imprudencia en los tipos penales que las incluían ya no era necesario.

No obstante, el motivo histórico esgrimido por este autor no nos parece suficiente, por sí solo, para avalar una tesis que concluya, de un plumazo, la redundancia y el carácter superfluo de “intencionadamente” u otros adverbios similares. Así, como indica MARTÍNEZ-BUJÁN, por mucho que se esté de acuerdo con la hipótesis de RODRÍGUEZ DEVESA, “el intérprete debe partir de la base de que, respetando el principio de vigencia, a tales expresiones hay que atribuirles un determinado sentido más allá del que anidase

⁸⁹³ Esta expresión es empleada un total de doce veces a lo largo del Código Penal. En concreto, en los arts. 20.5, 270.5.a) y b), 275, 277, 318 bis 1. y 2., 408, 471 bis 1. y 3., 612.8 y 10. La tesis doctrinal recién descrita obligaría, como mínimo, a excluir en todos estos casos la tipicidad cuando el delito se cometiera por medio de dolo eventual.

⁸⁹⁴ RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., “Inobservancia de los principios...”, *cit.*, pág. 343.

en la mente del legislador histórico”⁸⁹⁵. Por dicha razón, explicaremos, a continuación, qué teorías doctrinales se han barajado en lo relativo al sentido de la expresión típica que nos ocupa.

Un primer sector doctrinal, defensor de la postura mayoritaria en este ámbito, sostiene que la expresión “intencionadamente” conlleva un reforzamiento de la intensidad del dolo con el que debe cometerse el delito por el sujeto⁸⁹⁶. Así, en todos los delitos en los que se emplea dicha cláusula, el legislador estaría excluyendo la posibilidad de su comisión por medio de dolo eventual (y, como ya se ha señalado, para algunos autores, también del dolo directo de segundo grado). Esta línea teórica promueve, por tanto, una interpretación unívoca del significado “intencionadamente”, que vincularía a todos aquellos preceptos del Código en los que es empleada. A favor de la misma, se argumenta, principalmente, que, si se interpretara el término “intención” como comprensivo de todas las modalidades de dolo, habría que concluir que su mención expresa en un tipo resulta totalmente superflua. Ello debido a que el art. 12 CP establece una presunción general de dolo para todos los tipos de la parte especial, salvo mención expresa en contrario⁸⁹⁷.

Dentro de un segundo grupo, y, pese a la objeción recién aducida, son varios los autores que aseveran, en una línea similar a la de RODRÍGUEZ DE VESA, que “intencionadamente” no es más que un sinónimo de “dolosamente”, y, que únicamente se incluye en algunos tipos penales por razones estilísticas. Dentro de este minoritario, pero

⁸⁹⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “¿Existen expresiones...?”, *cit.*, pág. 864. A nuestro parecer, lo aquí dispuesto por el citado autor puede dirigirse también a la crítica realizada por SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M., *Dolo e imprudencia en el Código Penal Español. Análisis legal y jurisprudencial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 451, de que: “el legislador no siempre utiliza el lenguaje de forma jurídicamente intencionada e introduce, en algunas ocasiones, términos innecesarios, ambiguos, e, incluso, claramente equívocos”.

⁸⁹⁶ Así, aunque con ciertas diferencias en sus razonamientos: QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General...cit.*, pág. 361; LAURENZO COPELLO, P., *Dolo y conocimiento*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 204 y ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, B., “La distinción entre dolo e imprudencia...”, *cit.*, pág. 280.

⁸⁹⁷ SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M., *Dolo e imprudencia...cit.*, pág. 437.

no por ello menos autorizado, sector doctrinal se hallan CEREZO MIR⁸⁹⁸, DÍEZ RIPOLLÉS⁸⁹⁹, o GIL GIL⁹⁰⁰.

Por último, un tercer sector doctrinal apunta a que cualquier intento por hallar una interpretación unívoca de “intencionadamente” es estéril, ya que no resulta posible extraer una conclusión idéntica a la problemática derivada de tal expresión para todos los delitos en que se emplea. Dicho de otra manera, no por mencionarse en un ilícito el término “intencionadamente” tiene porqué concluirse necesariamente que la conducta llevada a cabo con dolo eventual ha de ser atípica. Por el contrario, es mucho más conveniente estudiar, delito por delito, el sentido concreto que juega en ella dicho adverbio. A diferencia del sector doctrinal estudiado anteriormente, este no niega que “intencionadamente” pueda aportar un significado distinto al del mero dolo. Únicamente descarta que sea así en todos los preceptos que incorporan tan expresión.

A modo de ejemplo, LUZÓN PEÑA considera que no es posible dar una respuesta general, puesto que, si bien el término “intención” entendido en sentido estricto, se refiere al dolo directo de primer grado, puede resultar dudoso que la función de esta expresión consista siempre en restringir el tipo a esta forma de dolo. Cuestión que, según el citado autor, deberá resolverse caso por caso, atendiendo al sentido y finalidad que desempeñan tales expresiones en cada uno de los tipos que aparecen⁹⁰¹.

Del mismo modo se pronuncia SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN. En efecto, frente a aquellas voces que señalan que, de no interpretarse en el sentido de reforzar la intensidad del dolo requerido por el tipo penal, la cláusula “intencionadamente” sería superflua, la autora critica que tal conclusión parece obviar el hecho de que el legislador no siempre utiliza el lenguaje de forma jurídicamente “intencionada”, sino que introduce, en algunas

⁸⁹⁸ CEREZO MIR, J., *Curso de derecho penal español: Parte General, Tomo I. Introducción*, Tecnos, Madrid, 2004, pág. 153

⁸⁹⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Derecho Penal español...cit.*, pág. 208. Más confusa resulta la línea defendida por MUÑOZ CONDE, F., *Teoría General...cit.*, pág. 73, quien parece adherirse a la tesis de ambos autores, en cuanto afirma que, aunque el Código utiliza la expresión “dolosa” en los arts. 5 y 10, luego emplea expresiones coloquiales equivalentes como “intencionadamente”. No obstante, si nos parece algo compleja la clasificación de su postura en una u otra línea doctrinal es porque a continuación asevera que el empleo de dichos términos sirve para hacer “recaer el acento en aspectos volitivos o intelectivos, sin que ello signifique que renuncie a ninguno de los dos”, de lo cual parece deducirse que sí reconoce que el uso de expresiones como “intencionadamente” impliquen un reforzamiento de la intención requerida en los tipos penales que la mencionan.

⁹⁰⁰ GIL GIL, A., “Lección 10. El delito como acción típica...”, *cit.*, pág. 225.

⁹⁰¹ LUZÓN PEÑA, D.M., *Lecciones de Derecho...cit.*, pág. 239.

ocasiones, “términos innecesarios, ambiguos e, incluso claramente equívocos”. Así, aunque admite que parece más correcta la interpretación que se inclina por la restricción al dolo directo de primer grado, entiende que la cuestión ha de resolverse en la interpretación de cada uno de los tipos en los que aparece la citada expresión, tomando en cuenta argumentos de política criminal y, fundamentalmente, consideraciones teleológicas derivadas de la finalidad de los correspondientes tipos⁹⁰².

2.2. En particular: sobre la presencia del adverbio “intencionadamente” en el art. 408 CP

El tipo penal del art. 408 CP ha suscitado la misma controversia doctrinal en cuanto a la interpretación del vocablo “intencionadamente”. Cabe destacar que el tratamiento de la presente cuestión es escaso y poco profundo, limitándose en la mayoría de los casos a señalarse si el precepto admite o excluye el dolo eventual, sin justificar los motivos que han llevado a esta conclusión. Ello es más comprensible en aquellos sectores doctrinales que interpretan “intencionadamente” como excluyente del dolo eventual, en la medida en que parecen sumarse tácitamente a la tesis general de que siempre que se utiliza esta expresión en el Código penal se pretende limitar el delito en cuestión a la modalidad de dolo directo. No obstante, lo es menos en aquellos otros que defienden la admisión del dolo eventual, pues en estos casos convendría exponer los motivos político-criminales (o de cualquier otra índole) por los que se defiende tal postura. Al fin y al cabo, esta segunda tesis interpretativa conlleva considerar superflua una expresión típica que, de entenderse vigente, avalaría una reducción del ámbito típico del precepto (y, por tal motivo, supone realizar una interpretación doctrinal extensiva de la norma penal).

Pues bien, lo cierto es que la clasificación de las posiciones doctrinales mantenidas en esta materia constituye un reflejo perfecto de aquellas que ya hemos repasado al estudiar el impacto que a “intencionadamente” se le reconoce en nuestro texto punitivo. Por ello, en un primer lugar, hallamos un sector dominante formado por autores que se muestran partidarios de restringir el presente tipo penal a su comisión por medio de dolo directo⁹⁰³. Sin embargo, un ligero contraste con respecto al estado de la doctrina que

⁹⁰² SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M., *Dolo e imprudencia...cit.*, pág. 448.

⁹⁰³ ORTS BERENGUER, E., “Art. 408 CP”, en *Comentarios al Código Penal de 1995, Vol. II (art. 234 a Disposiciones finales)*, con VIVES ANTÓN, T. (Coord.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 1787; SERRANO GÓMEZ, A., SERRANO MÁLLO, A., *Derecho Penal Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 2007, pág. 794; MORALES PRATS, F., RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., “Título XIX. Delitos contra la Administración...”, *cit.*, pág. 1668; PORTILLA CONTRERAS, G., POMARES CINTAS, E., “Delitos de abandono...”, *cit.*, pág. 184;

analiza el significado de “intencionadamente” en la parte general del Código, es que, en este punto, al tratarse del examen de un delito concreto, se aprecian ciertas matizaciones en la aplicación al mismo de dicha conclusión común. Tales matizaciones derivan, sobre todo, de qué naturaleza se atribuye a esta cláusula típica, pues, para algunos penalistas, a la misma debe reconocérsele carácter de especial elemento típico subjetivo añadido al dolo.

En efecto, conviene hacer alusión a las apreciaciones llevadas a cabo por varios de los defensores de este primer sector doctrinal con respecto a la naturaleza jurídica del término “intencionadamente” en el art. 408 CP. Así, RODRÍGUEZ PUERTA y MORALES PRATS parecen concebir esta expresión como a un elemento típico subjetivo especial diferente del dolo, que conduce a su reforzamiento y que contiene una específica finalidad de eludir la persecución⁹⁰⁴. De manera similar, REBOLLO VARGAS menciona que el art. 408 CP exige un *animus* específico conducente a “permitir la impunidad de los actos delictivos”⁹⁰⁵. Por su parte, LUZÓN PEÑA va más allá todavía, al calificar al art. 408 CP, desde el punto de vista de su tipicidad subjetiva, como un delito de tendencia o de tendencia intensificada, caracterizado porque la especial finalidad que en él se exige no es trascendente a la conducta típica, debido a que el propio tipo requiere la intención de dejar de perseguir delitos⁹⁰⁶. Y, finalmente, RODRÍGUEZ DE MIGUEL RAMOS parece honrar el pasado como prevaricación administrativa específica del art. 408 CP cuando señala que la omisión típica del mismo debe ser maliciosa “no como simple intención de no perseguir sino como intención buscada de propósito, indigna, perversa e ignominiosa, para que el delito quede

VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Comentarios al Código Penal (Actualizado por las Leyes Orgánicas: 1/2015, 30 de marzo y 2/2015, 30 de marzo)*, Vlex, Madrid, 2015, pág. 872; MELÉNDEZ SÁNCHEZ, F.L., “Lección 28. Delitos contra la Administración Pública”, en *Derecho Penal Parte Especial*, con SERRANO TÁRREGA, M.D. (Coord.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2024, pág. 1009. Debe destacarse, además que, para este último, no solo se excluye el dolo eventual sino también el dolo directo de segundo grado; MUÑOZ CUESTA, F.J., “Omisión del deber de perseguir...”, *cit.*, pág. 21152; FEIJOO SÁNCHEZ, B., “Artículo 408...”, *cit.*, pág. 1098; MIR PUIG, C., “Arts. 404-445”, en *Comentarios al Código Penal. Reformas LLOO 1/2023, 3/2023 y 4/2023*, con CORCOY BIDASOLO, M., MIR PUIG, S. (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 1790.

⁹⁰⁴ La presente tesis proviene no solo de lo dicho literalmente por estos autores con respecto al art. 408 CP, sino también con respecto al art. 407 CP, del que afirman que no es más que un tipo penal especial de aquel, siendo la única diferencia entre ambos el medio empleado (el abandono de destino). Por ello, dado que aseveran que en el art. 407 CP está, por un lado, el dolo y, por otro lado, el elemento típico subjetivo (para eludir la persecución del delito), se entiende que esta intención de elusión está presente también en el art. 408 CP, cumpliendo igualmente en él una función de elemento subjetivo especial. Así puede comprobarse en: MORALES PRATS, F., RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., “Título XIX. Delitos contra la Administración...”, *cit.*, págs. 1665-1668.

⁹⁰⁵ REBOLLO VARGAS, R., “La omisión...”, *cit.*, pág. 37.

⁹⁰⁶ LUZÓN PEÑA, D.M., *Lecciones de Derecho...cit.*, pág. 225.

impune”⁹⁰⁷, coincidiendo en esta última idea, como puede observarse, con REBOLLO VARGAS.

Cabe destacar, que dentro de esta primera posición doctrinal son varios los autores que esgrimen un argumento de tipo histórico para justificar la exclusión del dolo eventual del ámbito típico del art. 408 CP. Así, consideran un indicio a favor de esta tesis el hecho de que, hasta la entrada en vigor del actual Código penal, el delito que nos ocupa debía cometerse “maliciosamente”. De este modo, aprecian que la sustitución de este término por el de “intencionadamente” da fe del especial interés del legislador por ceñir las conductas típicas a las formas de dolo directo (por la mayor intensidad de su elemento volitivo), con exclusión del dolo eventual⁹⁰⁸. Otros autores, sin embargo, aun formando parte también del sector doctrinal mayoritario mencionado, no otorgan importancia alguna al citado argumento histórico e incluso llegan a afirmar que “maliciosamente” e “intencionadamente” significan exactamente lo mismo, por lo que el cambio terminológico no habría tenido ninguna consecuencia real⁹⁰⁹.

En segundo lugar, un grupo cuantitativamente menor de penalistas entiende que, al menos por lo que respecta al art. 408 CP, la expresión típica “intencionadamente” no ha de interpretarse más que como una referencia al dolo en sentido genérico. Es decir, como un simple sinónimo del dolo⁹¹⁰. En el seno de este sector doctrinal, solo GÓMEZ TOMILLO alude a motivos de naturaleza político-criminal para justificar su postura, pues para él, “todas las formas de dolo merecen igual reproche”, no siendo aconsejable

⁹⁰⁷ RODRÍGUEZ DE MIGUEL RAMOS, J., “Arts. 404 a 445 bis”, en *Código Penal concordado y comentado con jurisprudencia y leyes penales especiales y complementarias*, con RODRÍGUEZ RAMOS, L. (Dir.), La Ley, Madrid, 2015, pág. 2002.

⁹⁰⁸ MORALES PRATS, F., RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., “Título XIX. Delitos contra la Administración...”, *cit.*, pág. 1668; MORILLAS CUEVA, L., “Capítulo 49. Delitos contra la Administración Pública (II). Abandono de destino y omisión del deber de perseguir delitos”, en *Sistema de Derecho Penal. Parte Especial*, con MORILLAS CUEVA, L. (Dir.), Dykinson, Madrid, 2020, pág. 1237.

⁹⁰⁹ Aquí podemos hallar a HEDO IDOPE, J.L., “Los delitos de abandono...”, *cit.*, pág. 379; MUÑOZ CUESTA, F.J., “Omisión del deber...”, *cit.*, pág. 21151, para quien el cambio supondría una mera “adaptación terminológica a los nuevos tiempos”; y REBOLLO VARGAS, R., “La omisión...”, *cit.*, pág. 37, quien habla indistintamente de omisión “maliciosa o intencionada”.

⁹¹⁰ ESQUINAS VALVERDE, P., “Lección 29. Delitos contra la Administración...”, *cit.*, pág. 613; AGUDO FERNÁNDEZ, E., JAÉN VALLEJO, M., PERRINO PÉREZ, A.L., *et al.*, *Derecho Penal aplicado. Parte Especial. Delitos contra intereses difusos o colectivos*, Dykinson, Madrid, 2019, pág. 232; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “Lección XXXVII. Delitos contra la administración...”, *cit.*, pág. 743; MESTRE DELGADO, E., “Tema 22. Delitos contra la Administración...”, *cit.*, pág. 705. A su vez, CÓRDOBA RODA, J., “Arts. 404...”, *cit.*, pág. 1933: “dicho término ha de ser interpretado como equivalente a dolo. Dada la explícita inclusión de tal requisito psicológico en el texto legal, está claro que tal exigencia no puede en modo alguno ser presumida. Únicamente de probarse la concurrencia de intención o dolo, cabrá entender cumplido el presente requisito legal”.

descartar la punición de ninguna por mucho que el término “intencionadamente” suela excluir el dolo eventual⁹¹¹.

3. El confuso estado de la cuestión en la jurisprudencia

En principio, el debate producido en la jurisprudencia ha sido menor, pues puede decirse que resulta pacífico, al menos en el plano teórico, que el elemento subjetivo del art. 408 CP se refiere de forma exclusiva al dolo directo o intencional. Como algunos de los miembros de la doctrina citados anteriormente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ampara esta decisión, principalmente, en el cambio de redacción que realizó el Código penal de 1995 de “maliciosamente” a “intencionadamente”.

Tal modificación es interpretada en el sentido de que “el legislador quiere ahora hacer hincapié en el dolo directo para excluir el dolo indirecto o eventual, es decir como si se quisiera restringir el tipo a las formas de dolo con una presencia volitiva más intensa”. Así se dispone en las pocas sentencias que se han pronunciado sobre dicho extremo, a saber: las SSTS 634/1997, de 17 de junio y 502/1998, de 6 de abril. Por su parte, en otras resoluciones, el Tribunal Supremo no hace expresa alusión a la cuestión que nos ocupa, aunque sí emplea ciertos calificativos que tienen como consecuencia indirecta un reforzamiento del dolo con el que debe ser cometido el delito⁹¹². Igualmente, la jurisprudencia menor ha compartido esta tesis con relación al art. 408 CP, en virtud de la cual se equipara “intencionadamente” al dolo directo⁹¹³.

En definitiva, puede afirmarse que el adverbio “intencionadamente” está siendo empleado por el Tribunal Supremo para mantener la vigencia del antiguo “maliciosamente” (presente en el art. 359 CP 1973) e, incluso, reforzar sus exigencias,

⁹¹¹ GÓMEZ TOMILLO, M., “Capítulo II: Del abandono de destino...”, *cit.*, pág. 1553. No sin razón, en respuesta a esta afirmación, MORILLAS CUEVA, L., “Capítulo 49. Delitos contra la Administración...”, *cit.*, pág. 1238, indica que desde semejante perspectiva siempre el dolo eventual sería posible en cualquier tipo doloso.

⁹¹² Así ocurre en aquellas resoluciones en que el Tribunal continúa haciendo mención al adverbio “maliciosamente” tal y como si constase todavía en la redacción del art 408 CP: STS 773/2013 de 22 de octubre; STS 342/2015, de 2 de junio; STS 148/2016 de 25 de febrero; ATS de 21 de julio de 2020; ATS de 24 de marzo de 2021; ATS 2 de julio de 2021. Por cierto, en todas las sentencias mencionadas, así como en las emitidas por la jurisprudencia menor con respecto al art. 408 CP se insiste en que el tipo subjetivo del delito del art 408 CP se integra por dos componentes: “el conocimiento de la existencia de una acción presuntamente delictiva sea cual fuera la forma en que esa noticia se recibe, y la intencionalidad como configuración específica del dolo”.

⁹¹³ Así sucede en las siguientes resoluciones judiciales: ATSJ País Vasco de 19 de julio de 2006; SAP Salamanca 11/2007, de 25 de abril; SAP Lugo 232/2014, de 15 de diciembre; SAP Almería 48/2015 de 29 de enero; SAP Cádiz 104/2015, de 13 de abril; y SAP Madrid 323/2020, de 9 de julio.

excluyéndose el dolo eventual del art. 408 CP. Ello se respalda señalando que la expresión “maliciosamente” era sinónima de dolo genérico, por lo que “intencionadamente” vendría a añadir un *plus* de intensidad al dolo exigido al autor. Sin embargo, tal cuestión no ha sido nunca pacífica, existiendo una discusión doctrinal nada desdeñable en dicha materia⁹¹⁴.

A pesar de ser esta la línea argumental seguida por la jurisprudencia española, lo cierto es que la aplicación práctica del art. 408 CP difiere considerablemente de las proclamaciones puramente teóricas que aquella realiza acerca de la exigencia de dolo directo en el mismo. En efecto, obsérvese que el proceder del Tribunal Supremo en este extremo siempre adquiere los mismos rasgos:

En primer lugar, en lo respectivo a la imputación subjetiva del art. 408 CP, el Tribunal Supremo no se limita a interpretar “intencionadamente” en clave de exigencia de dolo directo en aquel tipo penal, sino que, además, traslada ciertas exigencias a este que no son sino reminiscencias de su pasado reciente como una modalidad específica de prevaricación administrativa. De ahí que, en sucesivas sentencias, parezca requerirse una cierta actitud al funcionario omitente consistente en “torcer el derecho malicioso”⁹¹⁵, aunque el Código penal actual ni siquiera mencione la “malicia”, como sí lo hacía el anterior. Parece claro, entonces, que lo que se busca no es solamente reducir el ámbito

⁹¹⁴ Sin ánimo de entrar en detalle en la presente cuestión, nos remitimos al análisis doctrinal realizado por SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M., en *Dolo e imprudencia...cit.*, pág. 418, en el cual la citada autora hace un repaso de las distintas interpretaciones que históricamente han recibido los términos “malicia” y “maliciosamente” contenidos en varios Códigos Penales españoles. En resumen, siguiendo, de nuevo, a dicha penalista, puede indicarse que las interpretaciones que ha recibido el término “malicia” en nuestra tradición jurídica han sido las siguientes: a) mala intención (que se identifica con el dolo), entendida como voluntariedad con respecto al hecho y presencia de móviles viles, de modo que la malicia quedaría excluida cuando el autor realiza el hecho por móviles altruistas o incluso cuando persigue móviles inocuos; b) intención (dolo directo) más conciencia de la antijuridicidad, pero sin exigir la presencia de móviles viles (CÓRDOBARODA); c) conciencia de la antijuridicidad (ANTÓN ONECA), como elemento del dolo que se añade a la intención, entendida esta en un sentido amplio, comprensiva de todas las posibles formas de dolo; d) dolo, entendido el concepto en sentido amplio comprensivo de todas sus posibles formas, sin incluir la conciencia de la antijuridicidad ni la presencia de móviles viles (CEREZO MIR). Las obras a las que hace referencia en el mismo –y que han sido consultadas a efectos de la presente tesis doctoral– son: CÓRDOBARODA, J., *El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito*, J.M. Bosch, Barcelona, 1962, pág. 130 y ss.; ANTÓN ONECA, J., *Derecho Penal...cit.*, pág. 231; CEREZO MIR, J., *Problemas fundamentales del Derecho Penal español*, Tecnos, Madrid, 1982, pág. 80.

⁹¹⁵ Obsérvese, a modo de resumen de esta tendencia jurisprudencial, el siguiente extracto de la SAP Salamanca 11/2007, de 25 de abril: “por lo que se refiere al elemento subjetivo, no puede caber duda de la necesidad del dolo criminal o intencional, como resulta del propio texto legal que usa la expresión “intencionadamente”; es una omisión maliciosa, no como simple intención de no perseguir, sino como intención buscada de propósito, indigna, perversa o ignominiosa, para que el delito quede impune”.

típico del art. 408 CP a los supuestos en que se comete con dolo directo, sino, además, la adición a dicho tipo penal de un elemento típico subjetivo especial, en la medida en que se exige al sujeto que haya dejado de perseguir los delitos con la intención específica de perjudicar a la Administración de Justicia, así como de lograr la impunidad del autor del delito omiso de perseguir.

En segundo lugar, pese a tales declaraciones, no es difícil advertir que, en las mismas sentencias que siguen dicha argumentación, se termina castigando a funcionarios que no solo no obraban con la específica intención de coadyuvar a la impunidad del delito, sino que su omisión ni siquiera se cometía por medio de dolo directo. Más bien, en estos supuestos, el funcionario omitente dejó de actuar debidamente por mera pasividad o indiferencia, confiando en que otro compañero se encargaría de perseguir el delito, etc.

Un ejemplo de este proceder se halla en la STS 342/2009, de 2 de abril. En dicha resolución se condenó, por vía del art. 408 CP, a un agente de la Policía Nacional que se encontraba de servicio en la estación marítima de Ceuta con la función de controlar el embarque en el trasbordador que une a dicha ciudad con Algeciras de los pasajeros ocupantes de los vehículos que pretendían acceder a la bodega del buque. En ese momento, uno de los ocupantes de un vehículo, que carecía de permiso de residencia para residir legalmente en España, le entregó un DNI alterado. Así lo constató el propio agente policial, quien, no obstante, simplemente le indicó que se retirara de la cola de embarque y no comunicó a otros compañeros tal situación ni efectuó denuncia alguna. De no haber sido por la acción de los otros agentes, el delito cometido por el ocupante del vehículo hubiera podido quedar impune.

En un supuesto como este, es difícil de justificar la concurrencia de ese especial ánimo de “torcer el derecho” que parece exigir la jurisprudencia. En realidad, el sujeto activo parecía movido más por la incompetencia o la desidia (al creer que no valía la pena perseguir un hecho de escasa magnitud) que por un especial ánimo de procurar la impunidad del autor de la falsificación o de ocasionar una lesión a la Administración de Justicia. Del mismo modo ocurre en aquellos casos en los que el sujeto activo deja de tramitar denuncias porque no le apetece trabajar o quiere irse pronto a su casa. Tampoco en estos existe un especial ánimo de “torcer el derecho”, pero, sin embargo, la conducta es tan lesiva para el principio de legalidad procesal como la del sujeto activo que deja de perseguir el delito porque desea la impunidad del mismo.

4. Toma de posición

4.1. Desde un plano de análisis técnico-jurídico y de lege lata: adhesión a la tesis doctrinal mayoritaria

Corresponde tomar posición acerca de los interrogantes que han ido suscitándose hasta el momento. Sin embargo, antes de ello, es necesario comenzar haciendo una importante advertencia. Es evidente que existe, tanto entre parte de la doctrina como sobre todo en la jurisprudencia, una confusión entre el contenido propio del dolo directo de primer grado y el de los elementos típicos subjetivos especiales que puede incorporar un determinado tipo penal. En este sentido, resulta pertinente la clara delimitación entre ambos conceptos esbozada por BACIGALUPO ZAPATER: “lo que diferencia estas intenciones especiales del dolo directo es que aquí son relevantes para lo ilícito penal aquellos objetivos que el autor quiere alcanzar mediante la realización del tipo, mientras que en el dolo directo el único fin relevante para el Derecho penal es la realización del tipo mismo”⁹¹⁶.

Pues bien, en el art. 408 CP se emplea, en efecto, el adverbio “intencionadamente”. Sin embargo, a diferencia de aquellos tipos penales que contienen un especial elemento finalístico, en este no se alude en ningún momento a que la conducta típica deba ser realizada persiguiendo su autor una específica finalidad (por ejemplo, la de procurar el encubrimiento del autor del delito que se deja de perseguir). Obsérvese, así, la diferencia con otros delitos, tales como, por ejemplo, el art. 261 CP (“con el fin de lograr indebidamente la declaración”) o el art. 557.1 CP (“con el fin de atentar contra la paz pública”), en los que sí cobra un papel central el objetivo concreto buscado por el autor. Tampoco, en nuestra opinión, puede inferirse exigencia de finalidad alguna a partir del verbo típico “dejar de promover la persecución”, ya que este es, salta a la vista, bastante aséptico o neutro en su significado.

Por consiguiente, y a pesar de que, como máximo, puede atribuirse a la expresión “intencionadamente” el efecto de restringir la imputación subjetiva del tipo a la modalidad de dolo directo, lo que no creemos que pueda hacerse es inventar que de dicha cláusula provienen otras finalidades, como las que a menudo se han puesto de manifiesto doctrinal o jurisprudencialmente. Finalidades que, sobre todo, han consistido en afirmar

⁹¹⁶ BACIGALUPO ZAPATER, E., *Derecho Penal...cit.*, pág. 326.

que el funcionario debe querer provocar, con su omisión, la impunidad del delito dejado de perseguir. Sin embargo, de aceptar la presencia de estas en el tipo, ¿qué sucede entonces si el funcionario solo quiere retrasar, que no impedir absolutamente, el avance de una investigación? ¿y si tal omisión se fundamenta en motivos frívolos o egoístas (por ejemplo, querer que la causa quede en pausa para poder alargar sus vacaciones), y no en una especial pretensión de que el delito quede impune? ¿acaso no está, dicho funcionario, dejando de perseguir intencionadamente un delito?

En fin, con lo anterior se ha querido ilustrar que en el art. 408 CP no existen especiales elementos típicos subjetivos que restrinjan su ámbito en el sentido de exigir una particular finalidad al funcionario omitente. No nos hallamos, en nuestra opinión, ante un delito tendencial, ni el adverbio “intencionadamente” debe ser interpretado “como un elemento subjetivo del tipo que denote una específica finalidad del autor de realizar un segundo acto o de conseguir un determinado resultado”⁹¹⁷. Y, de hecho, creemos que, si se ha tendido a calificar como tal al tipo penal que nos ocupa, es porque se equiparan aquellos delitos en los que aparecen expresiones como “con la intención de/con la finalidad de”, seguidos de la descripción de un particular ánimo en el sujeto, con aquellos delitos en los que aparece el término “intencionadamente”, cuando, en realidad, se trata de nociones distintas.

Lo que se deriva, de acuerdo con la doctrina mayoritaria, de la expresión típica “intencionadamente”, es el hecho de que el art. 408 CP solo puede aplicarse para castigar a aquel funcionario que hubiera obrado con dolo directo. Esto es, que hubiera dejado de perseguir delitos: (1) conociendo la existencia de hechos indiciarios de delito; (2) estando al tanto de su obligación de investigar estos o de perseguir a su presunto responsable; así como (3) con la voluntad de no cumplir su deber, siendo los motivos concretos de dicha voluntad indiferentes para la norma⁹¹⁸. Es decir, que el art. 408 CP se refiere, únicamente, a aquellos casos en los que la realización del tipo es el fin que persigue el funcionario al dejar de actuar conforme a su deber profesional⁹¹⁹, de manera que este quiere realizarlo,

⁹¹⁷ Esta última expresión se la debemos a MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “¿Existen expresiones...?”, *cit.*, pág. 871, quien expresamente anuncia que solo los delitos que se refieren a “con intención de” añaden un elemento típico subjetivo especial, mientras que no sucede lo mismo con los delitos que deben cometerse “intencionadamente”.

⁹¹⁸ RUBIO LARA, P.A., “Delito de ausencia...”, *cit.*, pág. 5.

⁹¹⁹ GIL GIL, A., “Lección 10. El delito como acción típica...”, *cit.*, pág. 241.

con independencia de las razones específicas que puedan llevar al autor a querer dejar de perseguir el delito.

Ahora bien, por supuesto, la tesis que vincula “intencionadamente” a la exigencia de dolo directo en un tipo penal, pese a ser la dominante, no es la única sostenida a este respecto. También, como vimos, hay muchos penalistas que sugieren que dicho adverbio no posee un significado unívoco, sino distinto en función del precepto concreto que lo incorpore, así como otros, por su parte, que equiparan “intencionadamente” a “dolosamente”, tratándolo, por ello, de cláusula superflua.

Tal variedad de posiciones teóricas en torno a la cuestión que nos ocupa obliga a que tomemos postura acerca de cuál de ellas nos parece más convincente, siendo la primera que debemos resolver, evidentemente, la relativa a si creemos que “intencionadamente” es, efectivamente, una cláusula superflua o puramente ornamental, que nada aporta en términos de tipicidad subjetiva a aquellos tipos penales que la contienen. Y, en este punto, debemos señalar que no estamos de acuerdo con tal punto de vista, en la medida en que priva de funcionalidad u operatividad a una cláusula introducida solo en algunos tipos penales, para, en principio, distinguirlos de otros que no la incluyen. En este sentido, el principio de vigencia parece recomendar la opción hacia una interpretación que confiera sentido real y práctico a todos los elementos con los que el legislador ha definido un determinado tipo penal⁹²⁰. Uno de dichos elementos es, en el caso del art. 408 CP, el término “intencionadamente”, por lo que, en nuestra opinión, es preferible mantener la vigencia del mismo, en lugar de rechazar la misma.

Semejante interpretación es más aconsejable todavía si se tiene en cuenta que el sentido que tradicionalmente se ha dado a nivel técnico-jurídico a dicha expresión es el de exigente de dolo directo. Una interpretación que, lejos de ser caprichosa, encuentra un razonable fundamento no solo en el principio de vigencia, sino también en el significado dado en nuestro lenguaje ordinario a “intencionadamente” e “intención”. En efecto, mientras que el primero es definido en el Diccionario de la Real Academia Española como “de manera intencionada o deliberada”, lo que obliga a remitirse al término “intención”, este último se delimita como “determinación de la voluntad en orden a un fin”. Y dicha

⁹²⁰ Y ello por mucho que desde la doctrina sospechemos, seguramente con razón, que esta clase de expresiones típicas no han sido intencionalmente empleadas por el legislador para restringir el dolo al dolo directo, sino que no son más que meras reminiscencias de un sistema de incriminación del dolo y la imprudencia ya superados.

determinación de la voluntad en orden a un fin, si bien es inherente al dolo directo (y, en nuestra opinión, también al de consecuencias necesarias), no está presente en el dolo eventual.

Además, la exégesis propuesta por la doctrina mayoritaria tiene aún otra ventaja a su favor, cual es el hecho de que sugiere que resulta posible realizar una interpretación unívoca del término “intencionadamente” en todos los tipos en los que aparece. Esta opción resulta, desde luego, más aconsejable desde el punto de vista del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CP)⁹²¹.

4.2. Desde un plano de análisis político-criminal. Propuesta de lege ferenda

Las anteriores consideraciones no deben confundir al lector acerca de cuál es nuestra valoración personal sobre la actual redacción del art. 408 CP, en lo que a la expresión típica “intencionadamente” respecta. Si bien consideramos que, desde un plano de análisis estrictamente técnico-jurídico parece preferible (que no perfecta) la tesis mayoritaria, proclive a interpretar aquella cláusula típica en el sentido de restringir el ámbito del art. 408 CP a los supuestos de dolo directo, no por ello tal restricción nos parece conveniente desde un punto de vista político-criminal. No obstante, no consideramos que los motivos de esta índole sean suficientes para entender derogada, por vía interpretativa y de *lege lata*, la expresión típica que venimos analizando, la cual, como hemos insistido en varias ocasiones, quedaría desprovista de significado de apreciar que no aporta nada al tipo penal que la contiene.

Lo cierto es que el panorama actual del Código penal en materia de imputación subjetiva es, como mínimo, bastante caótico y confuso. Especialmente, habida cuenta de la proliferación de expresiones típicas que generan confusión en el intérprete, tales como “maliciosamente”, “a sabiendas”, “intencionadamente” ... todas las cuales, por las diferencias que parecen presentar entre ellas, así como por el hecho de que solo aparecen en algunos tipos penales, han de ser objeto de una interpretación que no niegue su

⁹²¹ No le falta razón a GIL GIL, A., “Lección 10. El delito como acción típica...”, *cit.*, pág. 240, cuando repara en la que, a nuestro juicio, es la mayor debilidad de la tesis mayoritaria, y es la irracionalidad de sus efectos en aquellos casos en los que se castiga la comisión dolosa de un delito utilizando tales términos y también se castiga el correspondiente tipo imprudente, pues en dichos casos carece de sentido afirmar que el legislador ha querido sin embargo dejar impune la comisión con dolo eventual. No obstante, tal situación, que sin duda sí se da con relación a otras expresiones como “a sabiendas” o “maliciosamente”, no se presenta en nuestro texto punitivo en ninguno de los tipos penales cuya conducta ha de ser cometida intencionadamente.

vigencia. Precisamente por ello, tienen razón aquellas posiciones que alegan que sería más conveniente, a nivel político-criminal, examinar caso por caso cada tipo penal para comprobar si en el mismo debe poder admitirse el dolo eventual. Sin embargo, a diferencia de las mismas y, en la línea de lo dispuesto por MARTÍNEZ-BUJÁN, nos parece que tal crítica solo puede ser relevante de cara a formular propuestas de *lege ferenda* para excluir la mención de tales adverbios en los distintos delitos que los contienen⁹²² (en nuestro caso, particularmente, en el art. 408 CP).

En efecto, desde nuestra concepción personal y aunque convenimos con la doctrina mayoritaria en que ello no es posible de *lege lata*, lo más lógico sería castigar cualquier dejación del deber de perseguir, siempre que fuera dolosa. Ello, sobre todo, habida cuenta de la definición del dolo aquí acogida, la cual, partiendo de ROXIN, la identifica con la decisión voluntaria del autor a favor de la lesión del bien jurídico protegido, así como, también, dada la tendencia jurisprudencial antes puesta de manifiesto en el apartado anterior. Sin duda, si algo se desprende de la misma, es el hecho de que, por muchas proclamaciones teóricas que puedan hacerse acerca de que el art. 408 CP solo pueda ser cometido por medio de dolo directo e, incluso, de elementos típicos subjetivos adicionales, la realidad práctica termina convirtiendo en puramente estilísticas dichas declaraciones, pues ni el Tribunal Supremo ni el resto de la jurisprudencia parecen considerar “de justicia” el dejar sin castigar los supuestos de omisión dolosa eventual del deber de perseguir delitos.

De hecho, si de verdad los tribunales tratasen a este tipo penal según las características que asocian al mismo a nivel teórico, el art. 408 CP acabaría viéndose limitado a aquellos supuestos en los que el sujeto activo buscase la impunidad del autor del delito que deja de perseguir. Así sucedió, por ejemplo, en el caso enjuiciado por la STS 143/2020, de 13 de mayo. En el mismo se condenó por el presente delito a un agente de la Policía Nacional que tuvo conocimiento de que se estaba cometiendo por un conocido suyo un delito de simulación de delito (al haberse interpuesto por el mismo una denuncia por robo con violencia, la cual no tenía reflejo alguno con la realidad) y no solo no lo persiguió, sino

⁹²² En efecto, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “¿Existen expresiones...?”, *cit.*, págs. 873-874, tras señalar que “cuestión diferente es el problema político-criminal que se plantea en determinados delitos que incorporan este vocablo (v. gr., en los casos de los arts. 270-5, 275, 277 y 318 bis-1 y 2, 408), en los que, según la opinión dominante, no existe razón que justifique la limitación de las conductas a aquellas que se realicen con un dolo de esa clase”, concluye que “la solución al problema planteado reside únicamente en la supresión de dicho vocablo en tales preceptos”.

que además aconsejó telefónicamente al autor acerca de cómo debía comportarse para eludir la responsabilidad penal.

Supuestos como el descrito, sin embargo, no son tan frecuentes en la práctica, pues en esta encontramos mucho más reiteradamente casos como el ya señalado de la STS 342/2009, de 2 de abril, en el que quedaba perfectamente patente que la omisión del funcionario policial se debió a su incompetencia. Ahora bien, incluso en un escenario como el de la sentencia señalada, en el que parecía cumplirse la finalidad específica con la que, según la jurisprudencia y parte de la doctrina, debe ser cometido el art. 408 CP, la aplicación de este último conlleva serios problemas tanto concursales como procesales:

Por un lado, el principal problema de reforzar la intensidad que debe reunir el dolo hasta dicho extremo radica en que ello lleva a escenarios en los que resulta aún más complicado de lo que ya es de por sí distinguir al presente tipo penal del delito de encubrimiento en su modalidad de favorecimiento personal cometido por medio de abuso de las funciones públicas del sujeto activo (art 451.3 b)⁹²³. Sin ir más lejos, en el caso recién analizado, la conversación telefónica que mantuvieron el agente policial y el autor del delito de simulación delictiva perfectamente podría haberse subsumido en la conducta descrita por el delito de encubrimiento, a saber: “ayudar a los presuntos responsables de un delito a eludir la investigación de la autoridad o de sus agentes (...) siempre que el favorecedor haya obrado con abuso de funciones públicas”. Lo mismo sucedió en la SAP Cádiz 104/2015, de 13 de abril, en la cual se dio por probado el “torcer el derecho” y el especial ánimo de lograr la impunidad del tercero puesto que el agente policial finalmente condenado, con el fin de proteger a un compañero de una denuncia por conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas y delito de lesiones a una mujer, insistió en repetidas ocasiones a la afectada para que cambiase su declaración y omitiese la embriaguez del agente favorecido.

⁹²³ Art. 451.3 b) CP: “Será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años el que, con conocimiento de la comisión de un delito y sin haber intervenido en el mismo como autor o cómplice, interviniere con posterioridad a su ejecución, de alguno de los modos siguientes: 3.º Ayudando a los presuntos responsables de un delito a eludir la investigación de la autoridad o de sus agentes, o a sustraerse a su busca o captura, siempre que concurra alguna de las circunstancias siguientes: b) Que el favorecedor haya obrado con abuso de funciones públicas. En este caso se impondrá, además de la pena de privación de libertad, la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a cuatro años si el delito encubierto fuere menos grave, y la de inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años si aquél fuera grave”. Suscribimos aquí la interpretación de GILI PASCUAL, A., *El encubrimiento...cit.*, págs. 262-264, y PÉREZ GARCÍA, O., *El encubrimiento...cit.*, pág. 126, que califican a este ilícito como delito de resultado cortado. Es decir, se trata de un delito tendencial en el que la particular intención que motiva al funcionario a delinquir sí resulta relevante jurídico-penalmente.

Ciertamente, el parecido entre el favorecimiento personal con abuso de funciones públicas y la omisión del deber de perseguir delitos es notable. Hasta tal punto que la única diferencia visible entre los mismos parece ser la del especial elemento típico subjetivo que configura el favorecimiento y que, sin embargo, no forma parte del art. 408 CP. No en vano apunta GILI PASCUAL que el tipo penal que nos ocupa puede ser entendido como “correlato del favorecimiento de la función pública”, y que, por ello, sorprende todavía más la distancia penológica entre este y el ilícito de favorecimiento, pues, al fin y al cabo: “aunque deba entenderse que la pena del 408 responde a un contenido de injusto que se configura sin la intención de eludir la investigación o sustraer al presunto responsable a su búsqueda y captura (art. 451 CP), el salto punitivo es considerablemente llamativo para hacerlo descansar únicamente en un concreto elemento subjetivo del injusto”⁹²⁴.

Por otro lado, junto al presente problema de naturaleza penal, no puede obviarse otro de tipo procesal, relativo a las dificultades en materia de prueba del elemento típico subjetivo al que se refiere la jurisprudencia. Ello obligaría a recurrir a indicios externos de los que pudiera concluirse razonablemente que el sujeto activo obró, no ya con desidia o indiferencia, sino con auténtica voluntad de que el delito quedase impune. Al fin y al cabo, nadie más que este último puede conocer con absoluta e inequívoca seguridad si ha obrado con dicha finalidad. Razón por la cual, la única forma de que dicho elemento resultara probado sería recurriendo a la llamada prueba indiciaria.

Pero es que, prescindiendo de la exigencia jurisprudencial de que concurra una especial finalidad del autor junto al dolo directo, e incluso requiriéndose solo este último, se generan resultados indeseables desde el punto de vista político-criminal. Es cierto que la comisión del art. 408 CP por medio de dolo eventual parece menos probable que aquella cometida por dolo directo (el funcionario sabe que está dejando de perseguir un delito y

⁹²⁴ GILI PASCUAL, A., *El encubrimiento...cit.*, pág. 435. Debe aclararse que la problemática relación concursal entre el delito que nos ocupa y el favorecimiento en su modalidad señalada no serán objeto de un análisis profundo en la presente tesis doctoral, sino que tal análisis se llevará a cabo en trabajos de investigación futuros. Por ahora, valga señalar que coincidimos con GILI PASCUAL en que no parece haber más diferencias entre el art. 408 CP y el art. 451.3. b) CP que la existencia, en este último, de un elemento típico finalístico no presente en aquel. Debemos rechazar, sin embargo, la propuesta de distinción entre ambos preceptos efectuada por QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho Penal...cit.*, pág. 1290, quien sitúa el elemento diferenciador en el círculo de sujetos activos de uno y otro tipo penal, de forma que el art. 408 CP constituiría un favorecimiento (¿privilegiado penológicamente?) para aquellos funcionarios públicos que tienen atribuida la específica función de perseguir los delitos y a sus responsables, restando el art. 451 CP para los demás funcionarios.

quiere que así sea) o imprudencia (el funcionario debiera haber conocido que estaba dejando de perseguir un delito, pero por incompetencia no lo hizo, o tuvo un descuido y pensó que su compañero se encargaría). No obstante, sí que es perfectamente concebible la comisión del delito por medio de dolo eventual.

Así pues, hay comisión dolosa eventual siempre que existan factores de los que pueda inferirse que el funcionario sospecha la posibilidad de tener que perseguir el delito y, sin embargo, actúa con indiferencia o desidia acerca de tal extremo. A modo de ejemplo, el siguiente escenario puede servir para ayudar a ilustrar esta cuestión: imagínese que una mujer va a una comisaría local a poner una denuncia por el nuevo ilícito penal de acoso callejero y el funcionario policial que la atiende, nada actualizado, no sabe que eso es un delito recientemente vigente y le dice que se vaya a casa y que él no puede ayudarla.

Evidentemente, en este supuesto, concurre, en el comportamiento del agente, un error de tipo vencible (art. 14.1 CP), puesto que le era exigible haber sabido los cambios legislativos que afectaban directamente al buen cumplimiento de sus deberes. Su conducta es reprochable, pero no penalmente, habida cuenta de que el art. 408 CP no se castiga en su modalidad imprudente. En conclusión, resta únicamente, en estos casos, la vía disciplinaria. Ahora bien, piénsese que, en este mismo escenario de antes, todos los compañeros del funcionario policial le dijese, en el momento de la interposición de la denuncia, que la víctima tenía razón y que debía tramitarla. O que la víctima le enseñase incluso el tipo penal concreto por el que quiere interponer la denuncia, ya que es estudiante de derecho. En este escenario, como mínimo, podría apreciarse que el funcionario policial ha obrado con dolo eventual. Su comportamiento es, indudablemente, reprochable y tan atentatorio para el bien jurídico protegido como cualquier otra forma de dolo, por lo que no se explica la razón por la cual, a diferencia de otros delitos de funcionarios, el art. 408 CP incluye la referencia al adverbio “intencionadamente”. Es por este motivo que, insistimos, de *lege ferenda* parece conveniente eliminar dicha cláusula típica de este precepto.

CAPÍTULO SEXTO

***ITER CRIMINIS* DEL DELITO DE OMISIÓN DEL DEBER DE PERSEGUIR DELITOS**

I. INTRODUCCIÓN

No cabe ninguna duda de que el delito consumado constituye el punto de referencia o la imagen conceptual que tiene presente el legislador a la hora de configurar los tipos delictivos en la parte especial⁹²⁵. Así como que, para alcanzar el momento de consumación del delito, este recorre todo un proceso (más o menos largo) de tiempo, al que la doctrina ha bautizado históricamente como *iter criminis* (literalmente, camino del delito)⁹²⁶. No es de extrañar la formulación especialmente gráfica con la que MANTOVANI se refiere a dicho “camino” que atraviesa todo hecho delictivo, al que denomina “vida” del delito, pues, para él: “el delito, como toda cosa humana, nace, vive y muere”⁹²⁷.

El presente Capítulo se enfoca, precisamente, en el estudio del *iter criminis* del tipo de omisión del deber de perseguir delitos. Es este el último capítulo que dedicaremos al análisis jurídico-penal del art. 408 CP y, por consiguiente, el *iter criminis* constituye el aspecto final de este precepto examinado en esta tesis doctoral. La necesidad de detenernos en tan compleja materia deriva de los múltiples problemas que plantea el art. 408 CP en esta sede, tanto a efectos de la delimitación de su momento consumativo, como de la determinación de su carácter de ilícito permanente o de estado.

Asimismo, especialmente problemática resulta la cuestión de discernir si la tentativa es articulable en este delito, pues el mismo constituye un ilícito de mera inactividad, con respecto a los cuales ha tendido a afirmarse doctrinalmente que la ejecución imperfecta no es concebible. Evidentemente, además, nuestra conclusión acerca del carácter comisivo-omisivo del art. 408 CP repercute en la resolución de este interrogante, ya que, si la tentativa es más difícil de imaginar en relación con modalidades puras omisivas,

⁹²⁵ MUÑOZ CONDE, F., GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal Parte General...cit.*, pág. 379.

⁹²⁶ LUZÓN PEÑA, D.M., *Lecciones de Derecho...cit.*, pág. 188.

⁹²⁷ MANTOVANI, F., *Diritto Penale. Parte Generale*, Padova, 1988, pág. 404. También ANTÓN ONECA, J., *Derecho Penal...cit.*, pág. 401, en lugar de traducirlo de manera literal, se refiere al *iter criminis* como “vida del delito”.

puede no serlo tanto cuando la omisión se produce a través de actos materiales demostrativos de la dejación de la función de perseguir delitos.

Por último, se incidirá en el “extraño” art. 445 CP, que prevé expresamente la punición de los tres actos preparatorios de los arts. 18 y 19 CP (conspiración, proposición y provocación) en el ámbito de los tipos penales del Título XIX, esto es, de los “Delitos contra la Administración Pública.

II. LA CONSUMACIÓN EN EL ART. 408 CP

1. Consideraciones previas

La consumación, como bien expresa BORJA JIMÉNEZ, representa el momento en el que se reúnen todos los elementos que conforman el sustrato material requerido por los diferentes términos típicos de la correspondiente figura delictiva⁹²⁸, de manera que “se produce la consumación cuando se satisfacen todos los presupuestos exigidos por el concreto tipo penal, de tal forma que la conducta realizada en el específico supuesto de hecho coincide con la representación abstracta que el legislador ha establecido previamente en el respectivo precepto legal”⁹²⁹.

O, más concisamente, en palabras de CARRARA: “la consumación consiste en que el acto haya alcanzado la objetividad jurídica que constituye el título especial de un delito dado”, a lo que el insigne penalista italiano añade que “la idea de la consumación no es absoluta, sino puramente relativa; de donde se deduce que un acontecimiento que, con relación a un título de delito, constituye una consumación, no es más que una tentativa con relación a otro título de delito”⁹³⁰.

Distinto al momento de consumación es el correspondiente al de agotamiento o terminación del delito (también denominado por MUÑOZ CONDE como de “consumación material”), caracterizado porque, en él, el autor no solo realiza todos los elementos típicos,

⁹²⁸ BORJA JIMÉNEZ, E., “La terminación del delito”, en *ADCP*, Tomo 48, Fasc/Mes 1, 1995, pág. 90. En *ibidem*, nota 2, añade el citado autor que “sobre el concepto de consumación en la teoría del delito no existen grandes controversias, y se puede decir que hay una cierta unanimidad en cuanto a su determinación en términos similares a los expuestos en el texto”. En sentido similar se pronuncia ANTÓN ONECA, J., *Derecho Penal...cit.*, pág. 401, quien enumera los principales problemas jurídicos suscitados por la consumación, siendo estos: “la separación entre los distintos momentos; la fijación de aquel en que se justifica la intervención punitiva y, finalmente, la pena que corresponderá imponer al delito imperfecto”.

⁹²⁹ BORJA JIMÉNEZ, E., “La terminación...”, *cit.*, pág. 91.

⁹³⁰ CARRARA, F., *Programa del Curso de Derecho Criminal, Parte General, Tomo I*, Traducción por BÉECHE Y ALBERTO GALLEGOS, O., Editorial Jurídica Continental, San José, 2000, pág. 193.

sino que, además, consigue satisfacer la intención que perseguía⁹³¹. Aunque, en ocasiones, el Código penal otorga relevancia jurídica a dicha fase, por regla general esta no se halla comprendida en el seno de los tipos penales, lo que lleva a que carezca de efectos.

Pues bien, el tipo de omisión del deber de perseguir delitos se corresponde, como ya se ha expresado en varias ocasiones a lo largo de la presente tesis doctoral, con un tipo de mera actividad (o, según la terminología aceptada por un importante sector doctrinal: de mera inactividad, dado su carácter omisivo)⁹³². En esta clase de delitos, la consumación existe desde el momento en que se realiza toda la conducta o se deja de hacer el comportamiento prescrito por la norma penal, sin necesidad de la causación de un resultado, pues este no es requerido por el tipo. Basta, pues, para la consumación, la simple realización de la actividad típica prohibida (acción) o la no realización de la actividad esperada (omisión)⁹³³.

Llegados a este punto, sin embargo, es imprescindible aclarar, siguiendo a GIMBERNAT ORDEIG, que todos los delitos tienen como objeto la protección de un bien jurídico, siendo imposible que dicho bien sea amenazado o lesionado sin un resultado (modificación del mundo exterior). Ahora bien, lo que caracteriza a los delitos de mera actividad no es que no produzcan resultado alguno, sino únicamente que dicho resultado se produce siempre simultáneamente con la actividad desplegada por el agente (o, en el caso del art. 408 CP, con la inobservancia del mandato inherente al mismo). La única diferencia, entonces, que estos presentan con respecto a los delitos de resultado se refiere al hecho de que en estos últimos es imaginable teóricamente la existencia de una distancia espaciotemporal entre movimiento corporal y resultado, y con ello, también surgen posibles problemas

⁹³¹ MUÑOZ CONDE, F. GARCÍAARÁN, M., *Derecho Penal Parte General...cit.*, pág. 380.

⁹³² Esta tesis no es cuestionada doctrinalmente, pues aquellos autores que han analizado el art. 408 CP han coincidido en su conclusión de que el mismo constituye un ejemplo de tipo penal de mera actividad que no requiere, para su consumación, la producción de ningún resultado material. Semejante conclusión está presente en: MORALES PRATS, F., RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., “Título XIX. Delitos contra la Administración...”, *cit.*, pág. 1668; RUBIO LARA, P.A., “Delito de ausencia...”, *cit.*, pág. 4; TORRES FERNÁNDEZ, M.E., “La omisión de perseguir delitos...”, *cit.*, pág. 1776; PORTILLA CONTRERAS, G., POMARES CINTAS, E., “Delitos de abandono...”, *cit.*, pág. 186; QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho Penal...cit.*, pág. 1238; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “Lección XXXVII. Delitos contra la administración...”, *cit.*, pág. 743; y MESTRE DELGADO, E., “Tema 22. Delitos contra la Administración...”, *cit.*, pág. 706.

⁹³³ ORTS BERENGUER, E., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Introducción al Derecho Penal...cit.*, pág. 137.

(causales) sobre a qué actividad ha de ser reconducido el resultado, problemas que no se plantean, en principio, en relación con los delitos de mera actividad⁹³⁴.

El tipo penal del art. 408 CP es, de acuerdo con la práctica totalidad de la doctrina, un delito de mera inactividad cuya consumación se caracteriza por producirse instantáneamente en el momento de desobediencia del mandato de promover la persecución de los delitos cuya noticia ha conocido el sujeto activo. Desarrollando esta cuestión, PORTILLA CONTRERAS y POMARES CINTAS alegan que la consumación del tipo penal que nos ocupa se produce en el instante en el que el omitente se abstiene de realizar la actividad persecutoria a que está obligado, es decir, desde que advierte la comisión de un hecho indiciariamente constitutivo de delito y tiene la posibilidad de iniciar o facilitar su persecución⁹³⁵. A la misma conclusión llegan TORRES FERNÁNDEZ⁹³⁶ y CONDE PUMPIDO-FERREIRO⁹³⁷.

Igualmente, a nivel jurisprudencial, se reconoce también que, en cuanto a la consumación, el deber de denunciar y promover la persecución de los delitos surge, para los funcionarios, tan pronto como tengan noticia de su comisión, por lo que el delito se consuma en el instante mismo en que estos conocen el delito y omiten toda actuación, comenzando a partir de ese momento el *dies a quo* del plazo de prescripción del delito⁹³⁸. Resulta, por tanto, suficiente con “la mera inhibición omisiva” de actos que se dirijan a facilitar la persecución de los hechos que se conocen⁹³⁹.

Esta concepción del delito que nos ocupa, que lo califica como ilícito de mera actividad y de consumación instantánea, es también la que aquí mantenemos, coincidiendo plenamente, en este extremo, con la doctrina y jurisprudencia españolas. Sin embargo, existen, con respecto al estudio de la consumación del art. 408 CP, dos cuestiones problemáticas en las que consideramos que vale la pena detenerse. Nos referimos, por un lado, al tratamiento del mero retraso en el cumplimiento del deber de

⁹³⁴ GIMBERNAT ORDEIG, E., “La distinción entre delitos propios...”, *cit.*, págs. 691-692. En igual sentido se pronuncia POLAINO NAVARRETE, M., “El injusto de la tentativa en el ejemplo de los delitos de mera actividad y de omisión pura. Sobre el concepto jurídico-penal de resultado”, en *Revista Poder Judicial*, núm. 72, 2003, pág. 84.

⁹³⁵ PORTILLA CONTRERAS, G., POMARES CINTAS, E., “Delitos de abandono...”, *cit.*, pág. 175.

⁹³⁶ TORRES FERNÁNDEZ, M.E., “La omisión de perseguir delitos...”, *cit.*, pág. 1777.

⁹³⁷ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Código Penal comentado...cit.*, pág. 1458.

⁹³⁸ STS 644/2016, de 14 de julio.

⁹³⁹ STS 1080/2010, de 20 de octubre.

perseguir delitos, así como al parecido que el presente tipo mantiene con los llamados “delitos permanentes”.

2. ¿Constituye el mero retraso una forma de consumación del art. 408 CP?

Si bien, como se ha dicho, tanto doctrina como jurisprudencia reconocen pacíficamente al delito del art. 408 CP como un tipo penal de mera actividad y de consumación instantánea, ORTS BERENGUER introduce un matiz a dicha afirmación en el que nos parece relevante incidir. Así, pese a que el citado penalista se adhiere, igualmente, a tal calificación del tipo que nos ocupa, entiende que la acreditación de su consumación, por mucho que esta pueda cifrarse en el momento en el que se tiene la noticia y no se actúa, “requiere un siquiera breve trascurso de tiempo”⁹⁴⁰. Si bien la falta de desarrollo ulterior de tan breve aseveración hace que dudemos de la verdadera intención perseguida con ella por su autor, el análisis de dicha apreciación resulta muy útil a fin de explicar más detenidamente dos cuestiones relativas a la tipicidad (objetiva y subjetiva) del art. 408 CP.

Por un lado, a nuestro modo de ver, resulta menos relevante de lo que *a priori* puede parecer el hecho de que la omisión en la que incurre el funcionario obligado a perseguir un delito sea absoluta o bien, por el contrario, consista en un mero retraso. En la medida en que la consumación del delito es instantánea, así como que lo que importa, a efectos típicos, es que el sujeto deje de perseguir el delito según lo impone la legalidad procesal, desde el momento en que se desvíe de esta incurrirá en el art. 408 CP. Es decir, cuando se afirma que este último se consuma en el instante en que el sujeto incumple su deber de perseguir un delito, a menudo se obvia que dicho instante viene fijado por un determinado marco legal. La legislación procesal, en concreto, especificará cómo y en qué tiempo debe cumplirse dicho deber por sus titulares.

A partir de dichos contornos legales, la consumación del delito se producirá cuando se haya incumplido la obligación de perseguir delitos intencionadamente en un sentido material, esto es, reconocible por actos externos (se ha cumplido parcialmente, falseando datos...), o cuando tal obligación no se haya cumplido en absoluto en el plazo previsto legalmente (pasividad absoluta, de manera que no se haya llevado a cabo actuación alguna). Semejante dualidad de la conducta tipificada en el art. 408 CP incidirá muy

⁹⁴⁰ ORTS BERENGUER, E., “Consideraciones sobre los delitos...”, *cit.*, pág. 345.

relevantemente en la determinación del momento consumativo de este, pues si dicha conducta se realiza a través de actos positivos, la consumación coincidirá con la producción de estos actos concluyentes por parte del funcionario. Mientras que si, la dejación del deber de perseguir delitos se materializa en una omisión pura, la clara delimitación del plazo legal establecido para cumplir con esta obligación devendrá esencial, dado que únicamente transcurrido este se podrá reputar como verdaderamente incumplida tal obligación.

Evidentemente, en este sentido, dado que el funcionario público se mueve dentro de un plazo legal (verbigracia, de 24 horas), puede cumplir su obligación actuando tanto en la primera hora como en la última del término fijado legalmente⁹⁴¹. Si, en cambio, se supera tal plazo e, insistimos, para el caso de que la comisión del art. 408 CP se manifieste en forma de pasividad absoluta, el hecho de que se cumpla la obligación a destiempo resulta penalmente irrelevante, al menos desde el punto de vista, insistimos, de la tipicidad objetiva del precepto. Si bien, como enseguida veremos, cuestión distinta es que el sujeto haya sido descuidado o negligente y haya cumplido su obligación de perseguir delitos mal o a destiempo, sin que pueda acreditarse que hubo dolo directo en su conducta. En dicho supuesto, no es que haya cometido el delito y luego de algún modo haya desistido de este, sino que, en puridad, no ha llegado a cometerlo, pues este no solo requiere que concurran sus elementos típicos objetivos, sino también los subjetivos.

En estos casos, prueba de la verdadera falta de relevancia del retraso en el cumplimiento del deber a los efectos de la tipicidad objetiva del art. 408 CP la proporciona el ejemplo del *Codice penale italiano*. Así pues y como desarrollaremos en el siguiente Capítulo, este, en su art. 361, castiga al funcionario público que omite o se retrasa en denunciar a la Autoridad Judicial o a otra competente la comisión de un delito que ha conocido en el ejercicio o a causa de sus funciones. Puede verse como, en dicho precepto, se alude expresamente al “retraso” del funcionario en el cumplimiento de su deber, a pesar

⁹⁴¹ Explica perfectamente este extremo, con respecto al art. 361 CPI, y de forma extrapolable al art. 408 de nuestro texto punitivo PAGLIARO, A., *Principi di diritto penale, Parte Speciale, I, Delitti contro l'Amministrazione della giustizia*, Giuffrè, Milano, 2000, pág. 30: “cierto, la comisión mediante omisión es la más frecuente: quien omite presentar una denuncia por lo general se limita a abstenerse de presentarla. Pero puede también suceder que el evento –falta de la denuncia a cuya interposición se estaba obligado– se consiga a través de una actividad positiva, es decir, a través de una acción: como en el caso de presentar una denuncia falsa, incompleta, reticente...”. Téngase en cuenta, sin embargo, que en el caso de que efectivamente se incumpla el deber de perseguir delitos por medio de conductas activas que, por ejemplo, falsearen los hechos, habrá que articular el correspondiente concurso real con aquellos delitos que se hubieran cometido como medio para dejar de perseguir un ilícito.

de lo cual, son muchos los penalistas que apuntan que “la omisión y el retraso no constituyen modalidades diferentes del delito, sino hipótesis equivalentes de conducta, ya que el elemento material del delito se concreta siempre en una omisión”⁹⁴², calificando de redundante la referencia al retraso que realiza el Código⁹⁴³.

Ahora bien, por el contrario, el desistimiento *ex art.* 16 CP sí que es posible cuando el art. 408 CP se comete de forma activa, mediante actos externos y concluyentes por parte del funcionario público de su voluntad de dejar de perseguir un delito⁹⁴⁴. En este segundo escenario, el funcionario podría actuar de cierta forma con el fin de no investigar un delito y, acto seguido, arrepentirse y enmendar su error, llevando a cabo el comportamiento debido según la legalidad procesal. Aunque, de nuevo, cobraría relevancia aquí el plazo legal establecido para el cumplimiento de su deber persecutorio, ya que el desistimiento solo será posible dentro del mismo.

Queda todavía por resolver una duda, desde luego compleja, relativa a qué ocurre cuando la ley no fija el plazo que tiene un funcionario determinado para cumplir con su deber de perseguir delitos. Tómese, por ejemplo, el caso del deber de comunicación del atestado policial al juzgado de instrucción o al ministerio fiscal. Con respecto al mismo, siempre que hubiera autor conocido, el art. 284 LECrim dispone que la transmisión de la *notitia criminis* a tales autoridades debe ser inmediata. La mención de la “inmediatez” se corresponde con un concepto jurídico indeterminado, únicamente matizado por la posterior aclaración legal de que, si se pudiere, se intentará producir tal acto de

⁹⁴² CANTARANO, C., *I delitti contro l'attività giudiziaria nella giurisprudenza*, Edizioni Cedam, Padova, 1978, pág. 48; CARINGELLA, F., MAZZAMUTO, S., MORBIDELLI, G., *Manuale di diritto penale parte speciale*, Giuridica Editrice, Roma, 2011, pág. 238; y ROMANO, B., *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, Giuffrè, Milano, 2016, pág. 30.

⁹⁴³ Por ello, no nos parece asumible la solución, generalizadamente aceptada entre la doctrina y la jurisprudencia italianas, de cifrar en momentos diferentes la consumación (pese a que en principio se califica al art. 361 CPI, de manera pacífica, como a un tipo de consumación instantánea), de modo que, en el caso de omisión total aquella se produzca cuando culmina el término legal dado para transmitir la denuncia a la autoridad judicial, mientras que, si se tratara de un mero retraso en la interposición de la denuncia, el momento consumativo coincidiría con el de presentación de la denuncia tardía. A nuestro parecer, desde el momento en que el plazo para transmitir la denuncia termina, el delito se ha visto consumado, sin que sea relevante a efectos jurídico-penales la posterior presentación tardía de una denuncia por el mismo.

⁹⁴⁴ Art. 16.2 CP: “Quedaría exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito”.

notificación sin necesidad de esperar a que cesen las diligencias de prevención que se estuvieran practicando por los agentes policiales.

En este escenario, si bien el sentido de la ley procesal es claro en cuanto a cómo deben cumplir los agentes policiales su deber de promover la persecución de un delito, no lo es tanto con respecto a cuánto tiempo tienen para hacerlo. Es decir, cuánto margen de dilación temporal se considera admisible e incluido dentro del adverbio “inmediatamente” al que alude el art. 284 LECrim. En otras palabras, ¿si un agente policial de una comisaría sobrecargada de trabajo tarda dos días enteros en comunicar la *notitia criminis* al juzgado de instrucción está dejando de perseguir el delito? Lo cierto es que la doctrina y jurisprudencia españolas no han resuelto todavía esta complicada cuestión, sí habiéndolo hecho, por el contrario, la italiana.

A nuestro parecer alcanzando una solución bastante satisfactoria y con el fin de determinar si se ha rebasado el término adecuado para comunicar la *notitia criminis*, en casos de indeterminación legal del mismo, y para el ejemplo concreto de los miembros de la policía judicial (aunque extrapolable al resto de funcionarios encargados de perseguir los delitos), esta afirma que debe interpretarse el tema del plazo en el sentido de que deben llevar a cabo esta conducta en un margen “restringido” de tiempo, es decir, “lo antes posible”, “teniendo en cuenta las necesidades normales de un cargo público con una carga de trabajo media”⁹⁴⁵.

Por otro lado, es menester tener en cuenta que, para que se produzca la consumación de cualquier delito (incluida la del tipo penal que venimos estudiando) no basta con que concurren sus elementos típicos objetivos —en este caso, que se haya cometido un hecho indiciario de delito, ya consumado, cuya noticia alcanza a un funcionario público especialmente obligado a perseguirlo—, sino que debe, asimismo, verificarse su tipicidad subjetiva. Es decir, por mucho que el sujeto activo tome conocimiento de una *notitia criminis* y decida no perseguirla, ello no tendrá por qué ser siempre constitutivo del delito que nos ocupa. Piénsese en el caso de que el agente policial no levante atestado inmediatamente porque no se encuentra bien o prefiere hacerlo más

⁹⁴⁵ Sentencias emitidas por la Cassazione Penale, Sezione VI, núm. 18457/2007 y 1055/2008. Asimismo, sobre esta cuestión, precisan BARTOLI, R., PELISSERO, M., SEMINARA, S., *Diritto Penale. Lineamenti di Parte Speciale*, Giappichelli, Torino, 2022, pág. 661”: el juez tiene una amplia discrecionalidad en la apreciación de este elemento, pudiendo considerar que existe una demora cuando el lapso de tiempo entre el conocimiento del hecho y su comunicación ha perjudicado los intereses de la autoridad investigadora en la adquisición de la *notitia criminis*”.

tarde, cuando haya acabado de hacer otras tareas. En este caso, el autor no tiene intención (dolo) de dejar de perseguir el delito en cuestión, por lo que, dada la estructura del art. 408 CP, no podrá ser castigado con base en el mismo⁹⁴⁶.

3. ¿Puede ser calificado el tipo penal del art. 408 CP como “delito permanente”?

A continuación, resulta conveniente aludir a una problemática puesta de manifiesto por ciertos autores de la doctrina, cual es la de si debe calificarse al delito del art. 408 CP como a un delito permanente, habida cuenta de que los efectos dañosos derivados de su comisión, irrogados tanto a la Administración de Justicia como, en su caso, a la posible víctima del delito omiso de perseguir, pueden mantenerse en el tiempo indefinidamente desde la comisión de la conducta y por la voluntad del sujeto activo. Es decir, una vez realizados todos los elementos del tipo y consumada, por ende, la conducta delictiva, los efectos antijurídicos de la misma pueden persistir en el tiempo por un periodo más o menos largo de tiempo. Semejante rasgo, apreciable, innegablemente, en el tipo penal que nos ocupa e inherente a la categoría de los delitos permanentes, es el que habría motivado a parte de la doctrina —así como a un sector creciente de la jurisprudencia— a promover la caracterización de la omisión del deber de perseguir delitos como un ilícito permanente.

Evidentemente, no podemos contribuir a arrojar luz sobre esta cuestión sin antes detenernos, siquiera brevemente, en aclarar qué debe entenderse por “delito permanente”. Tarea que, sin embargo, no es en absoluto sencilla, pues, como bien indica LLORIA GARCÍA, hay tantas definiciones de delito permanente como autores se han ocupado de la misma⁹⁴⁷. No obstante, en la presente tesis doctoral se ha decidido seguir la conceptualización del “delito permanente” efectuada por MIR PUIG.

Para el citado penalista, tanto los delitos de mera actividad como los de resultado pueden dividirse en delitos instantáneos, permanentes y de estado, según que la actividad o el resultado determinen la aparición de un estado antijurídico de cierta duración (delitos permanentes y delitos de estado) o no (delitos instantáneos). En concreto, el delito

⁹⁴⁶ E incluso, si su voluntad es la de perseguir el delito más adelante, pero sabe que es muy posible que se esté retrasando en exceso y que ello puede obstaculizar su efectiva persecución conforme a la legalidad procesal y se conforma o asume esta posibilidad, podrá calificarse a su comportamiento como doloso eventual. Sin embargo, dada la interpretación doctrinal y jurisprudencial mayoritaria, que aquí hemos suscrito *supra* en el Capítulo Quinto, no podrá ser tampoco sancionado por medio del art. 408 CP.

⁹⁴⁷ LLORIA GARCÍA, P., *Aproximación al estudio del delito permanente*, Comares, Granada, 2006, pág. 11.

permanente supone el mantenimiento de una situación antijurídica de cierta duración por la voluntad del autor; con la peculiaridad de que dicho mantenimiento sigue realizando el tipo, por lo que el delito se sigue consumando hasta que se abandona la situación antijurídica. Por su parte, en el delito de estado, aunque el omitente crea un estado antijurídico duradero (al igual que en el delito permanente), la consumación cesa desde la aparición de este, dado que el tipo solo describe la producción de dicho estado, y no su mantenimiento. Como ejemplos de esta modalidad de delitos, MIR PUIG señala el de falsificación de documentos (arts. 390 y ss. CP) y el de matrimonios ilegales (arts. 217 y ss.)⁹⁴⁸. A continuación, califica como delito permanente al ejemplo paradigmático del mismo, es decir, al delito de detenciones ilegales (art. 163 CP)⁹⁴⁹.

Cabe destacar que optar por considerar o no a cierto tipo penal como “permanente” no es baladí, ni tampoco constituye una cuestión puramente teórica. Por el contrario, es relevante a varios efectos, de entre los que destaca el referente a la prescripción, pues solo en el delito permanente empieza a correr el plazo al cesar el mantenimiento del estado antijurídico, de acuerdo con el art. 132 CP (cosa que no ocurre en los delitos de estado). No menos importante es que, en los delitos permanentes, por sus características, cabe participación o coautoría después de la consumación mientras se mantenga la situación antijurídica⁹⁵⁰.

Comprendida ya la definición asumida del “delito permanente”, podemos aludir, seguidamente, a la discusión doctrinal suscitada en torno a si tal categoría está presente o no en el art. 408 CP. Dentro de la cual, encontramos a varios autores que han expuesto su postura de forma expresa sobre la presente cuestión. Así, VÁZQUEZ IRUZUBIETA se posiciona claramente a favor de tal naturaleza⁹⁵¹, frente a PORTILLA CONTRERAS y POMARES CINTAS, para quienes cabe descartar su naturaleza como delito permanente porque, aunque se prolongase en el tiempo la obligatoriedad del cumplimiento de la actividad persecutoria omitida, el bien jurídico tutelado resultaría definitivamente afectado en el momento en el que la dejación efectiva de la conducta que le incumbe al autor obstaculiza o compromete el esclarecimiento del hecho de que se trate⁹⁵². Es decir,

⁹⁴⁸ MIR PUIG, S., *Derecho Penal...cit.*, pág. 232.

⁹⁴⁹ *Ídem*.

⁹⁵⁰ LUZÓN PEÑA, D.M., *Lecciones de Derecho... cit.*, pág. 166.

⁹⁵¹ VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Comentarios al Código Penal...cit.*, pág. 873.

⁹⁵² PORTILLA CONTRERAS, G., POMARES CINTAS, E., “Delitos de abandono...”, *cit.*, pág. 175.

siguiendo, de nuevo, la clasificación llevada a cabo por MIR PUIG, estos dos últimos autores conceptualizan al delito del art. 408 CP como un “delito de estado”.

Es cierto que, en el delito de detenciones ilegales, la redacción del tipo penal parece incluir el mantenimiento de la situación antijurídica creada, y no solo la causación de la misma. Ello porque el precepto castiga al “particular que encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad”, con lo que podríamos entender que el delito perdura tanto tiempo como se mantenga al sujeto pasivo privado de su libertad. A su vez, lleva razón MIR PUIG en que no ocurre lo mismo, en efecto, en las modalidades falsarias del delito del art. 390 CP, pues en este último se tipifican conductas instantáneas (verbigracia, cometer falsedad alterando un documento en alguno de sus elementos), ni tampoco en el delito de bigamia, en el que se castiga al que “contrajere segundo o ulterior matrimonio, a sabiendas de que subsiste legalmente el anterior”. Si bien es cierto que, en estos casos, el estado antijurídico creado subsiste por tanto tiempo como el documento permanezca falsificado o el segundo o ulterior matrimonio “vigente”, la realidad es que el tipo penal no parece exigir más que la creación de dicha situación ilícita. Así, se trataría de delitos de consumación instantánea y efectos permanentes o, en palabras del señalado autor, de “delitos de estado”.

Pues bien, desde nuestro punto de vista, esto último es lo que sucede también en relación con el tipo penal del art. 408 CP. Nótese que su redacción se refiere a “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”. Es decir, se castiga la acción puntual de no perseguir un delito (o a su responsable) cuando legalmente correspondiere hacerlo. O, en otras palabras, la creación de un estado antijurídico caracterizado porque el delito, al vulnerarse el principio de legalidad procesal, deja de recibir el curso regular de conocimiento e investigación por la Administración de Justicia.

Evidentemente, el mantenimiento de dicho estado puede o no alargarse en el tiempo por voluntad del funcionario omitente, lo cual, en principio, nos acerca al terreno de los delitos permanentes. Sin embargo, creemos que lo determinante para poder calificar a un delito como “permanente” no es solo que la situación antijurídica se mantenga en el tiempo porque así lo desea su autor, sino que, además, es necesario que el tipo penal englobe tal conducta de mantenimiento. Así pues, en los tipos “de estado”, como apunta concisa, pero muy claramente, GILI PASCUAL: “la situación antijurídica

subsiguiente a la consumación no forma parte del tipo”⁹⁵³. Este último argumento, si bien puede parecer algo formalista, nos parece más prudente y, desde luego, garantista, pues, a fin de cuentas, la calificación de un tipo penal como “permanente” conlleva efectos más gravosos para los potenciales intervinientes en los mismos que la de los delitos de estado.

Distinto sería si en el art. 408 CP se dispusiera el castigo de “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, impidiendo que se inicie el correspondiente proceso”. En ese caso, el tipo penal estaría exigiendo expresamente que la conducta del autor abarcara no solo la provocación de la situación antijurídica, sino también su mantenimiento con el paso del tiempo. En ese sentido, la consumación permanecería abierta durante todo el tiempo que durase la situación de falta de acceso a la Justicia generada como consecuencia de la infracción dolosa del deber de perseguir los delitos por parte del agente policial.

A pesar de preferir aquí la calificación como “delito de estado” del presente tipo penal, lo cierto es que esta decisión podría ser cuestionada al hilo de los cambios que en sede jurisprudencial se están produciendo sobre el delito de falsedad documental del art. 390 CP, antes mencionado como similar al aquí trabajado en el sentido de que ambos comparten la naturaleza de ilícitos de estado. Pues bien, sobre este delito, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha optado, tradicionalmente, por su consideración como “delito de estado”. Así, entre otras, en la STS 839/2002, de 6 de mayo, se declaró lo siguiente:

“El delito de falsedad, a lo sumo, podría considerarse como lo que la jurisprudencia ha denominado un delito instantáneo de efectos permanentes. Se trata de delitos que si bien quedan consumados de forma instantánea en cuanto se materializan los elementos exigidos por el tipo penal, sin embargo, los efectos de la ilicitud de la conducta permanecen en el tiempo. Y ello es lo que sucede, en efecto, con el delito de falsedad cuando, tras haberse confeccionado el documento, éste permanece operando en el tráfico jurídico por un periodo dilatado en el tiempo. Ahora bien, el hecho de que los efectos del delito permanezcan en el tiempo no quiere decir que deje de ser un delito instantáneo, y por tanto ha de computarse como día inicial de la prescripción la fecha en que el delito quedó consumado y no la final del periodo en que estuvo haciendo efecto la ilicitud pues

⁹⁵³ GILI PASCUAL, A., *La prescripción en el derecho penal*, Aranzadi, Pamplona, 2001, pág. 143.

ello supondría alargar o dilatar el plazo de la prescripción con una interpretación de la norma que se opone al principio de legalidad penal".

Sin embargo, en los últimos tiempos, el Tribunal Supremo ha virado radicalmente en lo que a dicha interpretación se refiere, sosteniendo ahora precisamente la contraria: la naturaleza de delito permanente del tipo de falsedad documental. Así, en la STS 249/2008, de 20 de mayo, justificó que:

“Habríamos de añadir que el delito de falsedad es un delito permanente. Esta categoría de delito, como es sabido, implica que la lesión del bien jurídico se prolonga y mantiene por la voluntad del autor. La permanencia en la lesividad realiza por sí sola el tipo, de suerte que el delito se sigue consumando hasta que el autor decide abandonar la situación antijurídica. Precisamente por ello, en el que caso que nos ocupa, la prescripción sólo puede iniciarse desde que conste la no utilización del documento falso conforme al destino para el que fue concebida la falsificación, sin que el cómputo pueda verificarse a partir de una tan imaginativa como interesada identificación de la fecha de expedición con la efectiva fecha de confección del documento”.

Resulta llamativo el presente cambio de criterio jurisprudencial, en la medida en que, realmente, el razonamiento seguido para justificar una u otra calificación viene a ser prácticamente el mismo. Es decir, no se ha explicado por qué se ha pasado de la consideración de “delito de estado” a la de “delito permanente”. Por el contrario, el Tribunal Supremo se ha limitado a incorporar las definiciones de ambas categorías y a afirmar que el delito del art. 390 CP encaja en ellas indistintamente, sin dar argumentos concretos con relación al tipo penal en cuestión que expliquen por qué se entiende que este incorpora la permanencia en la lesión del bien jurídico o que, por el contrario, no lo hace.

A pesar de referirse esta decisión judicial a las modalidades falsarias del art. 390 CP, en virtud de dicho cambio de criterio fácilmente podría la jurisprudencia pasar a sostener también la naturaleza jurídica de delito permanente del tipo penal del art. 408 CP, bajo similares consideraciones⁹⁵⁴. No obstante, insistimos en que, desde nuestra concepción personal, el tipo penal del art. 408 CP constituye un delito de estado y no un

⁹⁵⁴ Por su parte, con respecto al delito de bigamia, la doctrina mayoritaria cita a este delito como ejemplo de “delito instantáneo de efectos permanentes” e incluso algunos autores como “delito de estado”. Así puede comprobarse, entre otros, en: CARBONELL MATEU, J.C., “Lección XVII. Delitos contra las relaciones familiares”, en *Derecho Penal. Parte Especial*, con GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Coord.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, págs. 343 y ss.

delito permanente, pues la descripción típica del mismo no abarca más que la producción o causación del estado antijurídico (determinando tal producción, instantáneamente, la consumación del delito), dejando fuera, por tanto, el mantenimiento del mismo.

III. ¿ES CONCEBIBLE LA TENTATIVA EN EL ART. 408 CP?

1. Sobre la ejecución imperfecta en los delitos de mera actividad

“Apenas puede encontrarse una institución dogmática que haya ejercido tanta relevancia en la evolución de la teoría del delito como la tentativa”⁹⁵⁵. Así inaugura una de sus varias obras sobre la tentativa ALCÁCER GUIRAO. Y, sin duda, coincidimos con el citado penalista en este apunte, añadiendo que, en el ámbito que nos ocupa, relativo a si es admisible la ejecución imperfecta en los delitos de mera actividad, todavía más profusa ha sido la literatura suscitada en torno a la tentativa. En atención a lo ingente de la misma, no consideramos conveniente detenernos detalladamente en el debate doctrinal producido, sino que, en cambio, nos parece más adecuado exponer en líneas generales las dos posiciones teóricas principales expuestas a raíz de si cabe o no la tentativa en los delitos de mera actividad, para, a continuación, razonar por cuál nos decantamos y el impacto que ello tiene en el tipo penal del art. 408 CP.

No obstante, con carácter previo, es menester realizar un par de aclaraciones conceptuales acerca de la figura de la tentativa. Comenzaremos señalando, a tal respecto, que, como explica MAYER, la tentativa se encuentra en el camino de la consumación: es un crimen *in itinere*, en el cual, el grado de cercanía a la consumación que deba alcanzar para traspasar el umbral de la punibilidad se tiene que determinar por la ley⁹⁵⁶. Y, en nuestro ordenamiento jurídico, tal umbral viene fijado por el momento del comienzo de la ejecución del delito, de acuerdo con el art. 16.1 CP⁹⁵⁷. Consecuentemente, entonces, la tentativa es un verdadero “conato del delito”, según la expresión utilizada por ORTS

⁹⁵⁵ ALCÁCER GUIRAO, R., *Estudios sobre la tentativa y el desistimiento en Derecho Penal*, Temis, Bogotá, 2006, pág. 1.

⁹⁵⁶ MAYER, M.E., *Derecho Penal Parte General*, Traducción de POLITOFF LIFSCHITZ, S., B de f, Buenos Aires, 2007, pág. 427.

⁹⁵⁷ Art. 16. 1 CP: “Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor”.

BERENGUER y GONZÁLEZ CUSSAC, en la cual el sujeto ha iniciado la ejecución del delito, pero no ha llegado a alcanzar la consumación del mismo⁹⁵⁸.

Por su parte, es unánimemente aceptado que el tipo de la tentativa consta de dos elementos esenciales: uno de carácter objetivo, relativo a que esta consiste en una ejecución parcial o total de los actos típicos que, sin embargo, no culmina en la consumación del delito; así como otro de índole subjetiva, que alude a la voluntad de consumación del autor⁹⁵⁹. En relación con el primer elemento, la doctrina ha distinguido históricamente entre la tentativa “acabada” y la “inacabada”. Tal criterio de diferenciación, pese a ser de cuño doctrinal, halla cierto eco en nuestro texto punitivo, en la medida en que el art. 16.1 CP incluye en la definición de tentativa tanto el caso de que se practiquen todos, como solo parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, así como que, en orden a la determinación de la pena, también el grado de ejecución se erige como factor relevante para la decisión del juez acerca de la rebaja de la pena en uno o dos grados a la señalada para el delito consumado⁹⁶⁰. A continuación, en lo relativo al elemento subjetivo de la tentativa, esta requiere que el sujeto quiera los actos que objetivamente realiza con ánimo de consumir el hecho o, al menos, aceptando (con seguridad o con probabilidad) que pueden dar lugar a la consumación⁹⁶¹. Es decir, en la tentativa, el sujeto quiere llegar hasta el final, pero, sin embargo, este no se produce por causas ajenas, externas e independientes a la voluntad del mismo⁹⁶².

Hecho este breve repaso acerca de la definición de la tentativa y de sus notas constitutivas, es el momento de referirnos a si tal figura puede encontrar cabida en los delitos de mera actividad, pues entre ellos se halla, como se ha visto, el tipo penal del art. 408 CP. Tal posibilidad ha sido históricamente rechazada por la doctrina, siendo perfectamente comprensible esta posición, pues, en los delitos de resultado, se exige la causación de un resultado material separable espaciotemporalmente de la acción, por lo que no habrá dificultades en admitir la presencia de una tentativa, ya que puede haberse realizado esa acción típica sin que ese resultado haya llegado a producirse. Sin embargo,

⁹⁵⁸ ORTS BERENGUER, E., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Compendio de Derecho Penal...cit.*, pág. 296.

⁹⁵⁹ MIR PUIG, S., *Derecho Penal...cit.*, pág. 359.

⁹⁶⁰ MUÑOZ CONDE, F., GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal Parte General...cit.*, pág. 387.

⁹⁶¹ MIR PUIG, S., *Derecho Penal...cit.*, pág. 362. En el mismo sentido, COBO DEL ROSAL, M., VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho Penal...cit.*, pág. 727.

⁹⁶² ORTS BERENGUER, E., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Compendio de Derecho Penal...cit.*, pág. 297.

en los delitos de actividad, al estar caracterizados estructuralmente por la mera realización de una acción, sin necesidad de causación de un resultado material, la mera realización de la conducta implicaría por sí misma la consumación, por lo que sería imposible acotar una fase anterior a la misma⁹⁶³.

No obstante, en los últimos tiempos, se han alzado distintas voces que, cuestionando la postura mayoritaria, han admitido la tentativa en los delitos de mera actividad, concediéndole márgenes más o menos estrechos. En principio, la práctica unanimidad de la doctrina coincide en descartar la tentativa acabada en los delitos de mera actividad, alegando que, dado que la consumación de estos se produce con la sola realización de la conducta típica, sin necesidad de acreditar la obtención de un determinado resultado material, ambas figuras (tentativa acabada y consumación) se solapan, deviniendo indistinguibles⁹⁶⁴.

No obstante, incluso en este caso, aparentemente pacífico, pueden hacerse dos matizaciones: la primera viene de la mano de penalistas que han abordado el estudio de tipos penales concretos que se incluyen en la categoría de los delitos de mera actividad. Así, por ejemplo, JAREÑO LEAL apuntan, en relación con los delitos de amenazas, que la tentativa idónea es posible (tanto en su forma acabada como inacabada) en aquellos casos en los que “la amenaza es hecha por escrito o interceptada, o si es formulada ante terceros sin que la víctima llegue a tener conocimiento de ella”⁹⁶⁵.

Por su parte, el segundo matiz a la convicción doctrinal generalizada de que la tentativa acabada no es imaginable en los delitos de mera actividad es puesto de manifiesto por ALCÁCER GUIRAO, quien recuerda que cabe diferenciar entre tentativa idónea e inidónea. Este autor se refiere, lógicamente, a la relativamente inidónea, esto es, a aquella que es incapaz de producir el resultado típico, aunque sí resulta objetivamente peligrosa *ex ante* para el bien jurídico protegido (lo que permite su castigo con base en el

⁹⁶³ ALCÁCER GUIRAO, R., *Tentativa y formas de autoría...cit.*, pág. 94. A título de ejemplo, dentro de la señalada posición histórica destacan: ANTÓN ONECA, J., *Derecho Penal...cit.*, pág. 444; QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General...cit.*, págs. 593 y 594; y MUÑOZ CONDE, F., GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal Parte General...cit.*, pág. 387.

⁹⁶⁴ GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y cómplice...cit.*, págs. 106-107; y DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Derecho Penal Español...cit.*, pág. 552.

⁹⁶⁵ JAREÑO LEAL, A., *Las amenazas y el chantaje en el Código Penal de 1995*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 41. Por su parte, CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. Tomo III, Teoría Jurídica del Delito/2*, Tecnos, Madrid, 2007, pág. 191, avala tal interpretación, aunque precisa que, en su opinión, las amenazas dejan de ser delitos de mera actividad cuando se considera que para su consumación no basta con formular la expresión, sino que es necesario que ésta haya llegado a su destinatario y que éste la entienda.

art. 16 CP), y concluye que, en esta última, sí que es perfectamente concebible la tentativa acabada⁹⁶⁶. Tal posición, que parte de admitir la inidoneidad como parte integrante de la tentativa típica⁹⁶⁷, nos parece perfectamente asumible. Se trataría de supuestos de “error de tipo inverso”, en los que el sujeto cree que concurren todos los elementos del tipo objetivo, pero en realidad falta alguno de ellos⁹⁶⁸. Con respecto a la tentativa por concurrencia de un error de tipo inverso, advierte DÍEZ RIPOLLÉS que debe prestarse especial atención para evitar sancionar supuestos de tentativa absolutamente inidónea (también conocida como “tentativa irreal”)⁹⁶⁹.

2. Sobre la ejecución imperfecta en el art. 408 CP

Centrándonos ya específicamente en el análisis del delito que nos ocupa, dos autores se pronuncian expresamente sobre la exclusión de toda posibilidad de apreciar cualquier tipo de tentativa en el art. 408 CP. Así, para TORRES FERNÁNDEZ, dada la naturaleza omisiva de la conducta, no parecen posibles las formas imperfectas pues la propia definición legal de la tentativa requiere “dar principio a la ejecución del delito por hechos exteriores”, lo que no se concilia bien con el “no hacer” inherente a la omisión⁹⁷⁰. Del mismo modo se pronuncia MESTRE DELGADO, cuando afirma que no pueden distinguirse formas imperfectas de ejecución en el art. 408 CP, ya que la realización de los actos de ejecución del mismo se confunde con la propia consumación del delito⁹⁷¹.

Ambos penalistas razonan coherentemente a partir de su calificación del art. 408 CP como “delito de omisión pura”, pues en relación con estos y como apuntan pertinentemente COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN “cuando se empieza a omitir la acción esperada el delito se ha consumado ya”, por lo que la tentativa no es, en principio, articulable en los mismos⁹⁷². No obstante, debe recordarse que en la presente tesis doctoral nos hemos apartado de tal calificación, aseverando que el art. 408 CP constituye una omisión de gravedad intermedia englobada, en un sentido amplio, dentro de la figura

⁹⁶⁶ ALCÁCER GUIRAO, R., *Tentativa y formas de autoría...cit.*, pág. 98.

⁹⁶⁷ *Ídem*. En el mismo sentido, CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal...cit.*, págs. 191-192.

⁹⁶⁸ GIL GIL, A., “Lección 13. *Iter criminis*”, en *Curso de Derecho Penal Parte General*, con GIL GIL, A., LACRUZ LÓPEZ, J.M., MELENDO PARDOS, M., *et al.*, Dykinson, Madrid, 2015, pág. 341, quien también admite que puedan constituir supuestos de tentativa típica en delitos de mera actividad.

⁹⁶⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Derecho Penal...cit.*, pág. 552.

⁹⁷⁰ TORRES FERNÁNDEZ, M.E., “La omisión de perseguir delitos...”, *cit.*, pág. 20.

⁹⁷¹ MESTRE DELGADO, E., “Tema 22. Delitos contra la Administración...”, *cit.*, pág. 707.

⁹⁷² COBO DEL ROSAL, M., VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho Penal...cit.*, pág. 730.

típica de la comisión por omisión, siendo posibles en su seno tanto modalidades de conducta activas como puramente omisivas. Por consiguiente, para resolver si tiene cabida o no la tentativa en el art. 408 CP debemos tener en cuenta ambas eventualidades, pues la respuesta a dicha cuestión puede variar en función de cómo se produzca el incumplimiento del deber de promover la persecución de los delitos y la lesión al bien jurídico protegido (bien a través de actos concluyentes, bien mediante una pasividad absoluta).

Pues bien, en el caso de que el tipo penal del art. 408 CP venga cometido de forma activa hemos de razonar en el mismo sentido apuntado por JAREÑO LEAL con respecto a las amenazas y aceptar tanto la tentativa acabada como la inacabada. Guardando las distancias con el tipo que nos ocupa, la argumentación de la citada autora sí es extensible al art. 408 CP, pues podemos pensar en un supuesto caracterizado por los siguientes rasgos: un agente policial desea que se deje de perseguir un determinado delito y emite, por escrito, una orden a su inferior jerárquico en la que le indica que se abstenga de levantar atestado. Si un tercero intercepta tal orden escrita, impidiendo que llegue a su destinatario, podría plantearse la ejecución imperfecta del art. 408 CP con respecto a la conducta del superior jerárquico.

Por su parte, teniendo en cuenta que el deber de promover la persecución de delitos puede consistir en un único acto debido o en varios, creemos que la tentativa inacabada es mucho menos problemática, tanto en su vertiente idónea como en la relativamente inidónea. Si, en efecto, el deber de promover la persecución de un delito requiere de una actuación vertebrada en varios actos es evidente que hay tentativa y no consumación si el sujeto inicia o realiza el primer acto típico, pero no el siguiente⁹⁷³.

Sin embargo, como acertadamente pone de manifiesto LUZÓN PEÑA, en los delitos de actividad de un solo acto también cabe la tentativa, dado que basta el inicio de ejecución de ese acto (según el criterio que se defienda el disponerse inmediata e inequívocamente a realizar el acto típico, o el primer movimiento de dicho acto). Para ilustrar tal conclusión, el citado autor emplea el siguiente ejemplo: en unas injurias verbales el autor comienza las primeras sílabas de un insulto, o en la lectura de un escrito injurioso va a comenzar ya su lectura o inicia las primeras palabras, pero no puede completar las sílabas

⁹⁷³ LUZÓN PEÑA, D.M., *Lecciones de Derecho...cit.*, pág. 702; GIL GIL, A., “Lección 13. *Iter...*”, *cit.*, pág. 341.

o las palabras por un desmayo o porque alguien le tapa la boca⁹⁷⁴. Lo que, llevado al caso del art. 408 CP, puede tener lugar si un funcionario público planea dejar de promover la persecución de un delito, pero un compañero se da cuenta inmediatamente y le detiene apenas ha comenzado a hacer lo necesario para verificar tal omisión, exhortándole a cumplir su deber, lo que finalmente hace.

Ahora bien, cuando el funcionario público deja de promover la persecución de un delito por medio de una omisión pura, es decir, manifestando una pasividad absoluta hacia el cumplimiento de su deber y la legalidad procesal, la ejecución imperfecta no parece tener cabida. Ciertamente, en este punto, lleva razón TORRES FERNÁNDEZ cuando resalta que el mero “no hacer” propio de estos tipos omisivos resulta incompatible con la admisión de la tentativa en los mismos.

Por todo lo dicho anteriormente, consideramos correcta la postura que admite la tentativa acabada e inacabada en los delitos de mera actividad, por supuesto la idónea, pero también, aunque más excepcionalmente en la práctica, la relativamente inidónea. No obstante, cuestión distinta es que, a nuestro parecer, con base en el principio de intervención mínima, sea poco aconsejable sancionar penalmente estos escenarios de ejecución imperfecta del art. 408 CP, teniendo en cuenta, sobre todo, la existencia de la vía disciplinaria para atajar su castigo. Especialmente, en el caso de la tentativa inidónea, pues habida cuenta de la incapacidad de la acción del sujeto para producir el resultado típico de lesión al principio de legalidad procesal, resta únicamente un incumplimiento de su deber de promover la persecución de delitos que ocasiona un peligro idóneo, pero ciertamente lejano, para permitir tal lesión de aquel bien jurídico. Razonamiento que resulta extrapolable a los casos de tentativa idónea e inacabada.

3. El castigo de los actos preparatorios en el art. 408 CP

En palabras de JIMÉNEZ DE ASÚA, “el castigo de los actos preparatorios es el termómetro que mide las convicciones liberales del Código Penal”⁹⁷⁵. En el caso concreto del texto punitivo español, los actos preparatorios se castigan en virtud de un estricto sistema de *numerus clausus*, pudiendo producirse su punición exclusivamente cuando: intervienen en ellos una pluralidad de sujetos; se prevé tal castigo expresamente en la

⁹⁷⁴ LUZÓN PEÑA, D.M., *Lecciones de Derecho...cit.*, págs. 702-703.

⁹⁷⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Principios del Derecho Penal...cit.*, pág. 502.

parte especial del Código con respecto a ciertos delitos; y el acto se corresponde con las tres figuras legalmente previstas en los arts. 17 y 18 CP, esto es, la conspiración, la proposición y la provocación. El sistema de tasación cerrada al que se ha hecho alusión no impide, sin embargo, que esta figura típica que es el acto preparatorio —situado entre las esferas del *iter criminis* y de la participación delictiva— presente unos contornos difusos, desdibujados, que impiden identificar con claridad los límites de su espacio natural⁹⁷⁶.

En cualquier caso y en principio, es claro que el Código penal de 1995 parte del postulado de inspiración liberal que establece el punto genérico de arranque de la punibilidad en el comienzo de la ejecución delictiva, y que, de acuerdo con ello (y como ha podido comprobarse en el párrafo anterior), en el Libro I se tipifican los actos preparatorios de manera doblemente restrictiva⁹⁷⁷. Esta es, pues, como decíamos, la regla general que rige en nuestro ordenamiento jurídico, si bien, como apunta ALONSO RIMO, esta pronto se resquebraja cuando se analiza con detenimiento el Libro II del Código, pues en él se advierte la acumulación de un número nada desdeñable de conductas típicas que, contempladas desde un punto de vista material, no son más que actos preparatorios de otros delitos⁹⁷⁸.

A la preocupante situación puesta de manifiesto por el citado autor se le añade otra denunciada recientemente por QUINTERO OLIVARES. Centrándose únicamente en los actos preparatorios *stricto sensu* (esto es, los que se derivan de los arts. 17 y 18 CP), el presente penalista reprocha lo absurdo que resulta que en determinados delitos se haya previsto explícitamente el castigo de tales figuras típicas. Así, llega a aseverar que tales previsiones no pasan de ser “incriminaciones destinadas a no ser aplicadas nunca (como así ha sucedido con muy pocas excepciones) o, mucho peor, de ofrecer alguna vía para

⁹⁷⁶ FUENTES OSORIO, J.L., *La preparación delictiva*, Comares, Granada, 2007, pág. 11.

⁹⁷⁷ ALONSO RIMO, A., “Actos preparatorios y principio del hecho”, en *La crisis del principio del hecho en Derecho penal*, con MARAVER, M., POZUELO, L. (Coord.), Reus Editorial, Madrid, 2020, pág. 32. Aparte de este trabajo, el citado penalista examina exhaustivamente esta cuestión también en: ALONSO RIMO, A., “¿Impunidad general de los actos preparatorios? La expansión de los delitos de preparación”, en *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 4, 2017; ALONSO RIMO, A., “¿Actos preparatorios o pre-crímenes? ¿Penas o pre-castigos?: Aproximación al fundamento de la criminalización de la preparación delictiva”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 38, 2018, págs. 461-510; ALONSO RIMO, A., *El tipo subjetivo de los actos preparatorios del delito: un estudio de las figuras preparatorias de la Parte General y Especial del Derecho penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023.

⁹⁷⁸ ALONSO RIMO, A., “Actos preparatorios...”, *cit.*, pág. 33.

reprimir conductas que no tienen cabida en ninguna de los tipos de esos diferentes grupos de delitos por más que se recurra a la interpretación extensiva”⁹⁷⁹.

Si nos detenemos a mencionar los problemas que parte de la doctrina asocia a los actos preparatorios se debe a que su punición es contemplada en relación con los delitos contra la Administración Pública recogidos en el Título XIX de nuestro Código penal. Aunque *a priori* pueda extrañar, en el art. 445 CP se dispone que: “La provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en este Título se castigará, respectivamente, con la pena inferior en uno o dos grados”. Este precepto, justamente, es incluido entre los que QUINTERO OLIVARES critica más gravemente, y, desde luego, se entiende tal desaprobación en torno a la decisión adoptada por el legislador de castigar la preparación delictiva en los delitos del Título XIX, pues, si bien esta es, como enseguida veremos con respecto al art. 408 CP, perfectamente imaginable, razones de intervención mínima parecen aconsejar su exclusión del ámbito típico de muchos de los mismos y, desde luego, del tipo penal que nos ocupa.

No obstante, y más allá de esta última clase de consideraciones valorativas, lo cierto es que, de *lege lata*, insistimos en que pueden concebirse supuestos de preparación delictiva en relación con el art. 408 CP que sean castigados con base en el art. 445 CP siempre que cumplan con las exigencias señaladas en los arts. 17 y 18 CP. E, incluso, puede suceder que resulte punible la realización de actos preparatorios para dejar de promover la persecución de un delito en casos en los que no es posible o articulable la tentativa.

De nuevo, para poder resolver adecuadamente esta cuestión, ha de tenerse en cuenta la naturaleza comisiva omisiva del art. 408 CP, y, por ende, que su comisión puede tener lugar mediante conductas activas u omisivas. En el mismo sentido con el que ya nos hemos pronunciado anteriormente acerca de la tentativa, repetimos que, también para delimitar supuestos teóricos de preparación delictiva en el art. 408 CP, resulta necesario distinguir entre tales formas de comisión del mismo. Sin embargo, a diferencia de lo que sucedía con la tentativa, la preparación delictiva es posible tanto si se deja de perseguir un delito activa, como omisivamente.

⁹⁷⁹ QUINTERO OLIVARES, G., “La inexplicable subsistencia de la punición de los actos preparatorios”, en *Almacén de Derecho*, 2025.

Efectivamente, comenzando por el art. 17 CP, no existen razones para descartar ni la conspiración ni la proposición en el tipo penal del art. 408 CP. Por lo que respecta a la conspiración, esta se corresponde, como el propio texto legal aclara (art. 17.1 CP), con aquellos escenarios en que “dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo”. Sin ánimo de ahondar en los requisitos de esta, pues ello excede del objeto de la presente tesis doctoral, sí que consideramos necesario resaltar que el concierto de voluntades y la resolución ejecutiva contenidas en la conspiración deben versar sobre un delito concreto⁹⁸⁰. Siendo así, puede concebirse un supuesto en el que dos o más agentes policiales, conocedores de que un ciudadano pretende interponer una denuncia ante uno de sus compañeros, acuerden que cuando este llegue a comisaría no harán nada por tramitar dicha denuncia o, directamente, la destruirán.

Por su parte, según el art. 17.2 CP: “La proposición existe cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a participar en él”. De nuevo, doctrinalmente se requiere que la resolución del proponente se refiera a la comisión de un delito concreto, así como que la invitación a delinquir lo sea a realizar una conducta de (co-)autor⁹⁸¹. La existencia de estos rasgos inherentes a la proposición, junto al hecho de que el art. 408 CP es un delito especial, determina que solamente pueda haber darse este acto preparatorio cuando los funcionarios públicos involucrados (proponente y destinatario/s de la proposición) sean titulares conjuntamente de la obligación de perseguir un delito determinado. Este podría ser el caso, por ejemplo, de los órganos judiciales colegiados o de ciertos deberes específicos de persecución de los delitos que recaen en varios agentes de la policía judicial (verbigracia, el deber de detención del investigado por un delito).

Por último, aunque concebible teóricamente es dudosa la viabilidad práctica de un supuesto de provocación del delito de omisión del deber de perseguir delitos. Ciertamente, nada obsta a que podamos elucubrar sobre esta posibilidad, partiendo, por supuesto, de que la provocación existe “cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito”.

⁹⁸⁰ COBO DEL ROSAL, J., VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho Penal...cit.*, pág. 722.

⁹⁸¹ *Ibidem*, pág. 725.

CAPÍTULO SÉPTIMO

¿UN MODELO JURÍDICO SIMILAR AL ESPAÑOL? LA OMISIÓN DEL DEBER DE DENUNCIAR DELITOS *EX ART 361 DEL CODICE PENALE ITALIANO*

I. INTRODUCCIÓN

En nuestro entorno cultural inmediato, existe únicamente un ordenamiento jurídico distinto del español que sanciona penalmente, en un tipo autónomo, la omisión o dejación, por parte de ciertos funcionarios públicos, del deber de promover la persecución de los delitos de los que tuvieren noticia y de sus responsables⁹⁸². En concreto, nos referimos al art. 361 del *Codice penale italiano*, el cual reza así:

"Será castigado con la pena de multa de 30 a 516 euros el funcionario público que omita o retrase la comunicación a la Autoridad Judicial, o a otra autoridad obligada a informar a ésta, de un delito del que haya tenido conocimiento en el ejercicio de sus funciones o por razón de las mismas. La pena será de prisión de hasta un año si el autor es un funcionario o agente de la policía judicial que, en cualquier caso, haya tenido conocimiento de un delito del que estaba obligado a informar. Las disposiciones precedentes no se aplicarán si el delito es punible por denuncia de la persona ofendida".

Cabe advertir, sin embargo, que el delito previsto en el sistema penal italiano no presenta contornos idénticos al art. 408 del texto punitivo español, aunque sí comparte con aquel una serie de rasgos esenciales. Así pues, ambos castigan una conducta omisiva de dejación de funciones públicas sin cuyo cumplimiento no resulta posible el inicio y desarrollo de las fases iniciales del proceso penal. No obstante, resulta evidente que la conducta típica penada por el Código italiano viene delimitada de forma más específica que la del tipo penal español. Ello debido a que lo que se castiga en aquella es el quebranto del deber de comunicar a la autoridad competente la *notitia criminis* de la que se ha tenido

⁹⁸² En efecto, fuera del ordenamiento jurídico-penal italiano no encontramos tipificado un precepto tan similar al art. 408 CP como resulta el tipo penal del art. 361 CPI y aún este es, como veremos, diferente al delito que nos ocupa en varios caracteres esenciales. De todos modos, en otros sistemas penales europeos se recogen delitos de favorecimiento personal dentro de los cuales cabría subsumir la conducta típica descrita en el art. 408 CP, al menos según cómo esta ha venido siendo interpretada y aplicada en nuestra jurisprudencia. Así sucede con el § 258 CP StGB ("Quien intencional o conscientemente impida que otro sea castigado de acuerdo con la ley penal por un hecho antijurídico o que sea sometido a una medida"), o con el art. 368 del *Código Penal Português*, en el seno del cual se han llegado a castigar jurisprudencialmente supuestos de falta de tramitación de denuncias llevados a cabo por agentes policiales.

conocimiento en el ejercicio de las funciones públicas o a causa de las mismas, bien de forma absoluta (omisión), bien de manera parcial (retardo). Dicho de otra manera, lo que conforma la figura delictiva italiana es el hecho de no presentar la denuncia de un delito perseguible de oficio, teniendo el deber funcional de hacerlo, ante la autoridad competente para su persecución procesal.

Pese a sus múltiples similitudes, las notables diferencias existentes entre los arts. 408 CP y 361 CPI hacen oportuno que solo nos refiramos, en el presente Capítulo, a algunas de las específicas problemáticas planteadas por este último. Por supuesto, nos dedicaremos a señalar los componentes del art. 361 CPI pacíficamente aceptados por la doctrina italiana. No obstante, más allá de esta labor descriptiva, concederemos especial importancia a analizar aquellas discusiones doctrinales suscitadas en torno a este tipo penal, cuyo análisis nos pueda ser útil, a su vez, para delimitar parámetros interpretativos con los que contribuir a una mayor coherencia y claridad exegética en relación con ciertos extremos del art. 408 CP.

De este último propósito se desprende, *a sensu contrario*, que nuestro objetivo en este Capítulo no es el de examinar de manera exhaustiva el delito de omisión de denuncia del art. 361 CPI, sino uno mucho más modesto. Lo que pretendemos es, más bien, poner de manifiesto un modelo de represión penal ante la pasividad funcional frente al fenómeno criminal que, teniendo particularidades que lo hacen distinto al español, se asemeja lo suficientemente al mismo como para ayudarnos a evidenciar ciertos defectos, carencias o virtudes de la redacción dada a nuestro art. 408 CP. Por ello, no nos detendremos a comentar una a una (como sí hemos hecho con relación al tipo de omisión del deber de perseguir delitos) cada una de las cuestiones debatidas o asumidas con respecto al art. 361 CPI, sino solamente aquellas que nos brinden un término de comparación adecuado desde el que podamos valorar críticamente, y desde una perspectiva más amplia, este último.

II. UBICACIÓN SISTEMÁTICA DEL ART. 361 CPI

Ubicado al inicio del Título III, relativo a los “Delitos contra la Administración de Justicia”, abriendo su Capítulo I (concerniente a los “Delitos contra la actividad judicial”), el art. 361 CPI es el primero de cinco preceptos distintos relacionados con la omisión del deber de denunciar delitos. La interpretación que del bien jurídico protegido en el art. 361 CPI realiza la doctrina italiana —y a la cual nos referiremos en el siguiente apartado—

resulta suficientemente expresiva de la vinculación que a este delito se le atribuye con respecto a la Administración de Justicia y al correcto funcionamiento de esta última conforme a la Constitución. Al fin y al cabo, como bien resume PAGLIARO, “sin *notitia criminis*, no es posible ningún proceso penal⁹⁸³”. Es, por este motivo, absolutamente pacífico dentro de aquella que el tipo de omisión del deber de comunicar la *notitia criminis* recogido en el art. 361 CPI constituye un delito contra la Administración de Justicia, y como tal, se ubica sistemáticamente en el Título III dedicado a los mismos, y no en el Título II, relativo a los comportamientos que se dirigen “contra la Administración Pública”.

Observamos aquí, por consiguiente, una diferencia notable con el estado de la cuestión en el ordenamiento jurídico-penal español, puesto que, como vimos, en este último y, a pesar de considerar la doctrina española mayoritaria que el art. 408 CP constituye un delito contra la Administración de Justicia, se sitúa a este dentro del Título XIX, relativo a los delitos contra la Administración Pública. Semejante diferencia podría estar relacionada con la más específica descripción de la conducta típica que se efectúa en el art. 361 CPI, el cual alude, sin dejar margen alguno de duda, a una función pública relacionada con la presentación de denuncias a la autoridad competente para su investigación.

En cambio, el art. 408 CP hace gala, como ya se ha señalado, de una redacción bastante más ambigua o genérica. Aunque nos parece también suficientemente expresiva por sí misma de la conexión que el delito mantiene con el fenómeno de la criminalidad y con el normal funcionamiento de la Administración de Justicia, la referencia a la dejación del deber de promover la persecución de delitos es, incuestionablemente, más vaga. Lo que, unido al pasado de prevaricación administrativa del tipo penal que nos ocupa podría ayudarnos a entender por qué motivo este continúa anclado en el más genérico Título XIX, en lugar de trasladarse al Título XX, tal y como viene siendo reclamado por la doctrina.

En cualquier caso, resulta oportuno aludir, siquiera brevemente, a las reflexiones doctrinales esgrimidas en relación con el Título III y la relación de este con el art. 361 CPI. Señala concisamente ZAPPULLA que, con lo dispuesto en dicho título: “el legislador

⁹⁸³ PAGLIARO, A., “Sui delitti di omessa denuncia”, en *Studi in Ricordo di Gian Domenico Pisapia*, con V.V.A.A., Giuffrè, Milano, 2000, pág. 781.

ha querido proteger el interés supraindividual en la administración de justicia, en el sentido de su regular o normal funcionamiento entre la apertura del proceso hasta la resolución definitiva”⁹⁸⁴. O, lo que es lo mismo, que la administración de justicia resulta preservada en calidad de bien supraindividual de naturaleza funcional⁹⁸⁵.

A partir de tal premisa, son varias las clasificaciones que se proponen doctrinalmente para tratar de explicar la estructura interna del mencionado Título III, habida cuenta de que este aparece dividido en tres capítulos distintos: Capítulo I, relativo a los “Delitos contra la actividad jurisdiccional (arts. 361-384); Capítulo II, referente a los “Delitos contra la autoridad de las resoluciones judiciales (arts. 385-391); y Capítulo III, “De la tutela arbitraria de las razones privadas” (arts. 392-401).

Así, un importante sector distingue entre dos grandes clases de delitos, en función de si con ellos se ofende a la Administración de Justicia en sentido objetivo (actividad típica del poder judicial) o bien a la Administración de Justicia en sentido subjetivo (los propios sujetos investigados por la función jurisdiccional)⁹⁸⁶. Ciertos autores añaden, a dicha enumeración, una tercera categoría de delitos, entre la cual se hallarían aquellos ilícitos que atentan contra el máximo y supremo principio, que rige la convivencia social, en virtud del cual se prohíbe a toda persona tomarse la justicia por su mano, esto es, recurrir a la *vis privata*⁹⁸⁷, o, asimismo, una cuarta, que apuntaría a que, hasta cierto punto, en el Título III se protege también el respeto hacia la autoridad de las decisiones judiciales, mediante la incriminación de aquellos comportamientos elusivos del procedimiento judicial⁹⁸⁸.

⁹⁸⁴ ZAPULLA, A., “Introduzione”, en *Diritto Penale. Parte Speciale. Vol. I.*, con ALEO, S., PICA, G. (Dir.), CEDAM, Milano, 2012, pág. 354. En igual sentido: GAROFOLI, R., *Manuale di Diritto Penale. Parte Speciale* Tomo I, Neldiritto, Roma, 2017, pág. 354.

⁹⁸⁵ PIFFER, G., *I delitti contro l'amministrazione de giustizia- Vol. I. I delitti contro l'attività giudiziaria*, Wolters Kluwer, Padova, 2005, pág. 1.

⁹⁸⁶ PANNAIN, R., “Denuncia omessa o ritardata”, en *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. V, Torino, 1960, pág. 727.

⁹⁸⁷ CARINGELLA, F., MAZZAMUTO, S., MORBIDELLI, G., *Manuale di diritto penale...cit.*, pág. 278; MARINI, G., LA MONICA, M., MAZZA, L., *Commentario al Codice Penale. Tomo Secondo*, UTET, Torino, 2002, pág. 1721.

⁹⁸⁸ Esta última hipótesis es bastante razonable, pues como señalan CARINGELLA, F., MAZZAMUTO, S., MORBIDELLI, G., *Manuale di diritto penale...cit.*, pág. 278; MARINI, G., LA MONICA, M., MAZZA, L., *Commentario al Codice...cit.*, pág. 1721: “la presencia en el Título III del Código Penal de causas incriminatorias dirigidas a proteger actividades e intereses que sólo en sentido amplio son instrumentales o conexos con la jurisdicción propiamente entendida, es una clara señal de que el legislador de 1930 con la regulación de los delitos contra la administración de justicia pretendía implantar, también bajo la influencia de los principios políticos de la época, una protección más enérgica del principio de autoridad y del interés de la subordinación de los individuos a la función pública de la justicia, considerada entre las funciones

Lo cierto es que, como apunta MANZINI, el Título III busca, a través de sus tres capítulos, salvaguardar todos estos intereses enumerados, en cuanto conviene impedir que la finalidad o la actividad de la justicia se vea socavada por fines y actos individuales⁹⁸⁹. Y, por ello, el sentido que se confiere al término “Administración de Justicia” en el Código Penal italiano es latísimo⁹⁹⁰, hasta el punto de que, según DELPHINO, lo que se protege en el Título III no es la administración de justicia en un sentido técnico (referente al poder jurisdiccional del Estado para el mantenimiento, la valoración y la actuación del derecho), sino en uno más amplio, dilatado hasta el punto de comprender, al menos, los fines de la tutela penal, e, incluso, toda conducta que de alguna manera tenga relación con el fin último de la justicia⁹⁹¹. Excepción hecha de aquellos comportamientos, que, por el hecho de que pueden producirse en detrimento de funciones estatales distinta de la jurisdiccional, ya están incluidos dentro del Título II (“De los delitos contra la Administración Pública”)⁹⁹².

En este sentido, por tanto, es evidente que la interpretación doctrinal del Título III no se diferencia demasiado de aquella que, con respecto al Título XX, ha elaborado la

fundamentales de un Estado fuerte y autoritario. Desde este punto de vista, puede explicarse, por ejemplo, la presencia en el Título III del delito de calumnia, que fácilmente podría incluirse en otro título del Código penal, dadas sus evidentes conexiones con el bien individual de la protección del honor y, eventualmente, de la libertad personal de los calumniados, bienes que pueden parecer preeminentes respecto a aquello — aunque cierto— de evitar el peligro de que la administración de justicia sea inducida a error”.

⁹⁸⁹ MANZINI, V., *Istituzioni di diritto penale italiano*, Vol. 2. *Parte Speciale*, Wolters Kluwer, Padova, 1955, pág. 114. En el mismo sentido: ROMANO, B., *Delitti contro l'amministrazione...cit.*, pag. 12; y BERTOLINO, M., *Analisi critica dei delitti contro l'amministrazione della giustizia*, Giappichelli, Torino, 2015, pág. 7.

⁹⁹⁰ MAGGIORE, G., *Derecho Penal Parte Especial*, Vol. III (*De los delitos en particular*), Traducción de ORTEGA TORRES, J.L., Temis, Bogotá, 1989, pág. 305, incluso señala que tal concepto implica una deformación del verdadero significado de la expresión “Administración de Justicia” e indica que la dilatación del mismo le lleva a adoptar un significado que no se corresponde al uso correcto de la palabra en derecho público, y que solo es válido en cuanto a los fines específicos del derecho penal.

⁹⁹¹ DELPHINO, L., *Diritto Penale Parte Speciale*, Simone, Napoli, 2017, pág. 500. De manera similar se expresan CARINGELLA, F., MAZZAMUTO, S., MORBIDELLI, G., *Manuale di diritto penale...cit.*, pág. 278: “en el sentido utilizado por el Código penal, este concepto debe entenderse, sin embargo, en un sentido amplio, en el sentido de que incluye no sólo las infracciones penales que amenazan directamente el correcto ejercicio de la función jurisdiccional, sino también las infracciones penales dirigidas a proteger actividades e intereses que tienen una conexión, a veces incluso sólo instrumental, con la jurisdicción propiamente dicha”; ANTOLISEI, F., *Manuale di diritto penale. Parte Speciale 2*, Giuffrè, Milano, 2008, págs. 487-488; BERTOLINO, M., *Analisi critica dei delitti contro l'amministrazione...cit.*, pág. 6, apunta, de hecho, que “son los fines intermedios o instrumentales para la realización de la justicia los que establecen la división del título en tres unidades intermedias, los capítulos”.

⁹⁹² ANTOLISEI, F., *Manuale di diritto penale...cit.*, pág. 488. Por tanto, la doctrina mayoritaria, tanto en Italia como en España, sostiene que los delitos contra la Administración de Justicia protegen una parte concreta y especial de la Administración Pública. No obstante, al igual que sucede en el sistema español, algunas voces disienten de esta tradicional asociación entre ambos títulos. Al respecto, véase el estudio de esta cuestión efectuado por ROMANO, B., *Delitti contro l'amministrazione...cit.*, pág. 6-8.

doctrina dominante española. Los problemas atendidos por una y otra son bastante similares, pues, o bien se refieren al carácter demasiado abierto y heterogéneo del Título⁹⁹³, o, como se acaba de ver, a la dificultad de delimitar el alcance exacto que debe asociarse a la expresión “Administración de Justicia”. Asimismo, en ambos ordenamientos jurídicos, el Título relativo a los delitos contra la Administración de Justicia aparece marcado por una profunda conexión entre los tipos penales recogidos y la normativa procesal, de forma que el análisis de aquellos no puede producirse adecuadamente sin consultar esta última⁹⁹⁴.

Para acabar, conviene hacer hincapié en la *ratio* del Capítulo I del título examinado, pues en él se encuentra el art. 361 CPI, que aquí nos interesa. De este se ha dicho que sus objetos de tutela específicos se corresponden con la acción penal, por un lado, y la prueba judicial, por otro⁹⁹⁵. En cualquier caso, lo cierto es que los delitos recogidos en dicho capítulo tienen por objeto proteger los intereses procesales pertinentes en el proceso penal desde el momento en que se inicia el proceso hasta que se dicta la resolución. Pues, ciertamente, un requisito previo necesario para el inicio de la actividad judicial es la experiencia de la persecución penal, que a su vez presupone la determinación de la *notitia criminis*⁹⁹⁶.

Quizás en este sentido, la sistematización interna seguida en el Título III del *Codice Penale* resulta más ajustada a lo que la doctrina española reclama, de *lege ferenda*, con respecto a la organización del Título XX de nuestro Código. En efecto, y remitiéndonos, una vez más, al esquema propuesto por QUINTANO RIPOLLÉS, el texto punitivo italiano sí parece estructurar de forma secuencial el contenido del Título III, atendiendo a las fases o momentos procesales que entran en juego con ocasión de la comisión de un delito y con la consiguiente celebración de un proceso para investigar, y en su caso, enjuiciar, el mismo. Prueba de ello es que, la inauguración del Título III se produce con un tipo penal que busca salvaguardar la correcta toma de conocimiento de la *notitia criminis* por las autoridades competentes para la persecución de los delitos. Es

⁹⁹³ En efecto, también en la doctrina italiana se pone de manifiesto este defecto del título relativo a los delitos contra la administración de justicia: PIFFER, G., *I delitti contro l'amministrazione...cit.*, pág. 124; y ROMANO, B., *Delitti contro l'amministrazione...cit.*, pág. 5.

⁹⁹⁴ BERTOLINO, M., *Analisi critica dei delitti contro l'amministrazione...cit.*, pág. 1.

⁹⁹⁵ *Ibidem*, pág. 8.

⁹⁹⁶ GAROFOLI, R., *Manuale di Diritto Penale...cit.*, pág. 353.

decir, que, como puede observarse, lo primero que trata de conservarse en condiciones de correcto funcionamiento es la fase pre procesal subsiguiente a la perpetración de un delito.

III. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL ART. 361 CPI: LA TUTELA PENAL DEL PRINCIPIO DE OBLIGATORIEDAD EN EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL

De la redacción típica del art. 361 CPI puede desprenderse que el bien jurídico preservado en el mismo se identifica con el interés del Estado en la adquisición de la *notitia criminis* del delito, puesto que se parte de que solo asegurando dicha puesta en comunicación será posible para la autoridad judicial iniciar la correspondiente actividad procesal, por lo que, en última instancia, se desea salvaguardar el curso normal de la Administración de Justicia desde que se inicia un procedimiento hasta que se pone fin al mismo⁹⁹⁷. Esto último resulta también coherente con el que es doctrinalmente considerado de forma unánime como el bien jurídico categorial o común a todos los delitos del Título III del texto punitivo italiano: el eficaz y normal funcionamiento de la Administración de Justicia.

En efecto, la doctrina italiana apunta unánimemente que lo que se quiere salvaguardar en el tipo penal del art. 361 CPI es el principio constitucionalmente reconocido de necesidad u obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal por parte del ministerio fiscal, tal y como aparece consagrado en el art. 112 de la Constitución

⁹⁹⁷ En realidad, esto es algo que comparten las distintas infracciones ubicadas en el Capítulo I del Título III, pues, como resume GAROFOLI, R., *Manuale di Diritto Penale...cit.*, pág. 457: “las infracciones relativas a los delitos contra la actividad judicial se rigen por el Capítulo I del Título III del Código y tienen por objeto proteger los intereses de carácter procesal que entran en juego en el proceso penal desde el momento en que se ejercita la acción penal hasta que se dicta sentencia”.

italiana⁹⁹⁸. A través de este, se estructura un principio de legalidad en la acción que configura uno de los rasgos estructurales básicos del sistema procesal penal italiano⁹⁹⁹.

Además, la preservación del principio de necesidad en el ejercicio de la acción penal supondría un medio o instrumento, de acuerdo con el tenor doctrinal dominante, para posibilitar un correcto funcionamiento de la actividad judicial en su fase inicial o pre procesal¹⁰⁰⁰, pues, sin lugar a duda, la obligación de transmitir la *notitia criminis* es una *conditio sine qua non* respecto al impulso del proceso penal¹⁰⁰¹. Esto último es sintetizado de forma muy clara por ANTOLISEI cuando, al referirse al Capítulo I del Título III, subraya los dos valores que resultan esencialmente protegidos en el art. 361 CPI: “en el primer grupo, que es con mucho el más importante, se salvaguarda el funcionamiento normal y eficaz de la administración de justicia, funcionamiento que conlleva diversos requisitos, en particular: (a) que se ponga a la autoridad judicial en condiciones de incoar un proceso penal, mediante la denuncia de delitos por parte de quienes tienen el deber de proporcionarla; b) que quienes tienen deberes particulares para con la Administración de Justicia los observen leal y puntualmente...”¹⁰⁰².

⁹⁹⁸ Art. 112 CI: “El Ministerio Fiscal tiene la obligación de ejercer la acción penal”. En la doctrina: BERTOLINO, M., *Analisi critica dei delitti contro l'amministrazione...cit.*, pág. 19; CALCAGNO, E., “Capitolo Primo. Violazione dell'obbligo di comunicazione della notitiae criminis”, en *Trattato di Diritto Penale, Parte Speciale*, Vol. 7, con GROSSO, C.F., PADOVANI, T., PAGLIARO, A., Giuffrè, Milano, 2009, págs. 1-2; CAPRIO, A., TRINCI, A., *Manuale di Diritto Penale. Parte Speciale*, Dike, Roma, 2015, pág. 294; CECCHINI, S., “Capitolo 3. I delitti contro l'amministrazione della giustizia”, en *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale e Speciale*, con RIVERDITI, M. (Dir.), Wolters Kluwer, Milano, 2017, pág. 532: “lo que protege el conjunto de delitos de omisión de denuncia (artículos 361 a 365) es el interés en la obtención de la *notitia criminis* por parte de la autoridad judicial competente para incoar el proceso penal”; MARINI, G., LAMONICA, M., MAZZA, L., *Commentario al Codice...cit.*, pág. 1725: “el objeto específico de la protección penal es el interés relativo al funcionamiento normal y eficaz de la actividad judicial en su fase inicial, es decir, en el momento de la obtención de la *notitia criminis* por el órgano competente para iniciar el proceso penal (fiscalía) la correcta y oportuna”; PAGLIARO, A., “Sui delitti di omessa...”, *cit.*, págs. 781-782: “todas estas incriminaciones tienen características generales comunes y protegen básicamente el mismo bien jurídico. La administración de justicia penal, para funcionar, necesita, en primer lugar, la *notitia criminis*, es decir, la noticia, en la que basar la hipótesis de que se ha cometido un delito. Sin *notitia criminis*, no hay proceso penal posible”; BELTRANI, S., *Codice Penale commentato e aggiornato*, Giuffrè, Milano, 2023, pág. 1549: “el bien protegido es el interés en el funcionamiento regular de la justicia en lo que se refiere a la cooperación obligatoria del funcionario público en la comunicación de las noticias de delitos de que tenga conocimiento en el ejercicio de sus actividades”.

⁹⁹⁹ DI CHIARA, G., “Il diritto processuale penale e il processo penale: linee introduttive”, en *Diritto Processuale Penale*, con SIRACUSANO, D., GALATI, A., TRANCHINA, G., *et al.*, Giuffrè, Milano, 2023, pág. 12.

¹⁰⁰⁰ En efecto, como apunta PIFFER, G., *I delitti contro l'amministrazione...cit.*, pág. 15: “así, los artículos 361 y 362 protegen un interés de carácter instrumental en relación con la finalidad del sistema penal de investigación y persecución de los delitos, interés especialmente relevante en un sistema en el que rige el principio constitucional de imperatividad de la ley penal”.

¹⁰⁰¹ BERTOLINO, M., *Analisi critica dei delitti contro l'amministrazione...cit.*, pág. 19.

¹⁰⁰² ANTOLISEI, F., *Manuale di diritto penale...cit.*, pág. 488.

La referencia a la observancia leal de deberes “particulares con la Administración de Justicia” alude a un panorama normativo relativamente similar al español, consistente, como apunta CARNELUTTI, en que, como regla general, la obligación de denunciar los delitos no se refiere nunca a cualquier ciudadano, sino tan solo a aquellos particularmente cualificados a tal fin¹⁰⁰³.

A su vez, insiste MANZINI en el papel nuclear de la infracción del deber de comunicar la *notitia criminis* en el art. 361 CPI, al señalar que: “es necesario evitar que la consecución de la finalidad de la justicia penal se vea impedida o retrasada como consecuencia de la inacción voluntaria de quienes tienen la obligación funcional de denunciar los delitos de los que tengan conocimiento en el ejercicio o por razón de sus funciones o servicio”¹⁰⁰⁴. Como puede observarse, el deber no es concebido como la esencia del tipo penal del art. 361 CPI, sino, más bien, como el medio comisivo del ataque al verdadero bien jurídico protegido por dicho precepto: el principio de legalidad u obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal.

Entendido de tal modo, es evidente que la propuesta italiana, relativa al valor salvaguardado en el art. 361 CPI, así como al papel que en él cumple el elemento de “infracción de deber”, nos parece especialmente garantista y ha constituido, en la construcción de nuestra propia toma de posición acerca del bien jurídico protegido en el art. 408 CP, un auténtico modelo a seguir. En efecto, y a pesar de las diferencias existentes entre ambos tipos penales, consideramos que tanto en el art. 361 CPI, como en el art. 408 CP se busca proteger el mismo bien jurídico, aunque con alcances distintos: el principio de legalidad procesal.

En cualquier caso, resulta pertinente señalar que también en Italia se sostiene mayoritariamente la tesis de que el “normal o correcto funcionamiento de la Administración de Justicia” constituye el bien jurídico categorial o común a todos los

¹⁰⁰³ CARNELUTTI, F., *El proceso penal*, Leyer, Bogotá, 2008, pág. 230. En el mismo sentido, VIOLANTE, P., “L’obbligo di rapporto nell’art. 361 C.p. e nell’art. 3 C.p.p.”, en *La Giustizia Penale*, 1980, pág. 654, cuando señala que la obligación de transmisión de la *notitia criminis* del art. 361 CPI se trata, por tanto, de una forma típica de *notitia criminis* equiparable a la denuncia, pero que se diferencia de ésta en que es obligatoria y presupone una especial cualificación y posición de la persona que está obligada a ella.

¹⁰⁰⁴ MANZINI, V., *Istituzioni di diritto penale...cit.*, pág. 114. En el mismo sentido se pronuncia ERRA, C., “Denuncia penale (omessa o ritardata)” en *Enciclopedia del diritto*, vol. XII, Milano, 1964, pág. 199: “con tales disposizioni se pretende tutelar el interés concerniente al normal funcionamiento de la justicia, poniendo a cargo del funcionario público la obligación de cooperar con el magistrado en la represión de la delincuencia proporcionándole la *notitia criminis* e impidiendo que se eluda o retrase la persecución del delincuente debido a su inacción”.

tipos penales ubicados en el Título III. Así, tras coincidir de forma pacífica doctrina y jurisprudencia en que el sentido del término “Administración de Justicia” debe ser entendido de forma latísima¹⁰⁰⁵ —como se trató en el apartado anterior— se suele

¹⁰⁰⁵ Es decir, de forma amplia y no limitada al concepto de “jurisdicción” *stricto sensu*. Así, sin ánimo de ser exhaustivos: CADOPPI, A., VENEZIANI, P., *Elementi di diritto penale...cit.*, pág. 141 y ss., indican que lo que en realidad se protege es el “bien-función administración de justicia”, es decir: “el conjunto de actividades previas al proceso, contemporáneas y posteriores al mismo, destinadas a «hacer justicia» a los ciudadanos y a impedir que «se hagan justicia por sí mismos». Por ello, concluyen: “es normal que los delitos de omisión de denuncia y otros delitos del Capítulo I pertenezcan a este Título: sin la denuncia de las personas obligadas a ello, la *notitia criminis* no llegaría a la persona responsable de la persecución (el fiscal); la maquinaria de la justicia no se pondría en marcha y, por tanto, nadie “haría justicia”; MAGGIORE, G., *Derecho Penal...cit.*, pág. 305: “en él se incluyen todas las formas de actividad que tengan alguna relación con el fin último de la justicia (...) Así, el concepto de Administración de justicia se dilata y se diluye gradualmente, hasta tomar un significado que no corresponde al uso correcto de la palabra en derecho público, y que solo es válido en cuanto a los fines específicos del derecho penal”; PAGLIARO, A., *Principi di diritto penale, Parte Speciale...cit.*, págs. 3-5: “el término ‘Administración de Justicia’ no corresponde a ninguna expresión técnica de Derecho constitucional o procesal. Tampoco se relaciona, salvo lejanamente, con el principio de separación de poderes (...) Se produce así, como sucede a menudo, una modificación de nociones jurídicas originariamente ajenas al Derecho penal, para adaptarlas a las necesidades teleológicas de esta rama del Derecho. Éstas conducen a la protección penal no sólo de la jurisdicción en sentido técnico, sino también de todo lo que la rodea y hace posible que cumpla correctamente su función (...) Otra razón por la que se prefiere el término «administración de justicia» en las rúbricas del código penal al término «jurisdicción», ciertamente más técnico, se encuentra en el hecho de que ni los constitucionalistas ni los procesalistas han conseguido realmente ofrecer una noción precisa e inequívoca de jurisdicción. Por lo tanto, es mejor atenerse a la terminología administración de justicia, «que al menos tiene el mérito de tener raíces remotas, que también son relevantes para el lenguaje cotidiano, y por lo tanto es más probable que sea aceptada por los ciudadanos”. Por último, en *ibidem*, pág. 6, el citado autor alude a la razón de la rúbrica: “pues bien, se consideran delitos contra la actividad jurisdiccional determinadas conductas ilícitas, a veces sólo activas, a veces también omisivas, que impiden o perturban el correcto desarrollo de la actividad de los órganos del Estado encargados de ejecutar el monopolio estatal de la justicia en la fase dirigida a la averiguación de la verdad jurídica y al pronunciamiento sobre el efecto jurídico correspondiente”; ZAPULLA, A., TIGANO, S., “Capitolo Settimo: I delitti contro l’amministrazione della giustizia, en *Diritto Penale. Parte Speciale, Vol. I*, con ALEO, S., PICA, G., Cedam, Milano, 2012, pág. 354: “por último, puede delimitarse un significado aún más amplio —que es precisamente el elegido por el legislador (1)— que incluye la protección de cualquier interés que responda, aunque sólo sea de modo instrumental, a la finalidad última de la justicia (perspectiva que abarca también los supuestos de omisión de denuncia, tendente a asegurar el más amplio funcionamiento de la jurisdicción, y de ejercicio arbitrario de las propias razones, dirigido a afirmar la exclusividad de la administración de justicia en cabeza del poder público)”; PAPA, M., “Parte terza. Delitti contro l’amministrazione della giustizia”, en *Lezioni di diritto penale. Parte Speciale*, con CINGARI, F., PAPA, M., VALLINI, A., Giappichelli, Torino, 2021, pág. 215: “la protección otorgada no se refiere en realidad a la función jurisdiccional estrictamente entendida (es decir, la ejercida por el poder judicial), sino también a una serie de actividades instrumentales o en cualquier caso relacionadas con el proceso penal”; ANTOLISEI, F., *Manuale di diritto penale...cit.*, págs. 487-488: «no es, sin embargo, en este sentido estricto y estrecho que el concepto de Administración de Justicia es tomado por el código como regulador de la clase de delitos que vamos a estudiar. Se atribuye a dicho concepto una extensión mucho mayor, ya que, además de los delitos que atentan contra la propia actividad judicial e impiden las funciones requirente e inquisitorial), se consideran delitos que implican la inobservancia de medidas judiciales y, por lo tanto, se dirigen contra la ejecución de tales medidas. De lo dicho se deduce que la expresión “Administración de Justicia” es entendida por el legislador penal en un sentido muy amplio, abarcando todas las conductas que tengan alguna relación con la finalidad última de la Justicia; CARINGELLA, F., MAZZAMUTO, S., MORBIDELLI, G., *Manuale di diritto penale...cit.*, pág. 278: “en el sentido utilizado por el Código Penal, este concepto debe entenderse, sin embargo, en un sentido amplio, en el sentido de que incluye no sólo las infracciones penales que amenazan directamente el buen ejercicio de la función jurisdiccional, sino también las infracciones penales dirigidas a proteger actividades e intereses que tienen una conexión, a veces incluso sólo instrumental, con la jurisdicción propiamente dicha”.

mantener, en este aspecto, la tesis de los bienes jurídicos intermedios ya sea de forma explícita o de manera indirecta (es decir, deducible del papel otorgado por algunos penalistas a tal valor supraindividual)¹⁰⁰⁶. No obstante, esta postura es, en realidad, mantenida con ciertas peculiaridades, a las que enseguida se hará alusión.

Dentro del primer grupo, conformado por autores que expresamente atribuyen al “normal funcionamiento de la administración de justicia” el rango de bien jurídico categorial, encontramos a PIFFER¹⁰⁰⁷, GAROFOLI¹⁰⁰⁸ y ROMANO¹⁰⁰⁹. A todos estos penalistas les une el razonamiento de que en el Título III existe un bien jurídico común —correspondiente al correcto funcionamiento de la Administración de Justicia—, concretado en cada tipo individual en bienes jurídicos específicos, a través de los cuales buscaría preservarse distintos aspectos de aquella, determinantes de su regular desarrollo.

¹⁰⁰⁶ Llama la atención, asimismo, que, aunque está claro que tanto el bien jurídico protegido en el art. 361 CPI como el salvaguardado por el art. 408 CP poseen naturaleza supraindividual, esto es algo constantemente apuntado por los miembros de la doctrina española, aunque no tanto por los de la italiana. Son pocos los autores de esta última que califican explícitamente al valor salvaguardado en el art. 361 CPI como “supraindividuales” e incluso estos se refieren a tal tipología de bienes jurídico-penales sin llegar a examinar las peculiaridades de esta y cómo pueden afectar en concreto al tipo penal estudiado. Efectivamente, de la extensa lista de autores que se han pronunciado sobre el art. 361 CPI solo unos pocos destacan el carácter supraindividual del bien jurídico protegido delimitado unánimemente por la doctrina: ZAPULLA, A., TIGANO, S., “Capitolo Settimo: I delitti contro l’amministrazione...”, *cit.*, pág. 354: “con las disposiciones del Título III del libro del Código Penal, el legislador pretendió proteger el interés supraindividual relativo a la administración de justicia, en sentido normal desde la apertura del proceso hasta la decisión final (Capítulo I Delitos contra la actividad judicial) (. ...) Con estos delitos se pretende garantizar el castigo de los actos que puedan entorpecer, inducir a error o desconocer la función y actividad judicial o llevar a la elusión de las medidas pertinentes, aunque no faltan casos que también protegen intereses de carácter individual (como la calumnia)”; y PIFFER, G., *I delitti contro l’amministrazione...cit.*, pág. 7, se refiere a los bienes jurídicos de los concretos tipos penales agrupados en el Capítulo I del Título III como “bienes jurídicos colectivos”, si bien advierte que también en dicho capítulo se lleva a cabo “la protección de importantes bienes jurídicos individuales”.

¹⁰⁰⁷ PIFFER, G., *I delitti contro l’amministrazione...cit.*, pág. 6: “tradicionalmente se afirma que la expresión Administración de Justicia, que indica el objeto jurídico de la categoría de delitos del Título III que se examina, debe entenderse en un sentido muy amplio, que incluye, además de la «función jurisdiccional» (...) En realidad, bajo la «etiqueta» Administración de Justicia se agrupan supuestos que protegen —a menudo de forma muy diversa— no una idea abstracta de justicia, sino bienes jurídicos concretos y a veces heterogéneos, tanto colectivos como individuales, bienes que se protegen en función de un funcionamiento regular y eficaz de la institución judicial, como bien colectivo de naturaleza funcional, de primordial relevancia constitucional”.

¹⁰⁰⁸ GAROFOLI, R., *Manuale di diritto penale...cit.*, pág. 451: “el interés jurídico común de carácter supraindividual protegido es el correcto ejercicio de la función jurisdiccional”.

¹⁰⁰⁹ ROMANO, B., *Delitti contro l’amministrazione...cit.*, pág. 7: “como es sabido, en el marco de la teoría de la multirreincidencia se ha admitido la posibilidad de que un delito ofenda a más de un bien jurídico. Y así, puede decirse que *in apicibus* ciertos delitos que aquí trataremos protegen un bien complejo, que puede rastrearse, en el plano del objeto sustancial de la categoría, en la administración pública y la administración de justicia”.

Por su parte, el segundo grupo de autores mencionados, integrado por aquellos que, aunque no se pronuncian expresamente sobre el rango de “bien jurídico categorial” atribuido al valor supraindividual recién señalado, sí parecen suscribirlo por las conclusiones extraídas con respecto a la naturaleza de peligro abstracto de todos los delitos del Título III, es más numeroso, y en él se hallan todos los restantes penalistas que han estudiado el art. 361 CPI de manera detallada, con excepción de PAPA, para el cual simplemente no resulta posible “delinear en términos generales un bien jurídico común a todos los delitos agrupados dentro del Título que se comenta”¹⁰¹⁰.

Siguiendo un razonamiento más particular, PIFFER, pese a compartir que el “normal o eficaz funcionamiento de la Administración de Justicia” constituye el bien jurídico categorial protegido por los delitos del Título III, no deja de señalar los problemas que la figura del “bien jurídico categorial” ocasiona, pues “precisamente por su extrema generalidad, presenta una modesta función interpretativa e incluso corre el riesgo de inducir a error, como reconoce la doctrina, en términos generales, respecto a los denominados bienes jurídicos de categoría”¹⁰¹¹.

No obstante, insistimos en que, a excepción de PAPA y más allá de las advertencias realizadas por PIFFER, la mayoría de los autores italianos que no califican expresamente de bien jurídico categorial o común al normal funcionamiento de la Administración de Justicia, comparten con el grupo de penalistas que sí emplea dicha etiqueta las consecuencias derivadas del sostenimiento de esta. Sin embargo, es importante traer aquí a colación que, aunque se presenta el “normal funcionamiento de la Administración de Justicia” en términos de bien jurídico común a todos los delitos situados en el Título III, y, en consecuencia, parece esgrimirse la teoría de los bienes jurídicos intermedios (igual que ocurre en España, al menos con respecto al Título XIX de nuestro Código penal), no

¹⁰¹⁰ PAPA, M., “Parte terza. Delitti contro l’amministrazione...”, *cit.*, pág. 215: “si recorremos la lista de delitos, podemos comprobar, ya en una primera lectura, cómo unas veces prevalece el interés verdaderamente sustancial en la fiabilidad y veracidad del juicio (por ejemplo, en el perjurio del artículo 372 del Código Penal), y otras el interés en la protección de actividades instrumentales (como las del fiscal, el abogado defensor o la policía judicial), que deben ser protegidas de injerencias indebidas y engañosas. Por otra parte, mientras que en algunos casos prevalece una necesidad de carácter público (por ejemplo, la infidelidad del abogado defensor y del asesor técnico, artículos 380-383 del Código Penal), en otros, piénsese en la calumnia (artículo 368 del Código Penal), existe también una preocupación muy fuerte por proteger posiciones individuales, referibles a una víctima concreta”.

¹⁰¹¹ PIFFER, G., *I delitti contro l’amministrazione...cit.*, pág. 5. Continúa señalando el citado autor que “en realidad, bajo la «etiqueta» Administración de Justicia se agrupan asuntos que protegen —a menudo de forma muy diversa— no una idea abstracta de justicia, sino bienes jurídicos concretos y a veces heterogéneos, tanto colectivos como individuales, bienes que se protegen en función del funcionamiento regular y eficaz de la institución judicial, como bien colectivo de carácter funcional, de primera relevancia constitucional”.

se lleva dicha teoría hasta sus últimas consecuencias. Ello debido a que, pese a que sí se distingue entre bien jurídico categorial del título y bienes jurídicos específicos salvaguardados en cada precepto del mismo (y que vendrían a proteger aspectos concretos del valor común a todos ellos, constituyendo los medios que hacen posible la tutela de un bien jurídico tan amplio y ambiguo), no se lleva a cabo dicha distinción con la finalidad de poder identificar un bien jurídico intermedio con respecto al cual entender que se cumplen las funciones dogmáticas en el tipo, convirtiendo así a este último técnicamente en un delito de lesión (o, al menos, de peligro concreto).

Así pues, sorprendentemente, el hecho de que la doctrina italiana reconozca la dicotomía “bien jurídico categorial” y “bienes jurídicos específicamente protegidos en cada tipo penal del Título III” –términos propios de la teoría de los bienes jurídicos intermedios– no lleva a sus autores a eludir el resultado que pretendía evitarse en España por medio del recurso a dicha tesis: la concepción de todos los delitos protegidos en aquel Título como delitos de peligro, y en su mayor parte, de peligro abstracto¹⁰¹². En cambio, son otros los medios que encuentran los penalistas italianos para impedir que, aun contemplándose al conjunto de delitos contra la Administración de Justicia como delitos de peligro abstracto, no se concluya que nos hallamos ante meros tipos de desobediencia formal o de infracción de deber. Así, aunque de otra manera, también en Italia constituye un desafío para la doctrina el descifrar qué lectura de estos tipos penales protectores de un bien jurídicos supraindividual es la más conciliable con el principio de ofensividad. De hecho, así lo proclaman CARINGELLA, DELLA VALLE y DE PALMA:

“Un supuesto de examen de especial interés para el rigor del principio de ofensividad lo constituyen los delitos contra la administración de justicia, supuestos dirigidos a proteger, en sus diversas facetas, el interés estatal en el ejercicio correcto, eficaz e imparcial de la función jurisdiccional. La naturaleza esencial y el carácter supraindividual del bien jurídico protegido han llevado al legislador a elaborar supuestos de peligro, a menudo abstractos, que, como se verá con más detalle a continuación, implican una considerable

¹⁰¹² En sí, por tanto, de poco o nada sirve reconocer que cada tipo penal protege un bien jurídico concreto, constitutivo de una parcela o aspecto específico del más amplio valor supraindividual común a todos los delitos del Título III. A modo de ejemplo: MARINI, G., LA MONICA, M., MAZZA, L., *Commentario al Codice...cit.*, pág. 1722 señalan que: “identificado, en el sentido latísimo arriba especificado, el objeto genérico de la tutela penal en los delitos contra la administración de justicia, es necesario que el jurista preste la debida atención en la interpretación de las disposiciones penales individuales, la mayoría de las veces estructuradas como meros delitos de peligro, teniendo siempre presente el justo equilibrio entre la protección de los intereses relacionados con la administración de justicia y el respeto a los derechos y libertades propios de un sistema de libertades como el que hoy consagra nuestra Carta Constitucional”.

anticipación del umbral de punibilidad. Precisamente para evitar penalizar conductas que realmente no son susceptibles de poner en peligro el interés protegido, se hace imprescindible proceder a una exégesis de los tipos penales lo más respetuosa posible con el principio de ofensividad”¹⁰¹³.

IV. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL ART. 361 CPI

También en Italia se ha suscitado el debate relativo a si los tipos penales que integran el Título III (incluido, por supuesto, el art. 361 CPI) constituyen meros delitos formales o si realmente es posible realizar una interpretación de aquellos que les atribuya auténtica antijuridicidad material. Comenzando por el final, y partiendo de que a nivel doctrinal se asevera pacíficamente su naturaleza de “tipos de peligro”, lo cierto es que la postura que parece cumplir en mejor medida este objetivo es la que opta por configurar al art. 361 CPI (y al resto de tipos penales ubicados en el Título III) como delito de peligro hipotético o de aptitud.

En virtud de tal calificación jurídica se requiere que la conducta de no transmisión de la *notitia criminis* a la autoridad competente sea *ex ante* adecuada para producir una puesta en peligro real de la correcta apertura del proceso penal y del regular desarrollo de las investigaciones preliminares que tienen lugar normalmente en el mismo¹⁰¹⁴. Nos proporciona un claro ejemplo de este proceder argumentativo, CALCAGNO, al señalar que:

“Es preferible considerar que los preceptos de los delitos examinados no son plenamente superponibles a las normas procesales y que, por tanto, la sanción penal sólo opera en relación con hechos que, además de vulnerar dichas normas, tienen capacidad para poner en peligro la actividad judicial o prejudicial. En otras palabras, es preferible asumir un contenido ofensivo sustantivo y no meramente formal de las disposiciones penales consideradas (...) Como se ha dicho, los delitos en cuestión no constituyen una mera

¹⁰¹³ CARINGELLA, F., DELLA VALE, F., DE PALMA, M., *Manuale di Diritto Penale...cit.*, pág. 687.

¹⁰¹⁴ Esta postura, por cierto, es la que tendría que sostenerse también en relación con el art. 408 CP de concluir que el concepto de lesión solo es posible entenderlo en término naturalístico de “destrucción”, así como que dicho precepto busca preservar un valor categorial, correspondiente al correcto funcionamiento de la Administración Pública o de Justicia. Por eso, dada la amplitud con la que viene definido por la doctrina mayoritaria el bien jurídico categorial del Título XIX, PORTILLA CONTRERAS, G., POMARES CINTAS, E., “Lección 6ª Delitos de abandono...”, *cit.*, pág. 174, contemplan al tipo de omisión del deber de perseguir delitos como un delito de peligro de aptitud. Se trata, este, de un razonamiento en principio correcto para dotar de antijuridicidad material al tipo penal que aquí nos ocupa (aunque en realidad no sea posible crear tipos de peligro con respecto a bienes jurídicos sobre los que no se ha conseguido delimitar la lesión). Sin embargo, pese a ser correcto dicho razonamiento, a lo largo del Capítulo Segundo de la presente tesis doctoral hemos puesto de manifiesto cómo entendemos que puede eludirse el mismo, sustituyendo la peligrosa (desde el punto de vista de las garantías penales) categoría de los tipos de peligro abstracto (pues esto es lo que son los delitos de peligro hipotético en el fondo) por la más garantista de los delitos de lesión.

desobediencia de normas procesales, ya que la ofensa al bien jurídico no se produce automáticamente siempre que se infringen las normas contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sino sólo cuando esa infracción da lugar a una situación concretamente lesiva o peligrosa para el bien jurídico”¹⁰¹⁵.

No obstante, el estudio más exhaustivo sobre el perfil ofensivo del art. 361 CPI lo proporciona indudablemente BRUNELLI, quien analiza las dos principales corrientes que se han enfrentado en su afán por perfilar la ofensividad de tal delito, bien sobre la base de su naturaleza de mera desobediencia formal, bien superando esta y exigiendo “algo más” para poder verificar el tipo: la producción de un resultado formal de peligro sobre “el buen funcionamiento de la Administración de Justicia”.

En efecto, pese a comenzar aclarando que “las orientaciones jurisprudenciales del Tribunal de Casación coincidían plenamente con la intención de los redactores del Código Rocco de convertir las figuras de omisión de denuncia obligatoria en meras normas sancionadoras de conductas contrarias a un deber establecido en la ley procesal”¹⁰¹⁶, el

¹⁰¹⁵ CALCAGNO, E., “Capitolo Primo. Violazione dell’obbligo...”, *cit.*, pág. 3. Para la misma autora, la prueba de que no nos hallamos ante un delito de infracción de deber formal sería el hecho de que si la *notitia criminis* ya es conocida por la autoridad competente para perseguirla no habría delito, aunque se omitiera o retrasa la transmisión de dicha *notitia* a aquella. Según ella, (*ibidem*, págs. 9-10): “puesto que, por tanto, el delito de omisión de denuncia no debe configurarse como un mero incumplimiento de deberes, sino como un delito contra la actividad de investigación de los delitos, el delito no se produce cuando la Autoridad ya dispone, por otros medios, de la *notitia criminis*. (...) Si se parte de la base de que las normas no castigan la mera desobediencia, sino que hay que centrarse, como se ha dicho, en la finalidad teleológica de la cooperación procesal, se ve claramente por qué la novedad de la información adquiere una importancia central para la protección sustantiva de la persecución de los delitos”. En contra de esta última opinión se halla PAGLIARO, A., “Sui delitti di omessa...”, *cit.*, pág. 799, pues si bien es cierto que este afirma que cuando la *notitia criminis* es de dominio público o ya conocida por la autoridad judicial no hay delito dado que “la ofensividad de la conducta dejaría de existir y, por tanto, quedaría tipificada como delito”, luego precisa lo siguiente a modo de advertencia: “sin embargo, es necesario hacer algunas aclaraciones sobre este punto. La ofensividad de la conducta no depende tanto de si la autoridad judicial está o no ya en condiciones de incoar un proceso penal por el delito denunciado, sino de si se ha incumplido efectivamente la obligación de denunciar el delito. Los delitos de omisión de denuncia son delitos de peligro abstracto, y no delitos de peligro concreto: en el sentido de que la ley considera que el incumplimiento de la obligación de denunciar es peligroso para el normal funcionamiento de la administración de justicia, pero no llega a exigir que el incumplimiento de la obligación haya producido un peligro concreto para dicho funcionamiento. Si así fuera, encontraríamos en la imputación de los hechos de omisión de denuncia expresiones como “el que causare peligro...” (como, por ejemplo, en los artículos 422, 423, 424, 427 del código penal). La ley, en cambio, se conforma con el peligro abstracto derivado del incumplimiento del deber de denunciar». Por su parte, PIFFER, G., *I delitti contro l’amministrazione...cit.*, pág. 16, es de la misma opinión que CALCAGNO, pues entiende que: “desde hace tiempo, además, la doctrina ha señalado que sólo teniendo presente esta dimensión indispensable de la protección del bien jurídico es posible evitar una reconstrucción del caso en términos de mera desobediencia”.

¹⁰¹⁶ BRUNELLI, D., “Omessa denuncia di reato”, en *Delitti contro l’amministrazione della giustizia*, con COPPI, F. (Curatore), Giappichelli, Torino, 1996, pág. 10. El autor expone además, como ejemplo de esta tendencia: “la posibilidad de que la investigación se refiera a elementos no previstos en la letra de la norma, como los de peligro o perjuicio para el interés en un inicio a tiempo de la actividad del fiscal en relación con la averiguación de la comisión del delito, debe excluirse como regla general; resulta, por ejemplo, que cuando varias personas cualificadas están obligadas a denunciar, bien por ser miembros de un órgano

citado penalista no tarda en acusar que el hecho de que tanto doctrina como jurisprudencia, con respecto a la conducta de retardo del deber de transmisión de la *notitia criminis*, señalen que esta se consuma cuando ha transcurrido un cierto lapso de tiempo susceptible de incidir negativamente en la pronta persecución del delito, refleja una divergencia de opiniones, puesto que “mientras que la primera tesis, al referirse a las valoraciones inherentes al cargo al que pertenece la persona cualificada, postula evidentemente que el delito contemplado en el artículo 361 se agota íntegramente en el incumplimiento del deber oficial, es plausible que la segunda tesis, en cambio, vincule el contenido ofensivo del delito a la valoración de la repercusión del incumplimiento del deber en la actividad jurisdiccional”¹⁰¹⁷. Todo lo cual le lleva a diferenciar que entre dos tendencias contrapuestas en permanente lucha:

“Una primera, cada vez más acreditada, al menos en cuanto a las intenciones de los compiladores, en la vigencia del Código Rocco, según el cual no se trata aquí sino de sanciones penales impuestas por infracciones especiales de los deberes oficiales sancionados en la Ley de Enjuiciamiento Criminal contra funcionarios públicos, encargados de servicios públicos y oficiales o agentes de la policía judicial, en el contexto del principio más general de la relevancia penal de cualquier comportamiento omisivo respecto de las obligaciones de actuar inherentes al cargo; una segunda que privilegia la valoración de la «finalidad» de las normas procesales infringidas y concibe la sanción penal sólo en relación con hechos que no sólo violan esas normas sino que tienen la capacidad de comprometer esa finalidad, admitiendo así la no plena superponibilidad del precepto penal respecto de la norma procesal”.

Finalmente, BRUNELLI manifiesta su preferencia por la segunda tesis expuesta, es decir, aquella que concibe el contenido ofensivo del delito en clave de concreta lesión o puesta en peligro de los bienes o intereses indicados por la doctrina, en cualquier caso, inherente a la necesidad de que el ministerio fiscal esté en condiciones de investigar y, en su caso, perseguir un delito. E incluso llega a declarar que sospecha de la

colegiado, bien por haber tenido en todo caso, aunque sea en momentos distintos, noticia de la comisión de un delito, todas ellas, cada una por su lado, están penalmente obligadas al cumplimiento de la obligación, por lo que no puede excusarse la creencia de que la denuncia ha sido realizada por los demás coobligados”.

¹⁰¹⁷ También en materia de error BRUNELLI informa acerca de los titubeos que han caracterizado a la jurisprudencia en cuanto a llevar a sus extremas consecuencias la ecuación: violación del deber igual a comisión del delito. Ello debido a que (*ibidem*, pág. 11): “en algunas resoluciones, por derogación del canon de la inoponibilidad de la ignorancia de los deberes oficiales, se ha admitido la inexcusabilidad del error-ignorancia, tanto de hecho como de derecho, en relación con la calificación de “infracción no punible por denuncia” del hecho del que se ha tenido conocimiento”.

inconstitucionalidad de aquella primera tesis que contempla la ofensividad del art. 361 CPI en términos de pura antijuridicidad formal, desprovista de materialidad, pues el mantenimiento de una tesis como esta tiene como efecto “hipostatizar el concepto de bien jurídico e histerizar su función”¹⁰¹⁸.

En conclusión, parece claro que los miembros de la doctrina italiana que apuestan por superar una concepción puramente formal del art. 361 CPI parten aun así de la naturaleza irremediable de este como delito de peligro abstracto. A partir de este axioma, tratan de combatir los peligros que para las garantías del *ius puniendi* podría conllevar dicha estructura típica a través de la estructuración de aquel tipo penal como delito de peligro hipotético o de aptitud. Es decir, atenúan los efectos negativos que podría ocasionar la constitución del tipo penal como delito de peligro abstracto exigiendo comprobar que la conducta de omisión del deber de comunicar la *notitia criminis* a la autoridad competente sea *ex ante* objetivamente peligrosa para el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia.

Pues bien, a partir de la información expuesta, debe aclararse que, prueba de que el tipo penal español y el italiano no son idénticos o simétricos es que, aunque en el art. 408 CP se tutele el mismo bien jurídico (principio de legalidad procesal o de necesidad del proceso penal), tal protección adquiere contornos muy distintos:

Así, en primer lugar, en el art. 408 CP no se busca asegurar el concreto hecho de que se transmita la *notitia criminis* a la autoridad (normalmente judicial) competente para que pueda iniciar el proceso e impulsar la investigación de un delito, sino que trata de

¹⁰¹⁸ *Ibidem*, pág. 14. Como BRUNELLI, también terminan por definir la ofensividad del art. 361 CPI más allá de la mera infracción de deber JANNITTI-PIROMALLO, A., *Delitti contro l'Amministrazione della giustizia*, Casa editore Dottor Francesco Vallardi, Milano, 1939, XVII, pág. 53: “las disposiciones de los arts. 361 a 365 protegen la función jurisdiccional con referencia a su momento inicial. La incriminación de los hechos en ellos prevista puede considerarse desde un doble punto de vista subjetivo u objetivo. Es decir: como represión de hechos que violan el deber particular que incumbe a determinadas personas, por razón de su cargo, de poner a la autoridad judicial, mediante la *notitia criminis*, en condiciones de incoar un proceso penal; o como represión de los propios hechos en cuestión bajo el aspecto de la perturbación que causan a la consecución de los fines de la función jurisdiccional”. Igualmente, MACRÌ, F., “Capitolo I. I delitti di omessa denuncia (Artt. 361-364)”, en *Trattato di Diritto Penale. Parte Speciale, III*, con CADOPPI, A., CANESTRARI, S., MANNA, A., *et al.*, UTET, Torino, 2008, pág. 7 expone una postura sobre el bien jurídico protegido en el art. 361 CPI que sin duda refleja una comprensión de la ofensividad de este delito no basada exclusivamente en la infracción de un deber/desobediencia de la norma: “fácilmente puede deducirse cuál es el concreto bien jurídico protegido por las normas que incriminan los delitos de omisión de denuncia (arts. 361 a 365 CP): se trata del interés en asegurar el eficaz desempeño de la actividad jurisdiccional inherente a la magistratura penal, que se ve total o parcialmente frustrado por la inactividad voluntaria de quienes, en virtud de su cualificación subjetiva o de la gravedad del delito —deberían, en cambio, denunciar los hechos potencialmente delictivos que han llegado a su conocimiento—”.

mantenerse a salvo, de manera global, la actividad de persecución de los delitos en sí misma considerada. El texto punitivo italiano demuestra, entonces, una mayor especificidad en la delimitación de la conducta típica, reduciendo su margen de aplicación a supuestos muy concretos y adelantando considerablemente las barreras de intervención penal, puesto que se sanciona penalmente el incumplimiento de un deber por reputarse siempre “peligroso” para el inicio conforme a legalidad del proceso penal y la trascendencia que ello supone de cara al correcto funcionamiento de la Administración de Justicia.

En conclusión, en el art. 361 CPI nos hallamos ante un hecho “que podría” (o, dicho de otra manera, que resulta “apto” o “idóneo para”) obstaculizar o ignorar el correcto curso o funcionamiento de la actividad judicial que debe iniciarse tras haberse cometido un delito público. Evidentemente, al definir así la conducta típica, lo que ocurre es que se configura a dicho tipo penal como un delito de peligro, sin que sea necesario, para su consumación, que se haya causado un efectivo perjuicio al bien jurídico protegido. Apreciación esta última, por cierto, que, como se ha dicho ya, es unánimemente aceptada por el conjunto de penalistas italianos¹⁰¹⁹.

¹⁰¹⁹ GAROFOLI, R., *Manuale di Diritto Penale...cit.*, pág. 356: “el delito de omisión de denuncia de un delito por parte de un funcionario público es un delito de peligro, con consumación instantánea, ya que no es necesario que el funcionamiento de la administración de justicia haya sufrido un perjuicio por la omisión o demora en la denuncia”; JANNITTI-PIROMALLO, A., *Delitti contro l'Amministrazione...cit.*, pág. 70; RICCIARDI, G., *Denunce obbligatorie di reato e delitti di omessa denuncia*, Università di Perugia, Perugia, 1984, págs. 153-161; CRESPI, A., STELLA, F., ZUCALLA, G., *Commentario breve al Codice Penale*, CEDAM, Padova, 1992, pág. 1360; PIFFER, G., *I delitti contro l'amministrazione...cit.*, pág. 17; ROMANO, B., *Delitti contro l'amministrazione...cit.*, pág. 24; CARINGELLA, F., MAZZAMUTO, S., MORBIDELLI, G., *Manuale di diritto penale... cit.*, pág. 282; ANTOLISEI, F., *Manuale di diritto penale...cit.*, pág. 491; CECCHINI, S., “Capitolo 3. I delitti contro l'amministrazione...”, *cit.*, pág. 532; CALCAGNO, E., “Capitolo Primo. Violazione dell'obbligo...”, *cit.*, pág. 2; PAGLIARO, A., “Sui delitti...”, *cit.*, pág. 783; MANZINI, V., *Istituzioni di diritto penale...cit.*, pág. 1098; PAGLIARO, A., *Principi di Diritto...cit.*, págs. 9-10; BALSAMO, A., “art. 361-377-bis” en *Codice Penale, Vol. IV: i delitti contro l'amministrazione della giustizia, il sentimento religioso e la pietà dei defunti, l'ordine pubblico, l'incolumità pubblica, l'ambiente, la fede pubblica, l'economia pubblica, il patrimonio culturale, il sentimento per gli animali, la famiglia*, con LATTANZI, G., LUPO, E. (Dir.), Giuffrè. Milano, 2022, pág. 12. Asimismo, el propio PAGLIARO (*ibidem*, pág. 23), precisa que, en concreto, nos hallamos en el art. 361 CPI ante un delito de peligro concreto: “los delitos de omisión de denuncia son delitos de peligro abstracto, y no delitos de peligro concreto: en el sentido de que la ley considera que el incumplimiento de la obligación de denunciar es peligroso para el normal funcionamiento de la administración de justicia, pero no llega a exigir que el incumplimiento de la obligación haya producido un peligro concreto para dicho funcionamiento”. El único autor que cuestiona en cierto modo la concepción del art. 361 CPI como delito de peligro es PIFFER, G., *I delitti contro l'amministrazione...cit.*, pág. 17, quien admite que en realidad: “los delitos de omisión de denuncia constituyen delitos de peligro si se considera el interés último, representado por el buen funcionamiento de la administración de justicia, ya que no se exige que se imposibilite efectivamente el ejercicio de la acción penal. Si, por el contrario, se considera el interés instrumental concreto en que la autoridad judicial (o la autoridad obligada a informar a ésta) tenga conocimiento de la noticia del delito, los delitos de omisión de denuncia tienen la naturaleza de

V. TIPICIDAD OBJETIVA DEL ART. 361 CPI

Siguiendo el esquema diseñado por MAGGIORE, la estructura de la tipicidad objetiva del art. 361 CPI se articula, esencialmente, en dos partes: 1. La noticia de un delito, obtenida por el funcionario público en el ejercicio de sus funciones; y 2. La omisión o retardo de la denuncia a la autoridad judicial o a otra autoridad que tenga obligación de darle informes¹⁰²⁰. La claridad y sencillez de este esquema, al mismo tiempo que su capacidad de síntesis de los múltiples elementos típicos objetivos del art. 361 CPI lo convierte en especialmente apropiado a efectos expositivos, siendo esta la razón por la que dividiremos el presente apartado en torno a las dos partes diferenciadas por el citado autor.

1. La noticia de un delito no perseguible por medio de querella, obtenida por el funcionario público en el ejercicio de sus funciones

*1.1. Requisitos de la *notitia criminis**

Para que surja el deber de comunicar la noticia de un delito a las autoridades correspondientes resulta necesario, antes que nada, que esta ostente ciertas características. En concreto, las principales cuestiones interpretativas suscitadas en torno a qué cualidades debe reunir la *notitia criminis* se refieren a cuál debe ser el umbral de información conocida sobre un hecho determinado para considerar que un delito es relevante a efectos de denuncia, así como cuándo la información puede considerarse manifiestamente infundada para excluir la obligación de denunciar¹⁰²¹.

En este último sentido es, por tanto, esencial discernir cuál debe ser el grado de exactitud, certeza y concreción de la información¹⁰²². Ciertamente, es necesario que la información reúna las cualidades de exactitud y fiabilidad, cuya valoración, a efectos de la promoción de la información, corresponde a la persona obligada a informar. Existe, por tanto, un elevado coeficiente de discrecionalidad que acompaña a la valoración de la gravedad de la información y del objeto de la misma, es decir, del delito¹⁰²³. Semejante

delitos de lesión”. Por tanto, el citado autor pone aquí de manifiesto cómo, en función de que concretemos más o menos el bien jurídico, podrá afirmarse que es de peligro o de lesión.

¹⁰²⁰ MAGGIORE, G., *Derecho Penal...cit.*, págs. 310-311.

¹⁰²¹ BELTRANI, S., *Codice Penale...cit.*, pág. 1149.

¹⁰²² PAGLIARO, A., “Sui delitti di omessa...”, cit., págs. 788-789.

¹⁰²³ BERTOLINO, M., *Analisi critica dei delitti contro l'amministrazione...cit.*, pág. 28.

exigencia de fiabilidad y exactitud es del todo razonable, a la vista de la *ratio legis* del Título III, así como para evitar que la autoridad judicial se vea inundada de denuncias y noticias de delitos completamente inútiles y que sólo correrían el riesgo de agravar aún más la carga de trabajo de las oficinas del ministerio fiscal y de los juzgados de instrucción¹⁰²⁴.

Para hacer frente a la discrecionalidad mencionada, a efectos de juzgar la gravedad y validez de la valoración efectuada por el infractor, la doctrina y la jurisprudencia han desarrollado, por tanto, parámetros¹⁰²⁵, como aquel según el cual la mera sospecha no es suficiente para desencadenar la obligación de denunciar¹⁰²⁶. En efecto, como apunta ZAPPULLA, no pueden ser consideradas *notitia criminis* a los efectos del art. 361 CPI aquellas informaciones que incluyan meros rumores, sospechas, interferencias, conjeturas, suposiciones, opiniones... es decir, todos aquellos datos que no constituyan el requisito previo para una actividad procesal útil¹⁰²⁷.

Ello, sin embargo, no significa que se exija certeza sobre la existencia del delito denunciado, con todos sus elementos y, por tanto, susceptible de sanción penal. En cambio, lo que se requiere, de acuerdo con la doctrina mayoritaria, es el “*fumus*” de un delito, es decir, el conjunto de elementos capaces de llevar a una persona razonable a concluir que existe una probabilidad apreciable de que se haya cometido un delito; o, expresado de otra forma, que el hecho ya haya tomado forma al menos en sus líneas esenciales¹⁰²⁸.

De hecho, la obligación de denunciar tiene la función de poner en conocimiento de la autoridad judicial no solo aquellos hechos que serán reconocidos como infracciones penales al final del proceso penal, sino también todos los demás hechos que la autoridad judicial tendrá que decidir si son o no constitutivos de infracción penal. Por lo tanto, la noticia de un delito es también la noticia que posteriormente dará lugar a una sentencia

¹⁰²⁴ MARINI, G., LA MONICA, M., MAZZA, L., *Commentario al Codice...cit.*, pág. 1729.

¹⁰²⁵ BERTOLINO, M., *Analisi critica dei delitti contro l'amministrazione...cit.*, pág. 28.

¹⁰²⁶ PAGLIARO, A., “Sui delitti di omessa...”, *cit.*, págs. 788-789.

¹⁰²⁷ ZAPULLA, A., “Introduzione...”, *cit.*, pág. 358.

¹⁰²⁸ PAGLIARO, A., “Sui delitti di omessa...”, *cit.*, pág. 789. En idéntico sentido se expresa CARACCIOLI, I., *Delitti contro l'Amministrazione della Giustizia*, Giapichelli Editore, Torino, 2011, pág. 12: “lo que cuenta es el conocimiento de un hecho histórico, esbozado en sus elementos esenciales, que, sobre la base de las nociones propias del sujeto calificado, integra, incluso a una evaluación aproximada, los extremos de un hecho criminal”.

absolutoria. En definitiva, y como bien apunta PAGLIARO: noticia de delito es aquella que ofrece a la autoridad judicial el objeto de un proceso penal, es decir, la hipótesis, que se verificará a lo largo del proceso penal, de que se ha cometido una infracción de una ley penal sustantiva¹⁰²⁹.

En el mismo sentido, cabe destacar que las causas de extinción del delito o de no punibilidad distintas de la inexistencia del hecho no eximen de la obligación de persecución delictiva, pues solo pueden ser valoradas y reconocidas por la autoridad judicial y, además, no eliminan la existencia del delito ni la posterior abolición del delito no denunciado ni la infundada (comprobada posteriormente) de la denuncia de delitos¹⁰³⁰.

*1.2. Toma de conocimiento de la *notitia criminis* en el ejercicio o a causa de las funciones públicas*

Como indica ERRA, si bien el modo y los medios con los que la *notitia criminis* alcance al funcionario público son irrelevantes (por escrito, por comunicación verbal, por informe de otro funcionario público), lo esencial es que el funcionario público haya tenido conocimiento de un delito en el ejercicio de sus funciones, es decir, concomitantemente con el desempeño de su actividad funcional, o a causa de sus funciones, esto es, existiendo un nexo causal entre la función y la infracción¹⁰³¹. Tal nexo es, por cierto, apreciado doctrinal y, jurisprudencialmente incluso cuando el funcionario público que recibe la denuncia de un delito no es aquel que, dentro de la administración pública, tiene competencias en la materia a la que se refiere la denuncia¹⁰³².

Asimismo, de forma minoritaria, otros autores interpretan de forma incluso más lata la exigencia de que la *notitia criminis* sea conocida en el ejercicio o a causa de las funciones. En particular, PANNAIN manifiesta que, a su juicio, dichos términos se cumplen no solo cuando la persona está realizando un acto de su cargo o servicio, sino también

¹⁰²⁹ PAGLIARO, A., “Sui delitti di omessa...”, *cit.*, pág. 792.

¹⁰³⁰ CECCHINI, S., “Capitolo 3. I delitti contro l’amministrazione...”, *cit.*, pág. 533. En el mismo sentido ANTOLISEI, F., *Manuale di diritto penale...cit.*, pág. 587.

¹⁰³¹ ERRA, C., “Denuncia penale...”, *cit.*, pág. 199; MARINI, G., LA MONICA, M., MAZZA, L., *Commentario al Codice Penale...cit.* También CALCAGNO, E., “Capitolo Primo. Violazione dell’obbligo...”, *cit.*, pág. 8. Más concretamente, señala CARNELUTTI, F., *El proceso...cit.*, pág. 231: “la frase “en el ejercicio” alude a una coincidencia temporal entre el nacimiento de la sospecha y el cumplimiento de los actos propios de la función, del servicio o de la profesión; la otra frase “por causa” extiende la obligación a las sospechas nacidas también en tiempo diverso, siempre que dependan de tales actos; se entiende que aquí la palabra causa tiene el valor específico de ocasión”.

¹⁰³² PADOVANI, T., *Codice Penale, Tomo I (Artt. 1-413)*, Giuffrè, Milano, 2011, pág. 2722.

cuando se encuentra en la situación de hecho que corresponde a la situación de derecho de su cargo o servicio (verbigracia y según el ejemplo indicado por este penalista, si un funcionario público, en lugar de estar realizando actos de su cargo, está leyendo el periódico y tomando café y se da cuenta, por ejemplo, de que su secretario está robando, tiene conocimiento de la infracción mientras está en el ejercicio de sus funciones)¹⁰³³. Con igual pretensión de amplitud, PIFFER aprecia que el vínculo entre la adquisición de la *notitia criminis* y las funciones no solo ocurre cuando tal noticia se adquiere simultáneamente con el ejercicio de la función o el servicio, sino también en los casos en los que, aunque no exista tal concomitancia, la adquisición de la información está, sin embargo, causada por la función o el servicio de los que son titulares las personas cualificadas¹⁰³⁴.

Fuera de dicho nexo causal, el funcionario público se convierte en un particular cualquiera, y no tiene obligación de denuncia, sino en la hipótesis del art. 364 CPI¹⁰³⁵. Lo que, igualmente, provoca que tampoco tenga deber de denuncia el funcionario público que no está investido de sus funciones (por retiro temporal, licencia o por estar fuera de turno), a menos que haya de considerarse en servicio permanente (como los funcionarios y agentes de seguridad pública)¹⁰³⁶.

Semejante restricción del ámbito típico del art. 361 CPI responde, según CARNELUTTI, a la voluntad del legislador de limitar la obligación a aquellos casos respecto a los cuales la posición del informante garantiza a la sospecha una mayor atendibilidad, pues, si la sospecha se forma en el ejercicio o por causa de la actividad específica del oficial, del encargado o del sanitario, ello se refiere a materias respecto a las que estos se encuentran técnicamente preparados¹⁰³⁷. En cualquier caso, lo que resulta evidente es que, como sintetiza PAGLIARO: “la relación con la función o el servicio lleva implícito el límite de la competencia. La *notitia criminis* debe referirse a un asunto que sea competencia del funcionario”¹⁰³⁸.

¹⁰³³ PANNAIN, R., “Denuncia omessa...”, *cit.*, pág. 730.

¹⁰³⁴ PIFFER, G., *I delitti contro l'amministrazione...cit.*, pág. 29.

¹⁰³⁵ MAGGIORE, G., *Derecho Penal...cit.*, pág. 310.

¹⁰³⁶ *Ídem*.

¹⁰³⁷ CARNELUTTI, F., *El proceso...cit.*, pág. 231.

¹⁰³⁸ PAGLIARO, A., *Principi di diritto...cit.*, pág. 20.

A su vez, según el tenor doctrinal mayoritario, de la exigencia de que medie tal nexo causal entre el conocimiento de la *notitia criminis* y el ejercicio de las funciones se desprende que los funcionarios y agentes de la policía judicial (que, sin perjuicio de las limitaciones legislativas relativas a la naturaleza de las infracciones o al ámbito territorial, se consideran en servicio permanente) están siempre obligados a denunciar las infracciones, cualquiera que sea el momento y las circunstancias en que tengan conocimiento de ellas¹⁰³⁹. Tal diferencia de trato con el resto de los funcionarios públicos se fundamenta en lo dispuesto en los arts. 55 a 57 del *Codice di Procedura Penale*, así como, sobre todo, en el hecho de que la misión institucional de la policía judicial es precisamente la de descubrir los delitos y sus autores y ponerlos en conocimiento de la autoridad judicial, la cual, por razones obvias, no está en condiciones de conocer de forma autónoma todos los hechos que pueden ser constitutivos de delitos perseguibles de oficio¹⁰⁴⁰.

Llegados a este punto, es innegable el parecido existente entre los preceptos mencionados y su impacto sobre los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad italianas a los efectos del art. 361 CPI, con la eficacia extrapenal que doctrina y jurisprudencia vienen reconociendo al art. 5.4 LOFCS española en relación con el tipo de omisión del deber de perseguir delitos *ex art.* 408 CP. Como ha podido constatar, también entre los penalistas italianos es asumido pacíficamente, basándose en la normativa procesal antes señalada, que los agentes policiales están siempre de servicio, por lo que, si detectan indicios de delito fuera de su horario laboral, deben igualmente intervenir para perseguir, investigar y denunciar el mismo sin demora.

Ahora bien, aunque *a priori* pueda parecer que la coincidencia entre ordenamientos jurídicos nos aconseja dar la razón a la doctrina y jurisprudencia mayoritarias y continuar aplicando el art. 5.4 LOFCS al art. 408 CP, lo cierto es que hay, a este respecto, diferencias entre este último y el tipo penal del art. 361 CPI que no deben pasarse por alto. En efecto, una lectura atenta del delito de omisión de denuncia italiano revela que, en este último, es el propio legislador penal el que ha consagrado la desigualdad de trato entre los potenciales sujetos activos del art. 361 CPI, avalando una

¹⁰³⁹ PADOVANI, T., *Codice Penale...cit.*, pág. 2722; ERRA, C., “Denuncia penale...”, *cit.*, pág. 199; GAROFOLI, R., *Manuale di Diritto Penale...cit.*, pág. 355; ROMANO, B., *Delitti contro l’amministrazione...cit.*, pág. 26; MARINI, G., LA MONICA, M., MAZZA, L., *Commentario al Codice...cit.*, pág. 1725; CALCAGNO, E., “Capitolo Primo. Violazione dell’obbligo...”, *cit.*, pág. 8.

¹⁰⁴⁰ MARINI, G., LA MONICA, M., MAZZA, L., *Commentario al Codice...cit.*, pág. 1728.

regulación penal más gravosa en materia de omisión de denuncia para los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Ello se desprende del párrafo segundo del propio precepto, pues en él se establece una agravación penológica para el caso de que el delito sea cometido por miembros de la policía judicial que hayan tenido “cualquier noticia” de un delito del que deban informar a las autoridades pertinentes.

De acuerdo con los penalistas italianos, el empleo de la expresión “cualquier noticia” alude precisamente al hecho de que, en contraste con el resto de los funcionarios públicos que pueden incurrir en el art. 361 CPI, los agentes de la policía judicial no tienen que haber conocido la *notitia criminis* con ocasión del ejercicio de sus funciones para que nazca su deber de denunciarla ante la autoridad correspondiente. Vemos aquí, por consiguiente, que el propio texto punitivo dispone expresamente la disparidad de trato penológico para los agentes policiales, a diferencia de lo que sucede con el art. 408 CP, que no contiene ninguna referencia similar. En definitiva, el silencio legal sobre este extremo (y, especialmente, tras la comparación con el art. 361 CPI), constituye aún otro argumento más, en nuestra opinión, por el que consideramos oportuno descartar la aplicación del art. 5.4 LOFCS al art. 408 CP.

1.3. Noticia de un delito no perseguible por medio de querella

Especifica claramente el art. 361 CPI que, para que surja el deber de transmitir la *notitia criminis* a la autoridad competente, tal noticia debe referirse únicamente a delitos que sean perseguibles de oficio o, a *sensu contrario*, a aquellos cuya perseguibilidad no requiera de querella. De este modo, el funcionario público no dispone de ningún poder de disposición en relación con cualquier delito no punible por *querela*, incluso cuando el hecho consista en una agresión contra su persona (como, por ejemplo, en caso de ultraje contra él)¹⁰⁴¹. Sin embargo, en la medida en que la ley solo prevé una excepción para los delitos perseguibles por *querela*, existe la obligación de denunciar el delito si, para que este sea punible, se requiere una solicitud de la parte ofendida (art. 6 *Codice di Procedura Penale*) o una petición del ministro de Justicia (art. 5 *Codice di Procedura Penale*)¹⁰⁴².

¹⁰⁴¹ *Ibidem*, pág. 1730.

¹⁰⁴² ERRA, C., “Denuncia penale...”, *cit.*, pág. 201. Igualmente, MAGGIORE, G., *Derecho Penal...cit.*, pág. 312. En sentido contrario parece pronunciarse BORGHESE, S., *Il Codice Penale italiano commentato articolo per articolo coi richiami più recente giurisprudenza*, Dottor Francesco Vallardi, Milano, 1953, pág. 462: “no vulnera el interés del curso normal de la justicia no denunciar un hecho que no puede ser perseguido por falta de una condición de persecución, como una querella, una petición o una solicitud: el texto limita por tanto la pena en relación con los delitos perseguidos de oficio”.

Como aduce PIFFER, esta regulación no carece de justificación racional, pues, si la *querela* no se ha presentado todavía, no existe ningún interés configurativo en la comunicación de la *notitia criminis* a las autoridades competentes, porque en ningún caso puede iniciarse el proceso penal, ya que la protección de la opción del ofendido de no dar publicidad a la comisión del delito es de importancia primordial. Por su parte, si, por el contrario, la *querela* ya ha sido presentada, solo puede ser relevante el interés diferente y específico en la transmisión de la denuncia a la autoridad investigadora, de acuerdo con las reglas específicas establecidas en el art. 336.4 del *Codice di Procedura Penale*. No obstante, la obligación relevante no puede calificarse como obligación de denunciar, hasta el punto de que la falta de transmisión de la denuncia se atribuye comúnmente, no al caso de falta de denuncia, sino al caso de negativa u omisión de realizar actos oficiales establecido en el art. 328 CPI¹⁰⁴³.

En fin, y siguiendo las palabras de CALCAGNO, lo cierto es que, en su redacción del art. 361 CPI, el legislador penal partió de que el interés privado únicamente puede ser apreciado por la persona ofendida por la infracción, que puede decidir si da o no publicidad a la comisión de la infracción, mientras que para las demás condiciones de comisión de la infracción, el interés del ofensor no asume una importancia tan preponderante como para prevalecer sobre el interés en la divulgación de la infracción a los órganos competentes¹⁰⁴⁴.

Llegados a este punto y aunque no profundizaremos en este aspecto, cabe precisar que la *querela* italiana no es plenamente identificable con la figura de la querrela regulada en el ordenamiento jurídico procesal español. Si bien ambas instituciones tienen en común que suponen excepciones al principio de oficialidad y de legalidad procesal, la *querela* presenta sus propias particularidades procesales, lo que impide que sean, en rigor, asimilables¹⁰⁴⁵. Este matiz es esencial, sobre todo, a efectos de no proponer interpretaciones del art. 408 CP que sigan de forma automática el criterio asumido en el delito de omisión de denuncia del art. 361 CPI. Y, en consecuencia, que impulsen una

¹⁰⁴³ PIFFER, G., *I delitti contro l'amministrazione...cit.*, pág. 21. En sentido similar, PADOVANI, T., *Codice Penale...cit.*, pág. 2730: "en otras palabras, si la denuncia no se ha presentado, sigue sin haber hecho punible; si se ha presentado, sólo existe el deber de transmitirla, cuyo incumplimiento puede castigarse como incumplimiento de actos oficiales o favor personal".

¹⁰⁴⁴ CALCAGNO, E., "Capitolo Primo. Violazione dell'obbligo...", *cit.*, pág. 14.

¹⁰⁴⁵ ALONSO RIMO, A., *Vittima y sistema...cit.*, pág. 106.

lectura del art. 408 CP que excluya de su ámbito típico los delitos no perseguibles de oficio.

No solo existen diferencias entre la regulación de la querella en el sistema procesal español e italiano, sino que también se dan, como hemos señalado en varias ocasiones a lo largo de este Capítulo, entre los tipos penales de los art. 408 CP y 361 CPI. Pero es que, incluso obviando tales diferencias, es menester destacar que en este último ilícito el legislador excluye expresamente del mismo los delitos perseguibles por querella, cosa que no sucede en el caso del art. 408 CP. Delito, además, en el que una interpretación teleológica, combinada con la amplitud con la que viene descrita la conducta tipificada en él, aconsejan no expulsar de su ámbito típico determinados delitos solo porque en ellos se matice el principio de legalidad procesal. Al estudio de tan complejo problema nos hemos referido en profundidad a lo largo del Capítulo Tercero de la presente tesis doctoral.

2. La omisión o retraso de la denuncia a la autoridad judicial o a otra autoridad que tenga obligación de recibirla

2.1. Omisión o retraso en la obligación de transmitir la notitia criminis

Dos de las cuestiones más discutidas entre la doctrina española acerca del art. 408 CP son, sin embargo, absolutamente pacíficas cuando examinamos el art. 361 CPI. Así pues, por un lado, nadie cuestiona el carácter de omisión propia de este tipo penal¹⁰⁴⁶, y, por otro lado, tampoco que su ámbito típico se limite estrictamente a los delitos cometidos por terceros y ya consumados (con respecto a los cuales, por tanto, no cabe ya su evitación). De hecho, en relación con este último apunte, ANTOLISEI se muestra contundente al señalar que, para que el art. 361 CPI tenga lugar, “es necesario que el delito ya se haya consumado, ya que es irrelevante que los elementos de hecho lleven a sospechar de una posible actividad ilícita futura. En tal caso, si se cumplen las condiciones, el fiscal puede estar obligado a impedir la comisión del delito, pero no a presentar una denuncia”¹⁰⁴⁷.

¹⁰⁴⁶ BELTRANI, S., *Codice Penale...cit.*, pág. 1549; PAPA, M., “Parte terza. Delitti contro l’amministrazione...”, *cit.*, pág. 221.

¹⁰⁴⁷ ANTOLISEI, F., *Manuale di diritto penale...cit.*, pág. 587. En sentido similar, BRUNELLI, D., “Omessa denuncia...”, *cit.*, pág. 26.

Los problemas que preocupan a la doctrina acerca de la tipicidad objetiva del art. 361 CPI son, por consiguiente, distintos a los que plantea nuestro art. 408 CP, así como cuantitativamente menores. En general, aquella está de acuerdo en que, aunque el art. 361 CPI especifique que sus modalidades típicas son la omisión, por un lado, y el retraso, por otro, ambos verbos típicos constituyen esencialmente formas de omisión punibles. En efecto, mientras que la omisión alude al descuido absoluto en el cumplimiento del deber de transmitir la *notitia criminis* —lo que incluye tanto la no presentación de una denuncia como la presentación de una denuncia esencialmente incompleta, reticente o falsa—, retrasarse significa no hacer lo que uno debería hacer dentro del plazo prescrito. E, insiste la doctrina, este último también consiste en una omisión, porque, aunque presentar una denuncia fuera de plazo es un “hacer”, sin embargo, la ley no castiga por lo que uno hace, sino por lo que debería haber hecho, y no hizo, dentro de un plazo determinado¹⁰⁴⁸.

Evidentemente, todo lo anterior no excluye que, como aprecia CAMAIONI, en el plano fenomenológico, una cosa sea la omisión de denuncia y otra muy distinta la denuncia tardía. Ambas hipótesis delictivas están marcadas por la expiración del plazo dentro del cual es propio denunciar y más allá del cual ya no es necesario denunciar. Con la salvedad de que, en el caso de falta de denuncia, no hay que determinar nada más que, precisamente, la ausencia de denuncia, mientras que, en el caso de denuncia tardía, se trata de determinar si la denuncia se recibió o no dentro de plazo¹⁰⁴⁹.

En definitiva, el retardo consiste en la omisión con respecto al momento en que debía realizarse el acto, de modo que coincide con la omisión en el momento inicial, y se distingue de ella porque hace que el acto no realizado se produzca fuera del tiempo prescrito cuando ya era tiempo de realizarlo. Por tanto, para hablar de demora es necesario referirse, como en el caso de la omisión, a un plazo o, en su defecto, a la posibilidad de que el acto, aunque se realice tardíamente, produzca sus efectos, aunque sólo sea en parte: por ejemplo, si aún no se ha producido una causa extintiva del delito¹⁰⁵⁰.

Ciertamente, la necesaria vinculación entre el retraso en la obligación de transmitir la denuncia y el plazo para cumplirla termina avalando la concesión al juez de una amplia potestad discrecional, ya que, si en algunos casos el plazo es rígido (48 horas para los

¹⁰⁴⁸ ERRA, C., “Denuncia penale...”, *cit.*, págs. 199-200.

¹⁰⁴⁹ CAMAIONI, S., “Fumus di reato e ritardata denuncia”, en *Giustizia penale*, II, 1981, págs. 142-143.

¹⁰⁵⁰ JANNITTI-PIROMALLO, A., “Delitti contro l’Amministrazione...”, *cit.*, pág. 67.

agentes de la policía judicial en los casos a que se refiere el artículo 347 c. 2 bis ex *Codice di Procedura Penale*), es mayoritariamente genérico (“sin demora”), por lo que es extremadamente difícil saber *a priori* cuándo se ha producido la conducta¹⁰⁵¹. Es por este motivo que la doctrina ha acuñado una definición teleológica del “retraso” a los efectos del art. 361 CPI, en virtud de la cual este se produce cuando el aplazamiento del acto debido es tal que impide la pronta persecución del delito o, según una formulación similar del mismo principio, cuando la dilación es tal que perjudica de manera no despreciable los intereses de la justicia¹⁰⁵². Definición que, claramente, es coherente con la calificación de este tipo penal como delito de peligro, también defendida de forma dominante entre los penalistas italianos. Ello en la medida en que atiende a si la dilación en transmitir la *notitia criminis* pone en riesgo el correcto y regular funcionamiento de la Administración de Justicia, el cual, recuérdese, constituye para aquellos el bien jurídico categorial protegido¹⁰⁵³.

Asimismo, como bien aclara MAGGIORE, para ser típicos, la omisión o el retraso en el cumplimiento de la obligación de transmitir la *notitia criminis* deben ser ilegítimos o injustificados, siendo causas de justificación a este respecto la autorización legal o la fuerza mayor. Ahora bien, la orden del superior jerárquico no puede erigirse en causa de justificación de la infracción del deber por el funcionario, por tratarse de una obligación que nace de la ley¹⁰⁵⁴.

Aunque la mención del retraso en el art. 361 CPI puede resultar extraña, habida cuenta de que no es más que una forma de omisión del deber de transmitir la *notitia criminis*, PAGLIARO sostiene que el razonamiento que llevó al legislador a incriminar expresamente esta modalidad típica fue, con toda probabilidad, indicar con la máxima precisión que el delito se produce no solo cuando la denuncia no se presentó, sino también cuando se presentó fuera de los plazos fijados por la ley. La equiparación de la omisión y

¹⁰⁵¹ CARACCIOLI, I., *Delitti contro l'Amministrazione...cit.*, pág. 12.

¹⁰⁵² CALCAGNO, E., “Capitolo Primo. Violazione dell’obbligo...”, *cit.*, pág. 15.

¹⁰⁵³ BRUNELLI, D., “Omessa denuncia...”, *cit.*, pág. 29, se muestra especialmente crítico con dicha fórmula teleológica, apuntando que la misma genera el absurdo de que el art. 361 CPI termine siendo un delito de peligro presunto cuando se manifiesta en forma de omisión, y de peligro concreto en los casos en los que la denuncia hubiera sido tardíamente presentada.

¹⁰⁵⁴ MAGGIORE, G., *Derecho Penal...cit.*, pág. 311.

el retraso depende del hecho de que a veces el retraso puede ser tan perjudicial como la omisión¹⁰⁵⁵.

En cualquier caso, y pese a lo unánime de la doctrina italiana en equiparar el retraso a la omisión, negando que conformen tipos alternativos, la elección del legislador de nombrar ambas modalidades de conducta conjuntamente ha demostrado ser bastante problemática en sede de consumación del art. 361 CPI. Sin embargo, el debate suscitado en torno a esta cuestión será abordado seguidamente, en el apartado de este Capítulo correspondiente al estudio del *iter criminis* del tipo penal que nos ocupa.

Por su parte, cabe destacar que la denuncia debe reunir toda una serie de requisitos formales a fin de determinar suficientemente las circunstancias del hecho, los medios por los que se ha cometido y los efectos que ha causado o puede causar. No obstante, al menos a efectos de la integración de los delitos de omisión de denuncia, las irregularidades de forma (por ejemplo, la forma oral en lugar de la escrita, cuando esta esté prescrita) no son suficientes si no afectan también a la funcionalidad de la denuncia (lo que no ocurre, por ejemplo, si no se ha redactado ninguna denuncia)¹⁰⁵⁶.

2.2. La autoridad destinataria de la denuncia

En coherencia con el bien jurídico tutelado por el art. 361 CPI —cifrado, como se recordará, en el principio de obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal—, la autoridad destinataria de la información no puede ser otra que aquella institucionalmente encargada de la acción penal. Esta es, como indica el propio tipo literalmente: la autoridad judicial o, alternativamente, “cualquier otra autoridad que tenga obligación de informar”. Mientras que la primera alude al público ministerio, pues este es el titular del ejercicio de la acción penal y, a su vez, representa el único destinatario efectivo de la noticia del delito para los agentes de la policía judicial, esta última se corresponde, según doctrina unánime,

¹⁰⁵⁵ PAGLIARO, A., *Principi di diritto...cit.*, pág. 34. En sentido similar CALCAGNO, E., “Capitolo Primo. Violazione dell’obbligo...”, *cit.*, pág. 14: “su mención expresa en el precepto se explica por la intención práctica del legislador de evitar posibles discusiones sobre la relevancia penal de un cumplimiento aparente pero extemporáneo de la obligación”. Por su parte, en palabras de BRUNELLI, D., “Omessa denuncia...”, *cit.*, pág. 28: “dado que las normas procesales no suelen prever un plazo preciso para la remisión o recepción de la denuncia, el legislador sintió la necesidad de «cerrar» la descripción de la conducta típica añadiendo «retraso» a la descripción de la conducta típica, con la idea o la esperanza de que una formulación tan amplia pusiera a salvo de discusiones la relevancia penal de un cumplimiento aparente pero extemporáneo de la obligación de denuncia”.

¹⁰⁵⁶ *Idem*, pág. 33.

con la policía judicial (art. 219 CPP), siendo más dudoso si caben dentro del tipo penal, además, cualesquiera otros funcionarios públicos obligados, por deber de su cargo, a dar a la autoridad judicial la noticia del delito.

Desde un enfoque restrictivo, solo los funcionarios de la policía judicial integrarían la “otra autoridad” que el art. 361 CPI prevé alternativamente. Una identificación exclusiva que se justificaría por el hecho de que así se garantizaría la rápida transmisión de las denuncias de infracciones. De hecho, la policía judicial es funcionalmente competente para recibir dichas noticias y valorar su fiabilidad, y entre sus cometidos funcionales se encuentra precisamente el de transmitir *notitiae criminis* de funcionarios y cargos públicos no habilitados para ello¹⁰⁵⁷. Especialmente ilustrativas acerca de la razón de ser de esta primera postura doctrina resultan las palabras de CARINGELLA, MAZZAMUTO y MORBIDELLI, quienes señalan que “la obligación en cuestión no puede remitirse a otro funcionario público, ya que la finalidad del artículo 361 del código penal es garantizar el pronto conocimiento del delito por la autoridad judicial, finalidad que se vería frustrada si los funcionarios públicos pudieran apoyarse impunemente unos en otros para cumplir con la obligación de informar”¹⁰⁵⁸.

Sin embargo, seguir esta interpretación restrictiva supone excluir entre los posibles destinatarios al superior jerárquico del funcionario público o al responsable de un servicio público que, habiendo tenido conocimiento de un delito, es el primer y directo obligado. Por ello, se ha reivindicado otra vía interpretativa teleológica para ampliar la categoría de posibles obligados, atendiendo al interés de la autoridad judicial en el conocimiento de los delitos, en situaciones particulares, como las que se dan en los cargos

¹⁰⁵⁷ BERTOLINO, M., *Analisi critica dei delitti contro l'amministrazione...cit.*, pág. 21. Dentro de esta primera línea hermenéutica se hallan BONILINI, G., CONFORTINI, M., “Titolo III. Dei delitti contro l'Amministrazione della giustizia”, en *Codice Penale Commentato*, con RONCO, M., ROMANO, B. (Cur.), UTET, Torino, 2012, pág. 1867; ERRA, C., “Denuncia penale...”, *cit.*, pág. 200; BARTOLI, R., PELISSERO, M., SEMINARA, S., *Diritto Penale. Lineamenti...cit.*, pág. 660: “la otra autoridad está conformada por la policía judicial (...) que a su vez está obligada a presentar la denuncia, ya que desencadenaría un mecanismo anormal de “liberación” de la obligación de informar que provocaría demoras en la obtención de la *notitia criminis* por parte de las autoridades investigadoras”.

¹⁰⁵⁸ CARINGELLA, F., MAZZAMUTO, S., MORBIDELLI, G., *Manuale di diritto penale...cit.*, pág. 285. Por su parte, BRUNELLI, D., “Omessa denuncia...”, *cit.*, pág. 34, se muestra crítico con esta tesis, pues a pesar de aludir a sus ventajas, no puede dejar de hacer notar que “no parece fácilmente compatible con la amplia redacción de la legislación”. No obstante, en sentido similar a los anteriores autores, termina destacando (*ibidem*, pág. 35) que “si bien es probable que una redacción que hubiera previsto como único destinatario al ministerio fiscal o, como máximo, a la policía judicial, hubiera permitido resolver casos particulares mediante la operatividad de la eximente del incumplimiento del deber respecto de quienes tuvieran que cumplir con dos obligaciones contrapuestas, lo cierto es que la redacción elegida por el Consejo de la Ley Rocco corre el riesgo de convertir en nula la obligación de denunciar, incluso en el ámbito penal”.

jerárquicamente organizados. En un contexto de este tipo, por “otra autoridad” puede entenderse también el superior jerárquico, funcionario público o responsable de un servicio público, de la persona cualificada que, habiendo tenido noticia de un delito en el ejercicio o con ocasión de sus funciones, solo podría informar a su superior jerárquico, al no estar autorizada por la legislación sectorial a hacer la denuncia directamente a la autoridad competente¹⁰⁵⁹. Dentro de este segundo sector, ALIBRANDI destaca que, además de la policía judicial, deben incluirse en el art. 361 CPI asimismo todas aquellas autoridades que mantengan con el sujeto un respeto en virtud del cual la información recibida le obligue a asumir el propio deber en vía primaria y exclusiva.

Finalmente, un sector doctrinal minoritario asevera, manteniendo una interpretación todavía más amplia que la que acabamos de señalar, que por “otra autoridad” se estaría refiriendo el art. 361 CPI a todas aquellas que tengan la obligación de referir a la autoridad judicial y a la policía judicial, por los deberes inherentes a su cargo público, la noticia del delito¹⁰⁶⁰. Claro representante de esta tercera posición doctrinal, ROMANO describe esta en los siguientes términos:

“La otra autoridad a la que puede presentarse el informe es la que tiene la obligación de transmitirlo o de informar de otro modo a la autoridad judicial. Y el cumplimiento mediato de la obligación de denunciar viene unas veces determinado por el orden jerárquico (cuando el funcionario público no está autorizado a denunciar directamente a la autoridad judicial), otras por razones de conveniencia práctica o funcional, que aconsejan remitir la denuncia a la autoridad de policía judicial o a otro funcionario público, estando ambos obligados en todo caso a remitir la denuncia recibida a la autoridad judicial competente”¹⁰⁶¹.

Una vez referidas las principales discusiones doctrinales en la tarea de delimitación del elemento típico “otra autoridad” al que alude el art. 361 CPI, se debate

¹⁰⁵⁹ BRUNELLI, D., “Omessa denuncia...”, *cit.*, pág. 22; CECCHINI, S., Capitolo 3. I delitti contro l'amministrazione..., *cit.*, pág. 533. En contra de esta tesis, CALCAGNO, E., “Capitolo Primo. Violazione dell'obbligo...”, *cit.*, pág. 16 apunta que “sólo algunas leyes especiales identifican al superior jerárquico (específicamente identificado) como destinatario de la *notitia criminis*, presuponiendo con ello la exclusión de la posibilidad concurrente de efectuar una denuncia inmediata ante la autoridad judicial para proteger determinados intereses considerados de importancia preminente. Se trata, sin embargo, de hipótesis excepcionales que ponen de relieve cómo la excepción excluye que cualquier superior jerárquico pueda ser considerado como otra autoridad”.

¹⁰⁶⁰ DELPHINO, L., *Diritto Penale...cit.*, pág. 505; MAGGIORE, G., *Derecho Penal...cit.*, pág. 312; ROMANO, B., *Delitti contro l'amministrazione...cit.*, pág. 16.

¹⁰⁶¹ ROMANO, B., *Delitti contro l'amministrazione...cit.*, pág. 65.

asimismo si este tipo penal incorpora un componente “no escrito”, pero necesariamente deducible de los restantes que conforman el delito que nos ocupa. En efecto, partiendo de la base de que la obligación de denunciar no es un fin en sí mismo, sino que tiende a la finalidad de informar a la autoridad judicial de los hechos delictivos que han de ser enjuiciados, se argumenta si debe exigirse el desconocimiento por parte de esta autoridad del hecho delictivo en cuestión¹⁰⁶². Es decir, parte de la doctrina italiana se pregunta si, aun existiendo pleno conocimiento del delito y conociéndose en la forma indicada por la ley, es posible que no surja la obligación de denunciar ante la autoridad judicial o de otro tipo. Así ocurre cuando la noticia en cuestión ya es de dominio público o, en todo caso, ya es plenamente conocida por la autoridad¹⁰⁶³.

Muy tajante en su convicción de que debe exigirse tal elemento típico “implícito” en el art. 361 CPI se muestra BRUNELLI, quien asevera que la exigencia de que el destinatario desconozca la *notitia criminis* es esencial a efectos de superar la caracterización del art. 361 CPI como un delito formal, ya que, si no se requiriera tal extremo, la ofensividad del tipo penal se limitaría al incumplimiento del deber de transmitir aquella noticia por parte del funcionario.

En el fondo, sin embargo, lleva razón PAGLIARO cuando aclara que posturas tan contundentes como las de BRUNELLI parecen asumir del carácter de delito de peligro concreto del art. 361 CPI, cuando, a juicio del primero, la ofensividad de este tipo penal no depende realmente de si la autoridad judicial conocía ya o no la *notitia criminis*, pues nos encontramos ante un delito de peligro abstracto, en el que la ley considera que la violación de la obligación de denunciar es peligrosa para el normal funcionamiento de la administración de justicia, pero no llega a exigir que la violación de la obligación haya supuesto un peligro concreto para dicho funcionamiento¹⁰⁶⁴.

Aun así, el propio PAGLIARO termina alcanzando la misma conclusión a la que arriba BRUNELLI, si bien desde una perspectiva algo diferente. El citado penalista no niega, como hemos visto, que la conveniencia de requerir un elemento típico de “desconocimiento de la *notitia criminis* por parte de la autoridad judicial” se deba tanto a una cuestión de ofensividad del art. 361 CPI, sino más bien a que, aun siendo este un

¹⁰⁶² BRUNELLI, D., “Omessa denuncia...”, *cit.*, págs. 26-27.

¹⁰⁶³ PAGLIARO, A., “Sui deliti di omessa...”, *cit.*, págs. 788-800.

¹⁰⁶⁴ *Ídem*.

ilícito de peligro abstracto, deben darse en él, igualmente, todos los presupuestos del deber de denunciar. Esto es, tanto los formales (cualidad del sujeto activo, *notitia criminis*, modo de aprehensión), como los sustantivos. Al fin y al cabo, no tendría sentido imponer a una persona que sabe que la *notitia criminis* es notoria o, en cualquier caso, ya conocida en su totalidad por las autoridades, la obligación de seguir denunciándola. Esta última denuncia no aportaría ninguna ventaja a la administración de justicia: al contrario, provocaría un entorpecimiento que podría incluso bloquearla por completo, como ocurriría sin duda si todos los funcionarios y agentes de la policía judicial en Italia estuvieran siempre obligados a denunciar hechos que ya son notorios o que ya han sido denunciados anteriormente por otras personas¹⁰⁶⁵.

3. Sujetos activos del art. 361 CPI

Sujetos activos del delito de omisión del deber de transmitir la *notitia criminis* pueden ser tanto los funcionarios públicos como los encargados de servicios públicos. Nociones ambas que, al igual que en el ordenamiento jurídico penal español, aparecen definidas en el Código penal, que consagra acepciones de “funcionario público” y “encargado de un servicio público” autónomas y distintas a las vigentes en el ámbito administrativo. En efecto, el art. 357 CPI recoge la definición a efectos penales de “funcionario público” en el siguiente sentido: “A efectos del Derecho penal, son funcionarios públicos quienes ejercen una función pública legislativa, judicial o administrativa. A los mismos efectos, es pública la función administrativa regida por normas de derecho público y actos de autoridad y caracterizada por la formación y manifestación de la voluntad de la administración pública o por su realización mediante poderes de autoridad o de certificación”.

Por su parte, el concepto de “encargado de un servicio público” aparece igualmente establecido en el texto punitivo italiano. En concreto, en su art. 358 CPI: “A los efectos del Derecho Penal, son encargados de un servicio público aquellos que, en virtud de cualquier título, prestan un servicio público. Por público servicio debe entenderse toda actividad regida del mismo modo que la función pública, pero caracterizada por la ausencia de las facultades propias de esta última, y que excluye la realización de simples tareas de orden y la ejecución de trabajos meramente materiales”.

¹⁰⁶⁵ *Ídem*.

No es nuestra intención, ya que excede del objeto de este Capítulo, realizar un estudio comparativo entre las acepciones de “funcionario público” manejadas en los sistemas penales español e italiano. A los efectos de la presente tesis doctoral, basta con dejar señalada la existencia de sendas definiciones estrictamente penales tanto en uno como en otro ordenamiento. Así como que, tal y como pone de relieve BERTOLINO, es importante destacar cómo las calificaciones subjetivas son relevantes no solo para la identificación del sujeto activo, sino también para la existencia del necesario vínculo funcional entre el delito y la posición cualificada del delincuente. Lo que, a su vez, implica que la noticia del delito debe detectarse en el contexto marcado por las competencias del funcionario¹⁰⁶⁶.

Sin embargo, sí resulta de interés destacar que la diferente configuración típica del art. 361 CPI con respecto al art. 408 CP determina también que el círculo de sujetos activos del primero sea mucho más claro que el de este último. Ciertamente, si en relación con el art. 408 CP hemos dedicado un espacio considerable de este trabajo a la delimitación de sus sujetos activos, en el art. 361 CPI, el hecho de que la obligación cuya omisión resulta penada sea definida de forma más específica y haga referencia exclusiva al deber de transmitir la *notitia criminis* enseguida permite entender por qué en este último pueden ser sujetos activos, indiscutiblemente, todos los funcionarios públicos.

Más dudas nos ha suscitado la delimitación de los posibles sujetos activos *ex art.* 408 CP, pues este alude a la omisión del deber de promover la persecución de los delitos y, en él, únicamente pueden ser castigados penalmente por tal omisión los funcionarios especialmente obligados a dicha tarea. Este último matiz nos ha obligado a analizar qué funcionarios están verdaderamente obligados a perseguir delitos. A dicha cuestión nos hemos referido en el Capítulo Cuarto, en el que hemos terminado concluyendo que la simple obligación de transmitir la noticia de delitos detectados en el ejercicio de las funciones públicas no forma parte, en sentido estricto, del deber de promover la persecución de los delitos. Deber que únicamente recae, en nuestra opinión, sobre los sujetos a los que la LECrim atribuye potestades de investigación y promoción del proceso penal tras la comisión de un delito (esto es, juzgados de instrucción, miembros del ministerio fiscal y de la policía judicial).

¹⁰⁶⁶ BERTOLINO, M., *Analisi critica dei delitti contro l'amministrazione...cit.*, pág. 31.

Ahora bien, podemos afirmar que en el *Codice penale italiano* ocurre justamente lo contrario. La delimitación de los sujetos activos que pueden incurrir en el art. 361 CPI presenta contornos mucho más simples y definidos, pues lo que se castiga es la obligación de comunicar la *notitia criminis* al sujeto encargado de investigarlo (esto es, a las autoridades a las que nos hemos referido en el apartado anterior). Y dicha obligación puede recaer en cualquier funcionario o encargado de un servicio público que, en el ejercicio o con ocasión de sus funciones públicas, detecte indicios de que se ha cometido un delito. Por lo que, en el momento en que este funcionario omita comunicar tal *notitia criminis* a la autoridad verdaderamente encargada de la persecución del delito, incurrirá en el art. 361 CPI.

Curiosamente, pues, y al contrario de lo que ocurre en el art. 408 CP, a través del delito del art. 361 CPI se salvaguarda exclusivamente la fase pre procesal de los procedimientos penales (y no, a su vez, la fase de instrucción), anticipándose la tutela penal con respecto al modelo español adoptado en el tipo penal que nos ocupa. Aunque en ambos —al menos partiendo de nuestra concepción personal en torno al art. 408 CP— se tutela el principio de legalidad procesal, en el sistema italiano busca preservarse que este tenga operatividad práctica, es decir, que se den las condiciones necesarias (consistentes en que el ilícito alcance el conocimiento de quien debe perseguirlo) para que pueda respetarse el mismo y perseguirse adecuadamente el delito correspondiente.

Razón por la cual, no es de extrañar que para la totalidad de la doctrina, su naturaleza sea la propia de un delito de peligro, ya que, realmente, en el caso contemplado por el art. 361 CPI, todavía no ha cobrado vigencia la obligación de perseguir un delito, pues este no ha sido ni siquiera conocido todavía por la autoridad competente. Lo que, a su vez, implica que el principio de legalidad procesal no haya podido ser lesionado todavía (en nuestra construcción, la lesión de este solo puede ser perpetrada por aquellos funcionarios que controlan el proceso de persecución de los delitos), sino solo puesto en peligro idóneamente.

Otra diferencia destacable entre los arts. 361 CPI y 408 CP es que, en el primero, el hecho de ocupar ciertas profesiones públicas sirve de base para agravar o atenuar la responsabilidad penal del omitente. Así, aunque nos hemos referido a que sujetos del delito de omisión del deber de transmitir la *notitia criminis* son tanto los funcionarios como los encargados de un servicio público, lo cierto es que estos últimos, en realidad,

no son castigados con base en el art. 361 CPI, sino a través del art. 362 CPI¹⁰⁶⁷. Si bien ambos tipos penales sancionan la misma conducta omisiva, este último viene castigado con una pena menor, de multa de hasta ciento tres euros, en contraposición a la asignada al art. 361 CPI, que, siendo igualmente una pena pecuniaria, puede fijarse entre los treinta y los quinientos dieciséis euros. Cabe señalar que la doctrina italiana se muestra crítica hacia esta fragmentación normativa de la conducta típica en dos tipos penales distintos, con el único motivo de sus diferentes sujetos activos¹⁰⁶⁸.

En sentido opuesto y de vuelta con el art. 361 CPI, si el funcionario público que incurre en dicho tipo penal es un oficial o agente de la policía judicial la pena a imponer deja de ser de multa para convertirse en la de prisión hasta un año de duración. De acuerdo con ERRA, la razón de la circunstancia agravante es la mayor gravedad de la infracción del deber de denunciar, cuando la comete una persona cuya misión esencial y característica es tomar conocimiento de los delitos y denunciarlos a la autoridad judicial y que, por regla general, está de servicio permanente. No obstante, debe tratarse de un delito del que el funcionario o agente de la policía judicial haya tenido que levantar atestado. La norma se refiere a los funcionarios o agentes de la policía judicial cuya competencia se limita a determinados delitos o a un determinado territorio, y significa que, en relación con los delitos que quedan fuera de su ámbito limitado de competencia, se encuentran en la misma situación que los funcionarios públicos que no tienen la condición de funcionarios o agentes de la policía judicial, con la consiguiente inaplicabilidad de la circunstancia agravante¹⁰⁶⁹.

VI. TIPICIDAD SUBJETIVA DEL ART. 361 CPI

¹⁰⁶⁷ Art. 362 CPI: “La persona encargada de un servicio público que omita o retarde la denuncia ante la autoridad señalada en el artículo anterior de un delito del que haya tenido conocimiento en el ejercicio o con motivo de su servicio, será sancionada con multa de hasta 103 euros. Esta disposición no se aplicará si se trata de una infracción punible por denuncia del ofendido, ni a los responsables de comunidades terapéuticas socio-rehabilitadoras de actos cometidos por toxicómanos encargados de la ejecución del programa definido por un servicio público”.

¹⁰⁶⁸ PADOVANI, T., *Codice Penale...cit.*, pág. 2721; ZAPULLA, A., “Introduzione...”, *cit.*, pág. 356; ANTOLISEI, F., *Manuale di diritto penale...cit.*, pág. 491; CALCAGNO, E., “Capitolo Primo. Violazione dell’obbligo...”, *cit.*, pág. 2; FIANDACA, G., MUSCO, E., *Diritto Penale Parte Speciale*, Zanichelli Editore, Bologna, 2017, pág. 349.

¹⁰⁶⁹ ERRA, C., “Denuncia penale...”, *cit.*, pág. 202. En sentido similar, JANNITTI-PIROMALLO, A., “Delitti contro l’Amministrazione...”, *cit.*, pág. 72: “la razón de esta circunstancia agravante radica en la naturaleza específica de la función de policía judicial, que, al tiempo que hace más amplio el deber de denunciar, reprime la violación más grave del deber funcional de forma correlativamente más rigurosa”.

En el tipo penal del art. 361 CPI, la ausencia de una expresión típica que parezca exigir reforzar la intensidad del dolo requerido en el mismo, similar a la empleada en el art. 408 CP (“intencionadamente”), facilita enormemente el estudio de su tipicidad subjetiva. Al contrario de lo que sucede con la figura delictiva española, en el delito que nos ocupa no se cuestiona la admisión del dolo eventual, ni mucho menos la del dolo directo de segundo grado¹⁰⁷⁰, sino que existe acuerdo doctrinal en torno a que el elemento subjetivo del art. 361 CPI consiste en el dolo genérico.

Es decir, el art. 361 CPI exige, para su aplicación, la acreditación de la consciencia y la voluntariedad de la omisión de denuncia cuando se ha producido el presupuesto del que deriva la obligación de informar a la autoridad judicial, esto es, el conocimiento por el funcionario público del hecho constitutivo de delito por razón y en el ejercicio de sus funciones¹⁰⁷¹. Sin embargo, resulta indiferente cuál haya sido el móvil específicamente perseguido por el funcionario omitente¹⁰⁷². Al fin y al cabo, como señala CANTARANO: “la norma penal no exige una intención específica, como la de causar daño al normal funcionamiento de la Administración Pública, aunque el daño esté siempre presente en la realización irregular de actividades administrativas, sino solo la intención general”¹⁰⁷³.

Tal vez debido al consenso doctrinal que rige en torno al dolo requerido por el art. 361 CPI, son escasas las discusiones suscitadas acerca de la tipicidad subjetiva de este. Así, más allá de alguna cuestión puntual a la que enseguida aludiremos, lo cierto es que los mayores debates en este punto se han referido a la extensión que debe reconocerse al error de tipo en el tipo penal que nos ocupa. No obstante, por la complejidad que presentan, así como por el hecho de que nuestro examen de la tipicidad subjetiva del art. 408 CP no ha alcanzado la problemática del error, consideramos que no es la presente tesis doctoral el espacio más adecuado para su tratamiento. Si bien, sí señalaremos que, por lo general, entienden los penalistas que el funcionario obligado a transmitir la *notitia criminis* debe representarse, a fin de poder ser calificada su omisión como dolosa, todas las condiciones de las que se deriva la obligación de denunciar.

¹⁰⁷⁰ Expresamente sobre este extremo, ROMANO, B., *Delitti contro l'amministrazione...cit.*, pág. 31; y PAGLIARO, A., *Principi di diritto...cit.*, pág. 36.

¹⁰⁷¹ DELPHINO, L., *Diritto Penale...cit.*, pág. 506.

¹⁰⁷² ROMANO, B., *Delitti contro l'amministrazione...cit.*, pág. 31.

¹⁰⁷³ CANTARANO, C., *I delitti contro l'attività...cit.*, pág. 62.

Desde luego, la doctrina coincide en señalar que tal sujeto debe saber que el acto a realizar forma parte de sus funciones funcionales y que la autoridad judicial no tiene conocimiento ya del delito de que se trate¹⁰⁷⁴. Sin embargo, algunos sectores de aquella se muestran más reticentes a reconocer vigencia al error de tipo cuando lo que desconoce el funcionario omitente es que el delito sí es perseguible de oficio, y, por ende, debe ser comunicada su noticia a las autoridades competentes para perseguirlo¹⁰⁷⁵.

Por supuesto, además, al castigarse únicamente la omisión a título doloso, el delito del art. 361 CPI no resulta punible por culpa. No obstante, como bien advierte ERRA, no debe confundirse la negligencia deliberada en la denuncia con la simple culpa, que sigue constituyendo el incumplimiento deliberado y consciente de un deber impuesto por la ley. Desarrollando esta cuestión, PAGLIARO explica que, cuando la doctrina se refiere a la “negligencia dolosa”, en realidad está tratando de englobar todos aquellos casos en los que el art. 361 CPI se comete de forma dolosa eventual, ya que, si bien en un inicio el funcionario omite el cumplimiento de su deber aparentemente por un descuido (y, por ende, deja de transmitir la denuncia, incurriendo en una infracción de su deber de cuidado), es en realidad una negativa consciente a constatar cualquier obligación de denunciar e implica la aceptación del hecho, en caso de que se produzca¹⁰⁷⁶.

VII. *ITER CRIMINIS* EN EL ART. 361 CPI

Curiosamente, llegados al estudio del *iter criminis* del art. 361 CPI es donde se descubre un mayor parecido entre las discusiones doctrinales italianas y las mantenidas en nuestro país con respecto al art. 408 CP. En efecto, es fácil constatar que en ambos ordenamientos jurídicos preocupa (y divide) especialmente la cuestión de determinar el momento de consumación de estos tipos penales omisivos. Igualmente, también en los dos sistemas penales se discute si los arts. 361 CPI y 408 CP son delitos instantáneos o permanentes. Por último, y aunque predomina la opinión de rechazo doctrinal a la posibilidad de admitir la ejecución imperfecta en estos ilícitos, no por ello deja de ser esta una problemática profusamente analizada en sede doctrinal.

¹⁰⁷⁴ GAROFOLI, R., *Manuale di Diritto Penale...cit.*, pág. 356.

¹⁰⁷⁵ Un estudio más profundo de esta cuestión puede hallarse en ERRA, C., “Denuncia penale...”, *cit.*, págs. 202-203, quien determina que la respuesta a la cuestión depende del carácter que se atribuya a la frase “si se trata de un delito punible por denuncia del autor”.

¹⁰⁷⁶ PAGLIARO, A., *Principi di diritto...cit.*, pág. 37.

En principio, la delimitación del momento consumativo del art. 361 CPI da la impresión de constituir una tarea sencilla, pues, como afirman FIANDACA y MUSCO, esta se produce “en el tiempo y el lugar en el que debe cumplirse la obligación de comunicar la *notitia criminis*”¹⁰⁷⁷. La mayoría de autores hacen también este conciso apunte, precisando algunos, como ANTOLISEI, que el momento en que debe cumplirse con el deber de denuncia es el inmediatamente posterior a que se haya tenido conocimiento de la noticia del delito¹⁰⁷⁸, y otros como DELPHINO aseveran que semejante conclusión acerca de la consumación del art. 361 CPI conlleva, a su vez, su calificación como delito instantáneo, habida cuenta de que el plazo de cumplimiento de la obligación de transmitir la *notitia criminis* es único, final y no inicial, transcurrido el cual el agente ya no puede llevar a cabo útilmente la conducta impuesta¹⁰⁷⁹.

De este modo, para este primer sector doctrinal, es indiferente que la conducta tipificada en el art. 361 CPI haga referencia tanto a la omisión como al retraso de la denuncia, puesto que en ambos escenarios el delito se comete al expirar el plazo implícito o explícito para transmitir la *notitia criminis*¹⁰⁸⁰. O, dicho de otra manera, que, en efecto, la consumación se da en el momento de finalizar el plazo para denunciar el delito, pero este momento, en realidad, se corresponde con aquel en que pueda entenderse producida la omisión o en el que se presente una denuncia falsa, reticente o incompleta¹⁰⁸¹. Por lo que, si se produjese un cumplimiento extemporáneo de la obligación de transmitir la noticia de un delito, tal circunstancia sería irrelevante a efectos de la comisión del art. 361 CPI, que ya habría quedado consumado en un momento anterior.

Ahora bien, aunque el legislador equipara el informe tardío al omitido, de modo que el elemento material del delito adopta siempre la forma de una omisión, parte de la doctrina tiende a identificar el momento consumativo, en el caso de retraso en la transmisión de la *notitia criminis*, con el de presentación de la denuncia tardía. Es decir,

¹⁰⁷⁷ FIANDACA, G., MUSCO, E., *Diritto Penale...cit.*, pág. 352. Pronunciándose en el mismo sentido: BONILINI, G., CONFORTINI, M., “Titolo III. Dei delitti contro l’Amministrazione...”, *cit.*, pág. 1867; DELPHINO, L., *Diritto Penale...cit.*, pág. 506; BELTRANI, S., *Codice Penale...cit.*, pág. 1550; CECCHINI, S., “Capitolo 3. I delitti contro l’amministrazione...”, *cit.*, pág. 534; PIFFER, G., *I delitti contro l’amministrazione...cit.*, pág. 50.

¹⁰⁷⁸ ANTOLISEI, F., *Manuale di diritto penale...cit.*, pág. 588.

¹⁰⁷⁹ DELPHINO, L., *Diritto Penale...cit.*, pág. 506; CARINGELLA, F., MAZZAMUTO, S., MORBIDELLI, G., *Manuale di diritto penale...cit.*, pág. 284.

¹⁰⁸⁰ MARINI, G., LA MONICA, M., MAZZA, L., *Commentario al Codice...cit.*, pág. 1735.

¹⁰⁸¹ CALCAGNO, E., “Capitolo Primo. Violazione dell’obbligo...”, *cit.*, pág. 20.

mientras que en el caso de la omisión absoluta de denuncia el delito se consumaría nada más finalizara el plazo correspondiente, la solución sería distinta si la denuncia sí llegara a producirse, solo que fuera de término, pues en este supuesto la consumación sería posterior al transcurso de dicho término.

Concibiendo de esta forma la estructura del art. 361 CPI, dicho sector minoritario de autores terminan por calificar como delito permanente este tipo penal, aduciendo que, en los supuestos de retraso de la denuncia (y, por consiguiente, de posterior presentación de una denuncia tardía o fuera de plazo) es la conducta persistente del infractor la que determina la permanencia del delito, de forma que solo cuando ponga fin voluntariamente a la situación antijurídica por él creada (mediante la presentación extemporánea de la denuncia) cesará la permanencia¹⁰⁸². ROMANO ejemplifica a la perfección el pensamiento de este sector doctrinal cuando expresa que el art. 361 CPI es un ilícito permanente, habida cuenta de que cuando comienza la dilación injustificada ya se ha producido la consumación, pero por la continuación voluntaria ininterrumpida de la propia dilación se mantiene vivo el estado antijurídico, al que el sujeto puede poner fin por su propia voluntad¹⁰⁸³.

Así pues, el delito de omisión que nos ocupa se clasificaría de forma diferente en función de si su modalidad comisiva es la dilación o la pasividad absoluta, bien como delito permanente en el primer caso, bien como delito instantáneo en el segundo. A esta conclusión le reprocha RICCIARDI (a nuestro parecer, acertadamente) que, salvo que un precepto no contenga verdaderos delitos alternativos, no es posible considerar al mismo como permanente solo en determinados casos. En efecto, para calificarlo como tal, es necesario atender a la forma legal en que la norma describe el tipo delictivo. Y, dado que la doctrina es pacífica en cuanto a señalar que la omisión y el retraso de denuncia no constituyen tipos alternativos, ello implica que el art. 361 CPI es siempre omisivo, por mucho que se cumpla con la obligación de denunciar tardíamente, pues la denuncia tardía no anula ni sustituye al delito ya cometido¹⁰⁸⁴. En este sentido, y como apunta PAGLIARO, en realidad, en el momento en que expira el plazo de cumplimiento del deber de comunicación, la denuncia ya se ha omitido, por lo que al legislador le habría bastado con

¹⁰⁸² *Ibidem*, págs. 20-21.

¹⁰⁸³ ROMANO, B., *Delitti contro l'amministrazione...cit.*, pág. 70. En el mismo sentido, MANZINI, V., *Istituzioni di diritto penale...cit.*, pág. 1105.

¹⁰⁸⁴ RICCIARDI, G., *Denunce obbligatorie...cit.*, págs. 153-161.

incriminar la omisión. Por ende, la posterior presentación de la denuncia, fuera de plazo, no disminuye la carga ofensiva del hecho y, en consecuencia, permanece irrelevante a los efectos del momento consumativo, como lo es, por ejemplo, cualquier *post factum* que integre los extremos de una circunstancia atenuante¹⁰⁸⁵.

En síntesis, para la doctrina mayoritaria, el momento de finalización del plazo para interponer la denuncia ante la autoridad competente a efectos de su tramitación es el que determina la consumación del art. 361 CPI. La dificultad, una vez fijada esta premisa, estriba en determinar cuál es este plazo, pues no siempre la ley procesal lo fija con precisión, limitándose la misma, en la mayoría de los casos, a afirmar que la obligación de denuncia ha de ser cumplida por el funcionario “inmediatamente” o “sin demora”. Siendo así, doctrina y jurisprudencia comparten que la delimitación del plazo de cumplimiento de la obligación deberá fijarse caso por caso en función de las necesidades de un determinado cargo público.

Para acabar, y con el fin de hacer un breve comentario acerca de la admisibilidad de la tentativa en el ilícito penal del art. 361 CPI, nos limitaremos a indicar que la cuestión de si se cabe la ejecución imperfecta en el tipo penal de omisión de denuncia del art. 361 CPI depende, en realidad, de la opción interpretativa que se mantenga en relación con la admisibilidad de la tentativa en los delitos de omisión pura¹⁰⁸⁶.

Ciertamente, sintetiza BALSAMO tan compleja cuestión explicando que: “en cuanto a los delitos omisivos propiamente dichos, se ha señalado que la tentativa no es configurable porque, si no ha transcurrido el plazo útil para la realización de la acción prescrita, la falta de ejecución de la misma no implica aún el incumplimiento de la obligación, mientras que, si el plazo ha expirado, la infracción ya es perfecta”¹⁰⁸⁷. En esta línea argumental se sitúan autores como ANTOLISEI¹⁰⁸⁸, MANZINI¹⁰⁸⁹ o CANTARANO¹⁰⁹⁰. No obstante, y como el propio BALSAMO continúa apuntando, recientemente se ha

¹⁰⁸⁵ PAGLIARO, A., “Sui delitti di omessa...”, *cit.*, pág. 812.

¹⁰⁸⁶ PIFFER, G., *I delitti contro l'amministrazione...cit.*, pág. 52.

¹⁰⁸⁷ BALSAMO, A., “Artt. 361-377-bis” en *Codice Penale, Vol. IV: i delitti contro l'amministrazione della giustizia, il sentimento religioso e la pietà dei defunti, l'ordine pubblico, l'incolumità pubblica, l'ambiente, la fede pubblica, l'economia pubblica, il patrimonio culturale, il sentimento per gli animali, la famiglia*, con LATTANZI, G., LUPO, E. (Dir.), Giuffrè. Milano, 2022, pág. 16.

¹⁰⁸⁸ ANTOLISEI, F., *Manuale di diritto penale...cit.*, pág. 493.

¹⁰⁸⁹ MANZINI, V., *Istituzioni di diritto penale...cit.*, pág. 115.

¹⁰⁹⁰ CANTARANO, C., *I delitti contro l'attività...cit.*, pág. 50.

argumentado en la doctrina que la tentativa puede tener lugar cuando el sujeto no se limita a no actuar, sino que realiza actos positivos dirigidos de manera inequívoca a no cumplir con el mandato de actuar¹⁰⁹¹.

En cualquier caso, PAPA pone en duda que la relevancia práctica de esta cuestión sea excesiva, pues, en sus propias palabras: “por un lado, cuando el cumplimiento puntual es aún posible, es improbable que interese castigar la tentativa; y, por otro lado, si el plazo expira, el delito se consuma y cualquier “tentativa” previa pierde relevancia”¹⁰⁹². En idéntico sentido, MACRÌ denuncia que la extrema relevancia atribuida por la doctrina a este viejo problema, relativo a la admisibilidad de la tentativa en los delitos omisivos puros, contrasta, sin embargo, con su escasísimo valor práctico, hasta el punto de que solo en muy contadas ocasiones ha sido abordada esta cuestión en casos concretos por los tribunales¹⁰⁹³.

¹⁰⁹¹ BALSAMO, A., “Artt. 361...”, *cit.*, pág. 16. En este mismo sentido: ZAPULLA, A., “Introduzione...”, *cit.*, pág. 360; PAGLIARO, A., *Principi di diritto...cit.*, pág. 820; MARINI, G., LA MONICA, M., MAZZA, L., *Commentario al Codice...cit.*, pág. 1741.

¹⁰⁹² PAPA, M., “Parte terza. Delitti contro l’amministrazione...”, *cit.*, pág. 223.

¹⁰⁹³ MACRÌ, F., “Capitolo I. I delitti di omessa...”, *cit.*, pág. 22.

CONCLUSIONES

PRIMERA. El tipo penal de omisión del deber de perseguir delitos no es una figura de reciente creación, sino que, por el contrario, aparece ya contenido en el Código penal de 1822, aunque dotado en dicho momento de una redacción casuística y sobrecargada. Su presencia en la tradición codificadora española es, por tanto, constante, siendo especialmente esencial el papel que en su desarrollo jugó el Código penal de 1848. En efecto, este texto punitivo otorgó al delito que nos ocupa sus rasgos y contornos típicos esenciales. Hasta tal punto que, en su mayoría, estos han sido reproducidos en todas sus versiones legislativas posteriores, no siendo hasta el Código penal de 1995 que algunas de las características propias de la omisión del deber de perseguir delitos desde el principio de la codificación resultaron alteradas.

Ahora bien, pese a esta aparente invariabilidad, en el Capítulo Primero se ha puesto de manifiesto en primer lugar, la tendencia a la atenuación penológica manifestada por el legislador con respecto a la omisión del deber de perseguir delitos. Así pues, puede afirmarse que, desde el Código penal de 1848, cada versión legislativa de este delito ha recibido un tratamiento penológico más benigno que el proporcionado por su correspondiente antecesor normativo. Si bien el Código penal de 1944 interrumpió esta tendencia al mantener invariable la penalidad del Código de 1932, el de 1995 reanudaría la mencionada tradición y daría al delito estudiado el marco penal abstracto más bajo jamás vinculado al mismo: la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público desde los seis meses a los dos años. Ello a pesar de que, a lo largo de la historia de este delito, la doctrina mayoritaria se ha mostrado especialmente crítica con la excesiva benignidad de su marco penal abstracto. Por su parte, en segundo lugar, es necesario apuntar que todas las regulaciones de la omisión del deber de perseguir comparten múltiples problemas concursales y de solapamiento de este tipo penal con otros destinados también al castigo de la pasividad funcional ante el fenómeno criminal, y, especialmente, con el delito de encubrimiento.

SEGUNDA. El actual Código penal, promulgado en 1995, recoge la omisión del deber de perseguir delitos en su art. 408 CP. Este aparece ubicado sistemáticamente dentro de los “Delitos contra la Administración Pública”, esto es, en el Título XX, Libro II del código. Ello ha provocado que la labor de determinación del bien jurídico protegido en el

delito que nos ocupa sea tratada de manera supeditada a la del valor salvaguardado de forma conjunta por todos los delitos de dicho título. En efecto, para la doctrina mayoritaria, todos los delitos del Título XIX preservan un mismo bien jurídico, denominado “categorial” y que suele cifrarse en el “correcto funcionamiento de la Administración Pública”. El contenido de este valor, a su vez, se define por remisión al art. 103 CE, así como a los principios que en este se proclaman, y que definen el modelo constitucional de administración pública que debe regir en el Estado español.

Fundamentar la postura doctrinal mayoritaria no carece de dificultades, pues el carácter supraindividual del valor señalado obliga a la doctrina a recurrir a la “tesis de los bienes jurídicos intermedios” (y, en menor medida, a de los delitos acumulativos) para no tener que calificar como delitos de peligro abstracto a todos los que atenten contra el “correcto funcionamiento de la Administración Pública”. Ello debido a que el carácter fuertemente amplio de este, marcado por una importante falta de concreción, hace que no pueda ser lesionado por medio de una única acción individual. Esta, por la propia configuración dada al bien, será siempre inocua, y, a lo sumo, dicha lesión podrá producirse únicamente de forma reiterada y acumulativa.

Pues bien, a nuestro modo de ver, el empleo generalizado de la tesis de los bienes jurídicos intermedios está sirviendo para ocultar (que no, solucionar) carencias fundamentales en relación con la tutela penal de valores supraindividuales. En efecto, el recurso a esta tesis impide detectar la inconcreción de los bienes delimitados tradicionalmente por la doctrina —tales como el “correcto funcionamiento de la Administración Pública”—, así como evita reflexionar acerca de las insuficiencias del concepto naturalístico de “lesión” de bienes jurídico-penales. Asimismo, en relación con este último aspecto, subyace a dicha tesis un notorio defecto al que la doctrina dominante no ha hecho alusión, y es que con ella se refuerza la idea de que los valores supraindividuales no pueden ser lesionados, lo que lleva a optar por tipos de peligro. Pero esta alternativa es insostenible: si el peligro es un estadio previo a la lesión, solo tiene sentido si la lesión es posible y determinable; de lo contrario, el concepto de peligro carece de sentido.

Más allá de los defectos recién señalados, en la presente tesis doctoral hemos rechazado la tesis de los bienes jurídicos intermedios con motivo de que creemos que sostener esta última, y, por ende, defender la existencia de un bien jurídico categorial común a todos los delitos del título que debe ser concretado en cada tipo penal específico,

contribuye a la “volatilización” o “espiritualización” del concepto de bien jurídico-penal (y, en consecuencia, favorece la crisis tan acuciante que este padece). Y coadyuva, en particular, a privar a este de su función crítica y limitadora del *ius puniendi*, tan necesaria en los tiempos que corren de expansión del Derecho penal. El supuesto bien jurídico final no realiza ninguna función dogmática efectiva en los tipos penales particulares; sólo marca, de forma indirecta y meramente como *ratio legis*, el ámbito general de protección. Por tal motivo, consideramos aquí que el auténtico bien jurídico es aquel que resulta directamente protegido en un determinado tipo penal. Ello implica que la labor de determinación del bien jurídico protegido en cualquier delito debe partir de la redacción dada al mismo, y no de otros valores relacionados de manera mediata con el mismo y comprendidos en él de forma puramente indirecta.

TERCERA. Los bienes jurídicos concretamente protegidos en cada uno de los tipos penales del Título XIX coinciden con los principios constitucionales rectores de la actividad administrativa proclamados en el art. 103 CE (tales como el principio de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración, coordinación y legalidad). Ciertamente, si hemos concluido que “el correcto funcionamiento de la Administración Pública” constituye el marco jurídico de referencia de los delitos contra la misma, tiene sentido que estos últimos atenten contra los cánones o parámetros de los que depende que dicha administración esté supeditada al servicio de los intereses generales. En última instancia, aunque los principios constitucionales siguen constituyendo bienes jurídicos institucionales (y por tanto supraindividuales), poseen ventajas decisivas frente a nociones más amplias como el “correcto funcionamiento de la Administración Pública”. En primer lugar, incorporan y condensan información esencial sobre otros principios, garantías y derechos procesales, cuya vulneración se vuelve evidente si se cuestiona el principio general. En segundo lugar, resultan mucho más manejables a la hora de identificar unidades de lesión. Por estas razones, los principios constitucionales ofrecen una base conceptual más operativa, capaz de fortalecer la función protectora del derecho, sin perderse en abstracciones que dificultan su aplicación práctica.

CUARTA. Los deberes del cargo adquieren un significado esencial en el marco de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios y autoridades. No obstante, ello no debe llevar a afirmar que la infracción de tales deberes constituye la *ratio essendi* de dichos delitos. Esta únicamente representa el medio comisivo a través del cual se perpetran los delitos de funcionarios, pues solo mediante el quebrantamiento

de deberes es posible lesionar o poner en peligro los principios constitucionales que, a su vez, conforman el verdadero bien jurídico-penal de tales figuras delictivas. Reconocer el rol fundamental que la infracción de los deberes del cargo cumple en los tipos penales del Título XIX no implica decantarnos por una concepción formal de estos. Es esta una preocupación que ha inquietado enormemente a la doctrina penalista y que ha alcanzado, además, al tipo penal del art. 408 CP. Sin embargo, los deberes inherentes al cargo gozan de un innegable papel positivo en determinados delitos, ya que su existencia sirve para preservar principios constitucionales tan esenciales como el de legalidad, poseen legitimidad democrática, y la delimitación de estos últimos como bienes jurídico-penales evita, precisamente, el riesgo de incurrir en un delito formal. Lo que se castiga entonces no es la mera desobediencia hacia dicho deber, sino el resultado lesivo o de peligro que tal desobediencia ha provocado en el auténtico valor salvaguardado por la norma penal. Por ende, solo cuando se produzca dicho resultado, en los términos en que sea definido, podrá aplicarse el correspondiente ilícito.

QUINTA. El delito de omisión del deber de perseguir delitos debe ser ubicado entre los delitos contra la Administración de Justicia (Título XX), tal y como sostiene, acertadamente, la mayoría de la doctrina. A tal efecto realizamos una propuesta de *lege ferenda*, de traslado de aquel ilícito al Título XX. Ahora bien, la crítica a la actual ubicación sistemática del art. 408 CP ha opacado la tarea de delimitación del valor salvaguardado en el art. 408 CP. Este proceder metodológico, si bien es correcto en la medida en que permite poner en evidencia la menor vinculación de este tipo penal con el Título XIX (“Delitos contra la Administración Pública”), resulta insuficiente, por cuanto la formulación de aquella crítica ha de ser posterior al discernimiento de su bien jurídico protegido.

El art. 408 CP no presenta relación con los principios establecidos en el art. 103 CE, sino con aquellos principios constitucionales que determinan el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia. En la omisión del deber de perseguir delitos, la función pública central es, evidentemente, una función inherente al proceso penal y determinante del inicio conforme a legalidad de este: la función de promover la persecución de los delitos y de sus responsables. Esta función, a su vez, encuentra su fundamento y su razón de ser en un esencial principio constitucional, rector de la Administración de Justicia, cual es de “legalidad procesal”. Derivado de los arts. 117.1 y 124.2 CE, en virtud de dicho principio, y según la conceptualización del mismo esbozada

por gran parte de la doctrina procesalista, una vez ha sido cometido un delito por cualquier ciudadano, la maquinaria pública procesal debe ser necesariamente iniciada y, además, tal inicio debe hacerse en los términos fijados legalmente y por aquellos funcionarios competentes para ello. No resulta posible, por tanto, que recaiga en sujetos privados la decisión de impulsar o no el proceso penal, o de cómo hacerlo.

SEXTA. La consagración constitucional del principio de legalidad procesal en los arts. 117.1 y 124.2 CE disipa cualquier duda acerca de la legitimidad de la tutela penal dispensada al mismo. Al fin y al cabo, en el ordenamiento jurídico español, nuestro sistema procesal penal se articula sobre el principio de legalidad procesal, siendo este uno de sus pilares fundacionales. Buena muestra de ello la proporciona el hecho de que, máxime en relación con los restringidos márgenes reconocidos al principio de oportunidad en el inicio del proceso penal, estos no pasan de conceder más que una limitada discrecionalidad u oportunidad reglada y supeditada a diversas exigencias.

Por su parte, el principio de legalidad procesal, como todo principio constitucional, opera como garantía de muchos otros principios y derechos, por lo que su sola conculcación provoca, ineludiblemente, la vulneración “en cascada” de todos estos. Ello ha sido un motivo determinante para que rechacemos el carácter pluriofensivo de este delito, tal y como ha sido propuesto por un minoritario sector doctrinal. Es cierto que la comisión del art. 408 CP conlleva la vulneración del “*ius et procedatur*” o “derecho de acceso a la jurisdicción” integrante del fundamental y más amplio derecho a la tutela judicial efectiva. No obstante, tal circunstancia resulta insuficiente para calificar a tal derecho como bien jurídico-penal del tipo que nos ocupa.

Precisamente, la capacidad sintética del principio de legalidad procesal para albergar, de forma inherente al mismo, la referencia a muchos otros principios y derechos determina que el *ius et procedatur* sea uno más entre estos. De esta forma, la preservación de dichos principios y derechos se produce por medio de la tutela penal dispensada a la legalidad procesal, recibiendo aquellos una protección meramente indirecta. Semejante circunstancia, junto al concepto de “pluriofensividad” aquí adoptado, nos ha llevado a descartarlos como auténticos bienes jurídicos del art. 408 CP. Lo contrario serviría, a nuestro juicio, a espiritualizar o volatilizar el concepto de bien jurídico-penal. Especialmente, teniendo en cuenta que el *ius et procedatur* no necesariamente se ve afectado por la comisión del art. 408 CP. Por el contrario, este sanciona al funcionario que deje de perseguir cualesquiera delitos, aunque estos carezcan de víctimas concretas o

estas no estuvieran identificadas al llegar la *notitia criminis* al conocimiento de los ilícitos.

SÉPTIMA. La modalidad de ataque del bien jurídico “principio de legalidad procesal” consiste en el quebrantamiento de los deberes funcionariales que vertebran la función de perseguir delitos. En efecto, tal infracción de deber se convierte en el medio que encuentra el funcionario para obstaculizar o incluso impedir el regular comienzo del denominado doctrinalmente “procedimiento preliminar”, conformado por la fase pre procesal y la de instrucción *stricto sensu*. En definitiva, a través del art. 408 se salvaguarda que tal función pública sea ejercida por quienes son competentes para ello en términos que respeten la más escrupulosa legalidad. Semejante forma de concebir al principio de legalidad procesal permite entender la función de promover la persecución de los delitos en un sentido material, y no exclusivamente formal o limitado a la obligación de ejercer la acción penal que recae en los miembros del ministerio fiscal. Pues, en dicho caso, este sería el único sujeto activo admitido por el tipo penal, cosa que no sucede. Siendo así, esta propuesta de bien jurídico protegido en el art. 408 CP presenta una innegable ventaja, cual es que su punto de partida proviene de la redacción del propio tipo penal, por lo que se adapta completamente a los términos típicos de este.

OCTAVA. El tipo penal de omisión del deber de perseguir delitos constituye un ilícito de lesión, y no de peligro. Aunque la doctrina ha guardado silencio, por lo general, acerca de la naturaleza jurídica del art. 408 CP, en la presente tesis se ha concluido que el paradigma de lesión del bien jurídico protegido (el principio de legalidad procesal) no puede consistir en la obtención de un resultado de impedimento o de retraso por tiempo considerable de la apertura del proceso penal. Semejante conceptualización de la lesión, aplicada al art. 408 CP, nos parece francamente problemática, ya que difícilmente un tipo penal puede abarcar tal resultado, pues este depende de múltiples circunstancias no controlables por el funcionario omitente. Este razonamiento no difiere tanto, en realidad, del inherente a la tesis de los delitos acumulativos o de los bienes jurídicos intermedios, y pretende admitir un tipo de peligro allí donde se sabe que no puede alcanzarse la lesión por medio de acciones individuales. Por tales motivos, hemos decidido delimitar la lesión del principio de legalidad procesal como “aquella falta de cumplimiento por el funcionario competente de su obligación de promover la persecución de delitos”. Si bien, y alejándonos de concepciones meramente formales del art. 408 CP, insistimos en que tan solo existirá lesión cuando dicha infracción de deber produzca consecuencias externas

reales (siquiera consistan estas en haber dispensado a un ciudadano un trato desigual que le dificulta el acceso a la justicia).

NOVENA. Tras habernos adherido a la tesis de SILVA SÁNCHEZ en lo relativo a la distinción entre acción y omisión, hemos concluido que el tipo del art. 408 CP posee naturaleza omisiva, pues en él se castiga al sujeto activo por la no realización de una prestación positiva estimada *ex ante* como necesaria para la protección de la legalidad procesal, consistente en promover la persecución de los delitos o de sus responsables. Sin que ello impida, en cualquier caso, que la conducta típica pueda ser cometida por medio de acciones o de omisiones; pues la distinción entre acción y omisión es de formas de imputación, siendo indiferente que se empleen fórmulas lingüísticas activas u omisivas al delimitar las conductas típicas. Aplicando estas consideraciones al art. 408 CP, hemos concluido que su verbo típico opera como marco semántico de modalidades de comisión activas y omisivas, una de las cuales consiste en el “abandono de destino”, a pesar de que la tipificación de dicha conducta es llevada a cabo de forma específica en el art. 407 CP y castigada con mayor pena.

En efecto, reconocer que el verbo típico "dejar de promover la persecución" admite tanto formas activas como omisivas de comisión, y aceptar la existencia de una relación de especialidad entre los arts. 407 y 408 CP, no solo resulta más acorde con el sentido comúnmente atribuido al verbo “dejar de”, sino que también permite evitar consecuencias sancionadoras incoherentes. De no entenderse así, se penalizarían únicamente las omisiones puras previstas en el art. 408 CP, mientras que quedarían impunes conductas activas que, por razones valorativas, podrían encajar en ese mismo precepto, pues el único supuesto de conducta activa sancionado expresamente —el abandono del cargo para no perseguir delitos— se contempla en el art. 407 CP, dejando fuera otros posibles comportamientos igualmente reprochables.

DÉCIMA. El art. 408 CP forma parte de las denominadas “omisiones de gravedad intermedia”, habida cuenta de que plantea diferencias notables tanto con la omisión pura como con los delitos de comisión por omisión. Aunque buena parte de la doctrina ha equiparado esta clase de omisiones con las “omisiones de garante” acuñadas por el penalista SILVA SÁNCHEZ, esta etiqueta no resulta adecuada. Tal categoría típica fue concebida exclusivamente para los delitos que atentan contra la vida o la salud de las personas en supuestos de peligro, con una finalidad limitadora del pensamiento de la injerencia, lo que justifica que hayamos rechazado su aplicación al artículo 408 CP.

Ahora bien, calificar al art. 408 CP como “omisión de gravedad intermedia” no supone mantener una tesis tripartita de las omisiones típicas. Por el contrario, y como bien afirma HUERTA TOCILDO, deben tratar de integrarse estas omisiones *sui generis* en las categorías clásicas de “omisión pura” y “comisión por omisión”, definiendo estas en términos de mayor laxitud. Siguiendo su ejemplo, hemos concluido que la relevancia de la posición de garante —propia de un funcionario titular del deber específico de perseguir delitos— y el carácter lesivo del tipo impiden considerar al art. 408 CP como un supuesto de omisión pura, y lo acercan a la figura de la comisión por omisión.

UNDÉCIMA. El ámbito típico del art. 408 CP comprende únicamente aquellos delitos cometidos por un tercero y ya consumados. Solo *ex post* a la perpetración de un delito puede nacer la obligación de perseguirlo e investigarlo. Se trata, en consecuencia, de una conducta post ejecutiva, diferenciándose así, radicalmente, de los tipos penales que sancionan la no evitación de delitos cometidos por terceros (arts. 412.3 y 450 CP). Estos últimos se refieren a un deber de intervenir con carácter previo a que el delito haya sido consumado, y, por consiguiente, integran una obligación que nace mientras la ejecución de un delito permanece activa, por lo que todavía es posible evitar la lesión o el peligro que se cierne sobre el bien jurídico protegido. De ahí, además, que las penas propias de dichos delitos sean sustancialmente más altas que la del art. 408 CP. Asimismo, abona la presente conclusión el hecho de que los verbos típicos “perseguir” (art. 408 CP) y “evitar” o “impedir” (arts. 412.3 y 450 CP) son eminentemente distintos, y así se deduce de la definición que de estos se realiza en el Diccionario de la Real Academia Española. Perseguir, por ende, consiste en proceder judicialmente contra alguien tras la comisión de un delito. A su vez, la conjunción de los términos “promover” y “persecución” en el art. 408 CP resalta la conexión de este tipo penal con el procedimiento preliminar (fase pre procesal y de instrucción judicial), de forma que la “persecución” de los delitos a la que se refiere el art. 408 CP engloba solo aquellos actos por medio de los cuales se pone en marcha o, lo que es lo mismo, se inicia, la pretensión penal.

DUODÉCIMA. El panorama que ofrecen los tipos penales de evitación de los delitos (arts. 412.3 y 450 CP) y el art. 408 CP es caótico y aparece plagado de incoherencias de gran calado, tanto sistemáticas como, sobre todo, penológicas. Hasta tal punto que, de *lege lata*, es imposible para el intérprete salvar las contradicciones en que incurre aquel. Por ello, de *lege ferenda*, se impone urgentemente la reforma del art. 412.3 CP, de forma que se elimine el requisito típico del “requerimiento de particular” y se eleven las penas

asignadas al precepto por encima de las atribuidas al art. 450 CP. De este modo, el art. 412.3 CP servirá para sancionar la omisión del deber de evitar delitos por parte de los funcionarios policiales (medie o no requerimiento de un particular a tal efecto), y dejará de ser un tipo especial privilegiado frente al art. 450 CP. En el caso contrario, continuarán “solucionándose” las lagunas punitivas derivadas de la deficiente redacción del art. 412.3 CP mediante el recurso al art. 408 CP, erigiéndose a este último como en una suerte de tipo subsidiario de aquel, deformando su verbo típico y contribuyendo a que la no evitación de delitos sin requerimiento de particular sea castigada con una pena baja de inhabilitación especial (en contraste insostenible con las penas de prisión reservadas a los particulares en el art. 450 CP).

DECIMOTERCERA. Tanto de *lege lata*, como de *lege ferenda*, puede defenderse la exclusión de los “delitos leves” del ámbito típico objetivo del art. 408 CP. De *lege lata*, si bien resulta más difícil, implica propugnar que los intérpretes debemos, en virtud del principio de intervención mínima, llevar a cabo la exégesis de los tipos penales que presenten términos confusos, cláusulas generales o conceptos jurídicos indeterminados, de forma que escojamos la opción exegetica menos extensiva de la norma penal y, por consiguiente, más benigna para el reo. Así puede sostenerse tanto desde la óptica del subprincipio de fragmentariedad, adoptando la postura de que el ataque al principio de legalidad procesal es menos grave cuando se omite la persecución de delitos leves —lo que a su vez supone invocar, en relación con dicha omisión, el principio de insignificancia—; como desde la del subprincipio de subsidiariedad, pues existe, en este ámbito, doble tipicidad penal y administrativa que aconseja proteger el carácter de *última ratio* propio del Derecho penal. Así, aunque, *a priori*, pueda aducirse que no hay en el art. 408 CP términos confusos o ambiguos que permitan mantener esta tesis, pues su literalidad es clara al referirse a los “delitos”, la interpretación extensiva *contra reo* que derivaría de entender que, desde la reforma de 2015, aquel precepto ha pasado a integrar en su ámbito típico los delitos leves que hasta ese año constituían faltas, no se cohonestaba bien con la voluntad del propio legislador de la LO 1/2015, de 30 de marzo, que, por medio de esta reforma expresó su intención de restringir, que no expandir, el Derecho penal.

DECIMOCUARTA. El hecho de que determinados delitos dependan de la voluntad de la víctima para ser perseguidos no implica que desaparezca el interés público en su persecución, ni exime al funcionario de su deber de promoverla. Incluso tratándose de

delitos semipúblicos, cuasipúblicos o privados, subsiste la obligación de investigar. Ahora bien, es necesario matizar que, en estos casos, dicho deber puede verse parcialmente limitado por las facultades que el ordenamiento reconoce a la víctima. Sin embargo, esta restricción no supone, en modo alguno, la anulación del deber funcional de perseguir los delitos. En conclusión, el interés público en perseguir e investigar hechos delictivos no se ve condicionado por el régimen de perseguibilidad que se haya previsto en relación con los mismos, pues incluso en los ilícitos privados restan deberes de investigación y persecución por parte de la policía judicial (art. 284.1 y 282.2 LECrim) y del juez de instrucción (verbigracia, art. 808 LECrim), aunque no del ministerio fiscal (art. 104 LECrim).

DECIMOQUINTA. La referencia a la omisión del deber de promover la persecución de los “responsables” de los delitos no es superflua, sino que está dotada de un significado autónomo, pues implica que el art. 408 CP deba aplicarse a aquellos casos en los que el funcionario competente omite las debidas labores de identificación o detención del sospechoso en la investigación de un delito. La referencia a los “responsables” del delito, sin embargo, no es técnica desde un punto de vista jurídico, pues conlleva una cierta calificación jurídica anticipada de los hechos. Por ello, de *lege ferenda*, proponemos sustituirla por otro término que aluda al rango que ostenta el sujeto pasivo de las fases tempranas del proceso penal y que, por tanto, sea verdaderamente respetuoso con la nomenclatura manejada por nuestra doctrina procesal: “investigados” o, en su caso, “sospechosos”.

DECIMOSEXTA. La combinación de las cláusulas típicas “*notitia criminis*” y “faltando a la obligación de su cargo” conlleva la exigencia de que, a fin de aplicar el art. 408 CP, el funcionario público deba haber tenido conocimiento del delito correspondiente en el ejercicio de sus funciones públicas. Solo así ostenta este una verdadera posición de garantía en relación con el bien jurídico protegido. Tal exigencia, entonces, rige para todos los sujetos activos del art. 408 CP, incluidos los miembros de la policía judicial, a pesar de tenor del art. 5.4 LOFCS, que configura su cargo público con carácter permanente, de manera que estos están siempre, en principio, “de servicio” en lo relativo a sus funciones de “defensa de la Ley y de la seguridad ciudadana”. Es este un precepto extrapenal que no debe aplicarse acríticamente al art. 408 CP, ya que su razón de ser —si bien no ha sido especialmente desarrollada a nivel teórico— se relaciona únicamente con la obligación policial de intervenir para neutralizar situaciones de peligro sobre bienes jurídicos

personales. Aunque en el art. 5.4 LOFCS se alude también a la “defensa de la Ley”, esta segunda misión podría entenderse como fuente de la obligación de los agentes policiales de actuar en todo momento con respecto al total de sus tareas asignadas (al fin y al cabo, todas ellas, como las de cualquier otro funcionario, están relacionadas, en última instancia, con la observancia de la legalidad). Por ello, constituye una declaración excesivamente genérica y no consideramos que sea apta para constituir base suficiente de responsabilidad penal *ex art. 408 CP*.

DECIMOSÉPTIMA. La cláusula “faltando a la obligación de su cargo” del art. 408 CP debe interpretarse de forma restrictiva, limitando su aplicación a quienes tienen el deber específico de perseguir delitos: jueces, miembros del ministerio fiscal y de la policía judicial, conforme a lo dispuesto en el art. 282 LECrim. Así pues, aunque existen otros servidores públicos titulares del deber legal de comunicar los delitos detectados en el ejercicio de sus funciones, su papel es meramente auxiliar y no implica una verdadera obligación de investigar los delitos, como la que recae en los primeros. Esta interpretación restrictiva se ve reforzada después de analizar la cuestionable práctica jurisprudencial, incoherente y generadora de desigualdades de trato penal, que sanciona ocasionalmente a determinados funcionarios (como inspectores de Hacienda o alcaldes), mientras excluye a otros con idénticos deberes de transmisión de la *notitia criminis*. Consecuentemente, debe aplicarse un concepto restringido del sujeto activo del artículo 408 CP, tanto por razones normativas, ya que la regulación sobre la imposición de tal deber es demasiado prolija y dispersa como para integrar el tipo penal (son ingentes, actualmente, las obligaciones reforzadas de denuncia que se atribuyen a los funcionarios de distintos ámbitos competenciales), como por fidelidad al significado estricto de “perseguir delitos”.

DECIMOCTAVA. Pese a que la doctrina tiende a señalar a los jueces y magistrados como sujetos protagónicos del art. 408 CP, lo cierto es que, tanto un análisis jurídico-penal y procesal exhaustivo de esta cuestión, como un examen del panorama jurisprudencial, revelan que la posibilidad real de aplicar a los jueces este delito es bastante baja. Así, en realidad, únicamente los juzgados de instrucción pueden incurrir en dicho tipo penal. E, incluso, en relación con estos, existen importantes dificultades para apreciar su responsabilidad penal por omisión del deber de perseguir delitos, siendo las más determinantes: primero, que su intervención en el proceso penal tiene lugar mayoritariamente de forma activa, a través de resoluciones judiciales, y la doctrina y

jurisprudencia mayoritarias rechazan castigar modalidades activas de comisión del art. 408 CP; segundo, que hay previstas múltiples posibilidades legales de interponer recursos frente a aquellas resoluciones percibidas por las partes como injustas, lo que obstaculiza hablar de verdadera lesión al bien jurídico protegido; y tercero, que la profesión judicial, en lo relativo al procedimiento preliminar, está dotada de un amplio margen de discrecionalidad, de manera que continúa existiendo el obstáculo probatorio de acreditar la tipicidad subjetiva requerida por el art. 408 CP; cuarto, la existencia de otros tipos penales que sancionan más duramente conductas que podrían encajar en el presente tipo penal, como el delito de retardo malicioso *ex art. 449 CP*. Las mismas consideraciones son extrapolables a los miembros del ministerio fiscal.

DECIMONOVENA. La posición central de los agentes de la policía judicial en las fases iniciales del proceso penal explica que sean, actualmente, los sujetos activos por excelencia en el art. 408 CP. El menor margen de discrecionalidad reconocido en el cumplimiento de sus funciones unido a la obligación de comunicar inmediatamente a fiscales y jueces los resultados de sus actuaciones facilitan la acreditación de la tipicidad subjetiva requerida por dicho tipo penal. No obstante, el análisis de la jurisprudencia revela un uso distorsionado de este precepto, que sirve para consagrar un preocupante “Derecho penal del amigo”. Ciertamente, con él se castigan supuestos de permisividad policial e incluso de prestación de ayuda activa ante la actividad ilícita desarrollada por redes dedicadas al contrabando o al tráfico de drogas; los cuales, en realidad, deberían calificarse, bien como autoría en de estos delitos (dado el concepto extensivo de autor fijado en el art. 368 CP), bien como participación omisiva en ellos, bien, como mínimo, como omisión del deber de impedir delitos (arts. 412.3 y 450 CP). Fuera de este contexto relativo al tráfico de drogas, apenas existen resoluciones que sancionen a policías por incumplir sus funciones de persecución penal, lo que evidencia una preocupante selectividad en la aplicación del tipo.

VIGÉSIMA. El art. 408 CP es un delito especial propio que no consideramos parte de la categoría roxiniana de los delitos de infracción de deber (*Pflichtdelikte*). A pesar de lo sugerente de esta propuesta dogmática, así como de que, en el presente delito, la infracción del deber es un elemento típico esencial, no por ello debe basarse la ofensividad o el injusto del art. 408 CP en este. Además de que en la omisión del deber de perseguir delitos se protege un bien jurídico-penal de raigambre constitucional, en este se concede, asimismo, un margen indispensable a la organización o al dominio, el cual se refiere a la

capacidad de lesionar el principio de legalidad procesal que viene facilitada por la posición privilegiada del funcionario encargado de perseguir delitos. Dominio que hemos definido (a los efectos de pronunciarnos acerca de las modalidades de autoría admisibles en el art. 408 CP) como “dominio objetivo y positivo” siguiendo a LUZÓN PEÑA y, sobre todo, a DÍEZ Y GARCÍA CONLLEDO. Con base en el mismo, solo podrá calificarse como autor del ilícito que nos ocupa a aquel sujeto que, reuniendo los elementos personales o especiales de la autoría exigidos por el art. 408 CP y cumpliendo el resto de los elementos típicos de este, se halle en la posición de control del hecho, aislada o conjuntamente con otras personas, sobre la producción del resultado, pudiendo decidir positivamente el si y el cómo de la misma.

VIGÉSIMO PRIMERA. En el art. 408 CP caben todas las formas de autoría previstas por nuestro Código penal, tanto la autoría directa, como la coautoría y la autoría mediata. En particular, ha merecido un análisis detenido la coautoría, habida cuenta de que suele negarse esta en relación con los delitos de omisión pura. Sin embargo, y contrariamente a la línea doctrinal y jurisprudencial dominante, se ha estimado que el art. 408 CP es un tipo de omisión intermedia que encaja, de forma amplia, dentro de la comisión por omisión. Por ese motivo, teniendo en cuenta la amplitud con la que viene definida la conducta típica del art. 408 CP, no puede descartarse en este la coautoría, puesto que es perfectamente concebible que el deber de perseguir delitos recaiga en varios sujetos conjuntamente, de forma que solo mediante la suma de aportaciones acumulativas de estos sea posible infringir el deber de persecución delictiva y lesionar el bien jurídico protegido.

Por su parte, las formas de participación contempladas en los arts. 28 y 29 CP son plenamente aplicables al tipo de omisión del deber de perseguir delitos, incluyendo supuestos de inducción, cooperación necesaria y complicidad, lo que amplía notablemente los escenarios de posible intervención del *extraneus* en el art. 408 CP. En cuanto a la pena aplicable a estos partícipes, se considera adecuada, de acuerdo con la interpretación dominante, su atenuación en virtud del artículo 65.3 CP, en la medida en que no ostentan la cualidad funcional que fundamenta el núcleo del injusto del art. 408 CP. Esta opción interpretativa se refuerza al concebir dicho delito como un ilícito en el que, si bien es fundamental el elemento relativo al quebrantamiento de deberes, no configura su *ratio essendi*, lo que permite justificar tanto la punición de la participación de extraños como la modulación de su responsabilidad penal.

VIGÉSIMO SEGUNDA. Tal y como aprecia la doctrina mayoritaria, la expresión típica “intencionadamente” conlleva el reforzamiento de la intensidad del dolo exigido en el art. 408 CP, de forma que únicamente pueda aplicarse este si concurre dolo directo. De *lege lata*, esta nos parece la única solución admisible en términos de respeto al principio de vigencia, al de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), y por fidelidad hacia el significado del término “intención” según el Diccionario de la Real Academia Española. Las sospechas acerca de que la incorporación de esta cláusula típica en el Código penal de 1995 se debió, probablemente, a un mero *lapsus* o error del legislador no nos parecen motivo suficiente para derogar, por vía interpretativa, una expresión que solo se halla en algunos tipos penales. Máxime cuando la exégesis realizada por la doctrina dominante consigue atribuirle funcionalidad propia a una cláusula que, de otro modo, resultaría superflua, a la vez que permite una restricción de la norma penal.

Ahora bien, de *lege ferenda*, proponemos la eliminación de la expresión “intencionadamente” del art. 408 CP. Ello debido a que, tanto desde un punto de vista teleológico como político-criminal, carece de sentido excluir del art. 408 CP la omisión dolosa eventual del deber de perseguir delitos. Hasta tal punto que la propia jurisprudencia viene castigando (tras adherirse teóricamente en sus resoluciones a la línea doctrinal dominante) supuestos que no constituyen sino omisiones con dolo eventual. Asimismo, la expresión “intencionadamente” está sirviendo como base para una interpretación doctrinal y jurisprudencial que inventa la existencia en el art. 408 CP de un elemento típico subjetivo especial finalístico (normalmente consistente en el *animus* de que el delito omiso de perseguir quede impune), agudizando los serios problemas que este precepto plantea a nivel concursal (en lo relativo a su distinción con respecto al favorecimiento personal por abuso de funciones públicas *ex* art. 451.3 b CP), y procesal (en lo relativo a la prueba de la tipicidad subjetiva, que se ve enormemente complicada).

VIGÉSIMO TERCERA. El tipo de omisión del deber de perseguir delitos constituye un ilícito penal de mera inactividad y de consumación instantánea. En efecto, su momento consumativo coincide con el instante en que el funcionario público se abstiene de cumplir con su deber de persecución delictiva y lesiona, con ello, el principio de legalidad procesal. Tal momento debe determinarse en función de los plazos establecidos por la normativa procesal aplicable, de manera que la inacción injustificada o pasividad funcional absoluta, una vez vencido dicho plazo, implica la consumación del delito. No obstante, la estructura comisivo-omisiva del precepto permite que la infracción pueda

materializarse tanto mediante una omisión pura como a través de comportamientos positivos que revelen la voluntad deliberada del funcionario de sustraerse a su obligación legal. Mientras que, en el primer caso, el momento consumativo se corresponderá con el transcurso del plazo fijado por la normativa procesal correspondiente, en el segundo se dará cuando se produzcan dichos actos materiales concluyentes demostrativos de la dejación de funciones.

VIGÉSIMO CUARTA. El art. 408 CP no constituye un ilícito permanente, sino un tipo de estado. Aunque son muchas las definiciones que se han acuñado de “delito permanente”, en la presente tesis doctoral hemos suscrito la proporcionada por MIR PUIG. En virtud de esta, se entiende que los tipos de estado comparten con los permanentes el hecho de que en ambos el estado antijurídico creado por el autor del delito se mantiene en el tiempo en función de la voluntad de este. La particularidad de los delitos permanentes, entonces, radica en que su regulación legal abarca explícitamente no solo la creación de la situación antijurídica, sino también su mantenimiento en el tiempo. Y tal característica no está presente en el art. 408 CP, ya que su redacción alude exclusivamente a la dejación puntual de la persecución de los delitos. Solo una redacción legal que expresamente exigiera la producción y el sostenimiento de la situación antijurídica —por ejemplo, incluyendo una fórmula como “impidiendo que se inicie el correspondiente proceso”— permitiría hablar con propiedad de un delito permanente en este contexto.

VIGÉSIMO QUINTA. La pertenencia del art. 408 CP a la categoría de las “omisiones de gravedad intermedia” y, más concretamente, a la de los delitos de comisión por omisión, tiene consecuencias relevantes en lo que respecta a sus figuras de tentativa, desistimiento y actos preparatorios. En los casos en que este tipo penal se materializa mediante una conducta activa —y, especialmente, a través de la realización de diversos actos consecutivos dirigidos a impedir la persecución de un delito—, no existen razones para excluir la ejecución imperfecta. No ocurre lo mismo cuando el art. 408 CP se configura como una omisión pura: en tales supuestos, la tentativa resulta jurídicamente inarticulable, ya que el delito se consuma en el momento en que transcurre el plazo legal para actuar sin que el funcionario haya cumplido con su deber. Si, por el contrario, antes de vencer dicho plazo el funcionario rectifica su conducta y actúa conforme a su obligación, no se habrá producido infracción penal alguna. Por las mismas razones, el desistimiento (art. 16.2 CP) solo es concebible en el marco de una comisión activa del

art. 408 CP, resultando incompatible con su realización a través de una omisión pura. Finalmente, y sin perjuicio de que nos parezca carente de sentido, la expresa punición de los actos preparatorios que tiene lugar en el art. 445 CP, aplicable al conjunto de delitos del Título XIX, determina que todas las formas de preparación delictiva (conspiración, proposición y provocación) sean concebibles en relación con el art. 408 CP, y ello tanto si presenta naturaleza activa como puramente omisiva.

VIGÉSIMO SEXTA. El art. 361 CPI proporciona parámetros interpretativos que contribuyen a una lectura del art. 408 CP más racional y acorde con los principios limitadores del *ius puniendi*. No obstante, y a pesar de las similitudes existentes entre ambos, estos ilícitos presentan contornos típicos muy distintos. La diferencia más notable entre ambos radica en que, si bien buscan proteger el mismo bien jurídico (el principio de legalidad procesal), lo hacen interviniendo en momentos distintos. Mientras que el art. 408 CP sanciona la lesión a tal valor, que solo puede producirse por los garantes verdaderos del buen devenir de la función de persecución delictiva (los sujetos del art. 282 LECrim), el art. 361 CPI adelanta las barreras de intervención punitiva, sancionando a todos aquellos funcionarios que omiten comunicar a fiscales y jueces cualesquiera delitos detectados en el ejercicio de sus cargos. Es por este motivo que la doctrina italiana conviene, acertadamente, en calificar a este como tipo de peligro, ya que lo sancionado penalmente consiste en el incumplimiento de un deber reputado como idóneo *ex ante* para obstaculizar o ignorar el valor salvaguardado por la norma. Curiosamente, pues, y al contrario de lo que ocurre en el art. 408 CP, a través del delito del art. 361 CPI se salvaguarda exclusivamente la fase pre procesal de los procedimientos penales (y no, a su vez, la fase de instrucción), anticipándose la tutela penal con respecto al modelo español adoptado en el tipo penal que nos ocupa. Aunque en ambos —al menos partiendo de nuestra concepción personal en torno al art. 408 CP— se tutela el principio de legalidad procesal, en el sistema italiano busca asegurarse, así, que el ilícito llegue al conocimiento de quien debe perseguirlo.

CONCLUSIONI

PRIMA. Il tipo penale di omissione del dovere di perseguire reati non è una figura di recente creazione, ma, al contrario, era già presente nel Codice penale del 1822, sebbene in una formulazione casistica e sovraccarica. La sua presenza nella tradizione codificatrice spagnola è, pertanto, costante, con un ruolo particolarmente essenziale svolto dal Codice penale del 1848 nel suo sviluppo. Infatti, questo testo normativo ha conferito al reato in esame i suoi tratti tipici essenziali. Tanto che, nella maggior parte dei casi, questi sono stati riprodotti in tutte le successive versioni legislative, e solo con il Codice penale del 1995 alcune delle caratteristiche proprie dell'omissione del dovere di perseguire reati, presenti fin dall'inizio della codificazione, sono state modificate.

Tuttavia, nonostante questa apparente invariabilità, nel Primo Capitolo si è evidenziato, in primo luogo, la tendenza verso un alleggerimento della risposta penale adottata dal legislatore riguardo all'omissione del dovere di perseguire reati. Pertanto, si può affermare che, a partire dal Codice penale del 1848, ogni versione legislativa di questo reato ha ricevuto un trattamento sanzionatorio più benigno rispetto a quello previsto dalla norma precedente. Sebbene il Codice penale del 1944 abbia interrotto questa tendenza mantenendo inalterata la penalità del Codice del 1932, il Codice del 1995 ha ripreso la suddetta tradizione, assegnando al reato in esame la cornice penale astratta più bassa mai associata allo stesso: la pena dell'inabilitazione speciale per impiego o incarico pubblico da sei mesi a due anni. Ciò nonostante, nel corso della storia di questo reato, la dottrina maggioritaria si è dimostrata particolarmente critica verso l'eccessiva clemenza della sua cornice penale astratta. In secondo luogo, occorre sottolineare che tutte le regolamentazioni dell'omissione del dovere di perseguire condividono molteplici problemi di concorrenza di reati e di sovrapposizione tra questo tipo penale e altre figure volte a punire l'inerzia funzionale di fronte al fenomeno criminale, in particolare con il reato di favoreggiamento.

SECONDA. L'attuale Codice penale, promulgato nel 1995, disciplina l'omissione del dovere di perseguire reati nell'art. 408 CP, collocato sistematicamente tra i "Delitti contro la Pubblica Amministrazione" (Titolo XX, Libro II del codice). Tale sistematica ha portato a un'analisi del bene giuridico protetto subordinata al valore tutelato complessivamente da tutti i reati di tale titolo. Infatti, per la dottrina maggioritaria, i delitti

del Titolo XIX preservano un unico bene giuridico “categoriale”, identificato nel “corretto funzionamento della Pubblica Amministrazione”. Il contenuto di questo valore è definito in riferimento all’art. 103 CE e ai principi in esso proclamati, che delineano il modello costituzionale di amministrazione pubblica nello Stato spagnolo.

Tuttavia, sostenere la posizione dominante non è privo di difficoltà. Il carattere supraindividuale del bene giuridico menzionato costringe la dottrina a ricorrere alla “tesi dei beni giuridici intermedi” (e, in misura minore, ai “reati cumulativi”) per evitare di qualificare come delitti di pericolo astratto tutti quelli che attentano al “corretto funzionamento della Pubblica Amministrazione”. Ciò perché l’estrema ampiezza e la mancanza di concretezza di tale bene giuridico fanno sì che esso non possa essere lesa da un’azione individuale isolata, sempre innocua per sua stessa configurazione. Al massimo, la lesione potrebbe verificarsi solo in modo ripetuto e cumulativo.

A nostro avviso, l’uso generalizzato della tesi dei beni giuridici intermedi sta servendo a nascondere (non a risolvere) carenze fondamentali nella tutela penale di valori supraindividuali. Tale approccio impedisce di rilevare l’indeterminatezza dei beni tradizionalmente delineati dalla dottrina (come il “corretto funzionamento della P.A.”) e ostacola una riflessione sulle insufficienze del concetto naturalistico di “lesione” del bene giuridico-penale. Inoltre, questa tesi presenta un difetto mai evidenziato dalla dottrina dominante: rafforza l’idea che i valori supraindividuali non possano essere lesi, spingendo verso tipi di pericolo. Ma tale soluzione è insostenibile: il pericolo, essendo uno stadio precedente alla lesione, ha senso solo se la lesione è possibile e determinabile; altrimenti, il concetto stesso di pericolo perde significato.

Oltre alle critiche suddette, in questa tesi rigettiamo la tesi dei beni giuridici intermedi perché riteniamo che: contribuisca alla “volatilizzazione” (o “spiritualizzazione”) del concetto di bene giuridico-penale, aggravandone la crisi già acuta; e privi tale concetto della sua funzione critica e limitatrice dello *ius puniendi*, essenziale in un’epoca di espansione del diritto penale. Il presunto bene giuridico finale non svolge alcuna funzione dogmatica effettiva nei singoli tipi penali: si limita a indicare, in modo indiretto (*ratio legis*), l’ambito generale di tutela. Pertanto, sosteniamo che il vero bene giuridico sia quello protetto direttamente dal singolo tipo penale. Ne consegue che l’individuazione del bene giuridico in un reato deve partire dalla sua formulazione normativa, non da valori mediati o inclusi in esso solo indirettamente.

TERZA. I beni giuridici concretamente protetti in ciascuno dei tipi penali del Titolo XIX coincidono con i principi costituzionali regolatori dell'attività amministrativa proclamati dall'art. 103 CE (quali i principi di efficacia, gerarchia, decentralizzazione, desconcentrazione, coordinamento e legalità). Se, come abbiamo concluso, il "corretto funzionamento della Pubblica Amministrazione" costituisce il quadro giuridico di riferimento per i delitti contro di essa, è logico che tali reati attacchino i parametri da cui dipende la subordinazione dell'amministrazione al servizio degli interessi generali. In ultima analisi, sebbene i principi costituzionali rimangano beni giuridici istituzionali (e dunque supraindividuali), presentano vantaggi decisivi rispetto a nozioni più ampie come il "corretto funzionamento della P.A.": incoraggiano e condensano informazioni essenziali su altri principi, garanzie e diritti processali, la cui violazione diventa evidente quando si contesta il principio generale e sono più gestibili nell'identificare unità di lesione. Per queste ragioni, i principi costituzionali offrono una base concettuale più operativa, in grado di rafforzare la funzione protettiva del diritto, evitando astrazioni che ne ostacolano l'applicazione pratica.

QUARTA. I doveri d'ufficio assumono un significato essenziale nell'ambito dei delitti contro la Pubblica Amministrazione commessi da funzionari e autorità. Ciò nondimeno, ciò non deve indurre ad affermare che la violazione di tali doveri costituisca la ratio essendi di tali reati. Essa rappresenta esclusivamente il mezzo commissivo attraverso il quale si realizzano i delitti di funzionario, poiché solo mediante l'inosservanza dei doveri è possibile ledere o mettere in pericolo i principi costituzionali che, a loro volta, costituiscono il vero bene giuridico-penale di queste fattispecie. Riconoscere il ruolo fondamentale della violazione dei doveri d'ufficio nei tipi penali del Titolo XIX non implica aderire a una concezione formale di tali reati. Questa preoccupazione ha turbato notevolmente la dottrina penalistica e ha coinvolto anche il tipo penale dell'art. 408 CP. Tuttavia, i doveri inerenti alla carica rivestono un indiscutibile ruolo positivo in determinati reati. La loro esistenza tutela principi costituzionali essenziali come quello di legalità e gode di legittimità democratica. La loro delimitazione come beni giuridico-penali evita proprio il rischio di scivolare verso un reato formale. Ciò che si sanziona, dunque, non è la mera disobbedienza al dovere, bensì il risultato lesivo o di pericolo che tale disobbedienza ha prodotto sul valore autenticamente protetto dalla norma penale. Pertanto, solo quando si verifichi tale risultato, nei termini in cui è definito, potrà applicarsi il relativo illecito.

QUINTA. Il reato di omissione del dovere di perseguire reati deve essere collocato tra i delitti contro l'Amministrazione della Giustizia (Titolo XX), come correttamente sostiene la maggioranza della dottrina. Nondimeno, la critica all'attuale collocazione sistematica dell'art. 408 CP ha oscurato l'opera di delimitazione del valore tutelato da tale norma. Questo approccio metodologico, sebbene corretto nell'evidenziare il minore legame di tale tipo penale con il Titolo XIX ("Delitti contro la Pubblica Amministrazione"), si rivela insufficiente, poiché la formulazione di tale critica dovrebbe seguire, non precedere, l'individuazione del suo bene giuridico protetto.

L'art. 408 CP non presenta alcun collegamento con i principi stabiliti dall'art. 103 CE, bensì con quei principi costituzionali che determinano il corretto funzionamento dell'Amministrazione della Giustizia. Nell'omissione del dovere di perseguire reati, la funzione pubblica centrale è evidentemente una funzione inerente al processo penale e determinante per il suo avvio conforme alla legge: la funzione di promuovere la persecuzione dei reati e dei loro responsabili. Questa funzione, a sua volta, trova il suo fondamento e la sua ragion d'essere in un principio costituzionale essenziale, cardine dell'Amministrazione della Giustizia: il principio di "legalità processuale". Derivato dagli artt. 117.1 e 124.2 CE, in virtù di tale principio - e secondo la concettualizzazione elaborata dalla maggior parte della dottrina processualistica - una volta commesso un reato da parte di qualsiasi cittadino, il meccanismo processuale pubblico deve necessariamente essere attivato. Inoltre, tale attivazione deve avvenire nei termini stabiliti dalla legge e da parte dei funzionari competenti. Non è dunque ammissibile che la decisione di avviare o meno il processo penale, o su come condurlo, possa ricadere in mano a soggetti privati.

SESTA. La consacrazione costituzionale del principio di legalità processuale negli artt. 117.1 e 124.2 CE dissipa ogni dubbio sulla legittimità della tutela penale ad esso accordata. Del resto, nell'ordinamento giuridico spagnolo, il sistema processuale penale si fonda sul principio di legalità processuale, che ne rappresenta uno dei pilastri fondamentali. Ne è prova emblematica il fatto che i margini riconosciuti al principio di opportunità nell'avvio del processo penale - peraltro già di per sé estremamente ristretti - si limitino a concedere soltanto una discrezionalità regolata e sottoposta a stringenti condizioni.

D'altro canto, il principio di legalità processuale, come ogni principio costituzionale, opera quale garanzia di numerosi altri principi e diritti, sicché la sua

violazione comporta inevitabilmente una violazione "a cascata" di questi ultimi. Ciò ha costituito un motivo determinante per respingere il carattere plurioffensivo di questo reato, come proposto da una minoranza dottrinale. È indubbio che la commissione del reato di cui all'art. 408 CP implichi la violazione dello "*ius et procedatur*" o "diritto di accesso alla giurisdizione", componente del più ampio diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale effettiva. Tuttavia, tale circostanza non basta a qualificare questo diritto come bene giuridico-penale della fattispecie in esame. Proprio la capacità sintetica del principio di legalità processuale di racchiudere in sé, in modo intrinseco, il riferimento a molteplici altri principi e diritti fa sì che lo *ius et procedatur* rappresenti soltanto uno di essi. Pertanto, la salvaguardia di tali principi e diritti avviene indirettamente, attraverso la tutela penale accordata alla legalità processuale.

Questa considerazione, unitamente al concetto di "plurioffensività" qui adottato, ci ha indotto a escludere che tali diritti possano configurarsi come autentici beni giuridici protetti dall'art. 408 CP. Una soluzione contraria contribuirebbe, a nostro avviso, a una spiritualizzazione o volatilizzazione del concetto di bene giuridico-penale. Tanto più che lo *ius et procedatur* non risulta necessariamente pregiudicato dalla commissione del reato in esame: l'art. 408 CP sanziona infatti il funzionario che ometta di perseguire qualsiasi reato, anche in assenza di vittime specifiche o quando queste non siano ancora identificate al momento della *notitia criminis*.

SETTIMA. La modalità di offesa al bene giuridico «principio di legalità processuale» consiste nella violazione dei doveri funzionali che costituiscono l'essenza stessa della funzione di perseguire i reati. Tale inadempimento si configura come il mezzo attraverso cui il pubblico ufficiale ostacola o addirittura impedisce l'avvio regolare del cosiddetto "procedimento preliminare", inteso in dottrina come composto dalla fase pre-processuale e da quella istruttoria in senso stretto. In altri termini, l'art. 408 CP assicura che questa fondamentale funzione pubblica venga esercitata esclusivamente dai soggetti istituzionalmente competenti e nel pieno rispetto dei principi di legalità. Una simile concezione consente di interpretare la promozione dell'azione penale in una prospettiva sostanziale e non meramente formale, superando una visione limitata alla sola azione del *Ministerio Fiscal*. Se così non fosse, infatti, i fiscali requirenti rappresenterebbero gli unici possibili soggetti attivi del reato, soluzione chiaramente estranea alla disciplina codicistica. La proposta interpretativa che identifica nel principio di legalità processuale il bene giuridico protetto presenta un pregio decisivo: scaturisce direttamente dalla

formulazione testuale della norma, aderendo perfettamente agli elementi costitutivi della fattispecie criminosa. Questo approccio evita artificiosità ermeneutiche e garantisce piena coerenza con l'impianto sistematico del codice penale.

OTTAVA. La fattispecie penale di omissione del dovere di perseguire i reati costituisce un illecito di lesione e non di pericolo. Sebbene la dottrina abbia generalmente taciuto sulla natura giuridica dell'art. 408 CP, nella presente tesi si è giunti alla conclusione che il paradigma di lesione del bene giuridico tutelato (il principio di legalità processuale) non può consistere nell'ottenimento di un risultato consistente nell'impedimento o nel ritardo significativo dell'apertura del processo penale. Una simile concettualizzazione della lesione, applicata all'art. 408 CP, ci sembra francamente problematica, poiché difficilmente una norma incriminatrice può ricomprendere un simile risultato, in quanto dipendente da molteplici circostanze non controllabili dal funzionario omissente. Questo ragionamento non si discosta molto, in realtà, da quello proprio della tesi dei reati cumulativi o dei beni giuridici intermedi, e tende ad ammettere un tipo di pericolo laddove è noto che il danno non può essere causato da azioni individuali. Per tali motivi, abbiamo deciso di delimitare la lesione del principio di legalità processuale come “quella mancata osservanza, da parte del funzionario competente, dell'obbligo di promuovere la persecuzione dei reati”. Pur allontanandoci da concezioni meramente formali dell'art. 408 CP, insistiamo sul fatto che vi sarà lesione solo quando tale violazione del dovere produca conseguenze esterne reali, anche se queste si concretizzano nel fatto di aver riservato a un cittadino un trattamento diseguale che ne ostacola l'accesso alla giustizia.

NONA. Dopo aver aderito alla tesi di SILVA SÁNCHEZ in merito alla distinzione tra azione e omissione, abbiamo concluso che la fattispecie di cui all'art. 408 CP presenta una natura omissiva, in quanto in essa si sanziona il soggetto attivo per la mancata realizzazione di una prestazione positiva considerata *ex ante* come necessaria per la tutela della legalità processuale, consistente nel promuovere la persecuzione dei reati o dei loro responsabili. Ciò non impedisce, in ogni caso, che la condotta tipica possa essere realizzata mediante azioni oppure omissioni; infatti, la distinzione tra azione e omissione riguarda le forme di imputazione, ed è irrilevante che si utilizzino formule linguistiche attive oppure omissive nel delimitare le condotte tipiche.

Applicando tali considerazioni all'art. 408 CP, abbiamo concluso che il suo verbo tipico opera come quadro semantico per le modalità di commissione attiva e omissiva,

una delle quali consiste nell’“abbandono del posto”, nonostante la tipizzazione di tale condotta sia espressamente prevista nell’art. 407 CP e punita con una pena più grave. In effetti, riconoscere che il verbo tipico “*dejar de promover la persecución*” (omettere di promuovere la persecuzione) ammette modalità di commissione sia attive che omissive, e accettare l’esistenza di un rapporto di specialità tra gli artt. 407 e 408 CP, non solo risulta più coerente con il significato comunemente attribuito al verbo “dejar de” (omettere di), ma consente anche di evitare conseguenze sanzionatorie incoerenti. Se non si accogliesse tale interpretazione, verrebbero penalizzate unicamente le omissioni pure previste all’art. 408 CP, mentre resterebbero impunte condotte attive che, per ragioni valutative, potrebbero rientrare nello stesso precetto. Infatti, l’unica ipotesi di condotta attiva sanzionata espressamente — l’abbandono dell’incarico per non perseguire reati — è prevista all’art. 407 CP, lasciando escluse altre condotte parimenti riprovevoli.

DECIMA. L’art. 408 CP fa parte delle cosiddette “omissioni di gravità intermedia”, considerato che presenta differenze significative sia rispetto all’omissione pura che ai reati di commissione per omissione. Sebbene buona parte della dottrina abbia equiparato questa categoria di omissioni alle “omissioni del garante” coniate dal penalista SILVA SÁNCHEZ, tale etichetta non risulta appropriata. Questa categoria tipica è stata concepita esclusivamente per i delitti che ledono la vita o la salute delle persone in situazioni di pericolo, con una finalità limitativa del pensiero dell’ingerenza, il che giustifica il nostro rigetto della sua applicazione all’art. 408 CP. Tuttavia, qualificare l’art. 408 CP come “omissione di gravità intermedia” non implica sostenere una tesi tripartita delle omissioni tipiche. Al contrario, come giustamente afferma HUERTA TOCILDO, queste omissioni *sui generis* devono cercare di integrarsi nelle categorie classiche di “omissione pura” e “commissione per omissione”, definendo queste ultime in termini più ampi. Seguendo il suo esempio, abbiamo concluso che la rilevanza della posizione di garante — propria di un funzionario titolare del dovere specifico di perseguire i reati — e il carattere lesivo della fattispecie impediscono di considerare l’art. 408 CP come un’ipotesi di omissione pura, avvicinandolo invece alla figura della commissione per omissione.

UNDICESIMA. L’ambito tipico dell’art. 408 CP comprende unicamente quei reati commessi da un terzo e già consumati. Solo *ex post* alla perpetrazione di un reato può nascere l’obbligo di perseguirlo e investigarlo. Si tratta, in conseguenza, di una condotta post-esecutiva, distinguendosi radicalmente dalle fattispecie penali che sanzionano la non evitazione di reati commessi da terzi (artt. 412.3 e 450 CP). Questi ultimi riguardano un

dovere di intervenire con carattere preventivo rispetto alla consumazione del reato e, pertanto, costituiscono un obbligo che nasce mentre l'esecuzione del reato è ancora attiva, e quindi è ancora possibile evitare la lesione o il pericolo che incombe sul bene giuridico tutelato. Da ciò deriva anche il fatto che le pene previste per tali reati siano sostanzialmente più severe di quelle previste dall'art. 408 CP. A conferma di questa conclusione contribuisce il fatto che i verbi tipici "perseguir" (art. 408 CP) e "evitar" o "impedir" (artt. 412.3 e 450 CP) sono eminentemente diversi, come si evince dalla definizione riportata nel Dizionario della Real Academia Española. Perseguire, quindi, consiste nel procedere giudizialmente contro qualcuno dopo la commissione di un reato. A sua volta, la congiunzione dei termini "promuovere" e "persecuzione" nell'art. 408 CP sottolinea la connessione di questa fattispecie con il procedimento preliminare (fase pre-processuale e istruttoria giudiziaria), in modo tale che la "persecuzione" dei reati a cui si riferisce l'art. 408 CP includa solo quegli atti con cui si avvia, o ciò che è lo stesso, si inizia, la pretesa penale.

DODICESIMA. Il quadro offerto dalle fattispecie penali di evitazione dei reati (artt. 412.3 e 450 CP) e dall'art. 408 CP è caotico e appare pieno di incoerenze di grande rilievo, sia sistematiche sia, soprattutto, penologiche. Fino al punto che, *de lege lata*, è impossibile per l'interprete superare le contraddizioni in cui incappa quest'ultimo. Perciò, *de lege ferenda*, si impone con urgenza la riforma dell'art. 412.3 CP, in modo da eliminare il requisito tipico del "richiesta da parte di un privato" e da elevare le pene attribuite a questa norma al di sopra di quelle previste dall'art. 450 CP. In questo modo, l'art. 412.3 CP servirà a sanzionare l'omissione del dovere di evitare i reati da parte dei funzionari di polizia (indipendentemente dal fatto che vi sia o meno una richiesta in tal senso da parte di un privato), e cesserà di essere una fattispecie speciale privilegiata rispetto all'art. 450 CP. In caso contrario, si continuerà a "risolvere" le lacune punitive derivanti dalla scarsa redazione dell'art. 412.3 CP ricorrendo all'art. 408 CP, erigendolo a una sorta di fattispecie sussidiaria rispetto a quella, deformandone il verbo tipico e contribuendo a far sì che la non evitazione dei reati senza richiesta di un privato venga punita con una pena bassa di interdizione speciale (in contrasto insostenibile con le pene detentive riservate ai privati dall'art. 450 CP).

TREDICESIMA. Sia *de lege lata* sia *de lege ferenda* può essere sostenuta l'esclusione dei "reati lievi" dall'ambito tipico oggettivo dell'art. 408 CP. *De lege lata*, sebbene risulti più difficile, implica sostenere che gli interpreti devono, in virtù del principio di minima

intervento o minima offensività, procedere all'esegesi delle fattispecie penali che presentano termini confusi, clausole generali o concetti giuridici indeterminati, scegliendo quindi l'opzione esegetica meno estensiva della norma penale e, di conseguenza, più favorevole all'imputato. Ciò può essere sostenuto sia dal punto di vista del principio di frammentarietà, assumendo la posizione che l'attacco al principio di legalità processuale sia meno grave quando si omette la persecuzione di reati lievi — il che a sua volta implica l'invocazione, in relazione a tale omissione, del principio di insignificanza —; sia dal punto di vista del principio di sussidiarietà, poiché in questo ambito esiste una doppia tipicità penale e amministrativa che consiglia di tutelare il carattere di *ultima ratio* proprio del diritto penale. Così, sebbene *a priori* si possa obiettare che nell'art. 408 CP non vi siano termini confusi o ambigui che consentano di sostenere questa tesi, dato che la sua literalità è chiara riferendosi ai "reati", l'interpretazione estensiva a sfavore dell'imputato che deriverebbe dal ritenere che, dalla riforma del 2015, tale disposizione abbia esteso il suo ambito ai reati lievi che fino a quell'anno costituivano infrazioni, non si concilia bene con la volontà del legislatore della LO 1/2015, del 30 marzo, che con questa riforma ha espresso l'intenzione di restringere, e non espandere, il diritto penale.

QUATTORDICESIMA. Il fatto che determinati reati dipendano dalla volontà della vittima per essere perseguiti non implica la scomparsa dell'interesse pubblico alla loro persecuzione, né esonera il funzionario dal dovere di promuoverla. Anche nel caso di reati semipubblici, quasi pubblici o privati, permane l'obbligo di indagare. Tuttavia, è necessario precisare che, in tali ipotesi, tale dovere può risultare parzialmente limitato dalle facoltà che l'ordinamento riconosce alla vittima. Tale limitazione, però, non comporta in alcun modo l'annullamento del dovere funzionale di perseguire i reati. In conclusione, l'interesse pubblico a perseguire e indagare i fatti delittuosi non è condizionato dal regime di perseguibilità previsto per essi, poiché anche nei reati privati rimangono doveri di indagine e di persecuzione in capo alla polizia giudiziaria (artt. 284.1 e 282.2 LECrim) e al giudice istruttore (ad esempio, art. 808 LECrim), sebbene non al *ministerio fiscal* (art. 104 LECrim).

QUINDICESIMA. Il riferimento all'omissione del dovere di promuovere la persecuzione dei "responsabili" dei reati non è superfluo, bensì dotato di un significato autonomo, in quanto implica che l'art. 408 CP debba applicarsi ai casi in cui il funzionario competente omette le dovute attività di identificazione o di arresto del sospettato

nell'ambito dell'indagine di un reato. Ciononostante, il riferimento ai “responsabili” del reato non è tecnico da un punto di vista giuridico, poiché comporta una certa qualificazione giuridica anticipata dei fatti. Per questo motivo, *de lege ferenda*, proponiamo di sostituirlo con un altro termine che faccia riferimento alla posizione che il soggetto passivo ricopre nelle fasi iniziali del procedimento penale e che, pertanto, sia realmente conforme alla terminologia utilizzata dalla nostra dottrina processuale: “indagati” o, eventualmente, “sospettati”.

SEDICESIMA. La combinazione delle clausole tipiche “*notitia criminis*” e “*faltando a la obligación del cargo*” (mancanza dell'adempimento del proprio incarico) comporta che, ai fini dell'applicazione dell'art. 408 CP, sia necessario che il pubblico ufficiale abbia avuto conoscenza del reato nell'ambito delle sue funzioni pubbliche. Solo in tal modo tale soggetto può rivestire una vera posizione di garante nei confronti del bene giuridico tutelato. Tale requisito, dunque, si applica a tutti i soggetti attivi previsti dall'art. 408 CP, inclusi i membri della polizia giudiziaria, nonostante quanto previsto dall'art. 5.4 LOFCS, che definisce il loro incarico pubblico come permanente, facendo sì che essi siano sempre, in linea di principio, “in servizio” in relazione alle loro funzioni di “difesa della Legge e della sicurezza cittadina”. Tale disposizione di carattere extrapenale non dovrebbe essere applicata senza critica all'art. 408 CP, in quanto il suo fondamento — sebbene non sviluppato teoricamente in modo approfondito — riguarda unicamente l'obbligo della polizia di intervenire per neutralizzare situazioni di pericolo nei confronti di beni giuridici personali. Anche se nell'art. 5.4 LOFCS si fa riferimento anche alla “difesa della Legge”, questa seconda missione potrebbe essere interpretata come fonte dell'obbligo degli agenti di polizia di agire in ogni momento con riferimento al complesso delle loro mansioni attribuite (dopotutto, tutte esse, come quelle di ogni altro funzionario, sono correlate, in ultima analisi, all'osservanza della legalità). Perciò, si tratta di una formulazione troppo generica, che non riteniamo idonea a costituire una base sufficiente per attribuire la responsabilità penale ai sensi dell'art. 408 CP.

DICIASSETTESIMA. La clausola “*faltando a la obligación de su cargo*” (“mancanza dell'adempimento del proprio incarico”) dell'art. 408 CP deve essere interpretata in senso restrittivo, limitandone l'applicazione a coloro che hanno il dovere specifico di perseguire i reati: giudici, fiscali e membri della polizia giudiziaria, conformemente a quanto disposto dall'art. 282 LECrim. Pertanto, sebbene ci siano altri pubblici ufficiali titolari del dovere legale di segnalare i reati rilevati nell'esercizio delle proprie funzioni, il loro

ruolo è meramente ausiliario e non comporta un vero obbligo d'indagare i reati, come invece grava su quelli prima menzionati. Questa interpretazione restrittiva è rafforzata dall'analisi della discutibile prassi giurisprudenziale, incoerente e generatrice di disparità di trattamento penale, che occasionalmente sanziona determinati funzionari (come ispettori del fisco o sindaci), mentre esclude altri con identici doveri di trasmissione della *notitia criminis*. Di conseguenza, occorre applicare un concetto restrittivo del soggetto attivo dell'art. 408 CP, poiché la normativa sull'imposizione di tale obbligo è troppo prolissa e dispersiva per integrare il reato (attualmente sono enormi gli obblighi rafforzati di denuncia attribuiti ai funzionari di diversi ambiti di competenza), ma anche per fedeltà al significato stretto di "perseguire i reati".

DIOCETTESIMA. Sebbene la dottrina tenda a indicare i giudici e i magistrati come soggetti protagonisti dell'articolo 408 CP, un'analisi giuridico-penale e processuale approfondita, nonché un esame del panorama giurisprudenziale, rivelano che la possibilità concreta di applicare questo reato ai giudici è piuttosto bassa. In realtà, solo i giudici istruttori possono incorrere in tale reato. Inoltre, anche per questi ultimi, esistono notevoli difficoltà nel riconoscere la loro responsabilità penale per omissione del dovere di perseguire i reati. Le principali difficoltà risiedono nel fatto che la loro partecipazione al processo penale avviene principalmente in forma attiva, attraverso risoluzioni giudiziarie, e la dottrina e la giurisprudenza prevalenti rifiutano di punire le modalità attive di commissione dell'art. 408 CP; in secondo luogo, che sono previste numerose possibilità legali di presentare ricorsi contro quelle decisioni percepite dalle parti come ingiuste, il che ostacola la possibilità di parlare di un vero e proprio danno al bene giuridico protetto; terzo, che la professione giudiziaria, in relazione alla fase preliminare del procedimento, è dotata di un ampio margine di discrezionalità, il che comporta ancora l'ostacolo probatorio di dimostrare la tipicità soggettiva richiesta dall'art. 408 CP; e infine, l'esistenza di altri reati che puniscono più severamente comportamenti che potrebbero rientrare nell'attuale fattispecie penale, come il reato di ritardo doloso previsto dall'art. 449 CP. Le stesse considerazioni sono applicabili ai fiscali.

DICIANNOVESIMA. La posizione centrale degli agenti di polizia giudiziaria nelle fasi iniziali del processo penale spiega perché essi siano attualmente i soggetti attivi per eccellenza nell'art. 408 CP. Il minore margine di discrezionalità riconosciuto nell'adempimento delle loro funzioni, unito all'obbligo di comunicare immediatamente ai fiscali e ai giudici i risultati delle loro attività, agevola l'accertamento della tipicità

soggettiva richiesta da tale fattispecie penale. Tuttavia, l'analisi della giurisprudenza rivela un uso distorto di questa disposizione, che serve a consacrare un preoccupante “diritto penale dell'amico”. In effetti, attraverso di essa si puniscono ipotesi di permissività da parte della polizia o addirittura di prestazione di assistenza attiva a favore di reti coinvolte nel contrabbando o nel traffico di stupefacenti; ipotesi che, in realtà, dovrebbero essere qualificate o come coautori di tali reati (alla luce della nozione estensiva di autore prevista dall'art. 368 CP), o come partecipanti omissivi agli stessi, o, quanto meno, come autori di un reato di omissione del dovere di impedire reati (artt. 412.3 e 450 CP). Al di fuori di tale contesto legato al traffico di droga, esistono pochissime decisioni che sanzionano gli agenti di polizia per il mancato adempimento delle loro funzioni di persecuzione penale, il che evidenzia una preoccupante selettività nell'applicazione della norma.

VENTESIMA. L'art. 408 CP è un reato speciale proprio (o reato proprio non correlato) che non riteniamo appartenere alla categoria roxiniana dei *Pflichtdelikte* (reati per violazione di un obbligo). Sebbene in questo reato l'inadempimento del dovere sia un elemento tipico essenziale, ciò non significa che l'offensività o l'ingiustizia dell'art. 408 CP debba basarsi su questo. Oltre al fatto che nell'omissione del dovere di perseguire i reati si tutela un bene giuridico-penale di radice costituzionale, in questa fattispecie è riconosciuto un margine indispensabile di organizzazione o dominio, riferibile alla capacità di ledere il principio di legalità processuale, facilitata dalla posizione privilegiata del funzionario incaricato di perseguire i reati. Il dominio, che abbiamo definito — ai fini della valutazione delle modalità di autore ammissibili nell'art. 408 CP — come “dominio oggettivo e positivo”, segue le elaborazioni di LUZÓN PEÑA e, soprattutto, di Díez y García Conlledo. Su tale base, solo potrà essere qualificato autore del reato chi, soddisfacendo gli elementi personali o speciali di autore previsti dall'art. 408 CP e adempiendo agli altri elementi tipici, si trovi in posizione di controllo dell'evento, da solo o insieme ad altri, potendo determinare positivamente il *se* e il *come* del risultato.

VENTUNESIMA. Nell'art. 408 CP sono contemplate tutte le forme di autoria previste dal nostro Codice penale: la autoria diretta, la coautoria e la autoria mediata. In particolare, è stata oggetto di un'analisi approfondita la coautoria, tenuto conto che spesso questa viene negata in relazione ai reati di omissione pura. Tuttavia, contrariamente alla linea dottrinale e giurisprudenziale dominante, si è ritenuto che l'art. 408 CP sia una fattispecie di omissione intermedia che si inserisce, in modo ampio, nella commissione

per omissione. Per tale motivo, considerando l'ampiezza con cui è definita la condotta tipica dell'art. 408 CP, non può essere esclusa in questo caso la coautoria, poiché è perfettamente concepibile che l'obbligo di perseguire i reati ricada su più soggetti congiuntamente, in modo che solo mediante la somma dei contributi cumulativi di questi sia possibile violare l'obbligo di perseguimento delittuoso e ledere il bene giuridico protetto.

Per quanto riguarda le forme di partecipazione previste dagli artt. 28 e 29 CP, sono pienamente applicabili alla fattispecie di omissione dell'obbligo di perseguire i reati, includendo casi di induzione, cooperazione necessaria e complicità, il che amplia notevolmente gli scenari di possibile intervento dell'*extraneus* nell'art. 408 CP. Per quanto concerne la pena applicabile a questi partecipi, si ritiene adeguata, secondo l'interpretazione dominante, la sua attenuazione in virtù dell'articolo 65.3 CP, nella misura in cui gli *extranei* non possiedono la qualità funzionale che fonda il nucleo dell'ingiustizia dell'art. 408 CP. Questa opzione interpretativa si rafforza nel concepire detto reato come un illecito in cui, sebbene sia fondamentale l'elemento relativo alla violazione dei doveri, non costituisce la sua *ratio essendi*, il che consente di giustificare sia la punizione della partecipazione di estranei sia la modulazione della loro responsabilità penale.

VENTIDUESIMA. Come sottolineato dalla dottrina maggioritaria, l'espressione tipica “*intencionadamente*” («intenzionalmente») comporta un rafforzamento dell'intensità del dolo richiesto dall'art. 408 CP, in modo che tale norma possa applicarsi solo in presenza di dolo diretto. *De lege lata*, questa appare l'unica soluzione ammissibile in termini di rispetto del principio di legalità, del principio di certezza del diritto (art. 9.3 CE) e di fedeltà al significato del termine «intenzione» secondo il Dizionario della *Real Academia Española*. Le ipotesi secondo cui l'inserimento di questa clausola tipica nel Codice penale del 1995 sia stato probabilmente dovuto a un semplice lapsus o errore del legislatore non ci sembrano un motivo sufficiente per abrogare, per via interpretativa, un'espressione che appare solo in alcuni reati. Soprattutto considerando che l'interpretazione fornita dalla dottrina dominante riesce ad attribuirle una funzionalità propria, evitando che risulti superflua e consentendo al contempo una restrizione della norma penale.

De lege ferenda, proponiamo l'eliminazione dell'espressione «intenzionalmente» dall'art. 408 CP, poiché, sia da un punto di vista teleologico che politico-criminale, non ha senso escludere da tale norma l'omissione dolosa eventuale del dovere di perseguire

reati. A tal punto che la stessa giurisprudenza punisce (dopo aver aderito teoricamente nelle sue risoluzioni alla linea dottrinale dominante) casi che non costituiscono altro che omissioni con dolo eventuale. Allo stesso modo, l'espressione «intenzionalmente» sta fungendo da base per un'interpretazione dottrinale e giurisprudenziale che inventa l'esistenza di un elemento soggettivo speciale finalistico nell'art. 408 CP (normalmente consistente nell'*animus* che il reato omesso di perseguire rimanga impunito), accentuando i gravi problemi che questa norma pone a livello concorsuale (per quanto riguarda la sua distinzione dal favoreggiamento personale per abuso di funzioni pubbliche ex art. 451.3, b CP) e processuale (per quanto riguarda la prova della tipicità soggettiva, che risulta enormemente complicata).

VENTITREESIMA. Il reato di omissione del dovere di perseguire reati costituisce un illecito penale di mera inazione e di consumazione istantanea. Infatti, il momento consumativo coincide con l'istante in cui il pubblico ufficiale si astiene dall'adempiere al suo dovere di perseguire reati, violando così il principio di legalità processuale. Tale momento deve essere determinato in funzione dei termini stabiliti dalla normativa processuale applicabile, in modo che l'inazione ingiustificata o la totale passività dell'ufficiale, una volta scaduto detto termine, comporti la consumazione del reato. Tuttavia, la struttura commissivo-omisiva della norma consente che la fattispecie di reato possa concretizzarsi sia attraverso una pura omissione sia attraverso comportamenti positivi che rivelino la volontà deliberata del funzionario di sottrarsi al suo obbligo legale. Mentre nel primo caso il momento consumativo corrisponderà alla scadenza del termine fissato dalla normativa procedurale corrispondente, nel secondo caso si verificherà quando si produrranno tali atti materiali conclusivi che dimostrano l'abbandono delle funzioni.

VENTICUATTRESIMA. L'articolo 408 CP non costituisce un reato permanente, ma uno di stato. Sebbene siano molte le definizioni che sono state coniate per il “reato permanente”, nella presente tesi di dottorato abbiamo sottoscritto quella fornita da MIR PUIG. Secondo questa definizione, i reati di stato condividono con i reati permanenti il fatto che entrambi creano una situazione antiggiuridica che perdura nel tempo in funzione della volontà dell'autore. La peculiarità dei reati permanenti risiede nel fatto che la loro regolamentazione legale comprende esplicitamente non solo la creazione della situazione antiggiuridica, ma anche il suo mantenimento nel tempo. E tale caratteristica non è presente nell'art. 408 CP, poiché la sua formulazione si riferisce esclusivamente alla rinuncia

puntuale al perseguimento dei reati. Solo una formulazione legale che richiedesse espressamente la produzione e il mantenimento della situazione antigiuridica — ad esempio, includendo una formula come «impedire l'inizio o l'avvio del relativo processo» — consentirebbe di qualificare correttamente questo reato come permanente in questo contesto.

VENTICINQUESIMA. L'art. 408 CP si inserisce nella categoria delle «omissioni di gravità intermedia» e, più precisamente, in quella dei reati di commissione per omissione. Tale inquadramento comporta rilevanti implicazioni in relazione alle figure di tentativo, desistenza e atti preparatori. Nei casi in cui questo reato si concretizza attraverso una condotta attiva —e, in particolare, attraverso il compimento di diversi atti consecutivi volti a impedire il perseguimento di un reato—, non vi sono motivi per escludere l'esecuzione imperfetta. Non avviene lo stesso quando l'art. 408 CP si configura come una pura omissione: in tali casi, il tentativo risulta giuridicamente inarticolabile, poiché il reato si consuma nel momento in cui scade il termine legale per agire senza che il funzionario abbia adempiuto al proprio dovere. Se, al contrario, prima della scadenza di tale termine il funzionario rettifica la sua condotta e agisce in conformità con il suo obbligo, non si sarà verificata alcuna infrazione penale. Per le stesse ragioni, la desistenza (art. 16.2 CP) è concepibile solo nell'ambito di una commissione attiva dell'art. 408 CP, risultando incompatibile con la sua realizzazione attraverso una pura omissione. Infine, sebbene riteniamo priva di fondamento la punizione espressa degli atti preparatori prevista dall'art. 445 CP, applicabile all'insieme dei reati del Titolo XIX, tale disposizione implica che tutte le forme di preparazione delittuosa (cospirazione, proposizione e provocazione) siano concepibili in relazione all'art. 408 CP, sia che presenti una natura attiva che puramente omissiva.

VENTISEIESIMA. L'art. 361 del Codice penale italiano fornisce parametri interpretativi che contribuiscono a una lettura più razionale dell'art. 408 CP, in linea con i principi limitatori del *ius puniendi*. Tuttavia, nonostante le somiglianze tra i due reati, presentano contorni tipici distinti. La differenza principale risiede nel fatto che, pur mirando a tutelare lo stesso bene giuridico — il principio di legalità processuale — intervengono in momenti diversi. Mentre l'art. 408 CP sanziona la lesione di tale principio, che può verificarsi solo da parte dei veri garanti del buon andamento della funzione di perseguimento del reato (i soggetti dell'art. 282 della *Ley de Enjuiciamiento Criminal*), l'art. 361 c.p. italiano anticipa le barriere dell'intervento punitivo, sanzionando

tutti i pubblici ufficiali che omettono di comunicare a pubblici ministeri e giudici qualsiasi reato rilevato nell'esercizio delle loro funzioni. Per questo motivo, la dottrina italiana giustamente qualifica questo come un reato di pericolo, poiché ciò che viene sanzionato penalmente è l'inadempimento di un dovere ritenuto idoneo ex ante a ostacolare o ignorare il valore tutelato dalla norma. Curiosamente, quindi, e al contrario di quanto accade nell'art. 408 CP, attraverso il reato dell'art. 361 c.p. italiano si tutela esclusivamente la fase pre-processuale dei procedimenti penali (e non anche la fase di istruzione), anticipando la tutela penale rispetto al modello spagnolo adottato nel reato in esame. Sebbene in entrambi — almeno partendo dalla nostra concezione personale dell'art. 408 c.p. spagnolo — si tuteli il principio di legalità processuale, nel sistema italiano si cerca di garantire che il reato giunga a conoscenza di chi deve perseguirlo.

BIBLIOGRAFÍA

ACALE SÁNCHEZ, MARÍA, *Delitos urbanísticos*, Cedecs, Madrid, 1997.

- “Artículo 191”, en *Comentarios al Código Penal 2 Tomos*, con CUERDA ARNAU, M.L. (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, págs. 1294-1296.

ACOSTA GALLO, PABLO, *Derecho de la seguridad, responsabilidad policial y penitenciaria*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

AGUADO CORREA, TERESA, *El principio de proporcionalidad en derecho penal*, Edersa, Madrid, 1999.

- “El principio de proporcionalidad en derecho penal. Especial consideración de los delitos de peligro abstracto”, en *El principio de proporcionalidad penal*, con LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. (Dir.), *Ad Hoc*, Buenos Aires, 2014, págs. 29-91.

AGUDO FERNÁNDEZ, ENRIQUE, JAÉN VALLEJO, MANUEL, PERRINO PÉREZ, ÁNGEL LUIS, *et al.*, *Derecho Penal aplicado. Parte Especial. Delitos contra intereses difusos o colectivos*, Dykinson, Madrid, 2019.

ALARCÓN SOTOMAYOR, LUCÍA, “Los confines de las sanciones: en busca de la frontera entre derecho penal y derecho administrativo sancionador”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 196, 2014, págs. 135-167.

ALASTUEY DOBON, M. CARMEN, “Delitos de comisión por omisión en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Tomo 45, Fasc. 3, 1992, págs. 969-1022.

ALCÁCER GUIRAO, RAFAEL, “Los fines del Derecho Penal. Una aproximación desde la filosofía política”, en *ADPCP*, Tomo 51, Fasc/Mes 1-3, 1998, págs. 365-588.

- *Tentativa y formas de autoría. Sobre el comienzo de la realización típica*, Edisofer, Madrid, 2001.
- “La protección del futuro y los daños acumulativos”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 4, 2002, págs. 177-206.

- *¿Lesión de bienes jurídicos o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material de delito*, Atelier, Barcelona, 2003.
- *Estudios sobre la tentativa y el desistimiento en Derecho Penal*, Temis, Bogotá, 2006.
- “¿Protección de bienes jurídicos o protección del ordenamiento jurídico?”, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, vol. 7, núm. 11, 2011, págs. 293-335.

ALONSO PÉREZ, FRANCISCO, *La policía judicial*, Dykinson, Madrid, 1998.

ALONSO RIMO, ALBERTO, *Víctima y sistema penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002.

- “¿Impunidad general de los actos preparatorios? La expansión de los delitos de preparación”, en *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 4, 2017.
- “¿Actos preparatorios o pre-crímenes? ¿Penas o pre-castigos?: Aproximación al fundamento de la criminalización de la preparación delictiva”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 38, 2018, págs. 461-510.
- “Actos preparatorios y principio del hecho”, en *La crisis del principio del hecho en Derecho penal*, con MARAVER, MARIO, POZUELO, LAURA (Coord.), Reus Editorial, Madrid, 2020, págs. 31-88.
- *El tipo subjetivo de los actos preparatorios del delito: un estudio de las figuras preparatorias de la Parte General y Especial del Derecho penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023.

ÁLVAREZ GARCÍA, FRANCISCO JAVIER, *El delito de desobediencia de los funcionarios públicos*, J.M. Bosch Editorial, Barcelona, 1987

- “Algunas consideraciones sobre la tipificación de los delitos de desobediencia de funcionarios en el Código Penal de 1995”, en *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, con DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS (Coord.), Tecnos, Madrid, 2002, págs. 1175-1190.
- “Las desobediencias en Derecho Penal”, en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 4, 2012, págs. 208-215.
- “Lección 20. Introducción a los delitos contra la Administración Pública”, en *Tratado de Derecho Penal Español. Parte Especial III: Delitos contra las*

Administraciones Públicas y de Justicia, con GARCÍA ÁLVAREZ, FRANCISCO JAVIER (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 27-54.

- “Lección 21. Introducción a los delitos contra la Administración de Justicia”, en *Tratado de Derecho Penal Español. Parte Especial. III Delitos contra las Administraciones Públicas y de Justicia*, con ÁLVAREZ GARCÍA, FRANCISCO JAVIER (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 763-810.

AMELUNG, KNUT, “El concepto bien jurídico en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos”, en *La teoría del bien jurídico ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, con HEFENDEHL, ROLAND (Ed.), Traducción de ORTIZ DE URBINA GIMENO, ÍÑIGO, Marcial Pons, Madrid, 2016, págs. 227-264.

ANDRÉS IBÁÑEZ, PERFECTO, “Jueces y policía (Acerca de la distribución del trabajo represivo)”, en *Sistema: revista de ciencias sociales*, núm. 79, 1987, págs. 107-116.

ANDROULAKIS, N. IOANIS, *Studien zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte*, München und Berlin: Beck'sche, 1963.

ANGIONI, FRANCESCO, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Giuffrè, Milano, 1983.

ANTOLISEI, FRANCESCO, *Manuale di diritto penale. Parte Speciale 2*, Giuffrè, Milano, 2008.

ANTÓN ONECA, JOSÉ, “Historia del Código Penal de 1822”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, núm. 2, 1965, págs. 263-278.

- “El Código penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, núm. 18, fasc. III, 1965, págs. 473-496.
- “El Código Penal de 1870”, en *ADPCP*, Tomo 23, Fasc/Mes 2, 1970, págs. 229-252.
- *Derecho Penal Parte General, Tomo I*, Akal, Madrid, 1949.
- *Derecho Penal Parte General, Tomo I*, Akal, Madrid, 1964.

ARMENTA DEU, TERESA, *Estudios sobre el proceso penal*, Rubinzal-Culzoni Editorial, Buenos Aires, 2008.

ARROYO ZAPATERO, LUIS, “Derecho Penal económico y Constitución”, en *Revista Penal*, núm. 1, 1998, págs. 1-16.

ASENCIO MELLADO, JOSE MARÍA, “El proceso penal con todas las garantías”, en *Ius et veritas*, núm. 33, 2006, págs. 235-247.

- “Tema 4. Las partes en el Proceso Penal (II). Partes acusadas”, en *Derecho Procesal Penal*, con ASENCIO MELLADO, JOSE MARÍA (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2024, págs. 71-100.

ASÚA BATARRITA, ADELA, “La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración. Cuestiones político-criminales, criterios de interpretación y delimitación respecto a la potestad disciplinaria”, en *Delitos contra la Administración Pública*, con ASÚA BATARRITA, ADELA (Ed.), Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1997, págs. 13-55.

ATIENZA RODRÍGUEZ, MANUEL, RUIZ MANERO, JUAN, “Sobre principios y reglas”, en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 10, 1991, págs. 101-120.

BACIGALUPO ZAPATER, ENRIQUE, “Sobre la reforma de los delitos de funcionarios”, en *Documentación Jurídica*, vol. II, núm. 37-40, 1983, págs. 1095-1105.

- *Estudios sobre la parte especial del derecho penal*, Akal/Iure, Madrid, 1991.
- *Derecho Penal Parte General*, Ara ediciones, Lima, 2004.

BALSAMO, ANTONIO, “Artt. 361-377-bis” en *Codice Penale, Vol. IV: i delitti contro l'amministrazione della giustizia, il sentimento religioso e la pietà dei difunti, l'ordine pubblico, l'incolumità pubblica, l'ambiente, la fede pubblica, l'economia pubblica, il patrimonio culturale, il sentimento per gli animali, la famiglia*, con LATTANZI, GIORGIO, LUPO, ERNESTO (Dir.), Giuffrè. Milano, 2022, págs. 2-18.

BARBERO SANTOS, MARINO, *Política y Derecho Penal en España*, Tucur, Madrid, 1977.

BARCELONA LLOP, JUAN, “Policía de seguridad y responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas”, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 2, 1993, págs. 51-134.

- “Responsabilidad por daños derivados de actuaciones policiales”, en *Documentación Administrativa*, núm. 237-238, 1994, págs. 333-392.
- “Reflexiones constitucionales sobre el modelo policial español”, en *Revista española de derecho constitucional*, núm. 48, 1996, págs. 81-118.
- *Policía y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1997.

BARJA DE QUIROGA, JACOBO, RODRÍGUEZ RAMOS, LUIS, RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, LOURDES, *Códigos Penales españoles. Recopilación y concordancias, Vol. II*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2022.

BARÓ PAZOS, JUAN, “El derecho penal español en el vacío entre dos códigos (1822-1848)”, en *Anuario de Historia del Derecho español*, tomo LXXXIII, 2013, págs. 105-138.

BARONA VILAR, SILVIA, “Lección 4º. Las partes acusadas y los responsables civiles”, en *Proceso Penal. Derecho Procesal III*, con GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS, BARONA VILAR, SILVIA (Coord.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2024, págs. 91-112.

BARTOLI, ROBERTO, PELISSERO, MARCO, SEMINARA, SERGIO, *Diritto Penale. Lineamenti di Parte Speciale*, Giappichelli, Torino, 2024.

BAUMANN, JÜRGEN, *Zur Problematik der Bestechungstatbestände*, Verl.-Ges, Heidelberg, 1961.

BECKEMPER, KATHARINA, “El principio de oportunidad en el Derecho Penal Económico alemán”, en *Postmodernidad y proceso europeo: la oportunidad como principio informador del proceso judicial*, con CALAZA LÓPEZ, SONIA, MUINELO COBO, JOSÉ CARLOS (Dir.), Dykinson, Madrid, 2020, págs. 73-84.

BELTRANI, SERGIO, *Codice Penale commentato e aggiornato*, Giuffrè, Milano, 2023.

BERTOLINO, MARTA, *Analisi critica dei delitti contro l'amministrazione della giustizia*, Giappichelli, Torino, 2015.

BOBBIO, NORBERTO, “Presente y porvenir de los derechos humanos”, en *Anuario de derechos humanos*, núm. 1, 1981, págs. 7-28.

BOIX REIG, FRANCISCO JAVIER, “El principio de legalidad en la Constitución”, en *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, núm. 4, 1983, págs. 7-30.

- “De nuevo sobre el principio de legalidad”, en *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, núm. 15, 1986, págs. 9-28.
- “Policía y administración de justicia”, en *Anales de la Universidad de Alicante: Facultad de Derecho*, núm. 5, 1990, págs. 35-48.

BOLDOVA PASAMAR, MIGUEL ÁNGEL, *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*, Civitas, Zaragoza, 1995.

- *Los delitos urbanísticos*, Atelier, Barcelona, 2007.

BOLEA BARDÓN, CAROLINA, *Autoría mediata en Derecho Penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.

BONETESTEVA, MARGARITA, “Inmoralidades y vicios del funcionario público en el Código de 1822: los artículos 492 a 495”, en *Estudios sobre el Código Penal de 1822 en su bicentenario*, con CALLEJO HERNANZ, GREGORIO, MARTÍNEZ PATÓN, VÍCTOR (Coord.), Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2022, págs. 289-301.

BORGHESE, SOFO, *Il Codice Penale italiano commentato articolo per articolo coi richiami più recente giurisprudenza*, Dottore Francesco Vallardi, Milano, 1953.

BORJA JIMÉNEZ, EMILIANO, “La terminación del delito”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 48, Fasc/Mes 1, 1995, págs. 89-186.

- “Lección XXXIX. Delitos contra la Administración de Justicia”, en *Derecho Penal Parte Especial*, con GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ LUIS (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, págs. 789-836.

BRUNELLI, DAVID, “Omessa denuncia di reato”, en *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, con COPPI, FRANCO (Curatore), Giappichelli, Torino, 1996, págs. 3-45.

BORRAJO INIESTA, IGNACIO, “Presunción de inocencia. Investigación y prueba”, en *Cuadernos de derecho judicial*, núm. 9, 1996, págs. 13-54.

BUENAVENTURA SELVA, NARCISO, *Comentarios al Código Penal Reformado y planteado provisionalmente por Ley de 3 de junio de 1870*, Imprenta Española, Madrid, 1870.

BUSTOS RAMÍREZ, JUAN JOSÉ, “Política criminal y dolo eventual”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. 83, núm. 2, 1984, págs. 309-328.

- *Control social y sistema penal*, Temis, Bogotá, 1987.

BUSTOS RAMÍREZ, JUAN JOSÉ, HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Trotta, Madrid, 2006.

BUSTOS RUBIO, MIGUEL, “Limitación de mandato en los delitos de omisión propia: una reivindicación desde las ideas de Derecho penal mínimo e inexigibilidad”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 112, época II, 2014, págs. 95-136.

- *Delitos acumulativos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.
- “La omisión del deber de impedir y notificar hechos delictivos y del castigo, persecución y entrega de delincuentes (breve análisis del Capítulo VI del

Código Penal de 1822)”, en *Estudios sobre el Código Penal de 1822 en su bicentenario*, con CALLEJO HERNANZ, GREGORIO, MARTÍNEZ PATÓN, VÍCTOR (Coord.), Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2022, págs. 209-220.

- “Insignificancia y Derecho penal económico”, en *InDret*, núm. 4, 2023.

CADOPPI, ALBERTO, VENEZIANI, PAOLO, *Elementi di diritto penale. Parte Speciale, Vol. I*, Wolters Kluwer, Milano, 2023.

CALAZA LÓPEZ, SONIA, “Lección 12. El inicio del proceso penal: Actos de iniciación, de imputación y de defensa”, en *Derecho Procesal Penal*, con GIMENO SENDRA, VICENTE, DÍAZ MARTÍNEZ, MARÍA, CALAZA LÓPEZ, SONIA, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, págs. 201-223.

CALCAGNO, ELISABETTA, “Capitolo Primo. Violazione dell’obbligo di comunicazione della notizie criminis”, en *Trattato di Diritto Penale, Parte Speciale, Vol. 7*, con GROSSO, CARLO FEDERICO, PADOVANI, TULLIO, PAGLIARO, ANTONIO, Giuffrè, Milano, 2009, págs. 1-26.

CALDERÓN CEREZO, ÁNGEL, CHOCLÁN MONTALVO, JOSE ANTONIO, *Código Penal comentado*, Deusto Jurídico, Barcelona, 2004.

CAMAIONI, SALVATORE, “Fumus di reato e ritardata denuncia”, en *Giustizia penale, II*, 1981, págs. 142-150.

CANCIO MELIÁ, MANUEL, “Sección 3. Encubrimiento”, en *Memento penal*, Francis Levebre, Madrid, 2025, págs. 17000-17399.

CANESTRATI, STEFANO, CORNACCHIA, LUIGI, DE SIMONE, GIULIO., *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, Il Mulino, Bologna, 2017.

CANTARANO, CASSIODORO, *I delitti contro l’attività giudiziaria nella giurisprudenza*, Edizioni Cedam, Padova, 1978.

CANTARERO BANDRÉS, ROCÍO, *Administración de Justicia y obstruccionismo judicial*, Trotta, Madrid, 1995.

CAPRIO, ALESSIA., TRINCI, ALESSANDRO, *Manuale di Diritto Penale. Parte Speciale*, Dike, Roma, 2015.

CARBONELL MATEU, JUAN CARLOS, “Breves reflexiones sobre la tutela de los llamados intereses difusos”, en *Intereses difusos y derecho penal*, con BOIX REIG, FRANCISCO JAVIER (Dir.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, págs. 9-22.

- *Derecho Penal: concepto y principios constitucionales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996.
- “La equivalencia significativa en la comisión por omisión”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 113, 2014, págs. 6-43.

CARDENAL MONTRAVETA, SERGIO, “Los delitos de funcionarios públicos y la política criminal de la sociedad del riesgo”, en *Revista Catalana de Seguretat Pública*, núm. 13, 2003, págs. 65-74.

CARINGELLA, FRANCESCO, MAZZAMUTO, SALVATORE, MORBIDELLI, GIUSEPPE, *Manuale di Diritto Penale Parte Speciale*, Giuridica Editrice, Roma, 2011.

CARINGELLA, FRANCESCO, DELLA VALLE, FEDERICO, DE PALMA, MICHELE, *Manuale di Diritto Penale Parte Generale*, Dike, Roma, 2020.

CARNELUTTI, FRANCESCO, *El proceso penal*, Leyer, Bogotá, 2008.

CARRARA, FRANCESCO, *Programa del Curso de Derecho Criminal, Parte General, Tomo I*, Traducción de BÉECHE, OCTAVIO, GALLEGOS, ALBERTO, Editorial Jurídica Continental, San José, 2000.

CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, JOSÉ LUIS, “Sobre los conceptos de orden público, seguridad ciudadana y seguridad pública”, en *Revista Vasca de Administración Pública (RVAP)*”, núm. 27, 1990, págs. 9-26.

CASABÓ RUIZ, JOSÉ RAMÓN, *El Proyecto de Código Criminal de 1831 de Sainz de Andino*, Universidad de Murcia, 1978.

- *El Anteproyecto de Código Penal de 1938 de F.E.T y de las J.O.N.S.*, Universidad de Murcia, 1978.
- “Introducción al estudio de los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos”, en *Escritos Penales*, con CASABÓ RUIZ, JOSÉ RAMÓN (Dir.), Universitat de València, 1979, págs. 173-198.

CECCHINI, SARA, “Capitolo 3. I delitti contro l’amministrazione della giustizia”, en *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale e Speciale*, con RIVERDITI, MAURIZIO (Dir.), Wolters Kluwer, Milano, 2017, págs. 532-536.

CEREZO MIR, JOSÉ, “Límites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 28, Fasc/Mes 2, 1975, págs. 159-175.

- *Curso de Derecho Penal. Tomo I*, Tecnos, Madrid, 1976.
- “La doble posición del dolo en la Ciencia del Derecho Penal española”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Fasc. 2-3, 1981, págs. 455-460.
- “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2a Época, núm. 10, 2002, págs. 47-72.
- *Problemas fundamentales del Derecho Penal español*, Tecnos, Madrid, 1982.
- *Curso de Derecho Penal español*, Tecnos, Madrid, 2007.

CERVELLO DONDERIS, VICENTA, “Uso de la fuerza y trato incorrecto en las actuaciones policiales en defensa de la seguridad ciudadana y el orden público”, en *Estudios sobre ciencias de la seguridad. Policía y seguridad en el Estado de Derecho*, con CERVELLO DONDERIS, VICENTA, ANTÓN BARBERÁ, FRANCISCO (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 145-184.

COBO DEL ROSAL, MANUEL, “Examen crítico del párrafo 3º del artículo 119 del Código penal español (sobre el concepto de funcionario público a efectos penales)”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 212, 2 (febrero), 1962, págs. 213-255.

COBO DEL ROSAL, MANUEL, VIVES ANTÓN, TOMÁS SALVADOR, *Derecho penal. Parte general*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.

COCA VILA, IVÓ, “Tirar a matar en cumplimiento de un deber. Una aproximación al fundamento y límites de los deberes positivos de protección policial”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 19-24, 2017.

COLÁS TURÉGANO, ASUNCIÓN, *El delito de realización arbitraria del propio derecho en el Código Penal de 1995*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001.

COLOMER BEA, DAVID, “Razones para atenuar la pena del *extraneus* que interviene como autor”, en *Diario La Ley*, núm. 8821, 2016.

- *El tratamiento penal de los desórdenes públicos*, Tirant Lo Blanch, 2021.

- “Los supuestos de instrumento doloso no cualificado: ¿actuación en nombre de otro, autoría mediata o comisión por omisión?”, en *Estudios Jurídicos en memoria de la Profesora Doctora Elena Gorriz Royo*, con GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ LUIS (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, págs. 237-250.
- “La tutela penal de las funciones públicas y los delitos de desobediencia”, en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 35, 2021.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, CÁNDIDO, *Código Penal comentado, Tomo II (arts. 319 al final)*, Bosch, Barcelona, 2012.

CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU, “En el límite entre dolo e imprudencia (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1983)”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Fasc. 3, 1985, págs. 961-976.

- *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.
- “Expansión del Derecho penal y garantías constitucionales”, en *Revista de Derechos Fundamentales*, núm. 8, 2012, págs. 45-76.
- “Propuesta de conciliación del principio de *ultima ratio* con la política criminal del siglo XXI”, en *Libro Homenaje al Profesor Diego Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario, Vol. I*, con DE VICENTE REMESAL, JAVIER, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, PAREDES CASTAÑÓN, JOSÉ MANUEL, *et al.* (Dir.), Reus, Barcelona, 2020, págs. 71-82.
- “¿Es posible limitar la intervención penal en el siglo XXI?”, en *Acfs. Protocolo I*, 2021, págs. 89-105.

CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU, MIR PUIG, SANTIAGO (Dir.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

CÓRDOBA RODA, JUAN, *Notas de Derecho español a la obra de Maurach, Tratado de Derecho Penal, Tomo I*, Barcelona, 1962.

- *El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito*, J.M. Bosch, Barcelona, 1962.
- “Nuevas formas de delito y principio de intervención mínima”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 3, 1996, págs. 1332-1334.

- “Arts. 404 a 445”, en *Comentarios al Código Penal. Parte Especial, Tomo II*, con CÓRDOBA RODA, JUAN, GARCÍA ARÁN, MERCEDES (Dir.), Marcial Pons, Madrid, 2004, págs. 1903-2114.

CUELLO CALÓN, EUGENIO, *Derecho Penal conforme al nuevo “Código Penal, texto refundido de 1944”, Tomo II (Parte Especial)*, Bosch, Barcelona, 1946.

CUELLO CONTRERAS, JOAQUÍN, *El Derecho Penal español. Parte General. Nociones introductorias. Teoría del delito*, Dykinson, Madrid, 2002.

CUGAT MAURÍ, MIRIAM, *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, Cedecs, Barcelona, 1997.

- “El tráfico de influencias. Un tipo prescindible”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 16-07, 2014.

CUGAT MAURÍ, MIRIAM, AGUILAR ROMO, MÓNICA, “Lección 32º Quebrantamiento de condena”, en *Tratado de Derecho Penal Parte Especial III: Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia*, con ÁLVAREZ GARCÍA, FRANCISCO JAVIER (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 1121-1192.

DE LA CUESTA AGUADO, PAZ, “Lección 3º. Autoría y participación en los delitos contra la Administración Pública”, en *Tratado de Derecho Penal Parte Especial III: Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia*, con ÁLVAREZ GARCÍA, FRANCISCO JAVIER (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 91-118.

DE LA MATA BARRANCO, NORBERTO, *El principio de proporcionalidad penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007.

- “El funcionario público ante el Derecho penal”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 20, 2010, págs. 17-78.
- “¿Quién es funcionario a efectos penales?”, en *Almacén del Derecho*, 2016.
- *Derecho Penal: principios, interrogantes, reflexiones*, Comares, Granada, 2022.

DELGADO GIL, ANDRÉS, “Sobre el bien o bienes jurídicos protegidos en los denominados delitos contra la Administración Pública”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. LXII, 2009, págs. 357-424.

DELPHINO, LUIGI, *Diritto Penale Parte Speciale*, Simone, Napoli, 2017.

DEL RÍO LABARTHE, GONZALO, “Tema 1. El proceso penal. Funciones”, en *Derecho Procesal Penal*, con ASENCIO MELLADO, JOSÉ MARÍA (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2024, págs. 25-36.

DEL TORO MARZAL, ALEJANDRO, “Comentario al art. 119”, en *Comentarios al Código Penal, Tomo II (artículos 23-119)*, con CÓRDOBA RODA, JUAN (Dir.), Ariel, Barcelona, 1972.

DEMETRIO CRESPO, EDUARDO, “Consideraciones sobre la corrupción y los delitos contra la Administración Pública”, en *Delitos financieros, fraude y corrupción en Europa. Vol. III*, con FERRÉ OLIVÉ, JUAN CARLOS (Ed.), Universidad de Salamanca, 2002, págs. 173-192.

DE VIZMANOS, TOMÁS MARÍA, ÁLVAREZ MARTÍNEZ, CIRILO, *Comentarios al Código Penal*, Establecimiento Tipográfico de J. González y A. Vicente, Madrid, 1848.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, *La autoría en derecho penal*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1991.

- “Autoría y participación”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, núm. 10, 2008, págs. 13-61.

DÍAZ PITA, MARÍA DEL MAR, *El dolo eventual*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1994.

- *El delito de acusación y denuncia falsas: problemas fundamentales*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1996.

DI CHIARA, GIANLUCA, “Il diritto processuale penale e il processo penale: linee introduttive”, en *Diritto Processuale Penale*, con SIRACUSANO, FABRIZIO, GALATI, ANTONINO, TRANCHINA, GIOVANNI, *et al.*, Giuffrè, Milano, 2023, págs. 1-22.

DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS, “El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista”, en *Jueces para la democracia*, núm. 30, 1997, págs. 10-19.

- *Derecho Penal español. Parte General*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020.

DONINI, MASSIMO, *Teoría del delito*, Traducción de DOMENICONI, DANIELA, B de f, Buenos aires, 2002.

- “¿Una nueva edad media penal? Lo viejo y lo nuevo en la expansión del derecho penal económico”, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 65, 2003, Traducción de MÉNDEZ RODRÍGUEZ, CRISTINA, págs. 92-119.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, JACOBO, “Comisión por omisión y principio de legalidad. El artículo 11 CP como cláusula interpretativa auténtica”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. Extra-2, 2004, págs. 279-316.

- *Omisión e injerencia en Derecho penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.
- “Omisión de impedir delitos y accesoriedad respecto del delito no impedido”, en *Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero. Un Derecho Penal humanista, Vol. I*, con DE VICENTE MARTÍNEZ, ROSARIO, GÓMEZ INIESTA, DIEGO, MARTÍN LÓPEZ, TERESA, *et al.* (Ed.), Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2021, págs. 161-172.

DOVAL PAIS, ANTONIO, “Estructura de las conductas típicas con especial referencia a los fraudes alimentarios”, en *Intereses difusos y Derecho penal*, con BOIX REIG, FRANCISCO JAVIER (Dir.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, págs. 23-72.

- *Delitos de fraude alimentario*, Aranzadi, Pamplona, 1996.

DURIGATO, LAURETTA, *Rilievi sul reato plurioffensivo*, CEDAM, Padova, 1972.

ERRA, CARLO, “Denuncia penale (omessa o ritardata)” en *Enciclopedia del diritto*, vol. XII, Milano, 1964, págs. 199-208.

ESPUNY TOMÁS, MARÍA JESÚS, “Corrupción y abuso de poder: Las prácticas castigadas en el Código Penal de 1822”, en *Estudios sobre el Código Penal de 1822 en su bicentenario*, con CALLEJO HERNANZ, GREGORIO, MARTÍNEZ PATÓN, VÍCTOR (Coord.), Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2022, págs. 303-313.

ESQUINAS VALVERDE, PATRICIA, “Lección 29. Delitos contra la Administración Pública (I)”, en *Lecciones de Derecho Penal Parte Especial*, con MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, págs. 599-625.

- “Revisitando los delitos propios de omisión a la luz de la doctrina clásica y de la más reciente”, en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 41, 2024.

ESTRADA I CUADRAS, ALBERT, “Sobre la marginación político-criminal de la solidaridad: crítica y algunas vías de solución”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. LXXIII, 2020, págs. 523-552.

FABIÁN CAPARROS, EDUARDO ÁNGEL, “Lección 23. Delitos contra la Administración Pública (I)”, en *Lecciones y Materiales para el estudio del Derecho Penal. Parte*

Especial, Tomo III, con TERRADILLOS BASOCO, JUAN MARÍA (Dir.), Iustel, Madrid, 2011, págs. 121- 156.

FAIRÉN GUILLÉN, VÍCTOR, “Sobre las Policías Judiciales españolas (I)”, en *Revista de Derecho Procesal*, núm. 1, 1995, págs. 7-62.

FAKHOURI GÓMEZ, YAMILA, “Teoría del dolo vs. Teoría de la culpabilidad -un modelo para afrontar la problemática del error de prohibición”, en *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, núm. 4, 2009.

FARALDO CABANA, PATRICIA, *Los delitos leves. Causas y consecuencias de la desaparición de las faltas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.

FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO, “Delitos contra la Administración pública: consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificación de otras conocidas” en *La Ley*, Tomo 2, 1997.

- “La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 65, 1998, págs. 269-364.
- “Libro II. Título XIX. Delitos contra la Administración Pública”, en *Comentarios al Código Penal*, con RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO (Dir.), Civitas, Madrid, 2001, págs. 1085 y ss.
- “Sobre la crisis de la teoría del bien jurídico”, en *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, núm. 2, 2008.
- “Artículo 408”, en *Comentarios al Código Penal, 2 Tomos*, con CUERDA ARNAU, MARÍA LUISA (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, págs. 2562-2566.

FERNÁNDEZ CABRERA, MARTA, “Problemática asociada a la protección de bienes jurídicos colectivos. Especial referencia a los delitos contra la Administración Pública”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 43, 2017, págs. 69-102.

- *Corrupción en la función pública. El delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018.

FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, CRISTINA, “¿*De minimis non curat praetor*? La aplicación del principio de intervención mínima en la jurisprudencia ante supuestos de menor entidad”, en *InDret*, núm. 1, 2024.

FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Traducción de ANDRÉS IBÁÑEZ, PERFECTO, RUIZ MIGUEL, ALFONSO, TERRADILLOS BASOCO, JUAN, *et al.*, Editorial Trotta, Madrid, 2005.

- “El principio de lesividad como garantía penal”, en *Nuevo Foro Penal*, vol. 8, núm. 79, 2012, Traducción de RESTREPO RODRÍGUEZ, DIANA, págs. 100-114.

FERRÉ OLIVÉ, JUAN CARLOS, “Corrupción y delitos contra la Administración Pública” en *Delitos financieros, fraude y corrupción en Europa, Vol. III*, con FERRÉ OLIVÉ, JUAN CARLOS (Dir.), Ed. Salamanca. Salamanca, 2002, págs. 13-26.

FERREIRO BAAMONDE, XULIO XOSÉ, “Tema 10”, en *Derecho Procesal Penal*, con PÉREZ-CRUZ MARTÍN, AGUSTÍN JESÚS (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, págs. 267-301.

FERRER SAMA, ANTONIO, *Comentarios al Código Penal, Tomo II*, Sucesores de Nogués, Murcia, 1947.

- *Comentarios al Código Penal. Tomo IV*, Sucesores de Nogués, Murcia, 1948.

FIANDACA, GIOVANI, “La tipicizzazione del pericolo” en *Dei delitti e delle penae*, núm. 3, 1984, págs. 441 y ss.

- *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Giappichelli Editore, Torino, 2014.

FIANDACA, GIOVANI, MUSCO, ENZO, *Derecho Penal Parte General*, Traducción de NIÑO, LUIS FERNANDO, Temis, Bogotá, 2006.

FRANK, REINHARD, “Vorstellung und Wille in der modernen Doluslehre”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, núm. 10, 1890, págs. 169-228.

FRIEYRO ELÍCEGUI, SOFÍA, *El delito de tráfico de drogas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.

FRISCH, WOLFGANG, “El error como causa de exclusión del injusto y/o de la culpabilidad en el Derecho penal alemán”, en *Justificación y exculpación en Derecho penal: Coloquio Hispano-Alemán de Derecho Penal*, con ESSER, ALBIN, GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, PERRON, WALTER, *et al.* (Ed.), Madrid, 1995, págs. 156-216.

FUENTES OSORIO, JUAN LUIS, *La preparación delictiva*, Comares, Granada, 2007.

GALÁN MUÑOZ, ALFONSO, “Bienes jurídicos individuales, bienes jurídicos supraindividuales y bienes jurídicos intermedios”, en *Manual de Derecho Penal económico y de la empresa*, con NÚÑEZ CASTAÑO, ELENA, GALÁN MUÑOZ, ALFONSO, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, págs. 32-39.

GALLAS, WILHELM, “Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 67, núm. 1, 1955.

GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO, “Sobre el *ius puniendi*: su fundamento, sus manifestaciones y sus límites”, en *Documentación Administrativa*, núm. 280-281, 2008, págs. 11-41.

GARCÍA ARÁN, MERCEDES, *La prevaricación judicial*, Tecnos, Madrid, 1990.

- “Consideraciones sobre los delitos contra la Administración de Justicia en el Proyecto de Código penal de 1992”, en *Política Criminal y reforma penal: homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, con V.V.A.A., EDERSA, Madrid, 1993, págs. 519-530.
- “La prevaricación administrativa y otros comportamientos injustos en el Código Penal de 1995”, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 11, 1997, págs. 357-370.

GARCÍA ARÁN, MERCEDES, MAGALDI PATERNOSTRO, MARÍA JOSÉ, “Los delitos contra la Administración de Justicia ante la reforma penal”, en *Documentación Jurídica*, núm. 37 a 40, 1983, pág. 1119-1194.

GARCÍA ARROYO, CRISTINA, *El delito de cohecho como manifestación de la corrupción pública: aspectos dogmáticos esenciales de su tratamiento jurídico-penal*, Tesis Doctoral, Universidad de Sevilla, 2020.

- *El delito de cohecho subsiguiente*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020.

GARCÍA ESPAÑA, MARÍA ELISA, “Negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos (los artículos 439 y 441 del Código Penal de 1995)”, en *Jueces para la Democracia*, núm. 48, 2003, págs. 50-66.

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *Democracia, jueces y control de la Administración*, Civitas, Madrid, 2000.

GARCÍA GOYENA, FLORENCIO, *Código Criminal español según las leyes y prácticas vigentes, comparado con el Código de 1822, el francés y el inglés. Tomo I*, Librería de los señores viuda é hijos de Antonio Calleja, Madrid, 1843.

GARCÍA NAVARRO, EDUARDO, “Reflexiones sobre las distintas categorías de delitos de omisión y su presencia en el Código Penal español”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología* 3, núm. 14, 2015, págs. 13-51.

GARCÍA ORTIZ, ANDREA MARÍA, *La perseguibilidad de los delitos de agresión y acoso sexuales: análisis crítico desde los feminismos antipunitivistas*, Tesis Doctoral, Universidad de Valencia, 2025.

GARCÍA PÉREZ, OCTAVIO, *El encubrimiento y su problemática en el Código penal*, Atelier, Barcelona, 2008.

GARCÍA-SOLÉ, MARC, *El delito de acusación y denuncia falsa*, Atelier, Barcelona, 2002.

GARCÍA Y SORIANO CASTILLO, RAMÓN, *La reforma del Código Penal español*, Tipografía de Cayetano González, Ávila, 1896.

GAROFOLI, ROBERTO, *Manuale di Diritto Penale. Parte Speciale. Tomo I*, Neldiritto, Roma, 2017.

GIL GIL, ALICIA, “Lección 10. El delito como acción típica, II. El tipo subjetivo del delito de acción doloso”, en *Curso de Derecho Penal Parte General*, con GIL GIL, ALICIA, LACRUZ LÓPEZ, JUAN MANUEL, MELENDO PARDOS, MARIANO, *et al.*, Dykinson, Madrid, 2015, págs. 219-251.

- “Lección 13. *Iter criminis*”, en *Curso de Derecho Penal Parte General*, con GIL GIL, ALICIA, LACRUZ LÓPEZ, JUAN MANUEL, MELENDO PARDOS, MARIANO, *et al.*, Dykinson, Madrid, 2015, págs. 321-351.

GILI PASCUAL, ANTONI, *El encubrimiento en el Código Penal de 1995*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.

- *La prescripción en el derecho penal*, Aranzadi, Pamplona, 2001.

GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, *Estudios de Derecho Penal*, Tecnos, Madrid, 1990.

- “El nuevo Código Penal: valoración global de los criterios político-criminales que lo informan”, en *Jornadas sobre el nuevo Código Penal de 1995*, con ASÚA BATARRITA, ADELA (Ed.), Consejo Vasco de la Abogacía, Guipúzcoa, 1998, págs. 17-30.
- “El delito de omisión impropia”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 4, 1999, págs. 525-554.
- “La causalidad en la omisión impropia y la llamada “omisión por comisión”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. LIII, 2000, págs. 29-132.

- “La distinción entre los delitos propios (puros) y delitos impropios de omisión (o de comisión por omisión)”, en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, con DIEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS, ROMEO CASABONA, CARLOS MARÍA, GRACIA MARTÍN, LUIS, *et al.*, Tecnos, Madrid, 2002, págs. 680-700.
- *Autor y cómplice en Derecho Penal*, B de f, Buenos Aires, 2006.
- “Autor y cómplice en Derecho Penal. Medio siglo después”, en *Jueces para la democracia*, núm. 81, 2014, págs. 56-70.

GIMENO SENDRA, VICENTE, *Manual de Derecho procesal penal*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2018.

GOESSEL, KARL HEINZ, *Dos estudios sobre la teoría del delito*, Temis, Bogotá, 1984.

GÓMEZ BENÍTEZ, JOSÉ MANUEL, *Teoría Jurídica del Delito. Derecho Penal Parte General*, Civitas, Madrid, 1985.

GÓMEZ COLOMER, JOSÉ LUIS, “Lección Segunda. La competencia penal”, en *Proceso Penal. Derecho Jurisdiccional III*, con MONTERO AROCA, JUAN, GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS, BARONA VILAR, SILVIA, *et. al.*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, págs. 61-78.

GÓMEZ DE LA SERNA, PEDRO, MONTALBÁN, JUAN MANUEL, *Elementos del Derecho Civil y Penal de España precedidos de una reseña histórica de la legislación española, Tomo III*, Carretas, Madrid, 1881.

GÓMEZ MARTÍN, VÍCTOR, “La actuación por otro y la participación de *extranei* en delitos especiales”, en *Nuevas tendencias en política criminal: una auditoría al Código Penal español de 1995*, con GÓMEZ MARTÍN, VÍCTOR, CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU, MIR PUIG, SANTIAGO (Coord.), Editorial Reus: B de F, Barcelona, 2006, págs. 49-114.

- “Los delitos especiales y el art. 65.3 del Código Penal español”, en *La responsabilidad en los “delitos especiales”. El debate doctrinal en la actualidad*, con ROBLES PLANAS, RICARDO (Dir.), Editorial B de f, Buenos Aires, 2022, págs. 99-229.

GÓMEZ PAVÓN, PILAR, *Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil*, Bosch Editorial, Barcelona, 2013.

GÓMEZ RIVERO, CARMEN, “El castigo penal de la corrupción en el ámbito del llamado sector público instrumental”, en *Revista Electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 18, 2016, págs. 1-36.

GÓMEZ TOMILLO, MANUEL, “Consideraciones en torno al campo límite entre el Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal”, en *Actualidad Penal*, núm. 4, 2000, págs. 69-89.

- “Contribución a la teoría de los delitos de peligro hipotético-aptitud abstracta. Los delitos de tenencia como paradigma de peligro abstracto puro”, en *Estudios Penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, con CARBONELL MATEU, JUAN CARLOS, DEL ROSAL BLANCO, BERNARDO, MORILLAS CUEVAS, LORENZO, *et al.*, Dykinson, Madrid, 2006, págs. 465-482.
- *Derecho administrativo sancionador. Parte general: teoría general y práctica del derecho penal administrativo*, Cizur Menor, Navarra, 2008.
- “Capítulo II: Del abandono de destino y de la omisión del deber de perseguir delitos” en GÓMEZ TOMILLO, MANUEL (Dir.), en *Comentarios al Código Penal*, Lex Nova, Valladolid, 2011, págs. 1548-1555.

GÓMEZ TOMILLO, MANUEL, SANZ RUBIALES, ÍÑIGO, *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General*, Aranzadi, Navarra, 2023.

GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ LUIS, *El delito de prevaricación de funcionario público*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1994.

- “Los delitos de los funcionarios públicos: Cuestiones generales. La prevaricación como figura residual”, en *Delitos de los Funcionarios Públicos*, con ORTS BERENGUER, ENRIQUE (Dir.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, págs. 57-68.
- “Lección XXXVII. Delitos contra la Administración Pública (I) Prevaricación. Abandono de destino y omisión del deber de perseguir delitos. Desobediencia y denegación de auxilio. Infidelidad en la custodia de documentos y violación de secretos”, en *Derecho Penal Parte Especial*, con GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ LUIS (Coord.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, págs. 729-755.

GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ LUIS, MIRA BENAVENT, JAVIER, “II. Comentario primero. Autoría o participación en determinados supuestos de vigilancia (Comentarios a la STS de 21 de febrero de 1989)”, en *Poder Judicial*, núm. 27, 1992, págs. 189-216.

GONZÁLEZ Y SERRANO, JOSÉ, *Apéndice a los comentarios del Código Penal de Don Joaquín Francisco Pacheco ó sea el nuevo Código, comentadas las adiciones que contiene*, Imprenta y Fundición de M. Tello, Madrid, 1870.

GORRIZ ROYO, ELENA MARÍA, *Protección penal de la ordenación del territorio: los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto del art. 319 CP*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.

- *Los delitos de prevaricación urbanística*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.
- *Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.
- *El concepto de autor en derecho penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018.

GRACIA MARTÍN, LUIS, *El actuar en lugar de otro en Derecho Penal I, Teoría General*, Secretariado de Publicaciones, Zaragoza, 1985.

- “La comisión por omisión en el derecho penal español”, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 1, 1999, págs. 125-168.
- “La modernización del Derecho penal como exigencia de la realización del postulado del Estado de Derecho (social y democrático)”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 3, 2010, págs. 27-72.

GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, ALEJANDRO, *El Código Penal de 1870. Tomo IV*, Establecimiento Tipográfico de los Hijos de J.A. García, Madrid, 1903.

GUARDIOLA GARCÍA, JAVIER, *La realización arbitraria del propio derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.

- “El quebrantamiento de condena y la protección de las víctimas”, en *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal: (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, con CARBONELL MATEU, JUAN CARLOS, GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ LUIS, ORTS BERENGUER, ENRIQUE, *et al.* (Coord.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 923-944.

HASSEMER, WINFRIED, *Theorie un Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre*, Frankfurt, 1973.

- *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, C.H. Beck'sche, München, 1990.
- “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos”, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 51, 1991, Traducción de LARRAURI PIJOÁN, ELENA, págs. 23-36.
- “Derecho Penal simbólico y protección de bienes jurídicos”, en *Pena y Estado (función simbólica de la pena)*, con V.V.A.A., Traducción de LARRAURI PIJOÁN, ELENA, Editorial Jurídica Conosur, 1995, págs. 23-36.
- “El principio de proporcionalidad como límite de las intervenciones jurídico-penales”, en *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, con ROBLES PLANAS, RICARDO (Dir.), Traducción de SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, PABLO, Atelier, Barcelona, 2012, págs. 193-200.
- “¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?”, en *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, con HEFENDEHL, ROLAND (Ed.), Traducción de SPÍNOLA TÁRTALO, BEATRIZ, Marcial Pons, Barcelona, 2016, págs. 95-104.

HAVA GARCÍA, ESTHER, *Los delitos de prevaricación*, Aranzadi, Navarra, 2019.

HEDO IDOPE, JOSÉ LUIS, “Los delitos de abandono de destino, omisión del deber de perseguir delitos, desobediencia y denegación de auxilio”, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 11, 1997, págs. 371-393.

HEFENDEHL, ROLAND, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München, 2002.

- “El bien jurídico como eje material de la norma penal”, en *La teoría del bien jurídico ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, con HEFENDEHL, ROLAND (Ed.), Traducción de MARTÍN LORENZO, MARÍA, Marcial Pons, Madrid, 2016, págs. 179-196.

HEINER, G., EISELE, JÖRG, “Dreißigster Abschnitt. Straftaten im Amt. §331”, en *Strafgesetzbuch Kommentar*, con SCHÖNKE, A., SCHRÖDER, H., C.H.Beck, Nördlingen, 2019.

HUERTA TOCILDO, SUSANA, *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, Ministerio de Justicia. Centro de Publicaciones, Madrid, 1987.

- *Principales novedades de los delitos de omisión en el Código Penal de 1995*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997.
- “Ilícito penal e ilícito disciplinario de funcionarios”, en *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al Profesor doctor don José Cerezo Mir*, con DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS (Coord.), Tecnos, Madrid, 2002, págs. 37-72.
- “La regulación de la comisión por omisión en el art. 11 CP”, en *Derecho Penal para un estado social y democrático de derecho. Estudios penales en homenaje al Profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieto*, con MAQUEDA ABREU, MARÍA LUISA, MARTÍN LORENZO, MARÍA, VENTURA PÜSCHEL, ARTURO (Coord.), Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 2016, págs. 137-156.

IÑESTA-PASTOR, EMILIA, *El Código Penal de 1848*, Tirant Lo Blanch, Alicante, 2011.

- “Influencias extranjeras en los delitos de los funcionarios públicos en la Codificación Penal española de mediados del siglo XIX”, en *Tradición e influencias extranjeras en la codificación penal española, parte especial*, con MASFERRER, ANICETO (Dir.), Thomson Reuters, 2020, págs. 581-677.

JAKOBS, GÜNTHER, *¿Protección de bienes jurídicos? Sobre la legitimación del Derecho penal*, Traducción de RODRIGO ALFLEN, PABLO, B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2020.

- *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Traducción de CUELLO CONTRERAS, JOAQUÍN, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, JOSÉ LUIS, Marcial Pons, Madrid, 1995.
- “Dolus malus”, en *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, núm. 4, 2009, Traducción de FAKHOURI GÓMEZ, YAMILA.
- *Rechtsgüterschutz? Zur Legitimation des Strafrechts*, BRILL, 2019.

JANNITTI-PIROMALLO, ALFREDO, *Delitti contro l'Amministrazione della giustizia*, Casa editore Dottor Francesco Vallardi, Milano, 1939, XVII.

JAREÑO LEAL, ÁNGELES, *Las amenazas y el chantaje en el Código Penal de 1995*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997.

- *Corrupción y delincuencia de los funcionarios en la contratación pública*, Iustel, Madrid, 2011.
- *El delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos*, Aranzadi, Navarra, 2015.
- “El poder punitivo del estado en materia de buen gobierno: tipicidad penal y administrativa”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 20, 2018.
- “Los diferentes conceptos de autor utilizados por la jurisprudencia (reflexiones a partir del ejemplo de varios delitos)”, en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 40, 2023.
- “La prevaricación urbanística: tres cuestiones acerca de su aplicación y una reflexión final”, en *Criminal Compliance Programs y mapas de riesgos*, con MATA LLÍN EVANGELIO, ÁNGELA, FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, ANTONIO (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, págs. 425-458.

JAVATO MARTÍN, ANTONIO MARÍA, “El concepto de funcionario y autoridad a efectos penales”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 23, 2011, págs. 145-172.

- “El delito de desobediencia del funcionario”, en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 21, 2014.

JESCHECH, HANS HEINRICH, “Problemas del delito impropio de omisión desde la perspectiva del derecho comparado”, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 59, 1993, Traducción de MANZANARES SAMANIEGO, JOSÉ LUIS, págs. 77-90.

JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS, *Tratado de Derecho Penal. Tomo I*, Losada, Buenos Aires, 1889.

- *Principios del Derecho Penal. La Ley y el delito*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1954.

KUHLEN, LOTHAR, “Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung”, en *Goldammer’s Archiv für Strafrecht*, 1986, págs. 389-408.

- “Umweltstrafrecht auf der Suche nach einer neuen Dogmatik”, en *ZStw*, núm. 105, 1993, págs. 697-726.
- “Bienes jurídicos y nuevos tipos de delito”, en *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, con ROBLES PLANAS, RICARDO (Dir.), Traducción de ORTIZ DE URBINA, ÍÑIGO, Atelier, Barcelona, 2012, págs. 225-236.

LACRUZ LÓPEZ, JUAN MANUEL, “Lección 12. El delito como conducta típica. IV: Los tipos de lo injusto de los delitos de omisión”, en *Curso de Derecho Penal Parte General*, con GIL GIL, ALICIA, LACRUZ LÓPEZ, JUAN MANUEL, MELENDO PARDOS, MARIANO, *et al.*, Dykinson, Madrid, 2015, págs. 281-320.

- “La causalidad en la teoría de la conducta y en la teoría de la tipicidad”, en *Curso de Derecho Penal. Parte general*, con GIL GIL, ALICIA, LACRUZ LÓPEZ, JUAN MANUEL, MELENDO PARDOS, MARIANO, *et al.*, Dykinson, Madrid, 2015, págs. 153-173.

LAFONT NICUESA, LUIS, “Algunas cuestiones sobre el confidente policial. Roma sí paga traidores”, en *Anuario Jurídico Villanueva*, núm. 12, 2018, págs. 239-272.

LANDROVE DÍAZ, GERARDO, “En torno al Proyecto Sáinz de Andino de Código Criminal”, en *Anales de la Universidad de Murcia*, Vol. XXXIV, núm. 3-4, 1975-76, págs. 437-460.

LANGLE RUBIO, EMILIO, *Código Penal de 17 de junio de 1870. Reformado por las leyes dictadas posteriormente hasta el día. Anotado con indicaciones doctrinales, referencias aclaratorias y Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Adicionado con disposiciones penales complementarias*, Hijos de Reus, Madrid, 1915.

LASCURAIN SÁNCHEZ, JUAN ANTONIO, “Bien jurídico y legitimidad de la intervención penal”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 22, núm. 2, 1995, págs. 251-264.

- *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía*, Civitas, Madrid, 2002.
- “Omisiones equivalentes”, en *Estudios de Derecho Penal: homenaje al Profesor Santiago Mir Puig*, con SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, QUERALT JIMÉNEZ, JOAN J., CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU, *et al.* (Coord.), B de F, Buenos Aires, 2017, págs. 673-683.

LASSO GAITE, JUAN FRANCISCO, *Crónica de la Codificación Española núm. 5 Codificación Penal. Vol.1.*, Secretaría General Técnica, Madrid, 1970.

LAURENZO COPELLO, PATRICIA, *El resultado en derecho penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1992

- *Dolo y conocimiento*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.

LIBANO BERISTAIN, ARANTZA, *Los delitos semipúblicos y privados: aspectos sustantivos y procesales (adaptado a las reformas del Código Penal introducida por la Ley Orgánica 5/2010)*, Bosch, Barcelona, 2011.

LLORIA GARCÍA, PAZ, *Aproximación al estudio del delito permanente*, Comares, Granada, 2006.

- “La obligación de denunciar los delitos sexuales sufridos por niños, niñas y adolescentes”, en *El Derecho Canónico ante los abusos sexuales*, con PEÑA, CARMEN, CAMPO IBÁÑEZ, MANUEL (Coord.), Dykinson, Madrid, 2023, págs. 169-186.

LOOS, FRITZ, “Zum Rechtsgut der Bestechungsdelikte”, in *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974*, con KAUFMANN, ARMIN, GEILEN, GERD, STRATENWERTH, GÜNTER, *et al.*, Walter de Gruyter, Berlín, 1974, págs. 879-896.

- “Del bien jurídico en los delitos de cohecho”, en *Estudios filosófico-jurídicos y penales del Prof. Dr. Fritz Loos. Homenaje a sus 70 años*, con AMBOS, KAI, RADTKE, HENNING (Coord.), Traducción de GUZMÁN DALBORA, JOSÉ LUIS, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009, págs. 143-162.

LÓPEZ GARRIDO, DIEGO, GARCÍA ARÁN, MERCEDES, *El código penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Dykinson, Madrid, 1996.

LÓPEZ REY Y ARROJO, MANUEL, *La reforma del Código Penal español*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1932.

LÓPEZ RODRÍGUEZ, JOSÉ ANTONIO, “La policía judicial y la obsoleta Ley de Enjuiciamiento Criminal”, en *Diario La Ley*, núm. 7637, 2011.

LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL, “Autoría e imputación objetiva en el delito imprudente: valoración de las aportaciones causales (Comentario a la Sentencia TS 27-1-1984)”, en *Derecho Penal de la Circulación (Estudios de la jurisprudencia del Tribunal Supremo)*, 1985, págs. 83-106.

- “La determinación objetiva del hecho. Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1989, págs. 889-913.
- “El Anteproyecto de CP 1992: observaciones de urgencia”, en *Jueces para la Democracia*, núm. 14, 1991, págs. 50-61.

- “Consideraciones sobre la sistemática y alcance de los delitos contra la Administración de Justicia”, en *Estudios Penales. Libro Homenaje al Prof. J. Antón Oneca*, con ARROYO ZAPATERO, LUIS (Coord.), Universidad de Salamanca, 1992, págs. 777-798.
- *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2025.

MACRÌ, FRANCESCO, “Capitolo I. I delitti di omessa denuncia (Artt. 361-364)”, en *Trattato di Diritto Penale. Parte Speciale, III*, con CADOPPI, ALBERTO, CANESTRARI, STEFANO, MANNA, ADELMO, *et al.*, UTET, Torino, 2008, págs. 5-43.

MAGALDI PATERNOSTRO, MARÍA JOSÉ, “Aspectos esenciales de la acusación y la denuncia falsa”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 40, Fasc/Mes 1, 1987, págs. 37-72.

MAGGIORE, GIUSEPPE, *Derecho Penal Parte Especial, Vol. III (De los delitos en particular)*, Traducción de ORTEGA TORRES, JOSÉ LUIS, Temis, Bogotá, 1989.

MANTOVANI, FERRANDO, *Diritto Penale. Parte Generale*, Padova, 1988.

MANTOVANI, FERRANDO, FLORA, GIOVANNI, *Diritto Penale. Parte Generale*, Wolters Kluwer, 2023.

MANZINI, VINCENZO, *Istituzioni di diritto penale italiano, Vol. 2. Parte Speciale*, Wolters Kluwer, Padova, 1955.

MAPELLI CAFFARENA, BORJA, “Quebrantamiento de condena y evasión de presos”, en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 244, 1991, págs. 11-39.

MAQUEDA ABREU, MARÍA LUISA, LAURENZO COPELLO, PATRICIA, *El derecho penal en casos. Parte General*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022.

MARCA MATUTE, JAVIER, MORELLALDANA, LAURA C., *Delitos leves. Problemas sustantivos y procesales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020.

MARCHAL GÓMEZ, ADRIÁN NICOLÁS, “Precisión terminológica en torno a la figura del confidente en el proceso penal”, en *Diario La Ley*, núm. 9083, 2017.

MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, ELENA, “Lección 31. Delitos contra la Administración de Justicia (I)”, en *Lecciones de Derecho Penal Parte Especial*, con MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, ELENA (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, págs. 659-672.

MARINI, GIULIANO, LA MONICA, MARIO, MAZZA, LEONARDO, *Commentario al Codice Penale. Tomo Secondo*, UTET, Torino, 2002.

MARTÍN LORENZO, MARÍA, “Concepto penal de funcionario y externalización de funciones públicas”, en *Derecho Penal para un estado social y democrático de derecho. Estudios penales en homenaje al Profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieta*, con MAQUEDA ABREU, MARÍA LUISA, MARTÍN LORENZO, MARÍA, VENTURA PÜSCHEL, ARTURO (Coord.), Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 2016, págs. 209-229.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS, “Lo objetivo y lo subjetivo en el delito de prevaricación de funcionarios (A propósito de la sentencia del TS sobre el caso Barreiro)”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 2, 1991, págs. 363-412.

- “¿Existen expresiones reveladoras del dolo directo en el CP español?” en *Estudios Penales en homenaje al Profesor José Manuel Lorenzo Salgado*, con GUINARTE CABADA, GUMERSINDO, VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, FERNANDO, ABEL SOUTO, MIGUEL, *et al.*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, págs. 863-877.

MARTÍNEZ PÉREZ, ROBERTO, *Policía Judicial y Constitución*, Aranzadi, Navarra, 2001.

MATA Y MARTÍN, RICARDO M., *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Comares, Granada, 2016.

MAURACH, REINHART, *Tratado de Derecho Penal, Vol. II*, Traducción de CÓRDOBA RODA, JUAN, Ariel, Barcelona, 1962.

MAYER, MAX ERNST, *Derecho Penal Parte General*, Traducción de POLITOFF LIFSCHITZ, SERGIO, B de f, Buenos Aires, 2007.

MÉNDEZ RODRÍGUEZ, CRISTINA, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1993.

- “Sobre la naturaleza de los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos”, en *Estudios Jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, con V.V.A.A., Universitat de València, 1998, págs. 349-381.

MEYER-BAHLBURG, HEINO, “Unterlassen durch Begehen. Die Garantenstellungen bei den unechten Unterlassungsdelikten”, en *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht*, 1968.

MESTRE DELGADO, ESTEBAN, “Tema 22. Delitos contra la Administración Pública”, en *Delitos y faltas. La parte especial del Derecho Penal*, con LAMARCA PÉREZ, CARMEN (Dir.), Colex, Madrid, 2012, págs. 695-740.

MIRA BENAVENT, JAVIER, *Propuestas de solución en materia concursal en el ámbito del artículo 489 ter, párrafo tercero, CP 1973*, Valencia, 1995, inédito.

MIR PUIG, CARLOS, *Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código penal*, Bosch Editor, Barcelona, 2000.

MIR PUIG, SANTIAGO, “Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *ius puniendi*”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 14, 1989-1990, págs. 203-216.

- “Conocimiento y voluntad en el dolo”, en *Cuadernos de Derecho Judicial (ejemplar dedicado a los elementos subjetivos de los tipos penales)*, 1994, págs. 9-36.
- “Nombramientos ilegales, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, con GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ LUIS, (Dir.), núm. 30, 1996, págs. 305-336.
- “Valoraciones, normas y antijuridicidad penal”, en *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, con DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS, ROMEO CASABONA, CARLOS MARÍA, GRACIA MARTÍN, LUIS, et al. (Ed.), Tecnos, Madrid, 2003, págs. 73-92.
- *Derecho Penal Parte General*, Reppertor, Barcelona, 2016.

MOLINA FERNÁNDEZ, FERNANDO, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, Bosch Editorial, Barcelona, 2001.

- “Capítulo 14. Autoría y participación delictiva”, en *Memento Penal*, Francis Lefevre, Madrid, 2025, págs. 2900-3109.

MONTERO AROCA, JUAN, “Lección Primera. Los conceptos esenciales”, en *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*, con MONTERO AROCA, JUAN, GÓMEZ COLOMER, J.L., BARONA VILAR, S., et al., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 28-45.

MORALES PRATS, FERMÍN, RODRÍGUEZ PUERTA, MARÍA JOSÉ, “Comentario a los artículos 404 a 409 y a los artículos 413 a 418”, en *Comentarios al Código penal español*, con QUINTERO OLIVARES, GONZALO (Dir.), Aranzadi, 2016, págs. 1265-1464.

MORENO CATENA, VÍCTOR, CORTÉS DOMÍNGUEZ, VALENTÍN, *Derecho Procesal Penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2024.

MORILLAS CUEVA, LORENZO, “Lección 38. Delitos contra la Administración Pública (II)”, en *Derecho Penal Español. Parte Especial*, con COBO DEL ROSAL, MANUEL (Coord.), Dykinson, Madrid, 2005, págs. 869-876.

- “Capítulo 49. Delitos contra la Administración Pública (II). Abandono de destino y omisión del deber de perseguir delitos”, en *Sistema de Derecho Penal. Parte Especial*, con MORILLAS CUEVA, LORENZO (Dir.), Dykinson, Madrid, 2020, págs. 1245-1254.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Derecho Penal Parte Especial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1985

- “Delitos contra la Administración Pública en el Nuevo Código Penal: especial consideración de la prevaricación y del concepto de funcionario a efectos penales”, en *Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal*, con MUÑOZ CONDE, FRANCISCO (Coord.), Instituto Andaluz de Administración Pública, 1997, págs. 7-20.
- *Introducción al Derecho Penal*, B de f, Buenos Aires, 2001.
- *Teoría General del Delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022.
- *Derecho Penal Parte Especial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, GARCÍA ARÁN, MERCEDES, *Derecho Penal. Parte General*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022.

MUÑOZ CUESTA, FRANCISCO JAVIER, “Omisión del deber de perseguir delitos: consentir actividad delictiva a confidente de la policía”, en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, núm. 15, 2006, págs. 21151-21154.

MÜSSIG, BERND, *Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema*, Traducción de CANCIO MELIÀ, MANUEL, PEÑARANDA RAMOS, ENRIQUE, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.

NAVARRO CARDOSO, FERNANDO, *El cohecho en consideración al cargo o función*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018.

NAVARRO FRÍAS, IRENE, SOLA RECHE, ESTEBAN, ROMEO CASABONA, CARLOS MARÍA, “Capítulo 10. El tipo de omisión doloso e imprudente”, en *Derecho Penal Parte General. Introducción Teoría Jurídica del Delito*, con ROMEO CASABONA, CARLOS MARÍA, SOLA RECHE, ESTEBAN, BOLDOVA PASAMAR, MIGUEL ÁNGEL (Coord.), Comares, Granada, 2016, págs. 139-154.

NICOLÁS JIMÉNEZ, PILAR, “Capítulo 29. Delitos contra la Administración Pública I”, en *Derecho Penal Parte Especial*, con ROMEO CASABONA, CARLOS MARÍA, SOLA RECHE, ESTEBAN, BOLDOVA PASAMAR, MIGUEL ÁNGEL (Coord.), Comares, Granada, 2016, págs. 677-697.

NIETO MARTÍN, ADÁN, *Derecho Administrativo sancionador*, Tecnos, Madrid, 2005.

- “Lección XX. Prevaricación, desobediencia y revelación de secretos”, en *Nociones Fundamentales de Derecho Penal. Parte Especial*, con GÓMEZ RIVERO, CARMEN (Dir.), Tecnos, Madrid, 2019, págs. 453-478.

NIEVA FENOLL, JORDI, *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*, B de f, Buenos Aires, 2012.

- *Derecho procesal III, Proceso Penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2025.

NÚÑEZ BARBERO, RUPERTO, *La reforma penal de 1870*, Universidad de Salamanca, 1969.

NÚÑEZ DE CEPEDA, HILARIO, *1870-Código Penal-1932*, Litografía e imprenta Roel, La Coruña, 1932.

OVERBECK, V., “Unterlassung durch Begehung” en *GS*, 88, 1922, págs. 319 y ss.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, EMILIO, *La prevaricación del funcionario público*, Universidad Complutense de Madrid, 1980.

- “Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 43, Fasc/Mes 1, 1990, págs. 5-28.
- “El delito de prevaricación de los funcionarios públicos”, en *Diario La Ley*, núm. 5, 1996.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, EMILIO, HUERTA TOCILDO, SUSANA, *Derecho Penal Parte General. Teoría Jurídica del delito*, Rafael Castellanos, Madrid, 1986.

OLAIZOLA NOGALES, INÉS, “Concepto de funcionario público a efectos penales”, en *Delitos contra la Administración Pública*, con ASÚA BATARRITA, ADELA (Dir.), Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1997, págs. 77-84.

- *El delito de cohecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.
- “El principio de oportunidad. ¿Modernización o crisis del Derecho Penal?”, en *Nuevo Foro Penal*, vol. 10, núm. 82, 2014, págs. 15-34.

ORDEIG ORERO, MARÍA JOSÉ, *El delito de acusación y denuncia falsas*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

ORTIZ DE ZÚÑIGA, MANUEL, *Código Penal explicado para la común inteligencia y fácil aplicación de sus disposiciones*, Tomo II, Imprenta y Librería de Don Manuel Sanz, Granada, 1848.

ORTIZ NAVARRO, JOSÉ FRANCISCO, ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, CARLOS, “Lección X”, en *Elementos de Derecho Penal. Parte General*, con QUINTANAR DÍEZ, MANUEL (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2024, págs. 111-116.

ORTS BERENGUER, ENRIQUE, “Consideraciones sobre los delitos de abandono de destino y omisión del deber de perseguir delitos y de desobediencia y denegación de auxilio”, en *Los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995*, con GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ LUIS (Dir.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, págs. 337-360.

- “Lección XXXVII. Delitos contra la Administración Pública (I). Prevaricación. Abandono de destino y omisión del deber de perseguir delitos. Desobediencia y denegación de auxilio. Infidelidad en la custodia de documentos y violación de secretos”, en *Derecho Penal. Parte Especial*, con GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ LUIS (Coord.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, págs. 729-755.

ORTS BERENGUER, ENRIQUE, CARDONA TORRES, JUAN, *Derecho Penal. Parte Especial*, Bosch, Barcelona, 2010.

ORTS BERENGUER, ENRIQUE, GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ LUIS, *Introducción al Derecho Penal Parte General*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020.

ORTS BERENGUER, ENRIQUE, GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ LUIS, *Compendio de Derecho Penal Parte General*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023

PACHECO, JOAQUÍN FRANCISCO, *El Código Penal Concordado y comentado. Tomo II*, Imprenta de Manuel Tello, Madrid, 1870.

PADOVANI, TULLIO, *Diritto Penale*, Giuffrè, Milano, 2017.

PADOVANI, TULLIO, STORTONI, LUIGI, *Diritto penale e fattispecie criminose. Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Il mulino, Bologna, 2006.

PAGLIARO, ANTONIO, *Principi di diritto penale, Parte Speciale, I, Delitti contro l'Amministrazione della giustizia*, Giuffrè, Milano, 2000.

- “Sui delitti di omessa denuncia”, en *Studi in Ricordo di Gian Domenico Pisapia*, con V.V.A.A., Giuffrè, Milano, 2000, págs. 781-822.
- *Principi in diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2020.

PANNAIN, REMO, “Denuncia omessa o ritardata”, en *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. V, Torino, 1960.

PAPA, MICHELE, “Parte terza. Delitti contro l'amministrazione della giustizia”, en *Lezioni di diritto penale. Parte Speciale*, con CINGARI, FRANCESCO, PAPA, MICHELE, VALLINI, ANTONIO, Giappichelli, Torino, 2021, págs. 215-290.

PAREDES CASTAÑÓN, JOSÉ MANUEL, “Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el Derecho penal económico: bases político-criminales”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm. 11, 2003, págs. 95-164.

- “El orden público como bien jurídico autónomo (y legítimo)”, en *Derecho Penal del Estado Social y Democrático de Derecho: Libro Homenaje a Santiago Mir Puig*, con LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL (Dir.), La Ley, Madrid, 2017, págs. 911-986.

PASTRANA SÁNCHEZ, MARÍA ALEJANDRA, *El control penal de las drogas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2024.

PEDREIRA GONZÁLEZ, FÉLIX, “Capítulo Primero. El tipo básico. 1.6. Cuestiones comunes”, en *El delito de tráfico de drogas*, con ÁLVAREZ GARCÍA, FRANCISCO JAVIER (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 44-54.

PENA GONZÁLEZ, WENDY, *La proporcionalidad de las penas como criterio de control de la legitimidad del castigo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2025.

PEÑARANDA RAMOS, ENRIQUE, *La participación en delito y el principio de accesoriedad*, Tecnos, Madrid, 1990.

- “Sobre el alcance del art. 65.3 CP. Al mismo tiempo: una contribución en la crítica de la teoría de los delitos de infracción de deber”, en *Estudios Penales en homenaje a Enrique Gimbernat. Tomo II*, con V.V.A.A., Edisofer, Madrid, 2008, págs. 1419-1452.
- “Sobre el alcance del art. 65.3 CP. Al mismo tiempo: una contribución crítica de la teoría de los delitos de infracción de deber”, en *La responsabilidad en los “delitos especiales”: el debate doctrinal en la actualidad*, con ROBLES PLANAS, RICARDO (Dir.), Editorial B de f, Buenos Aires, 2022, págs. 2-57.

PEREA GONZÁLEZ, ÁLVARO, “La pasividad culpable: el delito de retardo malicioso”, en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 31, 2019.

PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, CARMEN, “¿Pueden los bienes jurídicos supraindividuales ser lesionados mediante conductas individuales?”, en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 26, 2018.

- *Legitimidad y técnicas de protección penal de bienes jurídicos supraindividuales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.

PIFFER, GUIDO, *I delitti contro l'amministrazione de giustizia- Vol. 1. I delitti contro l'attività giudiziaria*, Wolters Kluwer, Padova, 2005.

PISAPIA, GIAN DOMENICO, *Introduzione alla parte speciale del diritto penale, Vol. I*, Giuffrè, Milano, 1948.

POLAINO NAVARRETE, MANUEL, “El injusto de la tentativa en el ejemplo de los delitos de mera actividad y de omisión pura. Sobre el concepto jurídico-penal de resultado”, en *Revista Poder Judicial*, núm. 72, 2003, págs. 59-88.

- (Dir.), *Lecciones de Derecho Penal Parte Especial. Tomo II*. Tecnos, Valencia, 2011.

POMARES CINTAS, ESTHER, NAVARRO MORENO, MARÍA ISABEL, “Lección 9º. Delitos de denegación de auxilio”, en *Tratado de Derecho Penal: Parte Especial III. Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia*, con GARCÍA ÁLVAREZ, FRANCISCO JAVIER (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 261-298.

PORTILLA CONTRERAS, GUILLERMO, “Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 39, 1989, págs. 723-748.

- *El delito de práctica ilegal de detención por funcionario público*, EDERSA, Madrid, 1990.

PORTILLA CONTRERAS, GUILLERMO, POMARES CINTAS, ESTHER, “Delitos de abandono de destino y de la omisión del deber de perseguir delitos”, en *Tratado de Derecho Penal: Parte Especial III: Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia*, con ÁLVAREZ GARCÍA, FRANCISCO JAVIER (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 171-196.

POTT, CHRISTINE, “La pérdida de contenido del principio de legalidad y su manifestación en la relación entre el delito de encubrimiento por funcionario (§258.a StGB) y el sobreseimiento (§153 sigs. STPO)”, en *La insostenible situación del Derecho Penal*, con ROMEO CASABONA, CARLOS MARÍA (Dir.), Traducción de ÍÑIGO CORROZA, ELENA, BENLLOCH PETIT, GUILLERMO, Comares, Granada, 1999, págs. 79-102.

POZUELO PÉREZ, LAURA, “De nuevo sobre la denominada expansión del derecho penal. Una relectura de los planteamientos críticos”, en *El funcionalismo en derecho penal: Libro homenaje al Profesor Günther Jakobs*, con V.V.A.A., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, págs. 107-135.

PRIETO DEL PINO, ANA MARÍA, “Los contenidos de racionalidad del principio de proporcionalidad en sentido amplio: el principio de subsidiariedad”, en *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*, con NIETO MARTÍN, ADÁN, MUÑOZ DE MORALES ROMERO, MARTA, BECERRA MUÑOZ, JOSÉ (Dir.), Marcial Pons, Madrid, 2016, págs. 273-305.

PUIG PEÑA, FEDERICO, *Derecho Penal (Parte Especial). Tomo II*, Ibder-Amer, Barcelona, 1988.

QUERALT JIMÉNEZ, JOAN J., “Capítulo XVI. Delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal. Una aproximación desde la nueva regulación de la prevaricación administrativa”, en *Estudio y aplicación práctica del Código Penal de 1995, Tomo II*, con MARTÍN ESPINO, JOSE DOMINGO (Coord.), Colex, Madrid, 1997.

- “Del derecho penal del amigo a la supresión del principio de legalidad”, en *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 138, 2007, págs. 119-140.

- “La reforma penal de 2003 y Derecho Penal del amigo”, en *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal, Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón, Tomo II*, con CARBONELL MATEU, JUAN CARLOS, GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ LUIS, ORTS BERENGUER, ENRIQUE (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 1159-1572.
- *Derecho Penal Español Parte Especial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

QUINTERO OLIVARES, GONZALO, *Los delitos especiales y la teoría de la participación*, Editorial Cymys, Barcelona, 1974.

- “Los delitos contra la Administración de Justicia”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 79, 1980, págs. 191-206.
- “El delito de desobediencia y la desobediencia justificada”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. 80, núm. 3, 1981, págs. 629-658.
- “La autotutela, los límites al poder sancionador de la Administración Pública y los principios inspiradores del Derecho penal”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 126, 1991, págs. 253-296.
- *Curso de Derecho Penal Parte General*, Cedecs, Barcelona, 1996.
- *Parte General del Derecho Penal*, Aranzadi, Navarra, 2009
- *Parte General del Derecho Penal*, Thomson Reuters, Navarra, 2010
- (Dir.), *Comentarios al Código Penal español, Tomo I*, Aranzadi, Navarra, 2016.
- “Comentario al art. 24 CP”, en *Comentarios al Código Penal Español, Tomo I (Artículos 1 a 233)*, con QUINTERO OLIVARES, GONZALO, MORALES PRATS, FERMÍN, TAMARIT SUMALLA, JOSEP MARIA, *et al.*, Aranzadi, Navarra, 2016, págs. 331-335.
- “Título XX. Delitos contra la Administración de Justicia”, en *Comentarios al Código Penal, Tomo III. Parte Especial (Artículo 319 a DF 7º)*, con QUINTERO OLIVARES, GONZALO, MORALES PRATS, FERMÍN, TAMARIT SUMALLA, JOSEP MARÍA, *et al.*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2016, págs. 1465-1587.
- “La revisión de los delitos de desobediencia”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2021.
- “La inexplicable subsistencia de la punición de los actos preparatorios”, en *Almacén de Derecho*, 2025.

QUINTANO RIPOLLÉS, ANTONIO, *Curso de Derecho Penal II*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963.

- *Compendio de Derecho Penal. Vol. II*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958
- *Comentarios al Código Penal. Vol. II*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1946

RAGA I VIVES, ANNA, *El delito de desobediencia por enriquecimiento injustificado de autoridades. Estudio de la figura y de sus límites constitucionales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2025.

RAGUÉS I VALLÈS, RAMÓN, “De nuevo, el dolo eventual: un enfoque revolucionario para un tema clásico. Recensión a Gabriel Pérez Barberá, El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental, Hammurabi, Buenos Aires, 2011”, en *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3, 2012.

RAMÓN RIBAS, EDUARDO, “La derogación jurisprudencial del artículo 24.2 CP (concepto de funcionario público)”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIV, 2014, págs. 173-223.

RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO, *Derecho y Proceso*, Bosch, Barcelona, 1979.

- *El sistema procesal español*, Bosch, Barcelona, 2000.

RAMOS TAPIA, INMACULADA, *El delito de prevaricación judicial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.

REBOLLO VARGAS, RAFAEL, *La revelación de secretos e informaciones por funcionario público*, CEDECS, Barcelona, 1996.

- “Notas y consecuencias de una lectura constitucional del bien jurídico protegido en el T.XIX, L.II., del Código Penal Español (Delitos contra la Administración Pública) en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, Vol. II*, con ARROYO ZAPATERO, LUIS, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, IGNACIO, (Dir.), Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 2001, págs. 551-562.
- “La omisión de promover la persecución de delitos. El artículo 408 del Código Penal”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 2, 1999, págs. 13-44.

REVUELTA BENITO, R., “El Código Penal de 1848 y su gran comentarista Don Joaquín Francisco Pacheco”, en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, núm. 6, 1945.

RICCIARDI, GIUSEPPE, *Denunce obbligatorie di reato e delitti di omessa denuncia*, Università di Perugia, Perugia, 1984, págs. 153-161.

ROBLES PLANAS, RICARDO, *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, Atelier, Barcelona, 2007.

ROBLES PLANAS, RICARDO, RIGGI, EDUARDO J., “El extraño artículo 65.3 del Código Penal”, en *La responsabilidad en los “delitos especiales”. El debate doctrinal en la actualidad*, con ROBLES PLANAS, RICARDO (Dir.), Editorial B de f, Buenos Aires, 2022, págs. 57-97.

ROCA AGAPITO, LUIS, “Lección 2. Concepto de autoridad y de funcionario público a efectos penales”, en *Tratado de Derecho Penal: Parte Especial III. Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia*, con ÁLVAREZ GARCÍA, FRANCISCO JAVIER (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 55-90.

ROMANO, BARTOLOMEO, *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, Giuffrè, Milano, 2016.

- *Diritto penale. Parte Generale*, Giuffrè, Milano, 2020.

RODRÍGUEZ DE MIGUEL RAMOS, JOAQUÍN, “Arts. 404 a 445 bis”, en *Código Penal concordado y comentado con jurisprudencia y leyes penales especiales y complementarias*, con RODRÍGUEZ RAMOS, LUIS (Dir.), La Ley, Madrid, 2015, págs. 1213-1275.

RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ MARÍA, “Inobservancia de los principios básicos y reglas establecidos en la parte general del proyecto de 1980 en su parte especial, con otros defectos sobresalientes de esta”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, núm. 33 (2), 1980, págs. 337-346.

RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ MARÍA, SERRANO GÓMEZ, ALFONSO, *Derecho Penal español. Parte especial*, Dykinson, Madrid, 1995

RODRÍGUEZ MESA, MARÍA JOSÉ, *Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos*, Comares, Granada, 2000.

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, TERESA, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2004.

RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO, *La omisión de socorro en el Código Penal*, Tecnos, Madrid, 1966.

- “El autor mediato en Derecho Penal español”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 22, núm. 3, 1969, págs. 461-488.
- “La cláusula general sobre la comisión por omisión”, en *Política Criminal y Reforma Penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, con V.V.A.A., Editoriales de Derecho reunidas, Madrid, 1993, págs. 905-918.

RODRÍGUEZ PUERTA, MARÍA JOSÉ, *El delito de cohecho. Problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 1999.

- “Los delitos especiales y la teoría de la participación. Una crítica al alcance y aplicación del art. 65.3 CP”, en *Represión Penal y Estado de Derecho, Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares*, con MORALES PRATS, FERMÍN, TAMARIT SUMALLA, JOSEP MARÍA, GARCÍA ALBERO, RAMÓN, (Coord.), Aranzadi, Navarra, 2018, págs. 441-456.

RODRÍGUEZ PUERTA, MARÍA JOSÉ, MORALES PRAT, FERMÍN, “Título XIX. Delitos contra la Administración Pública”, en *Comentarios al Código Penal español, Vol. II*, con QUINTERO OLIVARES, GONZALO (Dir.), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016, págs. 1265-1464.

ROLDÁN BARBERO, HORACIO, “El delito de desobediencia funcional”, en *Diario La Ley*, núm. 1, 1996, págs. 1799-1804.

ROXIN, CLAUS, *Täterschaft und Tatherrschaft*, Walter de Gruyter, Berlín, 1963.

- *Problemas básicos del Derecho penal*, Traducción de LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL, Reus, Madrid, 1976.
- *Derecho Penal Parte General Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Traducción de LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, DE VICENTE REMESAL, JAVIER, Civitas, Madrid, 1997.
- “Was darf der Staat unter Strafe stellen? Zur Legittimation von Strafdrohungen”, in *Studi in onore di G. Marinucci*, con DOLCINI, EMILIO, PALIERO, CARLO ENRICO (Dir.), Giuffré Editore, Milano, 2006, págs. 715-737.
- *Derecho Penal. Parte General, Tomo II: Especiales formas de aparición del delito*, Traducción de LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL, PAREDES CASTAÑÓN, JOSÉ MANUEL, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, *et al.*, Aranzadi, Navarra, 2014.

- *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, Traducción de CUELLO CONTRERAS, JOAQUÍN, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, JOSÉ LUIS, Marcial Pons, Madrid, 2016.

ROVIRA TORRES, OLGA, *El quebrantamiento de condena*, Bosch Editorial, Barcelona, 1999.

- *El encubrimiento*, Bosch Editorial, Barcelona, 2006.

RUBIO LARA, PEDRO ÁNGEL, *Omisión del deber de impedir delitos o de promover su persecución*, EDERSA, Madrid, 2003.

- *Denegación de auxilio por funcionario público: (código penal, art. 412, párrafo tercero)*, CESEJ, Madrid, 2006.
- “Delito de ausencia de los deberes del funcionario público de promover la persecución de los delitos y de sus responsables (art. 408 CP)”, en *La Ley Penal*, núm. 47, 2008.

RUEDA MARTÍN, MARÍA ÁNGELES, “Sobre la necesidad de exigir una posición de garante para atribuir una responsabilidad penal”, en *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, núm. 1, 2015.

- “El fundamento de la atenuación (facultativa) de la pena del partícipe *extraneus* en un delito especial en el Código penal español”, en *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3, 2018.

RUEDA NEIRA, RAMÓN RAMIRO, *Elementos de Derecho Penal: con arreglo al programa de esta asignatura en la Universidad de Santiago. Tomo II*, Santiago de Compostela, 1898.

RUGA RIVA, CARLO, *Il premio per la collaborazione processuale*, Giuffrè, Milano, 2002.

- “La premialità nell’ordinamento penale”, en *Saggi in ricordo di Aristide Tanzi*, con V.V.A.A., Giuffrè, Milano, 2009, págs. 520-536.

SANTANA VEGA, DULCE MARÍA, “Principio de oportunidad y sistema penal”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 47, Fasc/Mes 2, 1994, págs. 105-136.

SALAT PAISAL, MARC, *La relación entre Derecho Penal y Derecho Administrativo Sancionador*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021.

SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, PABLO, “Funcionario que no promueve la persecución de delitos: un caso entre el encubrimiento y la omisión del deber de perseguir delitos”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 49, Fasc. 3, 1996, págs. 1047-1082.

- *El encubrimiento como delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998.
- *¿Encubridores o cómplices?: contribución a una teoría global de las adhesiones postejecutivas*, Civitas, Madrid, 2004.
- *Los delitos de encubrimiento: contribución a una teoría global de las adhesiones postejecutivas*, Grijley, Lima, 2005.

SÁNCHEZ TEJERINA, ISAÍAS, *Derecho Penal español. Parte General. Parte especial*, Librería General “La Facultad”, Salamanca, 1937.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES, JAVIER, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Marcial Pons, Madrid, 2002.

- *El denominado “delito de propia mano”: respuesta a una situación jurisprudencial*, Dykinson, Madrid, 2004.

SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, MARINA, *Dolo e imprudencia en el Código Penal Español. Análisis legal y jurisprudencial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.

SERRANO BUTRAGUEÑO, IGNACIO, “Capítulo I. Introducción a los delitos contra la “realización” de la justicia”, en *Delitos contra la administración de justicia. Artículos 325 a 338 bis del Código Penal (acusación y denuncia falsa, falso testimonio y otros delitos)*, con SERRANO BUTRAGUEÑO, IGNACIO, RUIZ VADILLO, ENRIQUE, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, CÁNDIDO, *et al.*, Editorial Comares, Granada, 1995.

SERRANO GÓMEZ, ALFONSO, SERRANO MAÍLLO, ALFONSO, *Derecho Penal Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 2007.

SCHMIDT, EBERHARD, *Die Sache der Justiz*, Vandenhoeck u. Ruprecht, Göttingen, 1961.

SCHÜNEMANN, BERND, “Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte”, en *Juristische Arbeitsblätter*, 1975, págs. 787-798.

- *Unternehmenskriminalität und Strafrecht: eine Untersuchung der Verantwortlichkeit der Unternehmen und ihrer Führungskräfte nach geltendem und geplantem Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht*, Heymann, 1979.

- *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia: con una aportación a la metodología del derecho penal*, Traducción de CUELLO CONTRERAS, JOAQUÍN, GRACIA MARTÍN, LUIS, Marcial Pons, Barcelona, 2009
- “Dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico o infracción del deber en los delitos especiales”, en *Revista de Derecho PUCP*, núm. 81, 2018, Traducción de PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, CARMEN, págs. 93-112.

SILVA DIAS, AUGUSTO, “¿Y si todos lo hiciéramos? Consideraciones acerca de la (in)capacidad de resonancia del Derecho penal con la figura de la acumulación”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. LVI, 2003, Traducción de ALCÁ CER GUIRAO, RAFAEL, págs. 433-470.

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Bosch Editorial, Barcelona, 1986.

- “Comisión y omisión: criterios de distinción”, en *Cuadernos de Derecho Judicial. La comisión por omisión*, con GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE (Dir.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, págs. 11-53.
- *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, Bosch Editorial, Barcelona, 1997.
- “Entre la omisión de socorro y la comisión por omisión. Las estructuras de los arts. 195.3 y 196 del Código Penal”, en *Problemas específicos de la aplicación del Código Penal*, con V.V.A.A., Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, págs. 153-172.
- *La expansión del Derecho Penal Aspectos de la Política Criminal en las sociedades occidentales*, Editorial Aranzadi, Madrid, 2001.
- *Estudios sobre los delitos de omisión*, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2004
- *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, Atelier, Barcelona, 2005.
- “Prologo”, en *La responsabilidad en los “delitos especiales”. El debate doctrinal en la actualidad*, con ROBLES PLANAS, RICARDO (Dir.), Editorial B de f, Buenos Aires, 2022.
- “Expansión 2.0. Los nuevos riesgos”, en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2025.
- *Derecho Penal. Parte General*, Civitas, Madrid, 2025.

SOLA RECHE, ESTEBAN, “Delitos de omisión pura y sistema del Derecho penal”, en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor Don*

José Cerezo Mir, con DIEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS, ROMEO CASABONA, CARLOS MARÍA, GRACIA MARTÍN, LUIS, *et al.*, Tecnos, Madrid, 2002, págs. 1000-1010.

SOTO NAVARRO, SUSANA, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad*, Comares, Granada, 2003.

- “Concreción y lesión de los bienes jurídicos colectivos. El ejemplo de los delitos ambientales y urbanísticos”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. LVIII, 2005, págs. 887-918.

STERNBERG-LIEBEN, DETLEV, “Vorbemerkungen zu den §§ 32 ff.”, en SCHÖNKE/SCHRÖDER *Strafgesetzbuch Kommentar*, con V.V.A.A., H. Beck., München, 2019.

TEIJÓN ALCALÁ, MARCO, “Los delitos de peligro en el derecho penal contemporáneo”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 25-29, 2023, págs. 1-39.

TERRADILLOS BASOCO, JUAN MARÍA, *Sistema penal y Estado de Derecho. Ensayos de Derecho Penal*, Ara Editores, Lima, 2010.

TIEDEMANN, KLAUS, *Lecciones de Derecho Penal Económico (comunitario, español, alemán)*, Traducción de MARTÍN LÓPEZ, TERESA, PPU, Barcelona, 1993.

TOMÁS-VALIENTE LANUZA, CARMEN, “Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH”, en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2016.

- “La responsabilidad omisiva de los funcionarios públicos por la no evitación de delitos: un (no) sistema insostenible”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 22, 2019, págs. 181-238.
- “Conductas omisivas de funcionarios inspectores (en especial, en materia medioambiental y urbanística)”, en *Estudios Jurídicos en memoria de la Profesora Doctora Elena Górriz Royo*, con GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ LUIS (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, págs. 821-834.

TORÍO LÓPEZ, ÁNGEL, “Los delitos de peligro hipotético (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 34, Fasc/Mens 2-3, 1981, págs. 825-848.

- “Injusto penal e injusto administrativo (presupuestos para la reforma del sistema de aranceles)”, en *Estudios sobre la Constitución española: homenaje*

al Profesor Eduardo García de Enterría, Vol. III, con MARTÍN-RETORRILLO BAQUER, SEBASTIÁN (Coord.), Civitas, Madrid, 1991.

TORRES FERNÁNDEZ, MARÍA ELENA, “Los delitos de atentado en el Código Penal de 1995”, en *Revista Electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 1, 1999.

- “La omisión de perseguir delitos del funcionario obligado a ello por razón de su cargo”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 2, 2001, págs. 1770-1782.

VALEIJE ÁLVAREZ, INMACULADA, *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, EDESA, Madrid, 1995.

- “Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y personas que desempeñan una función pública”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 62, Madrid, 1997, págs. 435-498.

VÁZQUEZ IRUZUBIETA, CARLOS, *Comentarios al Código Penal (Actualizado por las Leyes Orgánicas: 1/2015, 30 de marzo y 2/2015, 30 de marzo)*, Vlex, Madrid, 2015.

VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, FERNANDO, “Introducción a los delitos contra la Administración Pública”, en *Revista Galega de Administración Pública*, núm. 18, 1998, págs. 77-104.

- *Los delitos contra la Administración Pública. Teoría General*, Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico, Santiago de Compostela, 2003.
- *Los delitos de ejercicio y ofrecimiento de influencias en el Código penal español (arts. 428, 429 y 430)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020.
- “El concepto penal de funcionario público: algunas cuestiones problemáticas”, en *Liber Amicorum. Derechos Humanos y Derecho Penal. Homenaje al Profesor Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, Tomo II*, con FERRÉ OLIVÉ, JUAN CARLOS, DEMETRIO CRESPO, EDUARDO, PÉREZ CEPEDA, ANA I., *et al.* (Ed.), Ediciones Universidad Salamanca, 2022, págs. 433-444.

VIOLANTE, PAOLA, “L’obbligo di rapporto nell’art. 361 C.p. e nell’art. 3 C.p.p.”, en *La Giustizia Penale*, 1980, págs. 654-673.

VIRTO LARRUSCAIN, MARÍA JOSÉ, “El delito de prevaricación del funcionario público”, en *Delitos contra la Administración Pública*, con ASÚA BATARRITA, ADELA (Ed.), Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1997, págs. 119-160.

VIVES ANTÓN, TOMÁS SALVADOR, “Detenciones ilegales”, en *La detención. Detenciones ilegales. La detención gubernativa y la detención judicial*, con VIVES ANTÓN, TOMÁS SALVADOR, GIMENO SENDRO, JOSÉ VICENTE, Bosch, Barcelona, 1977.

- *Libertad de prensa y responsabilidad criminal (La regulación de la autoría en los delitos cometidos por medio de la imprenta*, Universidad Complutense de Madrid, 1977.
- “La responsabilidad de los jueces en el proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. IX, 1986, págs. 257-270.
- “Reexamen del dolo”, en *Problemas actuales del Derecho penal y de la criminología. Estudios Penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, con MUÑOZ CONDE, FRANCISCO (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 369-388.
- *Fundamentos del sistema penal. Acción significativa y derechos constitucionales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011.

WELZEL, HANS, *Das Deutsche Sratfrecht*, Walter de Gruyter & Co., Berlín, 1969.

- *Estudios de Derecho Penal*, Traducción de EDUARDO ABOSO, GUSTAVO, LÖW TEA, B de f, Buenos Aires, 2002.
- *El nuevo sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, Traducción de CEREZO MIR, JOSÉ, B de f, Buenos Aires, 2011.

WOHLERS, WOLFGANG, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts -zur Dogmatik «moderner» Gefährdungsdelikte*, Duncker und Humblot, Berlin, 2000.

ZAPULLA, ANGELO, TIGANO, SIMONA, “Capitolo Settimo: I delitti contro l’amministrazione della giustizia”, en *Diritto Penale. Parte Speciale, Vol. I*, con ALEO, SALVATORE, PICA, GIORGIO, Cedam, Milano, 2012, págs. 354-422.

ZUGALDÍA ESPINAR, JOSÉ MIGUEL, “La demarcación entre el dolo y la culpa: el problema del dolo eventual”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, núm. 39 (2), 1986, págs. 395-422.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, LAURA, *Libertad personal y seguridad ciudadana. Estudio del tipo de injusto del delito de detenciones ilegales practicadas por funcionario público*, PPU, Barcelona, 1993.

- “Relaciones entre derecho penal y derecho administrativo sancionador ¿hacia una “administrativización” del derecho penal o una “penalización” del derecho administrativo sancionador?, en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos “in memoriam”*, con ARROYO ZAPATERO, LUIS (Coord.), Universidad de Castilla-La Mancha, 2001, págs. 1417-1444.

ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA

Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

STEDH de 31 de mayo de 2016, asunto *Beortegui Martínez c España*

STEDH de 9 de marzo de 2021, asunto *López Martínez c. España*

STEDH de 19 de enero de 2021, asunto *González Etayo c. España*

Sentencias del Tribunal Constitucional

STC 33/1982, de 8 de junio (ECLI:ES:TC:1982:33)

STC 36/1984, de 14 de marzo (ECLI:ES:TC:1984:36)

STC 117/1984, de 5 de diciembre (ECLI: ES:TC:1984:117)

STC 123/1984, de 18 de diciembre (ECLI:ES:TC:1984:123)

STC 59/1985, de 6 de mayo (ECLI: ES:TC:1985:59)

STC 104/1989, de 8 de junio (ECLI:ES:TC:1989:104)

STC 234/1991, de 10 de diciembre (ECLI:ES:TC:1991:234)

STC 235/2001, 13 de diciembre (ECLI:ES:TC:2001:235)

STC 34/2008, de 25 de febrero (ECLI:ES:TC:2008:34)

STC 106/2011, de 20 de junio (ECLI:ES:TC:2011:106)

STC 86/2014, de 29 de mayo (ECLI:ES:TC:2014:86)

STC 184/2016, de 3 de noviembre (ECLI:ES:TC:2016:184)

STC 166/2021, de 4 de octubre (ECLI:ES:TC:2021:166)

STC 13/2022, de 7 de febrero (ECLI:ES:TC:2022:13)

Sentencias y autos de la Sala Segunda (De lo Penal) del Tribunal Supremo

Sentencias

STS de 20 de abril de 1871

STS de 19 de junio de 1872

STS de 21 de diciembre de 1872, núm. 702

STS de 21 de diciembre de 1872, núm. 704

STS de 20 de octubre de 1877

STS de 9 de julio de 1879

STS de 21 de septiembre de 1882

STS de 30 de septiembre de 1884

STS de 21 de junio de 1909

STS de 8 de mayo de 1912

STS de 14 de junio de 1951

STS de 26 de enero de 1954

STS de 30 de marzo de 1964

STS de 9 de octubre de 1969

STS de 23 de febrero de 1979

STS de 11 de junio de 1981

STS de 20 de abril de 1991

STS de 30 de octubre de 1992

STS de 18 de mayo de 1994

STS de 2 de junio de 1994

STS de 9 de julio de 1994

STS de 5 de junio de 1995

STS 643/1997, de 17 de junio

STS 801/1998, de 25 de enero

STS 502/1998, de 6 de abril

STS 846/1998, de 17 de junio

STS 1669/2001, de 1 de octubre

STS 654/2002, de 17 de abril

STS 839/2002, de 6 de mayo

STS 1391/2003, de 14 de noviembre

STS 17/2005, de 3 de febrero

STS 330/2006, de 10 de marzo

STS 470/2006, de 28 de abril

STS 1076/2006, de 27 de octubre

STS 249/2008, de 20 de mayo

STS 712/2008, de 4 de noviembre

STS 342/2009, de 2 de abril

STS 1273/2009, de 17 de diciembre

STS 1080/2010, de 20 de octubre

STS 198/2012, de 15 de marzo

STS 676/2012, de 26 de julio

STS 6/2013, de 7 de febrero

STS 443/2013, de 22 de mayo

STS 773/2013, de 22 de octubre

STS 166/2014, de 28 de febrero
STS 34/2015, de 4 de febrero
STS 149/2015, de 11 de marzo
STS 198/2015, de 17 de abril
STS 342/2015, de 2 de junio
STS 771/2015, de 2 de diciembre
STS 148/2016 de 25 de febrero
STS 514/2016, de 13 de junio
STS 542/2016, de 20 de junio
STS 644/2016, de 14 de julio
STS 201/2017, de 27 de marzo
STS 585/2017, de 20 de julio
STS 546/2019, de 11 de noviembre
STS 143/2020, de 13 de mayo
STS 352/2021, de 29 de abril
STS 769/2024, de 6 de septiembre
STS 604/2025, de 1 de julio

Autos

ATS de 21 de abril de 1998
ATS de 16 noviembre de 2018
ATS de 24 de marzo de 2021
ATS de 2 de julio de 2021
ATS de 21 de julio de 2021
ATS de 15 de diciembre de 2023

ATS de 18 de abril de 2024

Sentencias y autos de los Tribunales Superiores de Justicia

ATSJ País Vasco, Sección 1ª, de 19 de julio de 2006

ATSJ Andalucía, Sección 1ª, 10/2010, de 5 de febrero

STSJ Baleares, Sección 1ª, 60/2023, de 15 de noviembre

ATSJ Extremadura, Sección 1ª, 1/2024, de 27 de febrero

ATSJ Madrid, Sección 1ª, 35/2024, de 13 de junio

STSJ Castilla La Mancha, Sección 1ª, 94/2024, de 30 de octubre

Sentencias y autos de las Audiencias Provinciales

SAP Madrid, Sección 7ª, 226/2002, de 11 de abril

SAP Salamanca, Sección 1ª, 11/2007, de 25 de abril

SAP Barcelona, Sección 9ª, 6528/2011, de 27 de julio

SAP Almería, Sección 2ª, 184/2012, de 22 de mayo

SAP Lugo, Sección 2ª, 232/2014, de 15 de diciembre

SAP Almería, Sección 3ª, 48/2015 de 29 de enero

SAP Cádiz, Sección 3ª, 104/2015, de 13 de abril

SAP Asturias, Sección 2ª, 535/2015, de 25 de noviembre

SAP Málaga, Sección 2ª, 254/2018, de 29 de junio

SAP Madrid, Sección 23ª, 323/2020, de 9 de julio

AAP Burgos, Sección 1ª, 208/2021, de 17 de marzo

SAP Almería, Sección 3ª, 45/2024, de 5 de febrero

SAP Ciudad Real, Sección 2ª, 68/2024, de 29 de febrero

SAP La Rioja, Sección 1ª, 103/2024, de 17 de mayo

SAP Melilla, Sección 7ª, 9/2024, de 30 de mayo