

## **DESOBEDIENCIA INSTITUCIONAL: UN DEBATE SOBRE EL FUNDAMENTO DE LA INTERVENCIÓN PENAL Y ADMINISTRATIVA**

### **INSTITUTIONAL DISOBEDIENCE: A DEBATE ON THE FOUNDATION OF CRIMINAL AND ADMINISTRATIVE INTERVENTION**

Rosa M. Gallardo García  
Profesora Ayudante Doctora  
Universidad de Cádiz (España)

*Fecha de recepción:* 3 de marzo de 2020.

*Fecha de aceptación:* 15 de abril de 2020.

#### **RESUMEN**

La política criminal ante la desobediencia del funcionario público en el ejercicio del cargo se utiliza las dos ramas jurídicas de carácter sancionador, por un lado, el Derecho penal y por otro, el Derecho administrativo sancionador. Con intención de evitar una posible laguna de punición el legislador introduce determinados elementos comunes en ambas ramas. Estas coincidencias en las diferentes infracciones complican la interpretación dogmática de los operadores jurídicos, cuando deben dilucidar en qué infracción se puede subsumir un comportamiento de naturaleza desobediente.

El exceso de celo del legislador de nuevo repite problemas de interpretación esta vez en el ámbito de la corrupción de la Administración pública. Este afán punitivista tiene como consecuencia la puesta en riesgo de los postulados garantistas más básicos, de ahí la necesidad de concretar qué interés jurídico tutelan estas infracciones, sin obviar que en el ámbito del régimen disciplinario la existencia de un bien jurídico opera como garantía y límite de la intervención.

#### **ABSTRACT**

The criminal policy before the disobedience of a civil servant in office uses the two legal branches of a sanctioning nature, on the one hand, the criminal law and on the other, the sanctioning administrative law. With the intention of avoiding a possible

puncture gap, the legislator introduces certain common elements in both branches. These coincidences in the different infractions complicate the dogmatic interpretation of the legal operators when they must elucidate in which infraction a behavior of disobedient nature can be subsumed.

The legislator's excess of zeal again repeats interpretation problems, this time in the area of public administration corruption. This punitive effort has the consequence of putting the most basic guarantee postulates at risk. Hence the need to specify what legal interest these infringements protect, without forgetting that within the scope of the disciplinary regime, the existence of a legal good operates as a guarantee and limit of the intervention.

### **PALABRAS CLAVE**

Desobediencia, responsabilidad penal y administrativa.

### **KEY WORDS**

Disobedience, criminal and administrative responsibility.

### **ÍNDICE**

**1.- INTRODUCCIÓN 2.- EL FUNDAMENTO ANTE LA DESOBEDIENCIA DEL FUNCIONARIO EN EL ÁMBITO PENAL 3.- EL FUNDAMENTO ANTE LA DESOBEDIENCIA DEL FUNCIONARIO EN EL ÁMBITO ADMINISTRATIVO 4.- REFLEXIONES Y DISCUSIÓN: LA NECESARIA DISTINCIÓN DEL FUNDAMENTO EN ARAS DE COHERENCIA EN EL CONTROL SOCIAL FORMAL**

### **SUMMARY**

**1.- INTRODUCTION 2.- THE FOUNDATION AGAINST THE DISOBEDIENCE OF THE OFFICIAL IN THE CRIMINAL FIELD 3.- THE FOUNDATION IN THE FACE OF THE DISOBEDIENCE OF THE OFFICIAL IN THE ADMINISTRATIVE FIELD 4.- REFLECTIONS AND DISCUSSION: THE NECESSARY DISTINCTION OF THE FOUNDATION IN FAVOUR OF THE COHERENCE FORMAL SOCIAL CONTROL**

### **1.- INTRODUCCIÓN**

La preocupación por la corrupción no es exclusiva de los tiempos modernos. A partir de que la sociedad se fue organizando a través de diferentes organismos e instituciones y haciéndose más compleja, comenzaron a aparecer y visibilizarse determinadas conductas que se desviaban de su cometido inicial. La corrupción crea inseguridad y alarma social en la población, y esta demanda y reclama seguridad a modo de remedio o solución. Cuando un problema de estas características se

convierte en sistémico la solución se torna complicada, por lo que la respuesta debe ser compleja y efectiva. En la actualidad la rama del ordenamiento a la que se le atribuye este importante cometido es el Derecho punitivo, integrado por el Derecho penal y el administrativo sancionador. Las últimas reformas normativas se han ido dirigiendo a crear un archipiélago de infracciones de diferente naturaleza, penal y administrativa, cada vez más parecidas. Por lo que se evidencia que, se ofrece como solución al problema una respuesta formalista y estrictamente jurídica enmarcada en el control social formal, y para ellos se han ido configurando cada vez más figuras que han ameritado de los más graves reproches jurídicos en forma de sanción.

Los denominados delitos contra la Administración pública tienen el importante cometido de prevenir la delincuencia institucional, aquella que aparece en los organismos encargados de velar por un correcto funcionamiento de esta. Ubicados en el seno de este tipo de criminalidad y auspiciados por el recelo social que causa la corrupción, aparecen los delitos de desobediencia y denegación de auxilio, tipificados en los artículos 410, 411 y 412 del Código penal. El núcleo de la acción es la desobediencia, categoría que ha generado el interés de diferentes disciplinas no solo de los estudiosos del Derecho. El objeto de esta investigación es reflexionar sobre la necesidad de tipificación en sede penal de estas conductas. De ahí la importancia de estudiar el fundamento, no porque este justifique la intervención penal, sobre todo porque cumple la importante función de limitar esta intervención.

Además, incluiremos en el debate las infracciones administrativas coincidentes con los citados delitos, y que tienen en común la tipificación de la desobediencia del funcionario en el ejercicio y desarrollo de las funciones del puesto. La discusión se centrará pues en la exigencia de racionalizar el recurso del Derecho penal, teniendo como marco la vigencia del principio de fragmentariedad.

Al mismo tiempo, se reconoce y evidencia la problemática relación entre el Derecho administrativo sancionador y el Derecho penal. Ambas ramas del control social formal cumplen una importante función: la prevención de las conductas que mayor reproche social ameritan. De ahí, la necesaria evolución y reforma al mismo ritmo que lo hace la sociedad. La cuestión es cómo deben hacerlo, por lo que el eje de la discusión se mantendrá en torno al fundamento de la intervención y la necesidad de la misma. Ambas materias conforman especialidades jurídicas complejas, de manera que se presume una probable dificultad interpretativa para los operadores jurídicos, ya que cada vez nos encontramos una confluencia mayor entre las dos, que exige mayor claridad y que esta redunde en una eficacia preventiva visible.

El debate en torno a los bienes jurídicos tutelados no pretende justificar la intervención penal, más bien estudiar los límites del *ius puniendi*. Al tipificar la desobediencia en el marco de la criminalidad corrupta nos ofrece una guía sobre la función social que cumple el delito, pero no siempre se debate en términos de necesidad de tipificación en la política criminal actual.

La respuesta punitiva ante la desobediencia del funcionario en el ejercicio del cargo se recoge en las dos vías posibles, por un lado, el Derecho penal y por otro, el régimen disciplinario. De esta forma, el legislador tipifica diferentes infracciones en las dos ramas del ordenamiento jurídico que conforman el *ius puniendi* del Estado. Los

operadores jurídicos tienen el reto de establecer pautas interpretativas acorde a los postulados garantistas para perfilar y aclarar los contornos de las conductas tipificadas en uno y otro orden. De ahí el estudio de los fundamentos que los distinguen, para así poder generar no solo propuestas dogmáticas a partir del análisis jurídico, también propuestas de política criminal que facilite ese ejercicio interpretativo y expliquen la necesidad de intervención y castigo.

## 2.- EL FUNDAMENTO ANTE LA DESOBEDIENCIA DEL FUNCIONARIO EN EL ÁMBITO PENAL

Los delitos de desobediencia y denegación de auxilio se ubican en el Título XIX, Capítulo III del Código penal. La rúbrica de este título, “Delitos contra la Administración pública”, orienta a la doctrina penalista a posicionarse respecto al bien jurídico que se protege. El anterior texto punitivo recogía estos delitos en el Título VII, Libro II, cuya rúbrica decía: “De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos”. La modificación de la denominación parece seguir la habitual línea o tradición legislativa en la que se agrupan los delitos señalando el interés objeto de tutela, aunque sea de forma genérica, antes que la referencia expresa a los sujetos activos del delito. Además, el cambio en el título vino precedido y refrendado por diferentes peticiones de la doctrina penalista que ponía de relieve que no todas las infracciones penales recogidas bajo ese título podían ser cometidas por funcionarios públicos<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Entre otros: OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio, “El delito de prevaricación de los funcionarios públicos en el código penal, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 5, 1996, p. 1515.

Algunos autores proponen otra denominación, una “*que se refiriese a los delitos contra las actividades públicas en general*”, en 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*, 2009, p. 364.

En el ámbito de la jurisprudencia: Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Civil y Penal) Auto núm. 1/2004 de 19 mayo: “*Siempre inquietó a la doctrina científica la búsqueda de un elemento de conexión común a estas figuras delictivas tan dispares. La indudable dificultad de esta tarea determinó el nacimiento de una polémica doctrinal, que se centró fundamentalmente en la rúbrica del Título VII del Libro II del Código Penal de 1944, conservada posteriormente en el Texto Refundido de 1973 (RCL 1973, 2255). Dicha rúbrica, siguiendo una tradición arraigada en nuestros Códigos penales, contenía la siguiente alusión: «De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos». Resulta indudable que las rúbricas de los Títulos y Capítulos del Código Penal no siempre permiten extraer el bien jurídico protegido por las normas ubicadas en los mismos, ni menos aún un bien jurídico común a las distintas tipificaciones delictivas. Incluso en ocasiones, lejos de facilitar esta tarea, pueden inducir a confusión pues lo cierto es que el legislador algunas veces realiza sistematizaciones inadecuadas. Sin embargo, no es menos cierto que con frecuencia las rúbricas contenidas en el Código Penal constituyen un medio idóneo y una guía segura en la búsqueda del bien jurídico que se propone tutelar la norma. Esta realidad, unida al carácter confuso de la rúbrica aludida, que por otra parte se iba incrementando según avanzaban los tiempos y la exigencia de independencia judicial impedía equiparar la figura del Juez o Magistrado con los restantes funcionarios dependientes de la Administración, dio lugar a una polémica doctrinal en la búsqueda del anhelado elemento de interconexión. Un sector de la doctrina, consideró que dicha rúbrica, basada en un criterio clasificatorio de los delitos en función de sujeto activo, nada indicaba respecto al bien jurídico protegido, lo que la hacía susceptible de una merecida crítica. Algún autor incluso llegó a considerar que el mencionado Título VII no pasaba de ser un título residual en*

La práctica legislativa habitual en la que se integran una serie de delitos bajo una misma rúbrica tiene como objetivo orientar o determinar el objeto de tutela. Esta presentación puede suponer una dificultad común, que no es más que la derivada de pretender concretar todas esas específicas figuras delictivas bajo el paraguas de un único y general interés jurídico penal. En este sentido, el uso de esta técnica legislativa determina que el legislador tiene la finalidad de dotar de coherencia sistemática a los delitos que persiguen la prevención y el castigo de la corrupción. Además, de esta forma consigue orientar la interpretación de los diferentes bienes jurídicos contenidos en un mismo apartado del código. Por consiguiente, este cambio no solo refleja el ánimo de continuar con la tradición de nombrar los bienes objeto de tutela bajo un mismo Título, al mismo tiempo aporta un eficaz y adecuado criterio de interpretación que será de utilidad en el posterior debate sobre la identificación y concreción de los diferentes intereses objeto de tutela en cada delito en particular.

La Administración como ente no puede ser considerado bien jurídico, por lo que efectivamente esta no es el fin de la tutela penal, es el medio<sup>2</sup>. Además, su referencia explícita en la norma puede ser confusa ya que estas actividades delictivas no solo pueden cometerse por el funcionario que desarrolla funciones estrictamente administrativas, también por otros, como pueden ser, jueces, fiscales, o incluso parlamentarios<sup>3</sup>. Abundando en este planteamiento, un ente u organismo no puede ameritar de tutela penal en sí mismo, lo será en todo caso la función que desempeña atendiendo a la importancia de la misma para la sociedad en la que se integra. En conclusión, el bien jurídico protegido podría ser la función pública o funciones públicas<sup>4</sup>. El ámbito de este interés, al que se le otorga relevancia penal, no debería ir

---

*el que se habían agrupado figuras que no tenían un mejor encaje en otros lugares del Código, manteniendo la inexistencia de un bien jurídico común a todas ellas. Frente a estas posiciones, un sector de la doctrina defendió la existencia de un bien jurídico genérico, fundándose en la posibilidad de hallar un bien jurídico común a las distintas figuras contenidas en el Título VII, cifró la protección de las funciones públicas. Esta posibilidad de hallar un bien jurídico común a las distintas figuras delictivas agrupadas bajo el precitado Título fue contemplada con posterioridad por diversos autores, que consideraron que era posible afirmar que el bien jurídico común a estos delitos se hallaba representado por el servicio que los poderes públicos habían de prestar a la comunidad. Otra doctrina científica acoge el concepto de función pública como objeto genérico de protección del Título VII”.*

<sup>2</sup> Audiencia Provincial de Guipúzcoa (Sección 1ª) Sentencia núm. 36/2000 de 16 febrero: “En este sentido cabe señalar que el bien jurídico protegido en ambos casos no lo es, ni el orden público, ni la potestad, ni el desprestigio de la autoridad, sino que el bien jurídico que se protege es de la consecución de los intereses generales a cuya satisfacción se encuentra abocada la Administración a través del principio jerárquico, así lo ha puesto de manifiesto la doctrina y la jurisprudencia italiana de la que es tributaria la doctrina española en las que se concluye afirmando que la Administración Pública no es más que una organización medial que únicamente encuentra justificación en los fines que institucionalmente lo están asignados, de ahí que se afirme que si el bien jurídico protegido fuera la obediencia emanada del principio de jerarquía bastaría con una única norma en todo el sistema para la protección de semejante interés, en tanto que en nuestro sistema se incluyen distintos tipos penales en los cuales la conducta penada es la desobediencia”.

<sup>3</sup> DELGADO GIL, Andrés, “Sobre el bien o bienes jurídicos protegidos en los denominados delitos contra la Administración pública”, cit., p. 362.

<sup>4</sup> DELGADO GIL, Andrés, “Sobre el bien o bienes jurídicos protegidos en los denominados delitos contra la Administración pública”, cit., p. 360.

referido exclusivamente al propio de la Administración pública, ya que este trasciende a lo puramente administrativo y abarca las funciones judiciales, las parlamentarias y a su vez, las propiamente ejecutivas.

La doctrina discrepa respecto al concreto contenido de la función pública, discusión que se centra en el mismo fin de protección de la norma<sup>5</sup>. Un sector de la literatura defiende que realmente estamos ante la infracción de un deber, un deber que pesa sobre aquellos que en función del cargo o puesto tienen un especial cometido, un deber de cuidado, cuyo contenido vendría recogido en la normativa administrativa que regula cada una de esas competencias<sup>6</sup>. No solo la doctrina critica esta postura por formalista y por sus connotaciones políticas autoritarias, también la jurisprudencia entiende que la infracción de un deber no puede ni debe ser considerado bien jurídico, por ende, esta figura cumple otra función en la configuración de los diferentes tipos penales<sup>7</sup>.

Este bien jurídico tiene una naturaleza colectiva, que algunos autores la concretan y definen en su dimensión institucional<sup>8</sup>. Para algunos esta naturaleza colectiva viene dada porque se entiende que un acto aislado no tiene capacidad de poner en peligro o dañar el bien jurídico, que será la acumulación lo que pondrá en riesgo la función pública<sup>9</sup>. Esta postura corre el riesgo de asimilarse a la que entiende que es el prestigio de la función pública el verdadero interés objeto de tutela, e incluso puede aceptar que la comisión de alguno de los delitos no tiene capacidad de lesionar

---

<sup>5</sup> Otra propuesta de esquema ante la posición de la doctrina: *“algunos autores han planteado que en todos ellos subyace la idea de infracción a un deber personal de corrección y probidad pesa sobre quienes ejercen un cometido de especial relevancia social, como lo es la función pública; mientras que otros sostienen que lo tutelado sería el prestigio de la Administración o la confianza que el público deposita en ella”*; y no faltan quienes sostienen que la protección penal está dirigida a mantener la autoridad estatal”: RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, “La función pública como objeto de la tutela penal”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Católica de Valparaíso*, 2005, p. 330.

<sup>6</sup> OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio, “El delito de prevaricación de los funcionarios públicos en el código penal”, cit., p. 1515, que alude al origen fascista de esta tesis: el Código penal italiano de 1930, denominado Código Rocco.

<sup>7</sup> Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Civil y Penal) Auto núm. 1/2004 de 19 mayo: *“partiendo de la enorme importancia de la infracción del deber como elemento de la estructura típica y no como bien jurídico”*.

<sup>8</sup> RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, “La función pública como objeto de la tutela penal”, cit., p. 332. En este sentido aclara que *“...los bienes jurídicos institucionales tienen carácter instrumental en relación con la satisfacción de los intereses que justifican la existencia de la institución que se tutela y la prohibición de alterar las condiciones de un subsistema organizativo se fundamenta en su finalidad de garantizar expectativas de participación social o de ejercicio de derechos”*.

<sup>9</sup> RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, “La función pública como objeto de la tutela penal”, cit., p. 333, que indica expresamente que *“...el deterioro institucional proviene de la suma de agresiones o vulneraciones; la necesidad de evitar la extensión de éstas puede requerir la incriminación penal de las conductas que no conllevan una intensa potencialidad lesiva consideradas individualmente”*.

bien jurídico alguno<sup>10</sup>. La razón por la que estamos ante un bien de naturaleza colectiva es porque tiene como objetivo tutelar un interés de carácter público.

La función pública como bien jurídico corre el riesgo de ser espiritualizada o bien de ser objeto de interpretaciones formalistas alejadas del necesario prisma garantista, por lo que es necesario identificar elementos que nos permita concretar el contenido. Con esa intención, la doctrina considera que los delitos contra la Administración pública se explican desde la pluriofensividad, y visibiliza dos aspectos a destacar. Por un lado, la confianza del ciudadano en la Administración pública y el correcto desarrollo de su labor. Y por otro, el concreto desempeño de las facultades concedidas al empleado público por el Estado para el cumplimiento de los deberes propios del cargo<sup>11</sup>. Otros autores siguiendo esta línea consideran que no solo se conculca la confianza del ciudadano, sino los derechos de los que se ve privado el particular o administrado debido a esa *mala praxis* del garante, comportamiento que se subsumiría en alguno de los citados tipos delictivos<sup>12</sup>.

Si se entiende que la función pública amerita de protección penal se debe al menos realizar una interpretación en consonancia con los postulados garantistas. En este sentido se debe partir de la idea básica de que no se trata de preservar más allá de la estructura si no el servicio que se brinda al ciudadano<sup>13</sup>, es decir, el objetivo es proteger ese servicio que se cumple en relación a las expectativas del ejercicio de algunos de los derechos que tenemos como ciudadanos. En esta línea, Asúa Batarrita considera que los diferentes delitos deben incorporar elementos típicos que permita identificar una concreta lesión o peligro a los intereses del particular<sup>14</sup>.

---

<sup>10</sup> Sin embargo, el prestigio en sí mismo no se puede considerar interés con relevancia penal, y debe aportar y concretar la fuente de este prestigio. En este sentido, ASÚA BATARRITA, Adela, "La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración. Cuestiones político - criminales, criterios de interpretación delimitación respecto de la potestad disciplinaria", en ASÚA BATARRITA, Adela (Ed.), *Delitos contra la Administración Pública*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1997, pp. 20 y ss.

<sup>11</sup> VÁZQUEZ PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando, "El consentimiento del ofendido en los delitos contra la Administración pública (sobre el bien jurídico protegido en los delitos "del cargo)", en *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología* ([http://criminet.ugr.es/recpc/recpc\\_03-02.html](http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_03-02.html)), 2001, (edición electrónica-sin paginar).

<sup>12</sup> MANES, Vittorio, "Bien jurídico y reforma de los delitos contra la Administración pública", en *Revista electrónica de Derecho penal y Criminología* ([http://criminet.ugr.es/recpc/recpc\\_02-01.html](http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_02-01.html)), 2000, (edición electrónica-sin paginar). Este autor exige la concreción del peligro o daño a los derechos del particular: "a reconsiderar el bien jurídico desde una óptica de pluriofensividad que tenga en cuenta, tanto el interés público al buen funcionamiento y transparencia de la Administración pública, como el concurrente 'interés del particular a no ser perturbado en sus derechos por el comportamiento ilegítimo del funcionario público'".

<sup>13</sup> MORALES PRATS, Fermín y RODRÍGUEZ PUERTA, María José, "Delitos contra la Administración pública", en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, (Dir.) *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, Aranzadi, 10ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 1642.

<sup>14</sup> ASÚA BATARRITA, Adela, "La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración. Cuestiones político - criminales, criterios de interpretación delimitación respecto de la potestad disciplinaria", cit., p. 25. De forma expresa: "plantear la necesidad de incorporar, como elemento del tipo en esta clase de delitos, el resultado de afectación de los intereses de un individuo, sea bajo la forma de una lesión o de una puesta en peligro".

Para la tarea de determinar el bien jurídico en los delitos ubicados en los artículos 410 a 412 del Código penal, debemos utilizar las teorías y posicionamientos estudiados sobre el objeto de tutela común del resto de delitos. Este debate previo nos ofrece una importante pauta interpretativa y, de esta forma, podremos identificar el fin de protección de la norma penal. Además, este esfuerzo interpretativo, siguiendo una lógica coherente, se ciñe al orden habitual en el análisis jurídico dogmático: de lo universal a lo particular.

En el proceso de definición de los bienes jurídicos, la Carta magna se erige como referente interpretativo que marca los contornos y los límites. Y precisamente una interpretación en clave constitucional se torna perentoria en el ámbito de la corrupción, puesto que mediante la proclamación como Estado de Derecho se conmina al respeto de los derechos y principios rectores básicos que organizan nuestra sociedad mediante la regulación de las competencias de la Administración pública.

Efectivamente la función pública comprende cometidos más allá de los que ejerce la Administración, abarcando por ende las actividades parlamentarias, las ejecutivas y las legislativas. Estos delitos de forma específica se construyen *“naturalmente partiendo de la organización interna de cada Poder y de sus relaciones con los demás Poderes del Estado”*<sup>15</sup>. Por lo que el objetivo de tipificar un delito de esta naturaleza es conseguir que la Administración sea el brazo estatal que actúa con eficacia y no se convierta en una herramienta inútil, incapaz de ofrecer soluciones a las diferentes demandas de los administrados, y para ello debe organizarse con criterios claros y adecuados. Los bienes jurídicos, jerarquía y coordinación, se fundan en el mandato constitucional recogido en la Carta magna que define su misión de forma expresa<sup>16</sup>. En este sentido, Orts Berenguer entiende que se protege el ejercicio legítimo de la función pública, en el sentido de que deben estar orientados y *“...servir los intereses generales, con sujeción a los principios fijados en la Constitución”*<sup>17</sup>.

Un delito cuya acción pivota en el acto mismo de la desobediencia predetermina la existencia de una relación jerárquica previa, o bien una en la que ambas partes están a un mismo nivel de importancia y, por tanto, se exige lógica y obligada colaboración y cooperación en aras de un correcto y adecuado

---

<sup>15</sup> RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro, y SOBRINO MARTÍNEZ, Ana, *Delitos contra la Administración Pública*, Bosch, Barcelona, 2008, p.131.

<sup>16</sup> El artículo 103 de la Constitución exige que el ente público desarrolle su función de servicio con objetividad, y además señala los principios en los que deberá fundar esta labor generalista, como son: eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación. Además, culmina este precepto constitucional indicando que la labor de la Administración se debe someter de forma plena a la ley y al Derecho.

Por otro lado, el artículo 106 de la Constitución hace referencia a la labor de control encomendada a los Tribunales respecto de la potestad reglamentaria que posee Administración, y además deberán vigilar que esta actúa desde la legalidad, sometiéndose a los fines y objetivos que determinaron su creación y existencia.

<sup>17</sup> 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 *Cuadernos de Derecho judicial*, 1996, pp., 349 y 350.

funcionamiento de las competencias asumidas<sup>18</sup>. De esta forma, se logra concretar el bien jurídico protegido en estos delitos: *“En definitiva deberá afirmarse que en ambos tipos delictivos que analizamos se protege el principio jerárquico en la organización de la Administración Pública cuando a través de la misma se persiga la satisfacción de un interés general, y por ello el injusto exigido para la materialización de dichos delitos se venía realizando cuando el funcionario no sólo incumple su deber que le corresponde como subordinado de dar cumplimiento a las órdenes de sus superiores sino cuando a través de la infracción de ese deber, además de atacar la racional y eficiente organización de la función provoca que no se materialicen los fines institucionales asignados a la Administración Pública, lo que en su consecuencia comporta la necesidad de la existencia de un daño para la causa pública lo que es sinónimo de daño contra los intereses generales”*<sup>19</sup>. Estos principios se deben interpretar y entender desde una óptica amplia y funcional, y nunca desde un prisma estricto o de carácter formal<sup>20</sup>.

Así pues, se trata de subordinación y coordinación como herramientas necesarias para que la gestión sea real y funcional. Esta afirmación no significa que estos principios se conviertan por sí solos en los intereses objeto de tutela. El concepto de bien jurídico ha ido evolucionando, y se exige un daño a la función pública que desarrolla la Administración en cualquiera de sus vertientes. De esta forma se aleja de una posible espiritualización de la función pública exigiendo un daño o riesgo a expectativas concretas.

Esta idea ya la avanzaba la jurisprudencia previa a la reforma, exigiendo la lesión de los intereses del administrado: *“Si el bien jurídico protegido por el artículo 369.1 del Código Penal -sigue diciendo la crítica-, más que el principio de jerarquía o autoridad, es la buena marcha de la Administración al servicio de los ciudadanos [como se lee en la S. 14 octubre 1992 (RJ 1992\8193)], en el caso que nos ocupa la Administración ha actuado correctamente, pues nadie se ha visto afectado porque nadie debía ser incluido en los listados”*<sup>21</sup>. El Tribunal Supremo hacía referencia a las propuestas de la doctrina con interés en una reforma de estos delitos, evidenciando la necesidad de superar la idea de que la autoridad en sí misma merece protección penal.

---

<sup>18</sup> Respecto a la coordinación, FABIÁN CAPARRÓS indica que en estos casos *“prima la coordinación, la mutua ayuda o el auxilio entre órganos públicos de otra naturaleza para el mejor cumplimiento de otras funciones”*. FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A., “Los delitos contra la Administración pública (I)”, en TERRADILLOS BASOCO, Juan M., (coord.) *Lecciones de Derecho penal. Parte especial (Delitos contra la colectividad, las administraciones públicas y los valores constitucionales)*, Editorial Jurídica continental, Tomo III, 2ª edición, San José CR., 2017, p. 218.

<sup>19</sup> Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 793/2006 de 14 julio.

<sup>20</sup> JAVATO MARTÍN, Antonio, “El delito de desobediencia”, en *Revista General de Derecho penal*, [https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle\\_revista.asp?id=8&numero=21](https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id=8&numero=21), 2014, p. 7.

<sup>21</sup> Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 1255/1994 de 18 junio. En este supuesto, el alcalde incumple una resolución de Tribunal Superior de Justicia relativa a alistamiento para el servicio militar y no comunicó la lista de reclutamiento, para el entonces servicio militar obligatorio, debido a que no había Mozos En El Pueblo Que Reclutar.

Los últimos pronunciamientos jurisprudenciales avalan estas exigencias respecto al interés que debe ser objeto de ataque en el ámbito penal<sup>22</sup>. Y confirma la línea en la que el quebrantamiento voluntario de la orden dada por un servidor público supone la protección de la función pública. Y además, con ánimo garantista, se añade la función pública de la Administración se protege *“porque su regular funcionamiento redundando en beneficio de la sociedad a la que sirve; es decir, se la preserva desde la óptica de la función pública como actividad de prestación de servicio a los ciudadanos”*<sup>23</sup>. Así pues, en la doctrina jurisprudencial ya se ha consolidado que ese funcionamiento adecuado de la Administración debe ir acorde al contenido del ordenamiento jurídico que la regula y limita.

En conclusión, el cambio fue bien acogido por la doctrina, por ajustarse a los principios básicos de una democracia, y por alejarse de una lectura del todo formalista del tipo penal. Ya que efectivamente, el argumento a favor era la necesidad de plasmar de forma clara que se abandonaba determinados criterios incompatibles con un Estado de Derecho, como era la tradición de nuestro sistema de considerar preferente el principio de autoridad por encima del de legalidad<sup>24</sup>. Al menos la consolidación de esta línea proporciona cierta imagen de intervención desde la necesidad de la argumentación y fundamentación jurídica. Ahora habría que abordar si además de coherencia garantista, existe una verdadera necesidad política criminal de intervenir desde el Derecho penal ante la desobediencia institucional, y qué significado y objetivo tiene en nuestro ordenamiento jurídico.

### **3.- EL FUNDAMENTO ANTE LA DESOBEDIENCIA DEL FUNCIONARIO EN EL ÁMBITO ADMINISTRATIVO**

Se evidencia una especial predisposición en el legislador hacia la necesidad de controlar y reprimir los múltiples y variados actos de desobediencia que se pueden suceder en diferentes ámbitos, y así se ha visto reflejado en nuestro ordenamiento jurídico. De ahí la importancia de analizar las conductas similares, y así poder evaluar cómo las dos ramas del control social formal intervienen indistintamente ante un conflicto de características similares.

En el ámbito del Derecho administrativo sancionador, nos encontramos con un archipiélago de normas que recogen diferentes infracciones que castigan la

---

<sup>22</sup> Audiencia Provincial de Huelva (Sección 1ª) Sentencia núm. 266/2016 de 30 septiembre (El tribunal confirma la condena del alcalde de Bollullos por desobediencia). *“El bien jurídico protegido es el principio de autoridad, la dignidad de la función pública, por la trascendencia que para el cumplimiento de los fines del Estado tiene el respeto debido a sus órganos (STS. 31-01-90 (RJ 1990, 543) y 20-12-00 (RJ 2000, 10465)) y, fundamentalmente, el normal funcionamiento de la Administración Pública, y actuaciones de autoridades y funcionarios públicos: un funcionamiento ajustado a lo establecido por el ordenamiento jurídico vigente”*.

<sup>23</sup> Tribunal Superior De Justicia De Cataluña (Sala Civil Y Penal) Sentencia núm. 149/2019 de 19 de diciembre de 2019.

<sup>24</sup> MORALES PRATS, Fermín y RODRÍGUEZ PUERTA, María José, “Delitos contra la Administración pública”, cit., p. 1672.

desobediencia del funcionario en el desarrollo de su labor. En este acervo sancionador se distinguen entre las normas de carácter general, que se aplican a los empleados públicos; y las más concretas o de carácter especial, que se aplican a un grupo específico, que, debido a las particularidades de la función que estos desempeñan, amerita de una regulación especial y separada del resto. Estas últimas son infracciones que se incluyen en la normativa especial de algunos cuerpos específicos y que introduce en su articulado un elenco de infracciones y sanciones a aplicar de forma preferente atendiendo al principio de especialidad<sup>25</sup>. Un ejemplo de grupo que precisa una atención especializada será, entre otros y sin ánimos de exhaustividad, el de los cuerpos y fuerzas del Estado, como son policías y guardia civil.

Por obvias y diferentes razones, a través de la proclamación del principio de legalidad, se extrae el régimen disciplinario de las competencias administrativas propias de la Administración pública. De esta forma, será el poder legislativo el competente y el legislador el que defina las conductas que serán tipificadas, y en virtud de las cuales podrán ser sancionados los funcionarios.

De esta forma, nos encontramos con dos normas de referencia que recogen las denominadas infracciones generales. Por un lado, el Real Decreto 33/1986 que regula en su articulado, 51 artículos, el régimen disciplinario de los funcionarios públicos<sup>26</sup>. Y por otro, el Estatuto del empleado público que consta de 100 artículos, divididos en 8 Títulos, 16 disposiciones adicionales, 8 transitorias, 1 derogatoria y 4 finales<sup>27</sup>.

El primero, Real Decreto 33/1986, selecciona una serie de conductas que tienen como consecuencia una sanción administrativa. La categorización se realiza en atención a la naturaleza de la infracción: muy grave, grave y leve. Esta norma tipifica de forma expresa una conducta como falta grave cuyo núcleo central será la desobediencia<sup>28</sup>. El artículo 14 de esta norma enumera el elenco de sanciones y su correlación con las infracciones atendiendo a su naturaleza, en aplicación del principio de proporcionalidad en sede legislativa. Las consecuencias jurídicas de la comisión de la citada falta grave se concretan en: *“b) Suspensión de funciones, c) Traslado con cambio de residencia. e) Apercebimiento”*<sup>29</sup>.

---

<sup>25</sup> Entre otras: Ley Orgánica 4/2010, de 20 de mayo, del Régimen disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía. Esta norma se aplica de forma preferente, y recoge en el artículo 7 diferentes infracciones muy graves, entre otras una referida a la insubordinación; y como grave, en el artículo siguiente, la desobediencia a los superiores directos o la falta de colaboración con otros cuerpos de seguridad.

<sup>26</sup> Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado.

<sup>27</sup> Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

<sup>28</sup> Artículo 7 Real Decreto 33/1986.: *“Son faltas graves: a) La falta de obediencia debida a los superiores y autoridades”*.

<sup>29</sup> Artículo 16 Real Decreto 33/1986.: *“Las sanciones de los apartados b) o c) del artículo 14 podrán imponerse por la comisión de faltas graves o muy graves. La sanción de suspensión de funciones impuesta por comisión de falta muy grave no podrá ser superior a seis años ni inferior a tres. Si se impone por falta grave, no excederá de tres años. Si la suspensión firme no excede del período en el que el funcionario permaneció en suspensión provisional, la sanción no comportará necesariamente pérdida*

El Estatuto del empleado público se conforma como la norma que regula el conjunto de relaciones de los funcionarios públicos<sup>30</sup>. En el título del Estatuto ya se evidencia la introducción del concepto de empleado público, en el que se integra el funcionario público, titular de la plaza, y el personal estatutario o laboral. De esta forma, el empleado público se convierte en una categoría que acoge a ambas figuras, antes diferenciadas. Ahora bien, el régimen disciplinario del personal laboral se regirá, en lo no previsto en el Estatuto, por la legislación laboral.

Esta norma tiene la pretensión de regular y recoger todas las reglas que regulan la relación entre el empleado y la Administración. Así pues, entre otras cuestiones en su articulado existe un apartado dedicado al régimen disciplinario, el Título VII, que comprende los artículos 93 a 98 del Estatuto. Las infracciones del régimen disciplinario en este texto normativo se dividen entre muy graves, graves y leves. Las primeras se tipifican en el segundo apartado y ascienden a un total de quince conductas, entre ellas la desobediencia: *“la desobediencia abierta a las órdenes o instrucciones de un superior, salvo que constituyan infracción manifiesta del Ordenamiento jurídico”*. Sin embargo, no ocurre lo mismo con las infracciones graves y leves, ya que el legislador se limita a dar indicaciones en los dos siguientes apartados: *“3. Las faltas graves serán establecidas por ley de las Cortes Generales o de la asamblea legislativa de la correspondiente comunidad autónoma o por los convenios colectivos en el caso de personal laboral, atendiendo a las siguientes circunstancias: a) El grado en que se haya vulnerado la legalidad. b) La gravedad de los daños causados al interés público, patrimonio o bienes de la Administración o de los ciudadanos. c) El descrédito para la imagen pública de la Administración. 4. Las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo del presente Estatuto determinarán el régimen aplicable a las faltas leves, atendiendo a las anteriores circunstancias”*. En definitiva, el Estatuto tipifica expresamente las infracciones muy graves, y se limita a derivar a un posterior desarrollo legislativo o reglamentario las de naturaleza grave y leve.

Por otro lado, la enumeración de las sanciones se realiza sin explicar o aclarar las correspondencias atendiendo a la naturaleza de la infracción<sup>31</sup>. Además, respecto al

---

*del puesto de trabajo. Los funcionarios sancionados con traslado con cambio de residencia no podrán obtener nuevo destino por ningún procedimiento en la localidad desde la que fueron trasladados, durante tres años, cuando hubiese sido impuesta por falta muy grave, y durante uno cuando hubiere correspondido a la comisión de una falta grave. Dicho plazo se computará desde el momento en que se efectuó el traslado”*.

<sup>30</sup> Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

<sup>31</sup> Artículo 96 Estatuto del empleado público: Sanciones: *“1. Por razón de las faltas cometidas podrán imponerse las siguientes sanciones: a) Separación del servicio de los funcionarios, que en el caso de los funcionarios interinos comportará la revocación de su nombramiento, y que sólo podrá sancionar la comisión de faltas muy graves. b) Despido disciplinario del personal laboral, que sólo podrá sancionar la comisión de faltas muy graves y comportará la inhabilitación para ser titular de un nuevo contrato de trabajo con funciones similares a las que desempeñaban. c) Suspensión firme de funciones, o de empleo y sueldo en el caso del personal laboral, con una duración máxima de 6 años. d) Traslado forzoso, con o sin cambio de localidad de residencia, por el período que en cada caso se establezca. e) Demérito, que consistirá en la penalización a efectos de carrera, promoción o movilidad voluntaria. f) Apercibimiento. g) Cualquier otra que se establezca por ley.*

Real Decreto 33/1986 amplía el abanico de opciones. Con el Estatuto nace la idea de asimilar el régimen disciplinario de los empleados públicos al propio del resto de trabajadores, estipulado en la rama propia del Derecho laboral<sup>32</sup>.

Así pues, en el ámbito del régimen disciplinario del funcionario nos encontramos dos normas que al mismo tiempo tipifican la desobediencia, por un lado, el Estatuto que la considera muy grave, que incluye el elemento “abierto” en la descripción típica. Y por otro, el Real Decreto 33/1986 que la califica como grave, y no aporta ningún elemento en la descripción del tipo.

Ambas infracciones pivotan entre dos elementos determinados: “a) La existencia de una orden clara y terminante, dirigida en forma adecuada por el superior, en el ejercicio de sus competencias, al inferior; b) Que frente a ella este último adopte una actitud consciente e injustificada de oposición a su cumplimiento y desconocimiento de la autoridad que el superior ejerce”<sup>33</sup>. Aunque estemos en el orden administrativo, la conducta debe poner en riesgo o daño a un bien jurídico, no se puede permitir la tipificación de una conducta por la mera desobediencia a un superior, por lo que es necesario poder identificar un objeto de tutela.

En este sentido, el Tribunal Supremo aclara que “...el objetivo primordial de derecho disciplinario más que el restablecimiento del orden social quebrantado, es la salvaguardia del prestigio y dignidad corporativa y garantía de la normal actuación de los funcionarios en la doble vertiente del eficiente funcionamiento del servicio que les está encomendado y que su actividad como tal se desarrolle en el marco que le fije la Ley, y por ello, en el derecho sancionador disciplinario predomina la valoración ética de la conducta subjetiva del funcionario sobre los resultados de peligro o lesión de un bien jurídico determinado que con su actuación haya podido causar, aspecto último reservado a la jurisdicción penal y doctrina de plena actualidad pese al cambio normativo introducido”<sup>34</sup>. De esta forma intenta aportar elementos que distingan las dos ramas que intervienen en este ámbito en la medida en que explica los contenidos del fundamento en el ámbito administrativo usando la intervención penal como referencia.

---

2. Procederá la readmisión del personal laboral fijo cuando sea declarado improcedente el despido acordado como consecuencia de la incoación de un expediente disciplinario por la comisión de una falta muy grave.

3. El alcance de cada sanción se establecerá teniendo en cuenta el grado de intencionalidad, descuido o negligencia que se revele en la conducta, el daño al interés público, la reiteración o reincidencia, así como el grado de participación”.

<sup>32</sup> MARINA JALVO, Belén, *El Régimen disciplinario de los funcionarios públicos: fundamentos y regulación sustantiva*, Lex Nova, Valladolid, 2006, p. 56, que hace referencia a la flexibilización del régimen disciplinario para asimilarlo al referente del Derecho del trabajo.

<sup>33</sup> Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) Sentencia núm. 813/2001 de 28 junio.

<sup>34</sup> Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª) Sentencia de 16 diciembre 2003.

El problema es que la argumentación que esgrime el Tribunal Supremo se sustenta en una valoración cualitativa en la que se incluye la valoración ética como elemento diferenciador. Además, elimina la posibilidad de que afecte a concretos derechos del administrado, basta con la indignidad que proviene de la dejadez del funcionario. Respecto a la inclusión a la ética como elemento diferenciador de ambos órdenes, Marina Jalvo entiende que *“no es posible sostener que el Derecho disciplinario tenga un significado predominantemente ético, en virtud del cual el fin primordial es la salvaguarda del prestigio y de la dignidad corporativa haga pasar a un segundo plano el fin de restablecimiento del orden quebrantado, así como la consideración del daño o peligro experimentado por los bienes jurídicos protegidos”*<sup>35</sup>.

De hecho, en el orden disciplinario se exige daño o peligro a un objeto que se identifica con la concreta función del empleado público, en este caso, miembro de cuerpo y fuerzas de seguridad, y con la general y propia de la dimensión de ser funcionario: *“b) Que no hubo, o al menos no consta, menoscabo o perturbación del servicio, ni trascendencia para la seguridad pública, ni daño para la Administración o particulares”*<sup>36</sup>. Así pues en el supuesto de un profesor de universidad se relaciona con la libertad de cátedra<sup>37</sup>, en el de un funcionario sanitaria se relaciona con la atención que presta<sup>38</sup>, y así sucesivamente<sup>39</sup>. Y en ocasiones no parece que se exija afectación alguna a bien jurídico, dado que se sanciona por el hecho de llegar tarde a una reunión y simplemente se pondera calificándola como leve en atención a un menor grado de obediencia<sup>40</sup>.

Previo al análisis comparado y ponderado de ambos órdenes, es importante asumir una postura en torno a dos cuestiones importantes, dado que la toma de postura previa nos permite que la discusión se pueda centrar en el objeto de investigación propuesto. Estos son, por un lado, la definición misma de régimen disciplinario y por otro, el debate sobre el principio *non bis in idem*.

---

<sup>35</sup> MARINA JALVO, Belén, *El Régimen disciplinario de los funcionarios públicos: fundamentos y regulación sustantiva*, cit., p. 92.

<sup>36</sup> Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) Sentencia núm. 813/2001 de 28 junio: en este supuesto se usó para aplicar el principio de proporcionalidad.

<sup>37</sup> Tribunal Superior de Justicia de País Vasco, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) Sentencia núm. 461/1997 de 10 julio: *“no se está impidiendo que el recurrente se manifieste, sino que se manifieste en la forma en que lo hizo, perjudicando el derecho a la libertad de cátedra de los profesores y el derecho a la educación de los alumnos”*.

<sup>38</sup> Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª) Sentencia de 22 mayo 1999; Tribunal Superior de Justicia de Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife (Sala de lo Contencioso-Administrativo) Sentencia núm. 1399/1998 de 21 diciembre Tribunal Superior de Justicia de Asturias, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) Sentencia núm. 741/2005 de 18 mayo.

<sup>39</sup> En esta otra se alude a las funciones de seguridad propias de la policía, y se sanciona al negarse a cumplir la orden de forma reiterada de trasladar a inmigrantes irregulares al África subsahariana: Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) Sentencia de 14 septiembre 2005.

<sup>40</sup> Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Única) Sentencia núm. 69/2003 de 21 enero.

El régimen disciplinario del funcionario se enmarca y se nutre del Derecho administrativo sancionador, no se asimila a este, es y forma parte de esta rama punitiva y sancionadora. En contra algún sector doctrinal, con intención de diferenciar este régimen de la intervención penal en este ámbito, ha considerado atemperar los principios y garantías conquistados por el Derecho administrativo. Y esgrime que “*es obvio que el Derecho disciplinario es uno de los ámbitos más alejados del núcleo central del ordenamiento punitivo público, razón por la cual los matices podrían ser aquí más intensos*”<sup>41</sup>.

Respecto a la posible duplicidad de sanciones, se parte de que efectivamente estas infracciones, penales y administrativas, tienen coincidencias y elementos diferentes que han permitido una las excepciones del conocido principio *non bis in idem*. Aunque la argumentación que ha posibilitado esta acumulación de sanciones penales y administrativas ha sido el de la relación de especial sujeción<sup>42</sup>. Esta figura de origen alemán ha justificado determinadas desigualdades materiales, mediante la relajación aplicativa de garantías básicas, en base a la diferente relación con la Administración. Por esta razón, en este texto no se va a considerar admisible una teoría como esta por la inseguridad jurídica que genera, debido a que se aleja del principio de legalidad, entre otros. En atención a una postura garantista será otro el argumento el que deba avalar esta postura. En esta línea, un diferente fundamento entre ambos órdenes sí permitiría construir una base para la duplicidad de las sanciones.

#### **4.- REFLEXIONES Y DISCUSIÓN: LA NECESARIA DISTINCIÓN DEL FUNDAMENTO EN ARAS DE COHERENCIA EN EL CONTROL SOCIAL FORMAL**

Una investigación de estas características no tiene como pretensión de justificar la intervención penal, al menos no en clave de promulgar propuestas de política criminal de forma minuciosa. En estas líneas las pretensiones son menos ambiciosas, simplemente explicar y comprender las razones y la necesidad de la intervención coactiva en esta materia.

---

<sup>41</sup> MARINA JALVO, Belén, *El Régimen disciplinario de los funcionarios públicos: fundamentos y regulación sustantiva*, Lex Nova, Valladolid, 2006, p. 112.

<sup>42</sup> Por todas, Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) Sentencia de 24 enero 1989. RJ 1989\432: “...en casos como el presente, en el que media una relación de sujeción o de supremacía especial entre el médico y su Colegio profesional, la potestad disciplinaria puede ser distinta e independiente de la responsabilidad penal, pudiendo incluso coexistir distintos tipos de correcciones en el orden penal y disciplinario -como tiene dicho la misma Sala 5.ª de este Alto Tribunal en Sentencia de 7 de octubre de 1986 ( RJ 1986\5319) invocando las del T. S. de 8 de marzo y 28 de septiembre de 1984 ( RJ 1984\1261 y RJ 1984\4526)-; sin que por ello se produzca violación del principio de exclusión de la misma sanción por un único hecho («non bis in idem»), y así también lo establece correctamente el artículo 72, 2 de los Estatutos del Colegio de Médicos de Barcelona (folio 40 de los autos de la anterior instancia), la necesaria subordinación de la potestad disciplinaria a la jurisdiccional penal cuando hay proceso penal abierto por el simple hecho, impide la prosecución o la apertura y decisión del expediente disciplinario mientras permanece abierto el judicial penal”.

La descripción típica de la infracción penal y sus correspondientes administrativas es similar y apenas se evidencian diferencias, al menos mediante una interpretación literal. La acción del delito consiste en *“negarse abiertamente a dar cumplimiento”*; y en la infracción administrativa del Estatuto también se incluye este elemento, complicando la diferencia de ambas infracciones.

Por otro lado, la infracción del Real Decreto 33/1986 de forma escueta, general y abstracta el legislador hace referencia a *“la falta de obediencia debida a los superiores y autoridades”*. Por lo que la diferencia entre ambas se encuentra en la inclusión del adjetivo abierto para calificar y distinguir la desobediencia. Sin embargo, la doctrina no evidencia que el término abierto aporte una diferencia clave, ya que el tipo penal admite conductas *“tanto expresa como tácita o implícita, supuesto este último que será el más frecuente en la práctica”*<sup>43</sup>. Así pues, nos queda forzar una interpretación que nos permita distinguir el campo de acción de las diferentes infracciones.

Los elementos de las infracciones penales y administrativas estudiadas son difusos en sede legislativa, por lo que encontrar una fórmula que nos permita distinguirlos no será fácil. Javato Martín entiende que la distinción radica en que se reproduzca una desobediencia de carácter grave de la que no se dude, es decir, se deben identificar aquellos actos cuya entidad permitan excluir *“...del perímetro de la infracción los incumplimientos provisionales o los meros actos de entorpecimiento, de obstaculización o de prolongación excesiva de un procedimiento fruto de la falta de diligencia”*<sup>44</sup>.

En la medida en que se señala la gravedad como elemento diferenciador de ambas infracciones parece que se pone en foco en la afectación al bien jurídico. Por este motivo se debe entender que, se hace en atención a la forma de ataque al objeto de tutela, y si podemos calificarlo de grave o leve. Ya que adjudicarle a este adjetivo la función de valorar la desobediencia o, actitud o, reiteración, ignorando el daño al interés objeto de tutela, tendría como consecuencia castigar conductas debido a la actitud del funcionario sin que incluso sea necesario dañar el bien jurídico. Esta interpretación corre el riesgo de ser calificada como formalista y nos alejaría, por ende, de los postulados básicos garantistas.

Recapitulando, en el orden penal se incluye el delito de desobediencia junto a los delitos contra la Administración pública. Esta fórmula ofrece determinadas ventajas ya que la agrupación de estos delitos nos muestra la intención del legislador que, si bien no es la de reducirlo a un mismo bien jurídico, sí es la de determinar cuál es la afectación de cada uno de los intereses que se recogen en este título, concretar qué es lo que se pretende proteger, que no es más que la función pública. No ocurre así en el ámbito administrativo, *“...como vemos, la potestad disciplinaria es inherente a la burocracia como sistema mecanicista de organización y así es constatada*

---

<sup>43</sup> JAVATO MARTÍN, Antonio, “El delito de desobediencia”, cit., p. 16, que indica que *“el comportamiento descrito en el tipo debe ser entendido en sentido amplio, comprensivo tanto de la expresa desobediencia como de las conductas de reiterada y contumaz pasividad”* (p. 17).

<sup>44</sup> JAVATO MARTÍN, Antonio, “El delito de desobediencia”, cit., p. 17,

*unánimemente. Es la garantía del mando en un sistema que descansa sobre la jerarquía y la responsabilidad*<sup>45</sup>. En este sentido parece que el régimen disciplinario sigue permeable a la tradición de proteger el principio de autoridad.

Por esta razón y en aras de distinguir las dos dimensiones, la administrativa y la penal, la jurisprudencia explica que *“...el sistema penal tiene un carácter fragmentario y es la última ratio sancionadora, y es por esto que el derecho penal no sanciona las conductas contrarias a derecho ni las que lesionan el bien jurídico, sino tan solo las modalidades de la agresión más peligrosas, ya que su finalidad es atender a la defensa social que surge no de la simple infracción de la legalidad administrativa, lo que daría un sentido formalista al delito de prevaricación, sino la transgresión e incumplimiento de la normativa administrativa que incida de forma significativa en los administrados y en la comunidad, con perjuicio potencial o efectivo en los intereses de ambos o de la causa pública*<sup>46</sup>. Es decir, mediante ambas infracciones se daña un interés merecedor de protección, pero parece que lo que realmente nos permite identificar al delito se encuentra en la capacidad de la conducta de dañar los intereses concretos del ciudadano.

Sin embargo, como hemos visto en el análisis anterior en la aplicación de las infracciones administrativas, los jueces y tribunales han necesitado hacer referencia al daño a la función pública incluso concretando el interés del que se ha visto privado el administrado, o ponderando la gravedad de la infracción. En definitiva, a pesar de los esfuerzos interpretativos por diferenciarlos, finalmente parece que, en ambas ramas, la jerarquía y la autoridad son instrumentales y se acaba exigiendo que de alguna forma se lesione el interés del administrado, a través de la desobediencia.

Lo contrario sería admitir que el Derecho administrativo no protege bienes jurídicos, y olvidamos así la función limitadora del *ius puniendi*. Y que ese esfuerzo por conseguir una reforma de los delitos para que el principio de autoridad deje de considerarse la inspiración de la intervención penal se ha trasladado al Derecho administrativo. En consecuencia, resulta determinante que estas infracciones se limiten por la real afectación, daño o riesgo, a un bien jurídico y que este además tenga relevancia alejado de la ética, y centrado en el daño a la función pública. Por lo que la coincidencia en la identidad del bien jurídico protegido *“resulta palpable*<sup>47</sup>.

Los efectos derivados de que la conducta de desobediencia se dirija a la vía penal y administrativas son varias. En sede procedimental, la sanción no la impone un

---

<sup>45</sup> LORENZO DE MEMBIELA, Juan B., *Las situaciones administrativas de los funcionarios públicos*, Editorial Aranzadi, 2012, (edición electrónica-sin paginar).

<sup>46</sup> Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 5ª) Sentencia núm. 348/2017 de 28 julio. Línea refrendada por el alto tribunal: Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Auto de 6 mayo 2013).

<sup>47</sup> ASÚA BATARRITA, Adela, “La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración. Cuestiones político - criminales, criterios de interpretación delimitación respecto de la potestad disciplinaria”, cit., p. 52. En esta línea argumenta esta autora, que *“... no puede argüirse que en las infracciones disciplinarias se afecta algún otro deber específico o un interés organizativo interno que no quede englobado en el desvalor de la conducta delictiva correspondiente porque es patente la homogeneidad de las conductas”*.

órgano judicial, sino la Administración, a no ser que se recurra y se derive al contencioso administrativo, es decir, obviamente no se niega la posibilidad de revisión ante los órganos jurisdiccionales competentes.

Por otro lado, las consecuencias punitivas en ambas infracciones tienen algunas similitudes, en la medida en que son de carácter pecuniario o inhabilitantes. De hecho, en estos delitos no se coacciona con la sanción más grave de la que dispone el Derecho penal: la pena privativa de libertad. En el delito se prevé o bien el pago de una multa, que se impone teniendo en cuenta la capacidad económica del sujeto activo del tipo penal<sup>48</sup>, o bien, la sanción de inhabilitación especial<sup>49</sup>. Mientras que, en la infracción administrativa, las consecuencias están dirigidas a la de separación del servicio, despido disciplinario, o suspensión, entre las más graves. La inhabilitación tiene consecuencia la pérdida definitiva del empleo o cargo sobre el que recaiga, ya se trata de inhabilitación especial y no absoluta, e incapacidad de volver a optar por ellos durante el tiempo que se establezca en la condena. La más grave es aquella por la que se pierde la plaza porque no solo afecta a lo económico afecta sobre todo a la estabilidad en el empleo que en tiempos de crisis es un aspecto a cuidar. Así pues, no hay demasiada diferencia entre las consecuencias punitivas previstas en una y otra sede, ya que el Derecho penal no prevé la imposición de la pena privativa de libertad.

Este archipiélago normativo muestra cierto desorden en sede legislativa, y una evidente falta de coordinación. Por lo que se hace necesario aportar argumentos que se alejen de las tradicionales propuestas formalistas que nos permitan establecer las diferencias. Si el debate doctrinal previo nos aboca a reconocer, más allá de la dificultad, su imposibilidad, igual hay que plantearse eliminar algunas de estas conductas por innecesarias, y en ese caso, teniendo en cuenta que las consecuencias previstas en el Derecho penal ya existen en el orden administrativo, sería necesario un estudio, no solo dogmático también criminológico, sobre su posible destipificación en sede penal.

De hecho no existe en otros países del entorno una tipificación de estos delitos de desobediencia, o similares<sup>50</sup>. Una aproximación a un análisis comparado nos

---

<sup>48</sup> Artículo 53 Código penal.

<sup>49</sup> Los artículos 410 y 411 del Código penal prevén inhabilitación especial, en un caso un máximo de dos años, y en el otro un máximo de tres. Aunque en este supuesto la sanción de multa se acumula a la inhabilitación. En el delito de denegación de auxilio en el tipo básico en vez de alternarse con la inhabilitación especial se hace con la suspensión.

<sup>50</sup> JAVATO MARTÍN, Antonio, "El delito de desobediencia", cit., pp. 2 y ss. Sobre la tipificación de este delito en los países de nuestro entorno: *"En los principales ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, no existe un delito de desobediencia similar al plasmado en los artículos 410 y 411 del CP español. Así en Alemania la desobediencia del funcionario únicamente es objeto de represión mediante el Derecho Disciplinario. Lo mismo cabe predicar del Derecho austriaco, el Derecho suizo o del Derecho francés y portugués, sistemas jurídicos todos ellos que no han introducido en el articulado de sus Códigos penales un específico delito de desobediencia de funcionarios. La única excepción a esta generalizada tendencia la encontramos en el sistema penal italiano. En efecto, los artículos 328 y 329 del Código Penal italiano (en adelante CPi) tipifican el delito de "Rifiuto e omissione di atti d'ufficio". A través de él se castigan conductas de negativa al cumplimiento de resoluciones judiciales o actos de la autoridad superior o su omisión. Si bien es cierto que este delito presenta ciertas singularidades respecto a su homólogo español"*.

permite visibilizar que la desobediencia no se eleva al rango de delito en el ordenamiento de nuestros vecinos más próximos, por el contrario, el castigo y control se realiza en sede administrativa, obviando el reproche penal. En base a esto, este debate se debe centrar en el principio de ofensividad en sede de tipicidad, y el de exigüidad en relación a los hechos<sup>51</sup>. De forma consecuente, no se trata de sancionar más, sino de hacerlo mejor, reduciendo esta intervención a los supuestos que realmente lo merezcan. Por lo que, se observa y denuncia que en nuestro ordenamiento jurídico la política criminal ha estado orientada principalmente en evitar una posible laguna de punición, primando el castigo por encima de la prevención de estas conductas.

En conclusión, ambas materias conforman especialidades jurídicas complejas, de ahí la dificultad para los operadores jurídicos, pero cada vez nos encontramos una confluencia mayor entre ambas, que exige mayor claridad y que esta redunde en una eficacia, tanto en la aplicación y castigo de la conducta como en la prevención de las mismas.

Una propuesta que siga el discurso de la prevención exige una política criminal en la que prime la prevención. En este sentido, Asúa Batarrita señala que sería necesario utilizar controles previos al castigo, ya que por todos *“es sabido que la eficacia no viene determinada por la drasticidad, sino por la oportunidad, la practicabilidad y la inmediatez de la reacción ante una actuación irregular”*<sup>52</sup>

Para ello es importante conocer las variables que nos explican cómo se produce el fenómeno de la corrupción. Las propuestas anti corrupción provienen desde diferentes ámbitos<sup>53</sup>. Si nos centramos en aquellas no punitivas, estas tienen como base adoptar una cultura de transparencia que se integre en cada organismo de la Administración pública, y que sea mecanizada e interiorizada por cada empleado público.

La interiorización de una cultura de transparencia y buenas prácticas permite que ulteriores mecanismos se lleven a la práctica con eficacia. Además, se deben iniciar auténticos planes con medidas y acciones concretas<sup>54</sup>, y sobre todo mecanismos

---

<sup>51</sup> MANES, Vittorio, “Bien jurídico y reforma de los delitos contra la Administración pública”, cit., (edición electrónica-sin paginar).

<sup>52</sup> ASÚA BATARRITA, Adela, “La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración. Cuestiones político - criminales, criterios de interpretación delimitación respecto de la potestad disciplinaria”, cit., p. 26.

<sup>53</sup> TRANSPARENCY INTERNATIONAL-España, “Medidas urgentes para prevenir y combatir la corrupción”, [https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2017/01/medidas\\_urgentes\\_prevenir\\_combatir\\_corrupci%C3%B3n.pdf](https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2017/01/medidas_urgentes_prevenir_combatir_corrupci%C3%B3n.pdf)

<sup>54</sup> Entre otros, DÍEZ GETINO, José Enrique y TORIJA HERRERO, Susana, “Modelo de estrategia para fomentar la integridad y prevenir la corrupción”, en *Revista Internacional de Transparencia*, 2016. Este modelo incorpora explícitamente los objetivos de prevenir, detectar y responder a las denuncias o sospechas de actos de corrupción. También, AMOEDO BARREIRO, Daniel, “Los sistemas informáticos de detección de malas prácticas, herramientas esenciales para la prevención de la corrupción”, en *Revista Internacional de Transparencia*, 2018.

que evalúen los resultados. Esta evaluación se debe realizar por organismos externos y así evitamos problemas derivados del corporativismo.

En definitiva, un sistema de estas características precisa de instrumentos eficaces: el fomento de la cultura de la transparencia; la implementación de mecanismos de control, protocolizados en cada organismo atendiendo a la función que desarrolla; y por supuesto, el impulso de evaluaciones y auditorías dinámicas y externas de los instrumentos que se implementen, teniendo en cuenta nuevos riesgos. La mayor dificultad para que su implementación proviene de la propia sociedad que sufre la corrupción, esta debe tener un alto índice de salud democrática, formación y capacidad para la reflexión cuando en su seno se reproducen determinados conflictos.

## BIBLIOGRAFÍA

AMOEDO BARREIRO, Daniel, “Los sistemas informáticos de detección de malas prácticas, herramientas esenciales para la prevención de la corrupción”, en *Revista Internacional de Transparencia*, 2018.

ASÚA BATARRITA, Adela, “La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración. Cuestiones político - criminales, criterios de interpretación delimitación respecto de la potestad disciplinaria”, en ASÚA BATARRITA, Adela (Ed.), *Delitos contra la Administración Pública*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1997.

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*, 2009.

DÍEZ GETINO, José Enrique y TORIJA HERRERO, Susana, “Modelo de estrategia para fomentar la integridad y prevenir la corrupción”, en *Revista Internacional de Transparencia*, 2016.

FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A., “Los delitos contra la Administración pública (I)”, en TERRADILLOS BASOCO, Juan M., (coord.) *Lecciones de Derecho penal. Parte especial (Delitos contra la colectividad, las administraciones públicas y los valores constitucionales)*, Editorial Jurídico continental, Tomo III, 2ª edición, San José CR., 2017.

JAVATO MARTÍN, Antonio, “El delito de desobediencia”, en *Revista General de Derecho penal*, [https://www.iustel.com//v2/revistas/detalle\\_revista.asp?id=8&numero=21](https://www.iustel.com//v2/revistas/detalle_revista.asp?id=8&numero=21), 2014.

LORENZO DE MEMBIELA, Juan B., *Las situaciones administrativas de los funcionarios públicos* Editorial Aranzadi, 2012, (edición electrónica-sin paginar).

MANES, Vittorio, “Bien jurídico y reforma de los delitos contra la Administración pública”, en *Revista electrónica de Derecho penal y Criminología* ([http://criminet.ugr.es/recpc/recpc\\_02-01.html](http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_02-01.html)), 2000.

MARINA JALVO, Belén, *El Régimen disciplinario de los funcionarios públicos: fundamentos y regulación sustantiva*, Lex Nova, Valladolid, 2006.

MORALES PRATS, Fermín y RODRÍGUEZ PUERTA, María José, “Delitos contra la Administración pública”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, (Dir.) *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, Aranzadi, 10ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2016.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio, “El delito de prevaricación de los funcionarios públicos en el código penal”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 5, 1996.

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 *Cuadernos de Derecho judicial*, 1996.

RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, “La función pública como objeto de la tutela penal”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Católica de Valparaíso*, 2005.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro, y SOBRINO MARTÍNEZ, Ana, *Delitos contra la Administración Pública*, Bosch, Barcelona, 2008.

VÁZQUEZ PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando, “El consentimiento del ofendido en los delitos contra la Administración pública (sobre el bien jurídico protegido en los delitos “del cargo)”, en *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología* ([http://criminet.ugr.es/recpc/recpc\\_03-02.html](http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_03-02.html)), 2001.