

GLOSSAE

European Journal of Legal History



ISSN 2255-2707

Edited by

Institute for Social, Political and Legal Studies
(Valencia, Spain)

Honorary Chief Editor

Antonio Pérez Martín, University of Murcia

Chief Editor

Aniceto Masferrer, University of Valencia

Assistant Chief Editors

Wim Decock, University of Leuven

Juan A. Obarrio Moreno, University of Valencia

Editorial Board

Isabel Ramos Vázquez, University of Jaén (Secretary)

Fernando Hernández Fradejas, University of Valladolid

Anna Taitslin, Australian National University – University of Canberra

M.C. Mirow, Florida International University

José Miguel Piquer, University of Valencia

Andrew Simpson, University of Aberdeen

International Advisory Board

Javier Alvarado Planas, UNED; Juan Baró Pazos, University of Cantabria; Mary Sarah Bilder, Boston College; María José Bravo Bosch, University of Vigo; Orazio Condorelli, University of Catania; Emanuele Conte, University of Rome III; Daniel R. Coquillette, Boston College – Harvard University; Serge Dauchy, University of Lille; Salustiano de Dios, University of Salamanca; José Domingues, University of Lusíada; Seán Patrick Donlan, The University of the South Pacific; Matthew Dyson, University of Oxford; Antonio Fernández de Buján, University Autónoma de Madrid; Remedios Ferrero, University of Valencia; Manuel Gutan, Lucian Blaga University of Sibiu; Jan Hallebeek, VU University Amsterdam; Dirk Heirbaut, Ghent University; Richard Helmholz, University of Chicago; David Ibbetson, University of Cambridge; Emily Kadens, University of Northwestern; Mia Korpiola, University of Turku; Pia Letto-Vanamo, University of Helsinki; Orazio Licandro, University of Catania; Jose María Llanos Pitarch, University of Valencia; Marju Luts-Sootak, University of Tartu; Magdalena Martínez Almira, University of Alicante; Pascual Marzal Rodríguez, University of Valencia; Dag Michaelson, University of Oslo; María Asunción Mollá Nebot, University of Valencia; Emma Montanos Ferrín, University of La Coruña; Olivier Moréteau, Louisiana State University; John Finlay, University of Glasgow; Kjell Å Modéer, Lund University; Anthony Musson, University of Exeter; Vernon V. Palmer, Tulane University; Agustin Parise, Maastricht University; Heikki Pihlajamäki, University of Helsinki; Jacques du Plessis, Stellenbosch University; Merike Ristikivi, University of Tartu; Remco van Rhee, Maastricht University; Luis Rodríguez Ennes, University of Vigo; Jonathan Rose, Arizona State University; Carlos Sánchez-Moreno Ellart, University of Valencia; Mortimer N.S. Sellers, University of Baltimore; Jørn Øyrehagen Sunde, University of Bergen; Ditlev Tamm, University of Copenhagen; José María Vallejo García-Hevia, University of Castilla-La Mancha; Norbert Varga, University of Szeged; Tammo Wallinga, University of Rotterdam; José Luís Zamora Manzano, University of Las Palmas de Gran Canaria

Citation

Marta Cantín Larumbe, “La jurisprudencia del Tribunal Supremo en los delitos cometidos por los funcionarios públicos: la desobediencia, la denegación de auxilio y la negativa a desempeñar un cargo público (1870-1995)”, *GLOSSAE. European Journal of Legal History* 21 (2024), pp. 252-273 (available at <http://www.glossae.eu>)

La jurisprudencia del Tribunal Supremo en los delitos cometidos por los funcionarios públicos: la desobediencia, la denegación de auxilio y la negativa a desempeñar un cargo público (1870-1995)*

The jurisprudence of the Supreme Court (1870-1995) on offences committed by public officials: disobedience and refusal of assistance

Marta Cantín Larumbe
Universitat de València

ORCID ID: 0009-0000-1778-9739

Recibido: 15.02.2024

Aceptado: 01.05.2024

Resumen

El presente trabajo tiene como objeto analizar cómo la jurisprudencia ha contribuido a la configuración de los delitos cometidos por los empleados públicos, concretamente, la desobediencia, la denegación de auxilio y la negativa a desempeñar un cargo público. A pesar de que el Derecho penal es una de las ramas del ordenamiento jurídico en que más se palpa la evolución de una sociedad, si analizamos los preceptos de los distintos Códigos Penales vigentes durante 1870-1995, referidos a los delitos cometidos por los funcionarios públicos, apenas varían en su contenido. En este sentido, se manifiesta la necesidad de estudiar la jurisprudencia penal en tanto en cuanto lleva consigo dos tareas primordiales para el desarrollo del Derecho: su interpretación y su configuración –esto es, en parte, su creación–.

Palabras clave

Evolución jurisprudencial – desobediencia – denegación de auxilio – negativa a desempeñar un cargo público – funcionario

Abstract

This paper aims to analyse how jurisprudence has contributed to the configuration of offences committed by public employees, specifically disobedience, refusal of assistance and refusal to hold public office. Even though criminal law is one of the branches of the legal system in which the evolution of a society is most noticeable, if we analyse the precepts of the different Penal Codes in force from 1870 to 1995, referring to offences committed by civil servants, they hardly vary in content. In this sense, it is necessary to study criminal jurisprudence as it carries two fundamental tasks for developing law: its interpretation and configuration - that is, in part, its creation.

Keywords

Developments in case law – disobedience – refusal of assistance – refusal to hold public office – civil servant

Sumario: Introducción; 1. Evolución normativa; 1.1. La desobediencia de los funcionarios públicos; 1.2. La denegación de auxilio; 1.3. La negativa a desempeñar un cargo; 2. Elementos comunes; 2.1. El bien jurídico protegido; 2.2. La condición de funcionario público; 3. El delito de desobediencia; 3.1. Tipo objetivo; 3.1.1. La negativa por parte de los funcionarios al cumplimiento de sentencias, decisiones u órdenes; 3.1.2. Que hayan sido dictadas por la Autoridad superior dentro de su respectiva competencia; 3.1.3. Exclusión de la tipicidad; 3.2. Tipo subjetivo; 3.3. Especial referencia a la incomparecencia de testigos; 3.4. Diferenciación con otros tipos; 4. Denegación de auxilio; 4.1. Tipicidad objetiva; 4.1.1. La competencia de la autoridad; 4.1.2. La denegación a prestar auxilio; 4.1.3. Antijuridicidad; 4.2. Tipicidad subjetiva; 4.3. Diferenciación con otros delitos; 4.3.1. Delito de desobediencia de los funcionarios públicos; 4.3.2. Omisión del deber de impedir determinados delitos; 5. La negativa a

desempeñar un cargo público; 5.1. Daño para la causa pública; 5.2. Dolo específico; 6. Recapitulación.

Introducción

Con el presente trabajo se pretende realizar una aproximación a la jurisprudencia emanada de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo sobre los delitos de desobediencia, denegación de auxilio y negativa a desempeñar un cargo público entre los años 1870 y 1978¹. La primera fecha corresponde tanto a la promulgación del Código Penal de 1870, como a la consolidación de la casación penal². La segunda, a la promulgación del vigente Código penal (1995).

El delimitar el estudio de los tipos al Código penal de 1870 no significa que éste fuese el primer Código penal en contemplarlos. Los delitos de desobediencia y denegación de auxilio ya se encontraban tipificados en el primer Código penal español (1822), enmarcados en el Capítulo V del Título VI denominado *De los que resisten o impide la ejecución de las leyes, actos de justicia o providencias de la autoridad pública, o provocan a desobedecerlas, y de los que impugnan las legítimas facultades del Gobierno*.

Por su parte, el Código penal de 1848 contempló los delitos de desobediencia y denegación de auxilio en el Capítulo V y Capítulo VI, respectivamente, dentro del Título VIII titulado *De los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos*.

1. Evolución normativa

* El presente estudio ha sido llevado a cabo en el marco del Proyecto “Tradición e influencias extranjeras en la Codificación penal española: contribución de la jurisprudencia en la evolución de la Parte Especial (1870-1995)” (PID2019-105871GB-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

¹ Para un estudio dogmático-penal, Álvarez García, F.J., *El delito de desobediencia de los funcionarios públicos*, Bosch, 1987; Juanate y Dorado, C., *El delito de desobediencia a la autoridad*, Tirant lo blanch, 1997; Delgado Gil, A., “Sobre el bien o bienes jurídicos protegidos en los denominados delitos contra la Administración Pública”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 62 (2009), pp. 357-424; Javato Martín, A., “El delito de desobediencia del funcionario”, *Revista General de Derecho Penal* 21 (2014); Colomer Bea, D., “La tutela penal de las funciones públicas y los delitos de desobediencia”, *Revista General de Derecho Penal* 35 (2021); Muñoz Conde, F., *Derecho Penal. Parte especial*, 25 ed., Tirant lo Blanch, 2017; González Cussac J.L. (ed.), *Derecho penal. Parte especial*, 5 ed., Tirant lo Blanch, 2016, entre otras.

² Masferrer, A., “Contribución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a la configuración de los delitos en España (1870–1978)”, en Masferrer, A. (ed.), *La jurisprudencia penal en España (1870 1978) Contribución del Tribunal Supremo al proceso configurador de los delitos*, Cizur Menor, Aranzadi, 2023, pp. 27-90: “la jurisprudencia penal no adquiriera relevancia jurídica –pese a los precedentes de la casación en general y de la penal en particular– hasta finales del siglo XIX, merced a la aprobación de la Ley Provisional sobre Reforma en el procedimiento para plantear el recurso de casación en los juicios criminales, de 18 de junio de 1870, con la cual el recurso de casación por fin se extendió también a las causas criminales. Unos meses más tarde, la Ley Orgánica Provisional del Poder Judicial, de 15 de septiembre de 1870, creó dos Salas de lo Criminal, una de admisión y otra de casación, que se convirtieron en las Salas Segunda y Tercera respectivamente, cuyas competencias se recogían en los art. 279, 280 y 281”.

Es necesario exponer, aunque sea sucintamente, el régimen normativo vigente entre 1870 y 1995³. De esta manera se comprenderá mejor la evolución de la jurisprudencia, así como la incidencia de ésta en el desarrollo del Derecho Penal. A pesar de la promulgación de los diversos códigos, la regulación de los delitos no sufrió una modificación sustancial.

Así pues, el Código penal de 1870 no fue sino heredero del Código penal de 1848, reformado posteriormente en 1850. El Código decimonónico de 1870 regulaba estos delitos en los artículos 380 a 383, dentro del Capítulo V del Título VII: *De los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus funciones*.

1.1. La desobediencia de los funcionarios públicos

El artículo 380 del CP de 1870, dedicado a la desobediencia de los funcionarios públicos, se expresaba en los siguientes términos:

«Los funcionarios judiciales o administrativos que se negaren abiertamente a dar el debido cumplimiento a sentencias, decisiones u ordenes de la Autoridad superior dentro de los límites de su respectiva competencia y revestidas de las formalidades legales, incurrirán en las penas de inhabilitación temporal y especial en su grado especial máximo a inhabilitación perpetua especial y mutua de 150 a 1.500 pesetas.

Sin embargo de lo dispuesto en el párrafo anterior, no incurrirán en responsabilidad criminal los funcionarios públicos por no dar cumplimiento a un mandato administrativo que constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto constitucional

Tampoco incurrirán en responsabilidad criminal los funcionarios públicos constituidos en autoridad que no den cumplimiento a un mandato de igual clase en el que se infrinja, clara y terminantemente cualquier otra ley».

Por su parte, el artículo 381 del mismo Código penal previó un tipo cualificado que hace recaer el mayor valor del injusto en la perseverancia de no cumplir con lo mandado:

«El funcionario público que habiendo suspendido por cualquier motivo que no fuere de los expresados en el segundo párrafo del artículo anterior la ejecución de las órdenes de sus superiores, la desobedeciere después que aquellos hubieren desaprobado la suspensión, sufrirá la pena de inhabilitación perpetua especial y prisión correccional en sus grados mínimo y medio».

El artículo 443 del CP de 1928 -encargado de tipificar este delito- ya no preveía la inhabilitación perpetua, estableciendo un máximo de dieciséis años. En cambio, la

³ Para un estudio del artículo véanse los comentarios de Pacheco, J.F., *El Código Penal concordado y comentado*, tomo IV, Madrid, 1881; González Y Serrano, J., *Apéndice a los Comentarios del Código Penal de Joaquín Francisco Pacheco*, Madrid, 1870; Iñesta Pastor, E., “Los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos en la codificación penal española del siglo XIX”, en Riquer i Permanyer de, B., *La corrupción política en la España contemporánea: un enfoque interdisciplinar*, Madrid, Marcial Pons, 2018; y más recientemente Morillas Cueva, L., “Delitos contra la administración pública (II): Desobediencia y denegación de auxilio” en Morillas Cueva, *Sistema de derecho penal: parte especial*, 2021, pp. 1255-1264.

cuantía de la pena de multa aumenta considerablemente, pasando de 150 a 1.500 pesetas a 1000 o 50000 en sus grados mínimos y máximos.

El advenimiento de la Segunda República trajo consigo la promulgación de un nuevo Código Penal (1932), acorde con los nuevos valores del Estado. No obstante, los delitos contemplados en el Capítulo V del Título VII, dedicados a la desobediencia y denegación de auxilio, no sufrieron apenas cambios.

Así, el artículo 374 encargado de regular la desobediencia de los funcionarios judiciales o administrativos, eliminó el carácter temporal de la pena de inhabilitación especial y disminuyó la cuantía de la pena de multa, pasando a ser de 300 a 3000 pesetas.

La novedad introducida por el Código penal de 1944 se encuentra en la regulación de la eximente. Al funcionario público le bastaría, para justificar el incumplimiento de una orden, que ésta contravenga lo dispuesto en una norma con rango de ley.

«Sin embargo de lo dispuesto en el párrafo anterior, no incurrirán en responsabilidad criminal los funcionarios públicos por no dar cumplimiento a un mandato que constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de Ley.»

1.2. La denegación de auxilio

La denegación de auxilio se regulaba en el artículo 382 del CP de 1870, justamente después del delito de desobediencia:

«El funcionario público que requerido por la Autoridad competente no prestare la debida cooperación para la administración de justicia u otro servicio público, incurrirá en la pena de suspensión en su grados mínimo y medio y multa de 125 a 1250 pesetas.

Si de su omisión resultare grave daño para la causa pública o a un tercero, las penas serán de inhabilitación perpetua especial y multa de 150 a 1500 pesetas.»

El artículo 445 del CP de 1928 endureció las penas para este tipo. Así, se previó penas de inhabilitación especial de 4 a 16 años, así como una multa de 1000 a 3000 pesetas. Sin embargo, la comisión por omisión de la que resulte un perjuicio para la causa pública o para un tercero, no se castigaba con la pena de inhabilitación perpetua especial, como lo hacía el CP de 1870, sino que se contempló la pena de inhabilitación especial 4 a 16 años y multa de 1500 a 5000 pesetas.

Por otro lado, este mismo artículo contempló una nueva modalidad para el funcionario público que, «requerido por un particular para prestar algún auxilio a que esté obligado por razón de su cargo, ya con objeto de evitar la perpetración de un delito, ya los efectos de algún otro mal que no lo constituya, se abstuviere de prestarlo sin causa atendible y justificada».

Asimismo, el Código Penal de 1928 introdujo dos subtipos nuevos por razón del sujeto activo. Se estableció un tipo especial, regulado en el artículo 447, para castigar, con penas de 2 a 6 años de inhabilitación especial y multas de 1000 a 5000 pesetas, «al agente diplomático o consular que, sin justa causa y con infracción de normas claramente obligatorias o de instrucciones del gobierno, negare la protección debida a un español en

el país, extranjero en el que aquél ejerza su cargo». Por su parte, el artículo 448 castigaba con la pena de inhabilitación especial de dos a seis años al funcionario público que se negase a practicar un emitir un acto de su ministerio que le esté impuesto por disposiciones aplicables en la materia o que, valiéndose de cualquier otro medio, impidiere o dificultase la tramitación o conclusión de los expedientes puestos a su cargo.

Por otro lado, y de igual modo que ocurría con el delito de desobediencia, las modificaciones que trajo consigo el Código penal de 1932 solamente afectaron a las penas. Así, el artículo 376 preveía las penas de suspensión en sus grados mínimo y medio y multa de 250 a 2500 pesetas. En caso de que de la omisión resultare un grave daño para la causa pública o un tercero, la pena era de inhabilitación especial y multa de 300 a 3000 pesetas.

El artículo 371 del CP de 1944 añadió un nuevo párrafo al delito, por el que se castiga al funcionario público que, «requerido por un particular a prestar algún auxilio a que esté obligado por razón de su cargo para evitar un delito u otro mal, se abstuviese de prestarlo sin causa justificado». Este nuevo párrafo es el precedente del artículo 412 del actual Código penal (1995), que sigue así:

«La autoridad o funcionario público que, requerido por un particular a prestar algún auxilio a que venga obligado por razón de su cargo para evitar un delito contra la vida de las personas, se abstuviera de prestarlo, será castigado con la pena de multa de dieciocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años».

1.3. La negación a desempeñar un cargo

El delito de negación a desempeñar un cargo ya se preveía, de alguna manera, en el Código penal de 1848, al castigar con la pena de suspensión a inhabilitación temporal para cargo u oficio al empleado que, «sin habérsele admitido la renuncia de su destino, lo abandonare con daño de la causa pública». A diferencia de los Códigos penales que le sucedieron, el CP de 1848 exigía la comisión de un daño para la res pública, cuestión en la que Pacheco discrepaba:

«En nuestro concepto, la disposición del artículo debería ser otra. El empleado que abandona su destino sin haberlo renunciado, habría, según creemos, de ser penado siempre: en el que lo deja, después de haber hecho dimisión, admitiríamos esos dos casos, de dañar ó no dañar á la causa pública, imponiéndole en el uno el castigo, que no procedería en el otro. Téngase presente que á nadie se puede compeler á que ejerza un destino, ni á que lo conserve; y que desde luego que se ha renunciado, y hay un sustituto en quien recaiga, no parece regular que se exija la continuación, en quien por sus intereses puede estar en la precisión de no prestarla»⁴.

El artículo 383 del CP de 1870 castigaba, con la pena de multa de 150 a 1500 pesetas, al que:

«(...) se negara a desempeñar un cargo público, ya sea sin presentar ante la Autoridad correspondiente excusa legal o ya sea ésta desatendida. Se prevé la misma pena para el

⁴ Pacheco, *El Código Penal concordado y comentado*, tomo IV, Madrid, 1881, p. 442.

jurado que no desempeñase su cargo sin excusa admitida, así como el perito y el testigo no compareciesen voluntariamente ante el tribunal a prestar declaración, siempre y cuando hubiesen sido citados debidamente».

Por lo que respecta al Código penal de 1928, el artículo 446 ya no hablaba de desempeñar un cargo público, sino de ejercer un cargo carácter obligatorio, ya sea por ley o por elección popular:

«El que se negare a desempeñar un cargo obligatorio por la ley, sea o no de elección popular, sin presentar ante la Autoridad correspondiente excusa legal, e insistiere en rehusarlo después que la excusa sea desestimada, incurrirá en la multa de 1.000 a 5.000 pesetas».

Del mismo modo, se reguló la negativa a formar parte del Tribunal, así como la incomparecencia de los peritos y testigos. No obstante, la pena de multa ascendió, pasando a ser de 1000 a 5000 pesetas.

El artículo 377 del CP de 1932 acotó el ámbito del tipo, aplicándose solo ante la negativa de desempeñar un cargo público de elección popular y no de elección legislativa, como lo hacía el CP de 1928:

«El que rehusare o se negare a desempeñar un cargo público de elección popular sin presentar ante la autoridad que corresponda excusa legal, o después que la excusa fuere desatendida, incurrirá en la multa de 300 a 3000 pesetas».

Por su parte, el Código penal de 1944, en su artículo 372, al regular la negación de desempeñar un cargo público, no distinguió si era de origen electivo o legislativo:

«El que rehusare o se negare a desempeñar un cargo público obligatorio sin presentar ante la Autoridad que corresponda excusa legal, o después que la excusa fuere desatendida...».

Del mismo modo, contempló la pena para los peritos y testigos que dejasen voluntariamente de comparecer. No obstante, no se prevé, como lo hacían los códigos anteriores, el castigo del jurado que deje de desempeñar su cargo voluntariamente sin que su excusa sea admitida.

2. Elementos comunes

En este apartado estudiaremos las características comunes de los delitos encuadrados en el Capítulo «Desobediencia y Denegación de Auxilio».

2.1. El bien jurídico protegido

Los tres delitos aquí estudiados quedan regulados, en todos los Códigos Penales comprendidos entre 1870-1995, en el Título denominado «los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos».

Es tal la importancia del ejercicio de las funciones públicas en el ámbito de Derecho penal que se puede hablar de la existencia de un Derecho penal de la función

pública. Por ello, es lugar común en la doctrina española identificar un mismo bien jurídico a todos los delitos cometidos por los empleados públicos: el correcto funcionamiento de la Administración pública⁵.

Sin embargo, un sector doctrinal considera que es necesario concretar más el bien jurídico protegido, pues determinar como tal «la buena marcha de la administración» es demasiado genérico. Actualmente, y en este sentido, parte de la doctrina esgrime que los delitos de desobediencia y denegación de auxilio protegen, asimismo, los principios de jerarquía y coordinación consagrados en el art 103.1 CE de la Constitución española⁶. Mientras que en el delito de desobediencia los bienes jurídicos tutelados son los principios de eficacia y jerarquía, el delito de denegación de auxilio ampara el principio de colaboración entre los diferentes sectores y poderes de la Administración⁷.

Otros autores identifican el bien jurídico a proteger con el ejercicio legítimo de la autoridad, en tanto en cuanto «está orientado a servir los intereses generales, con sujeción a los principios fijados en la Constitución»⁸.

La primera resolución relativa al bien jurídico -la STS 2222/1992- señaló que, si bien el principio de jerarquía o de autoridad fundamenta la existencia de estos delitos y, siendo probablemente uno y otro inseparable y complementarios, el bien jurídico protegido en este tipo de delitos es «la buena marcha de la Administración al servicio de los ciudadanos, que es parte de la dignidad de la función pública»⁹.

2.2. La condición de funcionario público

Si bien cada uno de los tipos aquí estudiados exige una conducta determinada, los tres tipos penales requieren que el sujeto activo de la misma sea un funcionario público. Así las cosas, un problema común a la interpretación de estos delitos fue la distinción entre *funcionario público* y *autoridad*.

Se entiende por funcionario público, a tenor del artículo 416 del Código Penal de 1870 «todo el que, por disposición inmediata de la ley, o por elección popular o por nombramiento de autoridad competente, participe del ejercicio de funciones públicas».

⁵ De la Mata Barranco, N., “El funcionario Público ante el Derecho Penal”, *Revista Jurídica de Castilla y León* 20 (2010), p. 28; Javato Martín A.M., “El delito de desobediencia del funcionario”, *Revista General de Derecho Penal* 21 (2014), pp. 7 ss.; Echevarría, M.H., *Delitos de los funcionarios públicos*, Dykinson, 2019, p. 89. No obstante, Colomer Bea (“La tutela penal de las funciones públicas y los delitos de desobediencia”, *Revista General de Derecho Penal* 35 (2021)) afirma que no todos los delitos de funcionarios se dirigen a la protección del correcto o normal desarrollo de las funciones públicas -como es el caso del delito de torturas o los delitos contra las garantías constitucionales. En este sentido, el Derecho penal de la función pública puede ser concebido desde otro punto de vista, atendiendo no al sujeto activo del delito -la autoridad o funcionario público-, sino a la actividad que es objeto de protección -la función pública.

⁶ Delgado Gil A., “Sobre el bien o bienes jurídicos protegidos en los denominados delitos contra la Administración pública”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales* 62/1 (2009), p. 377.

⁷ Quintero Olivares, G. (dir.), *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*, 10ª ed., Cizur menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2016, p. 1327.

⁸ Orts Berenguer, E., “Delitos contra la administración pública (I). Desobediencia y denegación de auxilio”, en González Cussac J.L., *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, 2016, p. 606.

⁹ STS 2222/1992, 14/10/1992 (Ponente: Enrique Ruiz Vadillo).

Así, el Tribunal Supremo entendió que un párroco se imputaría como un funcionario público pues, al efecto requerido, «son nombrados por la respectiva y competente autoridad y ejercer funciones de carácter eminentemente público, como puede ser la autorización de los matrimonios canónicos, institución pública, aparte de su carácter religioso y sacramental, por hallarse reconocidos para todos sus efectos civiles por la ley del Estado»¹⁰. Este era también el parecer de Pacheco, quien apuntó que «la cooperación que se puede requerir a cada empleado es la que él tiene el deber de prestar, es la que se cifra y consiste en el ejercicio de su ministerio. A un cura se le puede pedir fés de bautismo; á un escribano, testimonios; á el comandante de una fuerza, el empleo de la misma»¹¹.

Del mismo modo, la STS 1456/1934 de 8 de diciembre de 1934, encargada de resolver un recurso interpuesto por entender que el cargo de concejal no tenía carácter de empleado público, falló afirmando que nos encontramos ante un funcionario cuando «se desempeñe un destino, cargo o empleo, ya sea honorífico o retribuido, que lleve consigo el ejercicio de funciones públicas, debida a disposición inmediata de la ley, a elección popular o al nombramiento de la Autoridad competente». Según esta definición, un concejal ostentaría la condición de funcionario, en tanto en cuanto ejercen la función pública y dada su procedencia electiva.

También se consideró como funcionario público al recaudador de consumos que, además de haber sido nombrado por el ayuntamiento es, en palabras del Tribunal, «evidente la función pública de la recaudación del impuesto de consumos»¹².

Por lo que respecta al concepto de autoridad, el artículo 277 del CP de 1870 lo definía como «aquel al que por sí solo o como individuo de alguna corporación o tribunal ejerciere jurisdicción propia». Reputa también, como autoridad, a los funcionarios del ministerio fiscal.

En sus *Concordancias y comentarios al Código penal*, Pacheco consideró que por autoridad competente debía entenderse «todo funcionario público, ejerciendo su destino con arreglo y para los fines que las leyes lo han creado»¹³.

A continuación, y una vez expuesto el régimen normativo, nos detendremos en aquellos elementos del tipo sobre los que el Tribunal Supremo falló reiteradamente. Así pues, y a modo de advertencia, todo lo aquí expuesto es a la luz de la jurisprudencia, no siendo nuestro objetivo un estudio jurídico-dogmático, si bien hemos utilizado la teoría moderna del delito a fin de estructurar nuestro trabajo.

3. El delito de desobediencia

¹⁰ STS 665/1890, 13/06/1890 (Ponente: José de Alcoa).

¹¹ Pacheco, *El Código Penal concordado y comentado*, p. 440.

¹² STS 235/1890, 01/10/1890 (Ponente: Eduardo Martínez del Campo); por igual motivo, al ser maestro de la Escuela Pública se ostenta la condición de funcionario público porque, por nombramiento de la Autoridad competente, participaba en el ejercicio de funciones públicas, como es la enseñanza primaria (STS 769/1893, 28/11/1893 (Ponente: Victoriano Hernández)).

¹³ Pacheco, *El Código Penal concordado y comentado*, p. 440.

En sede de desobediencia, son dos las notas que caracterizan al tipo, a saber: la negativa de los funcionarios al cumplimiento de sentencias, decisiones u órdenes, y que éstas hayan sido dictadas por la Autoridad superior dentro de su respectiva competencia y revestidas de las formalidades legales.

3.1. Tipo objetivo

3.1.1. La negativa por parte de los funcionarios al cumplimiento de sentencias, decisiones u órdenes

La mera inexecución de una orden superior no es suficiente para constituir el delito de desobediencia, cuya nota característica esencial consiste en la negativa a dar cumplimiento¹⁴. No existe unanimidad en la doctrina jurisprudencial sobre si la negativa implicaba una acción positiva o si la omisión contumaz de la ejecución del mandato era suficiente.

En algunas de sus sentencias, el Tribunal Supremo establece que la negativa debe ser «abierta, clara, manifiesta y terminante»¹⁵, no bastando el simple incumplimiento o ejecución. Sin embargo, un sector jurisprudencial -como pone de manifiesto la STS 844/1949- admite la posibilidad de la simple omisión¹⁶. No se exige una negativa concreta, clara y precisa en dicho ilícito -que rara vez se daba-, sino que bastaba con la concurrencia de diversas modalidades equivalentes, de las que se desprendiese la voluntad de desobedecer, entre ellas «la resistencia pasiva contumaz, el silencio reiterado, la simulación de acatamiento unida a dificultades para hacerla ineficaz, la infracción patente de aquélla ejecutando cosa distinta y radicalmente contraria a lo mandado con el designio y efecto de anularla en la realidad»¹⁷. En este sentido, casi cincuenta años después, se pronuncia la STS 2222/1992:

«Exigir inexcusablemente una acción positiva sería condenar prácticamente al silencio a este precepto. La negativa puede revestir muchas manifestaciones, lo importante es acreditar que la sentencia, como en este caso ocurrió, no se cumplió y que no se hizo

¹⁴ STS 117/1895, 05/03/1895 (Ponente: Salvador Viada).

¹⁵ STS 1334/1934, 13/12/1934 (Ponente: Joaquim Lacambra Brum). En el mismo sentido, la STS 538/1871, 19/12/1871 (Ponente: Miguel Zorrilla); STS 2110/1935, 28/05/1935 (Ponente: Vicente Crespo Franco); STS 1489/1934, 22/12/1934 (Ponente: Enrique Robles Nisarre); STS 1418/1934, 28/11/1934 (Ponente: Manuel Polo Pérez); STS 1043/1934, 17/03/1934 (Ponente: Manuel Polo Pérez); STS 309/1936, 17/01/1936 (Ponente: Manuel Polo Pérez).

¹⁶ Ya una sentencia del año 1936 (STS 909/1936, 17/01/1936 (Ponente: Manuel Polo Pérez), equiparaba la negativa con una pasividad que por lo reiterada ponga, como los mismos actos, al inferior en actitud de rebeldía, no una resistencia pasiva al cumplimiento de la orden emanada de la autoridad superior.

¹⁷ STS 844/1949, 05/04/1949 (Ponente: José María Castello y Madrid). En este sentido también se pronuncia la STS 2190/1935, 21/06/1935 (Ponente: Eduardo Iglesias Portal): «(...) la negativa abierta a dar el debido cumplimiento a sentencias u órdenes, característica del delito de desobediencia del art. 374 del Código penal puede tener como modalidades que tiendan a hacer ineficaces unas y otras la manifestación concreta del funcionario hecha a la autoridad de quien procedan aquéllas, de no querer cumplirlas; el silencio prolongado sin resolver llevarlas a la realidad no obstante la reiteración del superior que lo exija, o la apariencia del acatamiento a lo mandado a fin de simular en lo externo el deseo de cumplir cuanto se interesa, pero acompañada de tales dificultades que significan en el fondo el propósito de anularlas prácticamente».

porque quien estaba obligado a hacerlo decidió, insistente e intencionadamente, no hacerlo»¹⁸.

3.1.2. Que hayan sido dictadas por la Autoridad superior dentro de su respectiva competencia

El Alto Tribunal tuvo que pronunciarse en diversas ocasiones con motivo de dilucidar si la Autoridad que había dictado la sentencia, decisión u orden actuaba dentro de su competencia. A modo de ejemplo, el Tribunal resolvió un recurso de casación en el que se alegaba como motivo la inexistencia de jerarquía entre el Gobernador y el Alcalde, pues, «no existe relación jerárquica entre el Gobernador y Alcaldes en asuntos propios y exclusivos de la defensa de los intereses y autonomía de las Corporaciones municipales». El Supremo desestimó el motivo afirmando que:

«(...) el Gobernador obró dentro de sus atribuciones como encargado de mantener el orden público, amenazado por la actitud de rebelión de los Ayuntamientos de la región, y los procesados realizaron un acto de contradicción manifiesta de la orden recibida, y sin que quepa alegar el principio de autonomía municipal, ya que éste se otorga para asuntos de su primitiva competencia, pero no cabe extenderlas en materias como el orden público de interés general, particularmente cuando los actos perturbadores del mismo obedecen a conciertos previos y forman parte de un movimiento subversivo, y en el artículo sexto de la ley de Orden público expresamente se determina la subordinación jerárquica de los Alcaldes a los Gobernadores en lo que a cuestiones de orden público se refiere»¹⁹.

No obstante, cabría preguntarse qué sucedería en el supuesto en el que un funcionario, al cumplir las órdenes de su jerárquico inmediatamente superior, incumpliese -a su vez- las órdenes del superior de este último. De esta cuestión se encarga la STS 585/1899, 19/05/1899 (Ponente: Rafael Álvarez Martínez), en la que considera que:

«(...) tampoco aparece infringido en la sentencia el artículo 380 del Código penal porque el dicho Agente se limitó a obedecer lo que le mandó su superior; y precisamente procedió como lo hizo por este mandato, cuando ningún otro había recibido de la Administración de Hacienda pública ni de otra Autoridad, ni le competía estimar los efectos de una suspensión que de la relación de hechos aparece como condicional y subordinada a un hecho que debía creer llegado».

Otra cuestión que el Alto Tribunal tuvo que dirimir fue el conflicto de desobediencia mutua entre dos agentes de la autoridad. En este caso, se consideró que en «el conflicto que surge entre dos Agentes de la Autoridad en funciones de sus respectivos cargos, no cabe estimar que al no cumplir uno de ellos las órdenes del otro incurra en desobediencia generadora de responsabilidad criminal, porque ambos encarnan el principio de Autoridad y defienden puntos de vista diferentes, sin intención dolosa y sólo en la creencia, más o menos fundada, de que, al sostenerlos, velan por los fueros de la función pública que ejercen; no hay, pues, en esos supuestos el propósito de incumplir órdenes emanadas de Autoridad competente, ni existe desobediencia en el sentido jurídico-penal del concepto, siempre que el presunto ofensor no esté ligado al que se juzga ofendido por deberes o razones de subordinación o disciplina»²⁰.

¹⁸ STS 2222/1992, 14/12/1992 (Ponente: Enrique Ruiz Vadillo).

¹⁹ STS 1330/1934, 06/12/1934 (Ponente: José Antón Oneca).

²⁰ STS 1005/1948, 22/03/1948 (Ponente: Francisco de la Rosa de la Vega).

3.1.3. Exclusión de la tipicidad

El precepto preveía la exención de responsabilidad cuando el mandato ordenado constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de ley²¹. La STS de 10 de febrero de 1995 considera que la determinación de cuándo un mandato constituye una infracción de un precepto debe hacerse no atendiendo a un criterio personal, sino a un criterio objetivo, esto es, el de un funcionario medio que, puesto en las mismas circunstancias, hubiese podido apreciar la legalidad de la orden, con independencia de sus creencias personales u opiniones²².

3.2. Tipo subjetivo

Que la conducta exigiera una negativa «abierta, clara o manifiesta» implicaba una conducta dolosa, cuyo ánimo fuese el de desacatar un mandato. Así pues, el delito de desobediencia no admite la versión imprudente²³. En este sentido, el Tribunal Supremo consideró que no hay intención de desobedecer cuando el sujeto expone las razones por las que no cumple el mandato:

«(...) examinado el hecho que motiva este recurso, se advierte, por la misma declaración de hechos probados, que el Alcalde de Casarells, hoy recurrente, no se negó abiertamente a ordenar el pago de la cantidad a que el Ayuntamiento había sido condenado por el Juzgado de primera instancia de La Bisbal, sino que, por el contrario, respetuosamente exponía las razones que se lo impedían, que no estimó el Gobernador, lo que demuestra de un modo concluyente el ánimo de acatar y cumplir la orden superior, pero dentro de la órbita que le imponían las leyes»²⁴.

Por otro lado, y como establece la STS 271/1904, 06/02/1904 (Ponente Victoriano Hernández), en caso de que la desobediencia fuera fruto de un olvido o error podría aminorar o excusar la conducta²⁵:

«(...) a pesar de habérsele requerido con repetición para cumplirlas, persiste en desobedecerlas sin dar explicación alguna de su conducta; porque en tal caso no cabe atribuirle desobediencia a olvido, error o mala inteligencia que pudiera aminorar la

²¹ Cuestión distinta es la obediencia debida como exclusión de responsabilidad que opera cuando, «la orden recibida, cuyo cumplimiento origina la comisión de una infracción penal, no es clara y manifiestamente ilícita, y el subordinado, que la ha recibido en el ámbito y con la formalidades propios de la relación funcional, cree que es legal y en tal creencia la cumple, queda exento de responsabilidad criminal por haber obrado en virtud de obediencia debida, siempre que este error pueda ser calificado de invencible».

²² STS 6997/1995, 10/02/1995 (Ponente: Manuel García Miguel).

²³ En este sentido, resulta muy clarificadora la STS 1335/1990, 15/02/1990 (Ponente: Enrique Ruiz Vadillo): «La expresión “se negaren abiertamente” no puede alcanzar un grado mayor de entendimiento en el sentido de excluir, como con coincidencia generalizada señala la doctrina científica, la comisión culpable, es decir, en el sentido de que este delito sólo admite la comisión dolosa al tratarse de un delito eminentemente intencional. Para que la infracción se produzca el funcionario ha de negarse abiertamente a cumplir, dato éste con el que se refuerza la nota de actividad en cualquiera de las manifestaciones que exige el tipo. Véase, también, la STS 2110/1935, 28/05/1935 (Ponente: Vicente Crespo Franco); STS 844/1949, 05/04/1949 (Ponente: José María Castello y Madrid).

²⁴ STS 1043/1934, 17/03/1934 (Ponente: Manuel Polo Pérez).

²⁵ En términos similares se pronuncia la STS 1359/1906, 29/12/1906 (José María Barnuevo): «(...) se requiere que la negativa del funcionario público a dar cumplimiento a una resolución de su superior, dictada dentro del círculo de sus atribuciones, sea abierta e intencional».

gravedad de la misma o excusarla por entero, sino al manifiesto propósito de negarse a cumplimentar la orden superior».

3.3. Especial referencia a la incomparecencia de testigos

Uno de los subtipos que regulaba específicamente la desobediencia era la incomparecencia de testigos. Solo hemos encontrado una sentencia que condenase por la comisión de esta conducta. En ella, se resuelve un recurso interpuesto por el procesado por entender que no había cometido un delito de desobediencia sino en todo caso, de denegación de auxilio. El Tribunal Supremo casa la sentencia considerando que el recurrente, al no haber comparecido al primer llamamiento del Juez municipal y al persistir en esa actitud, desatendiendo la orden judicial que estaba obligado a cumplir, no constituye el hecho procesal el delito de desobediencia grave sino el previsto en la última parte del artículo 383» –referido a la incomparecencia de testigos–, atendiendo al principio o criterio de especialidad²⁶.

3.4. Diferenciación con otros tipos

Los distintos códigos penales contemplaron, además de la desobediencia de los funcionarios públicos, el delito de desobediencia grave genérica a las órdenes emitidas por la autoridad²⁷.

Resulta evidente que la primera y principal diferencia es la condición de empleado público que se exige en el delito de desobediencia de los funcionarios públicos. No obstante, la diferencia no solo radica en la consideración del sujeto activo, sino también en el interés legítimo objeto de protección. Mientras que el bien jurídico protegido del delito de desobediencia a la autoridad persigue la salvaguarda del orden público, el tipo cometido por los funcionarios públicos tiene como finalidad garantizar el correcto funcionamiento o desarrollo de las funciones públicas²⁸.

Así, la STS de 24 de octubre de 1984, encargada de resolver un recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal por aplicación indebida del artículo 265 –que castigaba la desobediencia genérica– falló que la desobediencia de un alcalde a ejecutar una providencia judicial conllevaba la responsabilidad señalada en el artículo 389, al tratarse éste un funcionario de orden administrativo²⁹.

4. Denegación de auxilio

4.1. Tipicidad objetiva

El delito de denegación de auxilio, a pesar de los cambios normativos ocasionado por el devenir de los distintos Códigos, exigía la concurrencia de los siguientes elementos:

²⁶ STS 254/1900, 05/05/1900 (Ponente: Juan de Aldana).

²⁷ Así, el artículo 265 del CP de 1870; el artículo 323 del CP de 1928; el artículo 260 del CP de 1932 y el artículo 237 del CP de 1944.

²⁸ Colomer Bea, “La tutela penal de las funciones públicas y los delitos de desobediencia”, p. 4.

²⁹ STS 684/1984, 24/10/1894 (Ponente: Evaristo de Cuenca).

1º tener la condición de funcionario público
2º que éste fuese requerido por una autoridad
3º que la denegación a cooperar recayese sobre requerimiento para un objeto judicial o sea relativo a la administración de justicia o para otro que sea referente al servicio público.

A continuación, se preveía un tipo agravado para el caso en el que, fruto de la omisión, se produjese un grave daño para la causa pública o para un tercero. Por su parte, la denegación de auxilio a un particular requería del cumplimiento de los siguientes requisitos, a saber:

- 1º Tener la condición de funcionario público
- 2º Que un particular lo requiera para prestar algún auxilio
- 3º Que el requerido esté obligado por razón de su cargo a prestarlo
- 4º Que con la prestación del auxilio pueda evitarse un delito u otro mal
- 5º Que se abstuviese a prestarlo sin causa que justifique la abstención.

En este sentido, la STS 177/1969, no casó la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla en la que un médico fue requerido cuatro veces para atender a una enferma en su domicilio, a la que tenía obligación de asistir, por estar incluida en las de beneficencia y estar el requerido sustituyendo a su compañero. El procesado interpuso un recurso de casación por entender que «no estaba obligado por razón de su cargo a prestar asistencia a la enferma en el domicilio de ésta, sino que en atención a la facultad concedida al mismo, quedaba "a su juicio" la determinación de dónde habría de prestarle la asistencia referida, que fue lo que precisamente realizó, indicando el lugar a donde tenía que concurrir la enferma [el hospital]»³⁰.

El Tribunal falló que «[dadas] las condiciones de la enferma por su edad, clase de enfermedad, y su agravación sucesiva expuesta en cada petición de asistencia, impedían de modo evidente y notorio su traslado al hospital, por lo que el médico venía obligado por deber legal y por el derivado de las normas de deontología profesional, a prestarle la asistencia, insistentemente solicitada, en su domicilio».

Asimismo, la sentencia estableció que para entenderse cometido este delito no era necesario que la muerte que se pudiese haber producido tuviese por causa directa o inmediata la falta de asistencia facultativa pues, de haberse dado este caso, es posible que hubiere aparecido la figura delictiva de la imprudencia negligente o en alguno de sus grados³¹.

4.1.1. La competencia de la autoridad

Para que exista el delito de denegación de auxilio es requisito esencial que el requerimiento hecho por la Autoridad esté dentro de sus competencia y atribuciones, además de estar revestido de todas las formalidades legales³². Es por ello por lo que se

³⁰ STS 177/1969, 02/06/1969 (Ponente: José Espinosa Herrera).

³¹ STS 177/1969, 02/06/1969 (Ponente: José Espinosa Herrera).

³² STS 417/1895, 25/04/1895 (Ponente: Rafael Álvarez Martínez).

interpusieron numerosos recursos ante el TS por entender que la autoridad no era la competente. En este sentido, la STS 417/1895 exigía, además de este requisito, que el requerimiento estuviese revestido de las formalidades legales:

«(...) suponiendo que un Juez municipal pudiese requerir, como lo hizo, en virtud de sus atribuciones aun depositario para la entrega de efectos obrantes en su poder, como quiera que la Autoridad requirente no cumplió con las formalidades debidas, limitándose a hacerlo verbalmente, es visto que la no entrega por el depositario de los frutos que obraban en depósito, no constituye el expresado delito de denegación de auxilio»³³.

De igual modo, en la STS 401/1880 el Tribunal falló que el Sindicato o Juzgado de Aguas estaba autorizado para imponer multas, por lo que la negativa del alcalde a conceder su autorización constituía el delito de denegación de auxilio³⁴.

4.1.2. La denegación a prestar auxilio

En primer lugar, la jurisprudencia determinó el alcance de la denegación de auxilio. En este sentido, una STS, al resolver un recurso interpuesto por considerar que el recurrente no se negó a prestar el auxilio que se le pedía, sino que lo suspendió hasta que se subsanasen defectos que existían, o se resolviesen sus dudas por la Superioridad, entiende que:

«(...) la reiteración con que el teniente alcalde de Jijona se negó a cumplir las órdenes de su superior jerárquico, el Gobernador civil de la provincia, dejando de auxiliar al Comisionado del Sindicato de la Huerta de Alicante en el servicio público de exacción de multas impuestas por el Tribunal de Aguas constituye, sin lugar a duda, el delito de denegación de auxilio»³⁵.

Igualmente, se exigió que la denegación a cooperar recaiga sobre requerimiento para un objeto judicial o sea relativo a la administración de justicia o para otro que sea referente al servicio público.

Así, ante un recurso de casación interpuesto por entender que la falta de cooperación del alcalde de Bárcena al requerimiento hecho por el alcalde de otra localidad para que no autorizara el embarque de carbones y efectos forestales suponían la comisión del delito, el TS consideró que esta negativa no constituía el delito de denegación de auxilio, pues para que existiese este delito «era necesario que la denegación a cooperar verse sobre un requerimiento para un objeto judicial, para la administración de justicia o para otro servicio público»³⁶.

Sin embargo, suscita muchas dudas determinar cuándo nos encontramos ante un requerimiento que sea «referente al servicio público». El diccionario panhispánico del español jurídico define servicio público como «la actividad más caracterizadora de las administraciones públicas que agrupa todas las organizaciones, actividades y funciones que tiene por objeto prestaciones de bienes y servicios en beneficio de los ciudadanos»³⁷.

³³ STS 417/1895, 25/04/1895 (Ponente: Rafael Álvarez Martínez).

³⁴ STS 401/1880, 09/07/1880 (Ponente: Manuel León y Romero).

³⁵ STS 541/1882, 06/07/1882 (Ponente: Luciano Boada).

³⁶ STS 490/1871, 25/11/1871 (Ponente: Manuel María de Basualdo).

³⁷ Disponible en: <https://dpej.rae.es/lema/servicio-p%C3%BAblico>

Un ejemplo de servicio público que encontramos en la jurisprudencia del TS es la ejecución de multas interpuestas a regantes de la localidad por haber regado indebidamente³⁸.

4.1.3. Antijuridicidad

En este estadio del estudio, cabría preguntarse si la alegación de motivos o causas justifican la exclusión de responsabilidad criminal. El fundamentar la denegación de auxilio en motivos justos y legales lleva aparejado la extinción de la responsabilidad, según la STS 841/1894, 13/11/1894 (Ponente Luis Lamas):

«(...) se reconoce que la negativa fue fundada por haberse solicitado antes de que transcurriera el término de pago voluntario; que a algunos se les fijaba mayor cantidad de la que les correspondía por el apremio y comprenderse en las listas más de tres cuartas partes de contribuyentes que no eran del gremio de líquidos; todo lo cual consignó en la providencia de 23 de Noviembre de 1890, de todo lo que se deduce, que no se negó abiertamente a prestar dicho auxilio sino por motivos justos y legales, por lo que también procede su absolución».

Sensu contrario, la STS 966/1895, afirma que incurre en la sanción del artículo 382 del código penal al alcalde que, sin motivo justificado, deje de cumplir repetidas órdenes que un juez de instrucción le dirige con ocasión de la formación de un proceso³⁹.

Por lo tanto, la alegación de motivos -o, en su caso, la ausencia de ellos- justificaba la absolución o, en cambio, la condena.

4.2. Tipicidad subjetiva

Como en cualquier delito, la concurrencia de los elementos objetivos de un tipo penal no resultaba suficiente para poder atribuir relevancia penal a una conducta. Sólo se castigaba la modalidad dolosa, no siendo posible su comisión imprudente. En este sentido, y del mismo modo que ocurría con el delito de desobediencia, la no cooperación con la autoridad requirente no era suficiente para cometer el delito de desobediencia.

En este sentido, el dolo podía manifestarse de diversas maneras; a través de la negativa consciente del omitente al realizar un comportamiento específico de colaboración, la existencia de un *patente menosprecio* al mandato colaborador, etc.⁴⁰

Por eso mismo, una de las cuestiones que tuvo que dirimir el Alto Tribunal fue si, la ausencia del ánimo del autor de desacatar a la autoridad eximía la responsabilidad penal. Debemos tener en cuenta que, la ausencia de prestación del auxilio por la valoración errónea del funcionario de los elementos que constituían el deber de colaboración (error de tipo) no acarrea la imposición de la sanción prevista, pues este delito no admitía la modalidad imprudente.

³⁸ STS 401/1880, 09/07/1880 (Ponente: Manuel León y Romero).

³⁹ STS 966/1895, 11/06/1895 (Ponente: Mateo de Alcocer).

⁴⁰ Navarro Moreno, M.I., “El deber de colaboración en el delito de denegación de auxilio de los artículos 412.1 y 412.2 del Código Penal”, *Revista de Estudios jurídicos* 19 (2019), p. 194.

Este es el caso que plantea la STS 419/1883, 21/05/1873 (Ponente: José García Herraiz) pues en él se alegaba, como motivo de recurso de casación, la falta de ánimo en el alcalde de desacatar a la autoridad judicial pues, «si demoró el cumplimiento fue por no creer que estuviese autorizado a ejecutarla mientras no lo fuese por su superior jerárquico, el Gobernador civil». El Tribunal no estimó el recurso por entender que «las alegaciones no excusan ni desvirtúan la terminante denegación de auxilio por falta de la debida cooperación para la administración de justicia, en que ha incurrido el Bermúdez Sánchez, toda vez que el Juez municipal tenía reconocida competencia».

No obstante, en otra ocasión, el TS consideró que de los motivos que el recurrente esgrimió -la negación a expedir la providencia de apremio, pues se expidió antes de que transcurriera el término de pago voluntario-, no podía apreciarse la intención o voluntad de desobedecer o resistir una orden⁴¹, por lo que el procesado fue absuelto.

4.3. Diferenciación con otros delitos

En numerosas ocasiones, el Tribunal Supremo tuvo que pronunciarse con objeto de distinguir la comisión del delito de denegación de auxilio con otros semejantes.

4.3.1. Delito de desobediencia de los funcionarios públicos

La actuación de la función pública está informada por dos principios fundamentales: el de jerarquía y el de coordinación⁴². El primero supone la subordinación de los órganos inferiores a los superiores y el deber de aquéllos sobre estos. El segundo, la interrelación entre los diversos órganos y la mutua ayuda para el mejor cumplimiento de sus fines⁴³. A estos dos principios responden la desobediencia y la denegación de auxilio, respectivamente.

Groizard y Gómez de la Serna considera que la principal diferencia entre la desobediencia y denegación de auxilio radica en que en aquella se desobedece una orden concreta emanada de un superior, mientras que en la denegación de auxilio la desobediencia es a la ley, que ordena de antemano a los funcionarios a prestar la cooperación debida a las autoridades cuando legítimamente la reclamen⁴⁴.

No son pocas las sentencias que se ocupan de establecer las diferencias entre ambos tipos, pues son muchas las similitudes que difuminan sus respectivos ámbitos de aplicación. Ambas exigen que la conducta sea cometida por un funcionario público; que éste sea requerido por una autoridad para ejecutar o cumplir un mandato u orden y, por último, que se niegue a llevar a cabo lo encomendado⁴⁵.

⁴¹ STS 117/1895, 05/03/1895 (Ponente: Salvador Viada).

⁴² Así lo recoge el artículo 103 de nuestra Constitución vigente: «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».

⁴³ Muñoz Conde, *Derecho Penal...*, p. 981.

⁴⁴ Groizard y Gómez de la Serna, *El Código penal de 1870*, tomo IV, p. 1171.

⁴⁵ *Idem*.

En este sentido, la Sentencia 3288/1995, 08/06/1995 resulta muy clarificadora. En los fundamentos de derecho estableció que el elemento diferenciador entre ambas clases de infracción residía en que, mientras que en la desobediencia se exigía una relación de subordinación entre la autoridad y el funcionario que se niega a cumplirla, la infracción denegación de auxilio respondía a la vulneración de la relación de coordinación entre los diversos servicios públicos⁴⁶.

Por lo tanto, es la naturaleza de la relación entre el funcionario o autoridad requirente y el funcionario requerido la que traza la diferencia entre ambos tipos.

4.3.2. Omisión del deber de impedir determinados delitos

El artículo 338 bis del CP de 1973 dice así:

«El que pudiendo, con su intervención inmediata y sin riesgo propio o ajeno, impedir un delito contra la vida o que cause grave daño a la integridad, la honestidad o la seguridad de las personas, se abstuviere voluntariamente de hacerlo, será castigado con la pena de arresto mayor o multa de 5.000 a 10.000 pesetas o con ambas penas».

Así pues, la denegación de auxilio está íntimamente ligada con la omisión del deber de impedir determinados delitos, pues aun cuando el funcionario no esté obligado a intervenir queda sujeto a lo prescrito para todos los ciudadanos, con independencia de su condición de funcionario⁴⁷. Es por ello por lo que una de las funciones de la jurisprudencia fue exponer las diferencias entre ambos.

La primera de ellas estriba en el ámbito de aplicación del delito, siendo el de denegación de auxilio más amplio, por cuanto no exige ninguna situación especial en el que se halle amenazado por un delito o por un mal⁴⁸. Asimismo, la diferencia radica en que, en la denegación de auxilio, el mal no necesita ser grave.

En última instancia, los bienes jurídicos objetos de protección son distintos. Mientras el interés legítimo que salvaguarda la omisión de auxilio es la solidaridad humana, la denegación de auxilio persigue la protección del normal funcionamiento de la Administración pública.

Así, la STS 1940/1963 consideró que lo que castigaba el delito de omisión del deber de socorro es la inactividad de un deber de todo el que ocasiona un mal físico a un semejante y que, por razones de solidaridad humana, está obligado a cumplir moral y legalmente⁴⁹.

Por su parte, es la infracción del deber de cooperación el bien jurídico que protege la denegación de auxilio.

5. La negativa a desempeñar un cargo público

⁴⁶ Véase la STS 3288/1995, 08/06/1995 (Ponente: Joaquín Delgado García).

⁴⁷ STS 11420/1994, 28/11/1994 (Ponente: José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez).

⁴⁸ Muñoz Conde, *Derecho Penal...*, p. 984.

⁴⁹ STS 1940/1963, 01/03/1963 (Ponente: Alejandro García Gómez).

De entre todos los fallos judiciales contenidos en la base del CENDOJ durante el periodo estudiado, solo encontramos siete sentencias que enjuician el delito de abandono y dejación de funciones públicas. Además, estos fallos judiciales versan sobre un mismo caso: el de los concejales de un ayuntamiento que, siguiendo instrucciones de un llamado “Comité de Ayuntamientos Vascos”, presentan las renunciaciones de sus cargos y, sin que les fueran admitidas, hacen dejación del cargo produciendo la paralización de la marcha activa del Ayuntamiento.

A pesar de que no podremos estudiar la evolución de la jurisprudencia en el enjuiciamiento de este delito sí que, mediante estos fallos judiciales, podremos aclarar el sentido y el alcance de los elementos del tipo.

5.1. Daño para la causa pública

Fueron dos los requisitos que los diferentes Códigos penales establecieron para entender cometido el tipo, a saber:

1º la negación a desempeñar un cargo público obligatorio

2º que no se presente excusa legal, o que ésta sea desatendida

No obstante, la jurisprudencia señaló la existencia de un tercer elemento: que de la conducta se derive un daño específico para la causa pública⁵⁰. Este daño podía consistir en el entorpecimiento, perjuicio, menoscabo o descrédito para los intereses morales y materiales de la organización del Estado español⁵¹. En otra resolución, el TS añadió que este daño no tenía por qué ser material -como ocurría en el recurso que se resuelve-, sino que bastaba con que apareciese en cualquiera de sus formas, como es la parálisis de la vida municipal, quedando interrumpido su órgano funcional, con el consiguiente desprestigio o menoscabo para el interés del orden público⁵².

5.2. Dolo específico

Al igual que los dos delitos estudiados arriba, esta conducta es necesariamente dolosa, en tanto en cuanto la redacción del tipo prevé la presentación de una causa legal que justifique la negativa. Así, el Alto Tribunal consideró que:

«(...) cometen el delito del artículo 381, párrafo primero del Código penal los Concejales de un Ayuntamiento que, siguiendo instrucciones de un llamado "Comité de Ayuntamientos vascos", presentan las renunciaciones de sus cargos, y sin que les fueran admitidas hacen dejación del cargo, produciendo la paralización de la marcha activa del Ayuntamiento, por cuanto los reos ostentaban la cualidad de funcionarios públicos y abandonaron sus puestos consciente deliberadamente, con ánimo de rebeldía, desentendiéndose de sus funciones concejiles sin haberles admitido la renuncia, con daño para la causa pública»⁵³.

⁵⁰ Como anotamos, este requisito ya se exigía en el artículo 289 del Código penal de 1848.

⁵¹ STS 1456/1934, 08/12/1934 (Ponente: Vicente Crespo Franco).

⁵² SSTs 1512/1934, 31/12/1934 (Ponente: Eduardo Iglesias Portal) y 1442/1934, 05/12/1934 (Ponente: Manuel Polo Pérez).

⁵³ STS 1456/1934, 08/12/1934 (Ponente: Vicente Crespo Franco).

6. Recapitulación

La jurisprudencia, entre muchas otras de sus funciones lleva a cabo dos actividades fundamentales para el desarrollo del Derecho penal, a saber: su interpretación y configuración -esto es, en parte, su creación-⁵⁴. Así pues, tras haber analizado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, cabe preguntarse en qué medida contribuyó ésta al desarrollo del Derecho penal y, concretamente, a los delitos de desobediencia y denegación de auxilio.

En este sentido, la jurisprudencia del TS se ocupó, mayoritariamente, de definir o clarificar el sentido y el alcance de los conceptos y categorías de la Parte General, así como los elementos constitutivos de tipos delictivos. Una de las cuestiones más debatidas, y objeto de numerosos recursos de casación, fue la de concretar y definir en qué casos nos encontramos ante un funcionario público, aplicando, a cada caso concreto, la definición recogida en el Código Penal.

Del mismo modo, y siendo una contribución de gran relevancia, el TS determinó -en sede de desobediencia- el alcance del concepto «negativa abierta», pudiéndose desprender tanto de una negativa clara y rotunda, como de la resistencia contumaz o del silencio reiterado.

Por último, la doctrina jurisprudencial se encargó de trazar criterios para distinguir unas figuras delictivas de otras, como fue el caso de la desobediencia y la denegación de auxilio, o ésta con el delito de omisión del deber de impedir determinados delitos.

A pesar de la contribución de la jurisprudencia -clarificando algunas de las cuestiones aquí expuestas-, de la escasa evolución normativa y de la convulsión política y social que caracteriza a esta época (1870-1995)⁵⁵, no se aprecia en ella una evolución en la aplicación de los artículos. Así, y como afirma Masferrer, se comprueba el estricto cumplimiento del principio de legalidad por parte de los magistrados, con independencia de sus ideas o convicciones, aun cuando éstas no coinciden con el precepto legal que corresponde aplicar en el caso concreto⁵⁶.

Referencias jurisprudenciales

STS 490/1871, 25/11/1871 (Ponente: Manuel María De Basualdo).
 STS 538/1871, 19/12/1871 (Ponente: Miguel Zorrilla).
 STS 942/1872, 21/09/1872 (Ponente: Antonio Valdés).
 STS 419/1883, 21/05/1873 (Ponente: José García Herraiz).
 STS 760/1873, 20/11/1873 (Ponente: Antonio Valdés).

⁵⁴ Masferrer, A., *De la honestidad a la integridad sexual. La formación del Derecho penal sexual español en el marco de la cultura occidental*, Thomson Reuters Aranzadi, 2020, p. 135.

⁵⁵ La evolución normativa, al igual que lo que ocurre con la mayoría de los de la parte especial, apenas cambió. Asimismo, la regulación jurídica de estos tipos en el Código Penal de 1995 es deudor del Código penal de 1870 y de los sucesivos que se promulgaron.

⁵⁶ Masferrer, A., “Contribución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a la configuración de los delitos contra la honestidad (1870-1978)”, en Masferrer A., (ed.), *Los delitos contra la honestidad en España (1870-1978). Contribución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a su configuración jurídica*, Aranzadi, 2023, pp. 27-90.

STS 199/1877, 19/02/1877 (Ponente: Luciano Boada).
STS 114/1878, 15/01/1878 (Ponente: Eugenio de Angulo).
STS 401/1880, 09/07/1880 (Ponente: Manuel León y Romero).
STS 541/1882, 06/07/1882 (Ponente: Luciano Boada).
STS 468/1882, 06/10/1882 (Ponente: Antonio Ubach).
STS 723/1883, 22/11/1883 (Ponente: José García Herraiz).
STS 494/1884, 15/01/1884 (Ponente: José de Aldecoa).
STS 703/1885, 05/02/1885 (Ponente: Luciano Boada).
STS 330/1880, 21/06/1889 (Ponente: Luciano Boada).
STS 665/1890, 13/06/1890 (Ponente: José de Alcoa).
STS 235/1890, 01/10/1890 (Ponente: Eduardo Martínez del Campo).
STS 496/1891, 14/02/1891 (Ponente: Mateo de Alcocer).
STS 769/1893, 28/11/1893 (Ponente: Victoriano Hernández).
STS 259/1894, 24/01/1894 (Ponente: Juan Ignacio de Morales).
STS 628/1894, 28/09/1894 (Ponente: Juan Ignacio de Morales).
STS 684/1894, 24/10/1894 (Ponente: Evaristo de Cuenca).
STS 723/1894, 06/11/1894 (Ponente: Luis Llamas).
STS 841/1894, 13/11/1894 (Ponente: Luis lamas).
STS 117/1895, 05/03/1895 (Ponente: Salvador Viada).
STS 417/1895, 25/04/1895 (Ponente: Rafael Álvarez Martínez).
STS 465/1895, 04/06/1895 (Ponente: Mateo de Alcocer).
STS 966/1895, 11/06/1895 (Ponente: Mateo de Alcocer).
STS 503/1895, 16/11/1895 (Ponente: Rafael Álvarez Martínez).
STS 585/1899, 19/05/1899 (Ponente: Rafael Álvarez Martínez).
STS 254/1900, 05/05/1900 (Ponente: Juan de Aldana).
STS 275/1902, 10/01/1902 (Ponente: Victoriano Hernández).
STS 271/1904, 06/02/1904 (Ponente: Victoriano Hernández).
STS 1359/1906, 29/12/1906 (Ponente: José María Barnuevo).
STS 892/1911, 31/03/1911 (Ponente: Miguel López de Sa).
STS 466/1913, 25/11/1913 (Ponente: Andrés Tornos y Alonso).
STS 813/1924, 21/03/1924 (Ponente: José María de Ortega Morejón).
STS 738/1928, 29/09/1928 (Ponente: Alfonso Travado y Loste).
STS 819/1929, 03/04/1929 (Ponente: Antonio de Lara Desqui).
STS 2852/1934, 17/11/1934 (Ponente: Joaquín Lacambra Brum).
STS 1417/1934, 27/11/1934 (Ponente: José Antón Oneca).
STS 1418/1934, 28/11/1934 (Ponente: Manuel Polo Pérez).
STS 1442/1934, 05/12/1934 (Ponente: Manuel Polo Pérez).
STS 1330/1934, 06/12/1934 (Ponente: José Antón Oneca).
STS 1456/1934, 08/12/1934 (Ponente: Vicente Crespo Franco).
STS 1455/1934, 08/12/1934 (Ponente: Enrique Robles Nisarre).
STS 1464/1934, 12/12/1934 (Ponente: Joaquim Lacambra Brum).
STS 1334/1934, 13/12/1934 (Ponente: Joaquim Lacambra Brum).
STS 1489/1934, 22/12/1934 (Ponente: Enrique Robles Nisarre).
STS 1512/1934, 31/12/1934 (Ponente: Eduardo Iglesias Portal).
STS 217/1935, 03/01/1935 (Ponente: Vicente Crespo Franco).
STS 266/1935, 14/01/1935 (Ponente: José Antón Oneca).
STS 2110/1935, 28/05/1935 (Ponente: Vicente Crespo Franco).
STS 2190/1935, 21/06/1935 (Ponente: Eduardo Iglesias Portal).
STS 909/1936, 17/01/1936 (Ponente: Manuel Polo Pérez).
STS 1005/1948, 22/03/1948 (Ponente: Francisco de la Rosa de la Vega).
STS 844/1949, 05/04/1949 (Ponente: José María Castello y Madrid).
STS 1501/1966, 16/12/1966 (Ponente: Jesús Riaño Goiri).
STS 177/1969, 02/06/1969 (Ponente: José Espinosa Herrera).
STS 1335/1990, 15/02/1990 (Ponente: Enrique Ruiz Vadillo).
STS 3905/1991, 11/06/1991 (Ponente: Fernando Cotta Márquez).

STS 2222/1992, 14/12/1992 (Ponente: Enrique Ruiz Vadillo).
STS 10808/1993, 16/03/1993 (Ponente: Fernando Díaz Palos).
STS 11420/1994, 28/11/1994 (Ponente: José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez).
STS 3288/1995, 08/06/1995 (Ponente: Joaquín Delgado García).

Referencias bibliográficas

- Álvarez García F.J., *El delito de desobediencia de los funcionarios públicos*, Bosch, 1987.
- Buchhalter Montero, B., “La jurisprudencia española en la evolución del Derecho penal sexual: aspectos sustantivos y procesales del castigo del rapto (1870-1978)”, en Masferrer, A. (ed.), *Los delitos contra la honestidad en España (1870-1978). Contribución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a su configuración jurídica*, Aranzadi, 2023.
- Colomer Bea, D., “La tutela penal de las funciones públicas y los delitos de desobediencia”, *Revista General de Derecho Penal* 35 (2021).
- De la Mata Barranco, N., “El funcionario Público ante el Derecho Penal”, *Revista Jurídica de Castilla y León* 20 (2010), p. 17-78.
- Delgado Gil, A., “Sobre el bien o bienes jurídicos protegidos en los denominados delitos contra la Administración Pública”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 62 (2009), pp. 357-424.
- Echevarría, M.H., *Delitos de los funcionarios públicos*, Dykinson, 2019.
- González Y Serrano, J., *Apéndice a los Comentarios del Código Penal de Joaquín Francisco Pacheco*, Madrid, 1870.
- González Cussac J.L. (ed.), *Derecho penal. Parte especial*, 5 ed., Tirant lo Blanch, 2016.
- Groizard y Gómez de la Serna, *El Código penal de 1870*, tomo IV, 1870-1899.
- Javato Martín, A., “El delito de desobediencia del funcionario”, *Revista General de Derecho Penal* 21 (2014).
- Iñesta Pastor, E., “Los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos en la codificación penal española del siglo XIX”, en Riquer i Permanyer de, B., *La corrupción política en la España contemporánea: un enfoque interdisciplinar*, Madrid, Marcial Pons, 2018.
- Juanatey Dorado, C., *El delito de desobediencia a la autoridad*, Tirant lo Blanch, 1997
- Masferrer, A.:
- *De la honestidad a la integridad sexual. La formación del Derecho penal sexual español en el marco de la cultura occidental*, Thomson Reuters Aranzadi, 2020.
 - (ed.) *Los delitos contra la honestidad en España (1870-1978). Contribución de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo a su configuración jurídica*, Aranzadi, 2023.
 - (ed.) *La jurisprudencia penal en España (1870-1978): Contribución del Tribunal Supremo al proceso configurador de los delitos*, Aranzadi, 2023.
- Morillas Cueva, L., “Delitos contra la administración pública (II): Desobediencia y denegación de auxilio”, en Morillas Cueva, *Sistema de derecho penal: parte especial*, 2021, pp. 1255-1264.
- Muñoz Conde, F., *Derecho Penal. Parte especial*, 25 ed., Tirant lo Blanch, 2017.
- Navarro Moreno, M.I., “El deber de colaboración en el delito de denegación de auxilio de los artículos 412.1 y 412.2 del Código Penal”, *Revista de Estudios jurídicos* 19 (2019), pp. 181-202.
- Orts Berenguer, E., “Delitos contra la administración pública (I). Desobediencia y denegación de auxilio”, en González Cussac J.L., *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, 2016.
- Pacheco, J.F., *El Código Penal concordado y comentado*, tomo IV, Madrid, 1881.