

Andrés Benavides Schiller

# El delito de fraude del funcionario público

PRÓLOGO DE  
Miguel Polaino Navarrete



La obra que tiene en sus manos constituye una necesaria puesta al día y asume la tarea de analizar todos los requisitos típicos que componen la figura del fraude funcional, prevista y sancionada por el recientemente modificado artículo 436 del Código penal español, conforme LO 1/2015, de 30 de marzo. Este ilícito integra los denominados «delitos contra la Administración pública», razón por la que se aborda también el estudio de la Administración pública como institución, su papel actual y la delimitación del bien jurídico protegido, explicando para ello la relación existente entre Administración pública, función pública y, correcto ejercicio de esta última en pos de la satisfacción de intereses generales de los ciudadanos. También se contienen explicaciones sobre qué debemos entender hoy, para efectos penales, por autoridad o funcionario público.

Este riguroso pero a la vez sintético análisis integral permite al lector comprender en qué casos estaremos frente a un delito de fraude del funcionario público, cuáles son sus antecedentes normativos y su naturaleza jurídica, el carácter especial de este título de imputación y, las posibles relaciones *intra-neus-extraneus* en torno a esta figura delictiva. Se trata de ofrecer de manera clara, compendiada y atendiendo a la doctrina y jurisprudencia recientes, la información que el usuario requiere sobre los límites objetivos y la configuración subjetiva de este tipo penal, sus fases de desarrollo y si procede o no el castigo por una tentativa de fraude, distinguiendo su aplicación de otras figuras delictivas, esto es, posibles problemas concursales. No queda fuera de este libro el estudio de las consecuencias jurídicas del delito de fraude –tanto penales como administrativas– a la luz de los principios de legalidad en materia de sanciones públicas y, *non bis in idem*; la problemática de la agravante de prevalimiento del carácter público del funcionario como sujeto activo y las penas de inhabilitación y comiso, todo lo que podrá encontrarse en su capítulo final.



ANDRÉS BENAVIDES SCHILLER

Profesor de Derecho Penal  
Universidad de Valparaíso / Andrés Bello – Chile

# **El delito de fraude del funcionario público**

PRÓLOGO DE

Miguel Polaino Navarrete

Catedrático Emérito de Derecho Penal  
Universidad de Sevilla

2016



BOSCH EDITOR

© NOVIEMBRE 2016 ANDRÉS BENAVIDES SCHILLER

© NOVIEMBRE 2016



**Librería Bosch, S.L.**

<http://www.jmboscheditor.com>

<http://www.libreriabosch.com>

E-mail: [editorial@jmboscheditor.com](mailto:editorial@jmboscheditor.com)

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra ([www.conlicencia.com](http://www.conlicencia.com); 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

ISBN papel: 978-84-944790-3-8

ISBN digital: 978-84-944790-4-5

D.L.: B15169-2016:

Diseño portada y maquetación: Cristina Payà ([cspaya@sbeditorialdesign.com](mailto:cspaya@sbeditorialdesign.com))

*Printed in Spain* – Impreso en España

# Índice

Prólogo .....	15
Presentación .....	19
<b>CAPÍTULO I</b>	
Delitos contra la Administración pública .....	21
1. Consideraciones preliminares .....	21
2. Evolución legislativa. Panorama actual .....	22
3. La Administración pública como bien jurídico protegido.....	38
3.1. Derecho penal, bien jurídico y Administración pública.....	38
3.2. Búsqueda de un concepto de bien jurídico .....	46
3.3. La Administración pública como institución. Su papel actual	54
3.4. Administración pública y bien jurídico protegido. Delimitación del objeto protegido .....	68
4. Administración pública y ejercicio de la función pública .....	73
4.1. Relaciones entre Administración pública y función pública ...	73
4.2. El correcto ejercicio de la función pública como bien jurídico supraindividual. Necesidad de concreción .....	84
4.3. Protección de bienes jurídicos y confirmación de la vigencia de la norma .....	92
5. El funcionario público como sujeto activo del delito .....	100
5.1. Importancia de la precisión conceptual .....	100
5.2. Acerca de la autonomía conceptual .....	102
5.3. El funcionario público en clave penal.....	112
5.4. Análisis de los conceptos funcionario público y autoridad .....	115

5.4.1. Funcionario público .....	117
a) En cuanto a los modos o títulos de participación ...	118
a.1) El ingreso a la función pública por disposición inmediata de la ley.....	118
a.2) Por elección.....	121
a.3) El acceso por nombramiento de autoridad competente.....	122
b) En cuanto a la participación en el ejercicio de fun- ciones públicas.....	123
5.4.2. Funcionario de hecho.....	126
5.4.3. Autoridad.....	127
a) Criterio objetivo .....	128
a.1) Tener mando.....	128
a.2) Ejercer jurisdicción.....	129
b) Criterio orgánico .....	130
b.1) Corporación .....	130
b.2) Tribunal.....	131
b.3) Órgano colegiado.....	131
5.4.4. Agentes de la autoridad .....	131

## CAPÍTULO II

El delito de fraude del funcionario público .....	133
1. Antecedentes normativos de esta figura delictiva.....	133
1.1. Acerca de su evolución legislativa .....	133
1.1.1. El vigente tipo penal de fraude funcionaria .....	133
1.1.2. El fraude funcional en los códigos decimonónicos....	139
1.1.3. El fraude funcional en los demás códigos del siglo XX.....	141
2. Naturaleza jurídica. Delito especial. Relaciones <i>intraneus-extra-</i> <i>neus</i> .....	142
2.1. Delito con dos modalidades alternativas de conducta típica...	142
2.2. Delito plurisubsistente .....	145

---

2.3. Delito de mera actividad .....	148
2.4. Delito especial propio.....	151
2.4.1. Figuras típicas comunes y especiales .....	151
2.4.2. El fraude del funcionario como delito especial propio..	153
2.5. Relaciones <i>intraneus-extraneus</i> .....	157
2.5.1. Dificultades en torno a los delitos especiales propios ...	157
2.5.2. Opciones de solución: mantención o ruptura del título de imputación.....	158
2.5.3. Toma de postura.....	162
3. Límites objetivos. Fraude en la contratación pública y en la liquidación de efectos o haberes públicos .....	166
3.1. Consideraciones previas .....	166
3.2. En cuanto al sujeto pasivo .....	168
3.3. Límites objetivos. Contratación y liquidación .....	171
3.3.1. Contratación pública.....	172
3.3.2. Liquidación de efectos o haberes públicos. Sentido de la expresión.....	181
4. Configuración subjetiva del tipo .....	184
4.1. El fraude como exigencia puramente subjetiva del tipo.....	184
4.1.1. Necesaria presencia de dolo directo en esta figura delictiva .....	191
4.2. El fraude funcional como delito de intención .....	194
5. <i>Iter criminis</i> . ¿Posibilidad de tentativa de fraude? .....	196
5.1. Acerca de las fases de desarrollo del delito de fraude funcional .....	196
5.2. Acerca de la posibilidad de tentativa de fraude.....	199
6. Concursos de delitos.....	204
6.1. Con respecto al delito de estafa .....	206
6.2. Con respecto al delito de cohecho.....	211
6.3. Con respecto al delito de malversación.....	212
6.4. Con respecto al delito de prevaricación .....	215
6.5. Con respecto al delito de tráfico de influencias .....	216

6.6. Con respecto al delito de negociaciones prohibidas.....	218
--	-----

### CAPÍTULO III

Consecuencias jurídicas del delito de fraude. Derecho penal y Derecho administrativo sancionador .....	221
1. Órdenes normativos y Derecho penal .....	221
2. Aplicabilidad del Derecho administrativo sancionador .....	223
2.1. Planteamiento .....	223
2.2. Administración y Derecho administrativo sancionador.....	226
2.2.1. Justificantes de la potestad sancionatoria administrativa.....	228
2.3. Criterios de diferenciación entre delito e infracción administrativa.....	233
2.3.1. Criterios diferenciadores entre ambos ilícitos.....	234
3. El principio de legalidad en materia de sanciones públicas.....	238
3.1. Planteamiento .....	238
3.2. Legalidad en materia de sanciones administrativas .....	241
3.3. Legalidad en materia de sanciones penales .....	245
4. Observancia del principio <i>non bis in idem</i> .....	248
4.1. Presentación del tema.....	248
4.2. Reconocimiento constitucional del postulado. Consecuencias .....	250
4.3. <i>Non bis in idem</i> material y procedimental .....	253
4.4. ¿Será posible una compatibilidad de sanciones? .....	257
4.5. En cuanto a las relaciones de especial sujeción .....	260
5. Problemática de la agravante de prevalimiento del carácter público del funcionario.....	263
5.1. Antecedentes.....	263
5.2. Agravante de prevalimiento del carácter público del funcionario.....	265
5.3. ¿Puede aplicarse la agravante a quien sin gozar de la condición de funcionario público aparece encargado de un servicio público o participa de funciones públicas? .....	268
5.4. Comunicabilidad a los partícipes en el delito .....	271



6. Penas de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas y comiso.....	273
6.1. Pena de inhabilitación .....	273
6.2. El comiso .....	276
Bibliografía .....	281
Colección Penal J.M. Bosch Editor .....	353

---

## Prólogo

En las últimas décadas hemos asistido en el panorama del Derecho penal contemporáneo a diversos fenómenos hasta cierto punto contradictorios entre sí: de un lado, a la Globalización del sistema penal (esto es: globalización del combate punitivo como consecuencia, a su vez, de la globalización de la delincuencia); de otro, a la privatización de amplios sectores del Derecho penal; y, finalmente, a la sectorización de la disciplina penal, como consecuencia de la especialización material que en los últimos tiempos se ha venido imponiendo. Éste último fenómeno ha traído consigo que materias que originariamente formaban parte del núcleo duro del Derecho penal se fueran desgajando progresivamente de ese núcleo originario, conformándose en disciplinas autónomas, no aisladas ni –mucho menos– opuestas pero sí independientes de la materia matriz. Ése es el origen, sin ir más lejos, de la Criminología, de la Victimología e incluso de la Política Criminal, y también de otras muchas disciplinas: es el caso del Derecho penal internacional, del Derecho penal medioambiental, del Derecho penal laboral, del Derecho penal médico, del Derecho penal del Deporte, del Derecho penal económico y de la empresa... y, también, sin duda, del Derecho penal de la Administración Pública.

Todas esas materias, que hasta hace medio siglo formaban parte del contenido programático del Derecho penal y que ahora han encontrado su propio campo de juego, pertenecían a lo que el gran penalista Luis JIMÉNEZ DE ASÚA llamara «*Enciclopedia de las Ciencias Penales*», el profesor alemán Franz VON LISZT «*Ciencia global o conjunta del Derecho penal*» y mi maestro alemán Hans-Heinrich JESCHECK, hablando del Derecho penal y de la Criminología, aludiera como disciplinas diferentes pero que conviven «*bajo un mismo techo*». Hoy en día tales disciplinas tienen una autonomía funcional y material más o menos nítida y, en no pocos casos, han alcanzado un reconocimiento académico y docente como asignaturas independientes en los planes de estudio de Universida-

des en todo el mundo y se han hecho acreedoras, incluso, a cátedras o institutos universitarios consagrados monográficamente a su difusión y desarrollo.

De todas esas disciplinas, una de las de mayor empaque, por su interdisciplinariedad y por su consistencia histórica (basada en el organigrama de la Administración pública proveniente de la Francia de principios del Siglo XIX), es el Derecho Penal de la Administración pública. Éste conforma un ámbito sectorial proveniente del Derecho penal pero que comparte también evidentes características del Derecho administrativo. Por ello, se encuentra a mitad de camino de las dos disciplinas, a caballo entre el Derecho punitivo y el ordenamiento sancionador. Pero además esta disciplina mixta o bifronte presenta una especialización muy connotada que la hace especialmente atractiva: se caracteriza doblemente *ratione materiae* y *ratione personae*, por razón de la materia objetiva de la que versa (relacionada con la organización del Estado, con el organigrama administrativo que lo conforma y con la protección de los intereses generales por encima de los particulares) y, desde la óptica subjetiva, por razón de la persona protagonista de esta disciplina (que es, por regla general, un sujeto especial revestido de una determina cualidad fundante: la de ser funcionario público o autoridad).

Y a partir de ahí se abre todo un mundo particularmente sugerente de enorme trascendencia dogmática y de acentuada relevancia práctica: desde el debatido bien jurídico a la diversa tipología delictiva, desde la multivocidad del término Administración pública a la multiplicidad de figuras especiales (funcionario, autoridad, asimilado, etc.), de la compleja estructura de los tipos penales hasta la problemática de la intervención de un extraneus en un delito especial, de la propia significación de la Administración pública como persona jurídica a su consideración orgánica u organicista o al desarrollo de los interesantísimos criterios de imputación normativa en la presente materia, entre otros muchos.

Mi discípulo chileno el Dr. Andrés Iván BENAVIDES SCHILLER eligió, con excelente criterio jurídico y con no escasa perspicacia científica, esta problemática tan sugerente como objeto de su investigación. Y lo hizo además con una admirable armonía entre las cuestiones generales de la disciplina y las específicas del tipo penal de fraude funcional, al que somete a un elaborada y meticulosa disección analítica e interpretativa, aportando luz sobre una cuestión ayuna hasta ahora de un tratamiento mínimamente detenido y solvente.

Ese cometido lo solventa de manera muy loable el Dr. BENAVIDES SCHILLER en su admirable trabajo investigador, donde aborda cuestiones tan centrales como la dificultad de concepción de un bien jurídico tan etéreo como el de la Administración públicas, las problemáticas relaciones bilaterales entre el Derecho penal y el Ordenamiento administrativo sancionador, la relación –igualmente accidentada– entre *extraneus* e *intraneus* en el reparto de cuotas de su concreta intervención delictiva, los límites objetivos entre la contratación pública y la liquidación de efectos o haberes públicos, los perfiles subjetivos de la figura de defraudación funcionarial, el *iter criminis* o los problemas concursales en este delito, o las muy sugerentes características de las consecuencias jurídicas del fraude funcionarial, entre otros muchos aristas que se exponen y se desarrollan de manera pormenorizada en estas páginas sensatas e iluminadoras.

Este trabajo, primero de gran enjundia en la selecta bibliografía del Dr. BENAVIDES SCHILLER, es fruto de su tesis doctoral, redactada y leída en la Universidad de Sevilla bajo mi dirección académica. Para ello, Andrés BENAVIDES se trasladó a Sevilla con su esposa la Lic. María José NASS, y consagró a lo largo de varios años muchas horas del día a esta investigación jurídico-penal que alcanzó tempranamente, como era perceptible desde un inicio, un término feliz: entremedio quedaron muchas jornadas de labor intensa en la biblioteca, siempre rodeado de libros y de apuntes, diversas visitas a la universidad alemana donde bebió fuentes directas de los maestros de aquel querido país, el sacrificio de la lejanía del país natal, de familiares y de amigos, pero también la alegría de su primogénito sevillano y de la tesis arribada a puerto seguro: el mejor aval académico para el desarrollo, como ya está protagonizando el Dr. Andrés Iván BENAVIDES SCHILLER en la actualidad, de una carrera academia seria, exitosa, solvente y rigurosa en el ámbito del Derecho penal en un país con tan firme tradición iuspenalista como Chile. Enhorabuena, pues, al Dr. BENAVIDES SCHILLER por esta primera (gran) publicación, felicidades y adelante.

Prof. Dr. *Dr. h. c. mult.* Miguel POLAINO NAVARRETE  
Catedrático Emérito de Derecho Penal  
Universidad de Sevilla

---

## Colección Penal J.M. Bosch Editor

### PRESIDENTE

**Miguel Polaino Navarrete** (Catedrático de la Universidad de Sevilla)

### VOCALES

**Carlos García Valdés** (Catedrático de la Universidad de Alcalá)

**Ángel Sanz Morán** (Catedrático de la Universidad de Valladolid)

**Manuel Cancio Meliá** (Catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid)

**Carmen Gómez Rivero** (Catedrática de la Universidad de Sevilla)

**Miguel Olmedo Cardenete** (Catedrático de la Universidad de Granada)

**Esteban Mestre Delgado** (Catedrático de la Universidad de Alcalá)

**Fernando Miró Llinares** (Catedrático acreditado. Universidad Miguel Hernández de Elche)

**Myriam Herrera Moreno** (Profesor Titular de la Universidad de Sevilla)

**Carlos Aránguez Sánchez** (Profesor Titular de la Universidad de Granada)

### SECRETARIO

**Miguel Polaino-Orts** (Profesor Titular acreditado. Universidad de Sevilla)

### 1. **El delito de fraude del funcionario público.**

Andrés Benavides Schiller, 2016